

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA  
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL EM DIREITO**

**USUCAPIÃO COMPULSÓRIA COMO MEDIDA EXECUTIVA: UMA ANÁLISE  
INTERPRETATIVA DO ARTIGO 857 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**RANIERI COELHO BENJAMIM DA SILVA JÚNIOR**

Recife – PE

2021

**RANIERI COELHO BENJAMIM DA SILVA JÚNIOR**

**USUCAPIÃO COMPULSÓRIA COMO MEDIDA EXECUTIVA: UMA ANÁLISE  
INTERPRETATIVA DO ARTIGO 857 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco e ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos, sob a orientação do Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto.

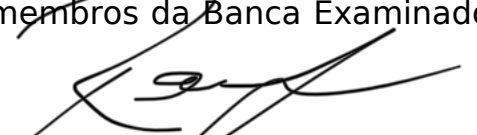
Recife – PE

2021


## ATA DE DEFESA DA DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DO ALUNO

### RANIERI COELHO BENJAMIM DA SILVA JUNIOR

Aos treze dias do mês de agosto do ano de dois mil e vinte e um, realizou-se, às quinze horas, em Recife-PE, remotamente, por **Google Meet**, e mediada pelas tecnologias digitais da informação e comunicação, a sessão pública de Defesa da Dissertação **“USUCAPIÃO COMPULSÓRIA COMO MEDIDA EXECUTIVA: UMA ANÁLISE INTERPRETATIVA DO ARTIGO 857 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”**, apresentada e defendida pelo mestrando **Ranieri Coelho Benjamim da Silva Junior**, graduado em Direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior e que concluiu os créditos exigidos para obtenção do título de “Mestre em Direito”, segundo encaminhamento do Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito - MINTER Unicap/Asces e documentação constante nos arquivos da Secretaria de Registros Acadêmicos, desta Pró-reitoria. Os trabalhos foram instalados e coordenados pelo Prof. Dr. José Mario Wanderley Gomes Neto, Presidente da Banca Examinadora constituída pelos Professores Doutores: Roney José Lemos Rodrigues de Souza da Universidade Católica de Pernambuco, Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho da Universidade Católica de Pernambuco, Beclaute Oliveira Silva, da Universidade Federal de Alagoas e José Mário Wanderley Gomes Neto, da Universidade Católica de Pernambuco, orientador do mestrando, presentes, remotamente, por videoconferência, em conformidade com a Portaria nº36 da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES - de 19 de março de 2020. O Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto como Presidente da Banca Examinadora, solicitou ao mestrando que apresentasse sua Dissertação em ambiente virtual. Em seguida, a Banca tendo decidido aceitar a Dissertação passou à arguição pública do mestrando. Encerrados os trabalhos de arguição, os examinadores deram o parecer final sobre a Dissertação, tendo sido o candidato **APROVADO**, por todos os membros da Banca e para constar, foi lavrada a presente Ata, que vai assinada, eletronicamente, pelos membros da Banca Examinadora. Recife, 13 de agosto de 2021.



\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Roney José Lemos Rodrigues de Souza



\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho

\_\_\_\_\_  
Prof. Beclaute Oliveira Silva



\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. José Mario Wanderley Gomes Neto  
(Presidente da Banca Examinadora)

## AGRADECIMENTOS

Iniciar, percorrer e concluir um Mestrado não é tarefa fácil para a grande maioria das pessoas e comigo não foi diferente. Parece-me que dar o primeiro passo foi uma das maiores dificuldades, especialmente pela barreira, que eu via como intransponível, que era a distância a ser enfrentada, pois, para este curso, deveria eu sair do interior para a capital. Esta foi superada pelo inovador Mestrado Interinstitucional cujas aulas presenciais se deram em Caruaru. O pouco tempo disponível para estudar, questões financeiras e de limitação acadêmica também se apareciam sempre como empecilhos, mas todos foram ultrapassados com empenho, determinação e muito incentivo.

Sem dúvidas, os incentivos, expressados de várias maneiras, foram os maiores responsáveis pelo empenho e pela determinação, permitindo que eu chegasse neste momento final, obtendo o título de Mestre em Direito. Deus me permitiu iniciar, percorrer e concluir o Mestrado, e a ele sou muito grato por tamanha bondade, reservada para poucos, num país tão desigual como o Brasil.

E, falando novamente em incentivo, desde muito antes de iniciar a preparação, durante os estudos que antecederam a seleção e ainda mais a cada disciplina superada, ali estava você, Kandyinha, minha esposa, me mostrando que era possível, que eu conseguiria e que eu iria obter a titulação de Mestre em Direito, dividindo comigo o pesado fardo deixado pelas minhas ausências, fruto de horas e mais horas dedicadas aos estudos. Agradeço-te demais por esta conquista e reconhecimento que sem você, meu amor, eu jamais conseguiria.

Às minhas filhas, Alice e Eliza, que muito embora não tenham a exata noção disso, por serem tão pequenas, agradeço pelo amor, maior dos incentivos para enfrentamento de quaisquer desafios. Aos meus pais, Ranieri e Nelma, agradeço pelo orgulho que sentem de mim, que é recíproco. Moldaram-me às suas maneiras, me permitiram o melhor da educação, em todos os aspectos. Sempre buscaram transmitir e continuam me transmitindo experiências de vida, de modo que eu possa me espelhar e, cada vez mais, evoluir.

São tantos outros os incentivadores, no campo pessoal, que, pelo medo de cometer o grave erro do esquecimento, os agradeço em nome dos meus avós, Nelson, Socorro, Manoel (*in memoriam*) e Neves (*in memoriam*), da minha sogra, Wilma, e dos meus irmãos, Tatyane e Brenno, extensivo aos tios,

primos, sobrinhos, cunhados e aos amigos. Agradeço ainda a Bruno Coutinho e a Gabriel Carvalho, por todo o suporte que me deram para que eu pudesse estudar. A Gabriel Carvalho, agradeço ainda a generosa revisão gramatical desta dissertação. Não posso deixar de agradecer aos valorosos incentivadores amigos da OAB Caruaru, e o faço, de tão longa que é a lista, na pessoa do amigo e presidente, Fernando Antônio de Sousa Santos Júnior.

Neste caminho percorrido, tive gratas surpresas, desde o início da preparação, em especial aos ensinamentos recebidos de Alexandre de Paula e Pablo Medeiros, como às recomendações oferecidas por Frederico Oliveira e João Alfredo Beltrão Filho. Os agradeço pelo imprescindível auxílio para ingresso no Mestrado, após rigorosa seleção. Posso dizer ainda que tenho 11 amigos de sala de aula, Ana Beatriz, Andreza, Antônio, Bruno, Daniele, Denise, Jocy, José Cláudio, Lucyana, Marupiraja e Walles, aos quais sou grato pela convivência, aprendizado e pelos incentivos, mas não posso me omitir em destacar o agradecimento aos amigos Jocy e Walles pelo coleguismo, amizade, humildade e simpleza, não só nos trabalhos acadêmicos, com importantes debates, mas igualmente na relação que transcende as bancas de estudos.

Agradeço aos Professores João Paulo Allain, Virgínia Colares, Marcelo Labanca, Gustavo Santos, Sérgio Torres Teixeira, Alexandre Freire Pimentel, Glauco Salomão Leite, Marília Montenegro, Raymundo Juliano, Vanessa Pedroso, Fernando Andrade e Silvano Flumignan, pelos mais ricos ensinamentos. Agradeço aos componentes das bancas de qualificação e da banca examinadora, os Professores Roney José Lemos Rodrigues de Souza, Luís Felipe Andrade Barbosa, Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho e Beclaute Oliveira Silva, pelos cuidados que me foram dispensados, no único desejo de ver melhorado e engrandecido este trabalho.

Ao final, deixei reservado um agradecimento para um dos principais responsáveis pelo início e conclusão desta dissertação, meu orientador, o Professor José Mário Wanderley Gomes Neto, docente de muitas virtudes, das quais, sem dúvidas, destacam-se o conhecimento, a disponibilidade e o interesse total em servir como um farol para seus orientandos, respondendo às minhas demandas, de maneira paciente, educada e elucidativa. Muito obrigado a todos vocês que, por diversos caminhos, me levaram à conclusão da dissertação e do Mestrado em Direito.

*“A justiça atrasada não é justiça; senão  
injustiça qualificada e manifesta.”*  
**Rui Barbosa**

## RESUMO

Há no Brasil um grande número de imóveis em situação de irregularidade perante os serviços de registro geral, e diversos são os motivos para tanto, repercutido em insegurança jurídica nas relações envolvendo estes bens. A usucapião, instituto secular pelo qual o sujeito adquire a propriedade de bens, representa importante ferramenta de regularização do domínio desses imóveis. Para aquisição de bens imóveis pela usucapião, basta ao sujeito o cumprimento dos requisitos de alguma de suas modalidades, prescindindo qualquer outra formalidade, como o ajuizamento de ação ou pedido de reconhecimento extrajudicial, haja vista a natureza declaratória destas. Com essas premissas, é possível afirmar que há diversos imóveis adquiridos pela ocorrência de usucapião, contudo, em situação de irregularidade, isso porque o novo proprietário não promoveu demanda judicial ou extrajudicial para certificação da propriedade. O referido imóvel, portanto, é invisível aos olhos de eventual credor desse novo proprietário que buscar informações junto ao serviço de registro geral, deixando, em muitas das vezes, de servir ao pagamento de débitos. Muito embora não seja obrigado a realizar nenhum ato visando a regularização dessa propriedade, quando o proprietário o faz de forma deliberada, para se esquivar de ter esse bem expropriado para satisfação das suas obrigações, caracterizado está um ato ilícito, repercutindo em sanções. Porém, não é isso o que busca o credor, pois quer ele ver saldado o débito, e o sistema jurídico deve apresentar soluções para sua situação, sobretudo pela existência de inquestionável patrimônio, de propriedade do devedor, garantindo com isso o mais pleno acesso à justiça efetiva. A penhora dos direitos de posse poderia representar uma solução ao credor quando esta representar valor econômico desatrelado da propriedade, quando não consumada a usucapião. Depois de preenchidos todos os seus requisitos e ocorrendo a usucapião, perde-se o sentido em se falar de penhora dos direitos de posse, pois ao credor interessa expropriação do bem imóvel enquanto propriedade, não podendo haver diferenciação neste aspecto entre penhora de imóvel regular e penhora de imóvel irregular. Numa interpretação do artigo 857 do Código de Processo Civil, é possível defender a possibilidade da penhora da situação jurídica do devedor, proprietário de imóvel já usucapido, reconhecendo-se, incidentalmente, a usucapião no bem, que servirá ao credor para satisfação da obrigação.

**Palavras-chave:** Usucapião; Acesso à Justiça Efetiva; Processo de Execução; Medidas Executivas; Usucapião Compulsória; Penhora de direitos.

## ABSTRACT

There are a large number of properties in Brazil in a situation of irregularity before the general registry services, and there are several reasons for this, which is reflected in legal uncertainty in relations involving these assets. Usucapion, a secular institute through which the subject acquires ownership of assets, represents an important tool for regularizing the domain of these properties. For the acquisition of real estate through adverse possession, the subject is only required to comply with the requirements of any of its modalities, without any other formality, such as filing an action or request for extrajudicial recognition, given the declaratory nature of these. With these premises, it is possible to affirm that there are several properties acquired due to the occurrence of adverse possession, however in a situation of irregularity - this is because the new owner did not file a judicial or extrajudicial demand for the certification of the property. The aforementioned property, therefore, is invisible to the eyes of any creditor of this new owner who seeks information from the general registry service, often failing to serve the payment of debts. Even though it is not required to perform any act aimed at regularizing this property, when the owner does so deliberately to avoid having this property expropriated to satisfy its obligations, it is characterized as an illicit act, resulting in sanctions. However, this is not what the creditor seeks, as he wants to see the debt settled, and the legal system must present solutions for his situation, especially due to the existence of unquestionable assets, owned by the debtor, thus guaranteeing the fullest access to the effective justice. The pledge of ownership rights could represent a solution to the creditor when this represents an economic value decoupled from the property, when the adverse possession is not consummated. Once all its requirements have been fulfilled and adverse possession occurs, it is meaningless to speak of pledge of ownership rights, as the creditor is interested in expropriation of the immovable property as property, and there can be no differentiation in this aspect between the pledge of regular property and pledge of irregular property. In an interpretation of article 857 of the Code of Civil Procedure, it is possible to defend the possibility of attachment of the legal situation of the debtor or owner of property already impaired, recognizing, incidentally, the adverse possession in the property, which will serve the creditor to satisfy the obligation.

**Keywords:** Usucapion; Access to Effective Justice; Execution process; Executive Measures; Compulsory Usucapion.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1. A USUCAPIÃO COMO INSTRUMENTO EFETIVO DE REGULARIZAÇÃO IMOBILIÁRIA</b> .....	<b>13</b>
1.1. As origens do vazio sistema registral imobiliário brasileiro.....	13
1.2. Aquisição da propriedade imobiliária pela usucapião.....	20
1.2.1. Aquisição da propriedade ou do domínio? .....	26
1.3. Requisitos para consumação da usucapião de imóveis.....	28
1.3.1. A posse .....	29
1.3.1.1. Teorias objetiva e subjetiva da posse.....	34
1.3.1.2. A posse para usucapir: <i>animus domini</i> e posse justa.....	44
1.3.2. O tempo.....	51
1.3.3. O justo título e a boa-fé .....	54
1.3.4. O bem imóvel passível da usucapião.....	58
1.4. Modalidade de usucapião de imóveis .....	61
1.4.1. Usucapião especial rural .....	62
1.4.2. Usucapião especial urbana .....	65
1.4.3. Usucapião extraordinária.....	67
1.4.4. Usucapião ordinária .....	69
1.4.5. Usucapião coletiva urbana .....	70
1.4.6. Usucapião indígena.....	73
1.4.7. Usucapião familiar.....	73
1.4.8. A figura híbrida da usucapião/desapropriação .....	74
<b>CAPÍTULO 2. ASPECTOS PROCESSUAIS DAS VÁRIAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO</b> .....	<b>76</b>
2.1. Usucapião enquanto procedimento comum .....	76
2.2. O processo e os procedimentos da usucapião.....	89
2.2.1. Especialidades da petição inicial e documentos essenciais à propositura da ação .....	96
2.2.2. A intervenção do Ministério Público .....	99
2.2.3. As particularidades dos processos de usucapião especial rural e urbano .....	101
2.3. Reconhecimento extrajudicial da usucapião .....	107
2.4. Natureza jurídica da ação, da sentença e do reconhecimento extrajudicial da usucapião .....	122
<b>CAPÍTULO 3. O COMPORTAMENTO DELIBERADO DO PROPRIETÁRIO EM NÃO REGULARIZAR A PROPRIEDADE ADQUIRIDA PELA USUCAPIÃO E OS DEVERES DE COOPERAÇÃO E DE LEALDADE DO EXECUTADO...</b>	<b>141</b>
3.1. A liberdade de demandar do proprietário do imóvel usucapido.....	141
3.2. O ato ilícito omissivo do proprietário .....	161
3.3. Fraude contra credores e fraude à execução.....	176
3.4. Os deveres cooperação e de lealdade do executado .....	194
3.5. Atos atentatórios à dignidade da justiça.....	206

<b>CAPÍTULO 4. USUCAPIÃO COMPULSÓRIA X GARANTISMO PROCESSUAL</b>	<b>219</b>
4.1. Efetividade enquanto Direito Fundamental e acesso à justiça na perspectiva de acesso ao Poder Judiciário e à jurisdição .....	219
4.2. Acesso à justiça efetiva como elemento da segurança jurídica .....	232
4.3. Técnicas executivas típicas e atípicas disponíveis ao Poder Judiciário para efetivar suas decisões .....	238
4.4. Garantismo processual e limites das medidas executivas .....	252
4.5. O difícil equilíbrio entre o melhor interesse do credor e a menor onerosidade do devedor: a proporcionalidade da usucapião compulsória .....	273
4.6. A penhora dos direitos de posse como alternativa à usucapião compulsória .....	281
4.7. Uma análise interpretativa do artigo 857 do Código de Processo Civil ...	291
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>303</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>306</b>

## INTRODUÇÃO

A partir de uma análise interpretativa do artigo 857 do Código de Processo Civil, é possível utilizar a usucapião compulsória como medida executiva?

O fato da irregularidade registrária da titularidade do bem imóvel adquirido por usucapião não pode ser um empecilho para realização das execuções por quantia, devendo ser buscado no sistema jurídico mecanismos para que este bem sujeite-se, enquanto propriedade, à responsabilização patrimonial do devedor.

É nesse contexto, de forma concreta, que a usucapião compulsória pode representar, em favor do credor, uma solução na liquidação de débitos exigidos em demandas executivas, restabelecendo segurança jurídica às relações negociais e ao próprio sistema de justiça, nitidamente abalados pela crise do inadimplemento provocada pelo devedor.

O imóvel adquirido pela usucapião deve servir para liquidar débito do seu novo proprietário, não podendo este, o devedor, ser beneficiado pela sua omissão, proposital ou não, em manter o bem numa condição de irregular, não passível de localização e identificação pelo oficial de registro de imóveis.

Além disso, ao ingressar, mesmo que forçadamente, na formalidade registrária, em decorrência da usucapião compulsória, tal medida colaborará com o preenchimento do acervo imobiliário das serventias de registro, viabilizando a concretização do princípio da continuidade. Garante-se ainda sua regular circulação, conferindo maior segurança jurídica às futuras relações comerciais, viabilizando, também, recolhimento tributário pelos fatos geradores decorrentes da propriedade. Por fim, haverá a mais ampla fruição de todos os aspectos econômicos decorrentes da propriedade regularizada.

Concluída a ação de usucapião promovida compulsoriamente pelo credor, caso possível o seja, pela procedência do pedido, a satisfação da obrigação exigível se dará na propriedade, resolvendo, com isso, inúmeras demandas executivas frustradas na falsa ideia de inexistência de patrimônio, o que representa um dos grandes gargalos do Poder Judiciário.

Todas essas questões denotam a importância, mas ao mesmo tempo a complexidade, da proposta de estudo, uma vez que a efetividade não é o único

e maior direito fundamental constitucionalmente previsto, que deve harmonizar-se com as demais garantias, tais como o devido processo legal e o formalismo processual dele inerente.

No presente estudo, são abordadas as questões materiais e procedimentais que rodeiam a usucapião, com ênfase especial na posse e mais ainda na natureza declaratória da ação de usucapião, que dispensa formalidades para sua consumação.

Também são tratados temas como a conduta omissiva do proprietário do imóvel pela usucapião, em manter irregular a titularidade e reconhecimento deste bem *versus* um possível dever de regularização, mediante o ajuizamento obrigatório de demanda judicial ou administrativa para reconhecimento dessa aquisição.

O acesso à justiça é discutido sobretudo com ênfase na efetividade do processo de execução, mas sem deixar de observar as garantias processuais também do devedor, para, finalmente, ser enfrentada a hipótese de que não existe empecilho no Código de Processo Civil para utilização da usucapião compulsória como medida executiva típica.

Para descoberta, do ponto de vista técnico-jurídico, da problemática apresentada e objetivos propostos, notadamente questões de cunho constitucional, processual civil e da consumação da usucapião, a metodologia que mais se adequou ao trabalho foi a dogmática. Imperativa se fez a revisão da literatura sobre usucapião, acesso à justiça efetiva, legitimidade, meios executivos e procedimentos executórios, na dogmática processual.

A metodologia da pesquisa foi, portanto, qualitativa, pautada em análise da Constituição da República, legislação processual e material, precedentes judiciais, assim como a dogmática jurídica, que ocupou o centro da dissertação, mediante revisão bibliográfica e levantamento jurisprudencial, fazendo uso de teses de doutorado, dissertações de mestrado, artigos científicos e de livros especializados.

Deste modo, e por este meio, a dissertação se revela instrumento para perquirir, ainda que embrionariamente, uma possível solução para o cerne do problema proposto, que é de caráter não só jurídico, mas também econômico e social, já que tem como tema central o cumprimento de obrigação de pagar quantia em execução civil.

No primeiro e segundo capítulos são apresentadas e discutidas questões pelas quais o Brasil tem, em números estimados, metade dos imóveis urbanos em situação de irregularidade registrária, assim como as consequências que repercutem nestes bens, notadamente de subutilização econômica. Também é vista a usucapião como importante ferramenta de regularização de inúmeros imóveis, discorrendo acerca dos requisitos para sua consumação, em todas as modalidades, bem como dos procedimentos inerentes, na via judicial ou administrativa, concluindo com uma análise sobre a natureza jurídica da ação, da sentença e do reconhecimento extrajudicial da usucapião.

Ao terceiro capítulo, foi reservada a investigação sobre a conduta do executado que deliberadamente mantém o imóvel de sua propriedade em situação de irregularidade, no ímpeto de frustrar credores. A discussão tem início com a análise da possibilidade de obrigar ou não o sujeito a promover demanda para regularização da propriedade, discorrendo ainda acerca da ilicitude do ato omissivo do proprietário devedor e de possíveis sanções que dele defluem.

Por fim, no último dos capítulos, o quarto, é visto o acesso à justiça efetiva, na perspectiva de acesso ao Poder Judiciário e à jurisdição, elemento componente da segurança jurídica. Para fazer valer as obrigações de pagar quantia, objeto do estudo, neste capítulo também são estudadas as técnicas executivas disponíveis ao Poder Judiciário, limitadas, em certa medida, por garantias processuais do devedor. Por esta razão, foi enfrentado o difícil equilíbrio entre o melhor interesse do credor e a menor onerosidade do devedor à luz da usucapião compulsória. O capítulo discute a possibilidade de penhora dos direitos de posse como possível alternativa à usucapião compulsória e encerra com uma análise interpretativa do artigo 857 do Código de Processo Civil, da qual se extrai o entendimento de não haver empecilho normativo à usucapião compulsória.

## 1 A Usucapião como Instrumento Efetivo de Regularização Imobiliária

### 1.1 As origens do vazio sistema registral imobiliário brasileiro

Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento Regional do Governo Federal<sup>1</sup>, há no Brasil 60 milhões de imóveis urbanos, dos quais metade estão em situação de irregularidade, pois não possuem matrícula perante o serviço de registro geral.

As causas e os problemas decorrentes desta falha são os mais diversos, culminando numa ausência de informações seguras nos assentos das serventias de registro de imóveis, contexto no qual se incluem desde os imóveis de alto padrão até os que estão nos emaranhados das comunidades mais carentes, em todo o território do Brasil.

A atual situação, de patente irregularidade, tem origem ainda na incursão do Brasil por Portugal, no ano de 1500. Ocupação esta pautada na “descoberta” de novas terras, que precisavam ser exploradas economicamente, do ponto de vista da coroa portuguesa, e, para tanto, a divisão do solo era necessária, resultando na criação de pequenos povoados, vilas e, posteriormente, cidades.

À época da chegada dos portugueses vigorava naquele país o regime jurídico referente às sesmarias, segundo o qual as terras abandonadas ou incultas eram concedidas pelo Estado àqueles que quisessem cultivá-las, podendo o titular (senhor da terra) trabalhar nelas ou transferir esse direito para terceiro.

Sesmarias, sinteticamente, consistem nos lotes de terras abandonadas ou incultas cedidos pelos reis lusitanos a determinadas pessoas que resolvessem cultivá-las. Esses cultivadores passaram a ser conhecidos e tratados por sesmeiros. (ALMEIDA, 2003. p. 310)

Desse modo, as terras continuavam sendo do domínio público, de Portugal, mas este permitia o seu uso pelos ocupantes, que a tornavam produtivas. (CARDOSO, 2018. p. 40) Foi essa a sistemática adotada no país que

---

<sup>1</sup> Disponível em [www.mdr.gov.br](http://www.mdr.gov.br). Consulta realizada no dia 28 de julho de 2020.

estava sendo colonizado, mas se mostrava tímida e ineficiente diante do tão vasto e diferenciado território do Brasil.

Com a finalidade de promover a ocupação de fato de toda a área recém descoberta, bem como protegê-la de invasores e torna-la produtiva, as terras “além do mar” deveriam ser também distribuídas. Por este motivo, em 1534, foi implantando o sistema de capitânicas hereditárias, por meio do qual o donatário, investidor, produtor ou ocupante, recebia as terras brasileiras para exploração, sem que, contudo, o domínio deixasse de ser da coroa de Portugal. Os donatários, muito embora não fossem titulares do domínio, poderiam implantar nas capitânicas o sistema das sesmarias, de modo a repartir as terras da forma que desejassem, prevalecendo assim as grandes propriedades. (CARDOSO, 2018. p. 41)

Nesse regime das capitânicas hereditárias, os capitães-mores eram os verdadeiros plenipotenciários, eis que incumbidos estavam de exercer a quase totalidade das funções, entre as quais a de conceder cartas de sesmaria, que foi o primeiro instrumento de divisão e legitimação da ocupação da propriedade territorial no Brasil. (ALMEIDA, 2003. p. 311)

Como aos titulares do direito de exploração também foi conferido a possibilidade de fundar povoados, com a divisão das sesmarias, emergem as primeiras vilas e comunidades no Brasil, de forma desordenada, nos arredores das áreas produtivas, permitindo o estabelecimento dos trabalhadores. (CARDOSO, 2018. p. 45) Surge com isso o início do legado de ocupações irregulares e urbanização sem controle no Brasil, especialmente nas capitânicas mais produtivas e nos entornos das cidades mais desenvolvidas.

Era permitida ainda a transferência de terras pelos donatários aos particulares, como uma espécie de enfiteuse, onde poderia haver dois proprietários sobre a mesma gleba de terra, o titular do domínio útil - o que trabalha a terra -, e o proprietário originário, de modo que os colonos demarcavam e cultivavam a terra mediante pagamento de tributo. (DANTAS, 1992. p. 258)

A despeito disso, “havia um processo fático de ocupação dos imóveis (posse ou direitos relacionados), independentemente da obtenção de um título”,

culminando “um processo de ocupação descentralizado e desorganizado e a configuração do patrimônio público como remanescente de terras não ocupadas por particulares”. (FERREIRA FILHO, 2015. p. 58-59)

O regime das sesmarias perdurou até o ano de 1822, quando foi suspenso pela Resolução nº 76, de 17 de julho, fato que desencadeou ocupações de terras por pequenos produtores rurais, tendo em vista que a posse estava legitimada pelo cultivo e pela moradia. (DANTAS, 1992. p. 258)

Meses depois, em 07 de setembro de 1822, declarando-se o Brasil Estado independente, houve ruptura com a referida forma de ocupação, tendo em vista a falha na distribuição das concessões da terra, notadamente pelo tamanho do Brasil e as particularidades do território. (ALMEIDA, 2003. p. 311) Segundo referida Resolução, emitida pelo então Procurador da Coroa e Fazenda, José Bonifácio de Andrada e Silva, estavam suspensas as sesmarias futuras até a convocação da assembleia geral, constituinte e legislativa.

Até este momento mencionado, não há ainda institucionalização de um sistema geral de registros públicos, o que mantém a desorganização quanto às titulações de domínio e posse. O objetivo, neste cenário, era apenas a regularização do domínio privado sobre terras públicas. (FERREIRA FILHO, 2015. p. 59)

Apesar do fim das sesmarias, Fábio Araújo (2015, p. 343) destaca que o referido regime foi de grande importância para reconhecimento da existência das ocupações, sendo reconhecida a posse dos ocupantes num segundo momento, posse esta que era sustentada no trabalho e na moradia.

Encerrada a concessão de sesmarias, a primeira tentativa de regularização imobiliária no Brasil ocorreu quase 30 anos depois, com a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, e com o Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854. Referidas legislações tratavam das terras devolutas do império, as quais já estavam na posse de particulares. Salvo por compra e venda, proibia-se a aquisição de novas terras devolutas, denominadas como aquelas nunca utilizadas pelo Poder Público ou objeto de sesmarias. Também foram legitimadas as posses mansas e pacíficas (VILLELA, 1985. p. 294), estas justificadas pelo trabalho e pela moradia. (DANTAS, 1992. p. 258)



Desse modo, foram 350 anos de ocupações desordenadas, e o Império buscava impor organicidade na distribuição de imóveis, pois havia os mais diversos problemas oriundos dessa confusão, gerando conflitos permanentes entre grupos, posseiros e senhores de terras. Por outro lado, no contexto da abolição da escravidão e da vinda de imigrantes, buscava-se manter as terras em grandes latifúndios, de modo a não permitir acesso àqueles que serviriam com sua força de trabalho direta ao dono das fazendas (SOBRINHO; ARAUJO FILHO, 2018. p. 345).

Neste período de tentativa de organização, as anotações imobiliárias eram precárias e serviam formalmente apenas como dados estatísticos, elaborados por vigários católicos, mas sem força para constituir título dominial ou manter um sistema registrário com o mínimo de segurança (AGHIARIAN, 2008. p. 72-73).

Muito embora o Decreto nº 1.318 tenha sido o ponto de partida para o registro imobiliário brasileiro, em que passou a ser exigido a discriminação dos imóveis para formação de um cadastro imobiliário (ARAÚJO, 2015. p. 344-345), o registro geral de imóveis no Brasil foi instituído dez anos depois, em 1864, com a edição da Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, regulamentada pelo Decreto nº 482, de 14 de novembro de 1865. Inicialmente, a finalidade precípua do registro era garantir publicidade às hipotecas, notadamente pelo período de iminente industrialização pelo qual passava o país, necessitando, portanto, da concessão de crédito para viabilizar grandes negócios e investimentos, de forma segura, como bem aponta Luiz Guilherme Loureiro (2012, p. 230).

Passou então a ser obrigatória a transcrição no livro de registros dos títulos translativos de bens suscetíveis de hipoteca. Ocorre que, naquele momento, diversas formas de aquisição imobiliária foram dispensadas desta formalidade, dentre elas a *causa mortis*, a usucapião e as demais decorrentes de atos judiciais, tendo em vista que nestas hipóteses “pela maneira por que se realizavam ou pelas formalidades a que dão lugar, revestiam uma certa solenidade” (LOUREIRO, 2012. p. 230), o que era suficiente para garantir a publicidade presumida, desígnio do ato. Esta situação prevaleceu até o advento do primeiro Código Civil brasileiro, Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916, quando então foi implementado o sistema registrário no Brasil, no modelo aproximado do vigente.

Como não havia primor ou descrição detalhada dos imóveis nas matrículas então abertas, até pela pobreza do acervo inaugural, o que é notável ainda hoje em determinadas inscrições de tempos distantes, o Decreto nº 169-A, de 19 de janeiro de 1890, impôs a especialização das matrículas, determinando uma metodologia para estas, de forma a torná-las padronizadas (AGHIARIAN, 2008. p. 72), pois é imposta a discriminação de suas características, diferenciando, com o máximo de informações possíveis, os imóveis uns dos outros.

As Leis nº 4.827, de 1924 e nº 18.542, de 1928, além do Decreto nº 4.857, de 1939, impuseram a obrigatoriedade da transcrição no registro imobiliário não só dos instrumentos de transferência entre vivos, abrangendo também cartas de sentença decorrentes de processo sucessório e demais atos judiciais declaratórios ou constitutivos da aquisição da propriedade, isso com a finalidade não só de conferir publicidade aos atos, mas, sobretudo, para dar continuidade aos registros (origem história e cronológica do domínio) e para propiciar ao novo proprietário a possibilidade de dispor do bem. (LOUREIRO, 2012. p. 231)

O instituto da transcrição foi eliminado, sendo instituído novo regime pela Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, (atual e vigente Lei de Registros Públicos) em que estabelece “um registro imobiliário no qual cada folha do livro de registro de imóveis é atribuída à determinado imóvel (matrícula ou fôlio real)” (LOUREIRO, 2012. p. 232), sendo obrigatório o registro de todos os atos de transmissão, constituição, alteração ou extinção dos direitos reais. É a regra geral do sistema de registro imobiliário no Brasil.

Essa regra também está no artigo 1.245 do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que reafirma o chamado princípio da obrigatoriedade do registro, segundo o qual os atos entre vivos, de transferência da propriedade, apenas são perfectibilizados quando registrados na matrícula do imóvel perante o registrador da circunscrição imobiliária respectiva, dentro da área do município ou dos municípios onde está localizado o imóvel.

Em que pese o atual sistema registral se mostrar relativamente seguro, não há dúvidas de que é incompleto, em decorrência da fragilidade nos dados inaugurais, natural do desenvolvimento urbano desordenado (AGHIARIAN, 2008. p. 76), resultando, como dito nas primeiras linhas deste

trabalho, num grande número de bens carentes de matrícula frente ao registro geral de imóveis, o que representa a metade deles.

Essa vultosa quantidade de imóveis irregulares decorre da forma desordenada de ocupação do solo brasileiro, que passou mais de 350 anos sem que houvesse anotações organizadas, de forma cronológica e segura. Vários são os aspectos formadores desta situação hoje vivenciada.

Do ponto de vista normativo, diversas foram as legislações e regimes jurídicos incidentes sobre os imóveis no Brasil, o que implica em insegurança. É fato que em mais da metade do tempo decorrido desde a “descoberta” do Brasil sequer havia registro imobiliário. A inexigibilidade do registro, durante certo tempo, também contribuiu para a deficiência do sistema registral. Por exemplo, pelo público procedimento da ação que visava reconhecer a usucapião, seu registro era desnecessário, mesmo depois da Proclamação da República e da vigência do Código Civil de 1916, pois a obrigatoriedade do registro desses títulos advém das Leis nº 4.827, de 1924, e nº 18.542, de 1928, além do Decreto nº 4.857, de 1939.

Circunstâncias sociais também colaboram para o vazio no sistema registrário. É que com o passar do tempo, a situação de irregularidade apenas se alastrou, especialmente na segunda metade do século XX, diante do êxodo rural causado pela industrialização e eclosão dos grandes centros urbanos. Para se ter uma ideia, no início da década de 60, a maioria da população brasileira vivia em área rural, mas, ao final da mesma década, a maior parte das pessoas já estava nas zonas urbanas (DALLARI, 1992. p. 373). Surge daí uma infinidade de loteamentos irregulares, promovidos sem critérios urbanísticos e jurídicos, criados para assentar os migrantes do campo.

Outro fator preponderante para ausência da regularidade é de ordem cultural. A informalidade dos negócios jurídicos celebrados ou a ocorrência de fatos jurídicos envolvendo imóveis até então regulares também é causa da falta de matrículas imobiliárias seguras. Basta pensar nos imóveis matriculados, mas transmitidos por documentos particulares não registrados ou registráveis, ou ainda na situação de sucessão aberta, mas sem necessário processo de inventário, em que os herdeiros “alienam” imóvel sem as formalidades impostas. Doações informais (tecnicamente, promessas de doação), também refletem uma

realidade no caso do Brasil, onde é comum a simples tradição para transferência de imóveis.

Em muitos casos, deve também ser levado em conta que o alto custo tributário para manutenção ou promoção da regularização justifica a informalidade em negócios imobiliários. Noutros, a irregularidade deriva da negligência do Poder Público, ao permitir o crescimento desenfreado e desordenado das grandes metrópoles, com subdivisão fática de diversos bens imóveis, ignorando critérios técnicos de toda ordem.

O resultado disso é um sistema de registro de imóveis que não é confiável ou que passa a ser ignorado pela população, gerando insegurança jurídica (ROSENFELD, 2008. p. 94), pois o sujeito que se apresenta no bem, possuindo-o, nem sempre é o seu proprietário, não podendo dispor do título, que não raras vezes sequer existe.

Também são consequências dessa irregularidade imobiliária várias exclusões socioeconômicas, pois os possuidores de imóveis nestas condições muitas das vezes não são vistos pelo Poder Público pelo simples fato daquele bem tecnicamente não existir. Há patente redução do exercício econômico dos direitos reais (REALE, 1982. p. 29). Ficam os possuidores excluídos de créditos bancários mais acessíveis, já que o imóvel não é passível de ser objeto de garantia; o Estado deixa de recolher tributos; as relações comerciais ficam inseguras, na medida em que se torna difícil satisfazer uma obrigação de pagar no patrimônio “invisível”, bens estes que representam, repete-se: metade dos imóveis urbanos brasileiros.

Muito embora existam políticas públicas buscando a regularização imobiliária, sobretudo relacionadas às ocupações urbanas desordenadas, com recente e inovadora legislação disponível, a solução individual mais adequada para imóvel sem matrícula ou cuja cadeia sucessória é inidentificável, é a usucapião, demonstrando ser o instrumento originário mais eficaz para atribuir moradia ou para dinamizar a utilização de bens imóveis. (VENOSA, 2010. p. 219)

A regularização de bens imóveis pautada na posse é típica de países onde há latente desorganização nos assentos imobiliários, como no Brasil, por exemplo, situação que destoa das vivenciadas em países desenvolvidos, onde, pelo contrário, dificultam o acesso à propriedade, por meio da posse. (TREVELIM, 2014. p. 14)

Atualmente, toda forma de aquisição da propriedade deverá ser levada à registro, seja para dar publicidade ou para constituir o efeito translativo. No caso do ato de reconhecimento da usucapião, se impõe o registro para fins de publicidade e regularização formal do domínio, sendo aberta matrícula para aquele bem, pacificando a situação do imóvel em relação a terceiros, já que o registro confere efeito *erga omnes*.

Pela usucapião, forma de aquisição originária de imóveis, é possível, independentemente de programas públicos ou de atuação de outrem, a regularização da propriedade do imóvel, ainda que este bem seja desprovido de matrícula anterior no serviço de registro geral, revelando-se, portanto, importante instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e da segurança das relações jurídicas.

## 1.2 Aquisição da propriedade imobiliária pela usucapião

Cabe ao *direito das coisas* regular o poder do homem sobre bens suscetíveis de valor, abrangendo ainda os modos de utilização destes. Muito embora haja discussão acerca da distinção entre os termos direitos das *coisas* e direitos *reais*, sendo o primeiro mais amplo, é certo que a propriedade é direito real; logo, tratada no direito das coisas. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 32)

O direito das coisas estuda precipuamente essa relação de senhoria, de poder, de titularidade, esse direito subjetivo que liga a pessoa às coisas; o direito de propriedade, o mais amplo, o ápice do direito de patrimonial, e os demais direitos reais, de menor extensão. (VENOSA, 2010. p. 1086)

O artigo 1.228 do Código Civil não especifica o que é propriedade, pois apenas aponta os poderes que tem o proprietário, de usar, gozar e dispor da coisa, além do direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, cabendo sua conceituação à doutrina. Para Orlando Gomes (2012, p. 104), a propriedade consiste “num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto”. É o direito mais amplo da pessoa em relação à coisa. (VENOSA, 2010, p. 1096-1097)

Arnoldo Wald (2011, p. 141) a conceitua como “o direito perpétuo de usar, gozar e dispor de determinado bem, excluindo todos os terceiros de qualquer ingerência neste”. É, sem dúvidas, o direito real por excelência, o mais importante dos direitos subjetivos, em torno do qual gravitam os direitos das coisas. (MONTEIRO; MALUF, 2009. p. 84)

A propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível. (GOMES, 2012. p. 105)

O Código Civil brasileiro determina o regime de aquisição da propriedade de bem imóvel, característica própria dos direitos reais. Diversos são os modos de aquisição da propriedade imobiliária, tais como o registro, sua forma por excelência, a sucessão, a usucapião, a acessão, a desapropriação, a adjudicação compulsória e o casamento pela comunhão universal. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 360)

Para os fins deste trabalho, se mostra relevante recortar a aquisição da propriedade pela usucapião, traduzida na aquisição do domínio pela posse prolongada no tempo. (BEVILÁQUA, 2003. p. 168) A posse e o tempo constituem a usucapião. (RODRIGUES, 1981. p. 286).

A usucapião é forma de aquisição da propriedade, fruto do exercício da posse durante certo intervalo de tempo e, em determinadas situações, acrescida de outros requisitos, fazendo surgir, ao lado da situação fática da posse, a titularidade do domínio, pois o possuidor passa a ser também o proprietário do imóvel.

Referida aquisição da propriedade, pela usucapião, é de forma originária, pois não há vínculo de direito real ou pessoal entre o antigo e o novo proprietário; não há negócio ligando os sujeitos; não existe relação alguma entre eles. (GOMES, 2012. p. 156) Pelo contrário, há direitos completamente antagônicos. Em artigo que conclui pela impossibilidade de cobrança de tributos inerentes à transmissão pela usucapião, ensina José Carlos Moreira Alves (1982, p. 10-11) que a doutrina tradicional define ser a aquisição originária ou derivada da propriedade a partir da existência ou não de transferência ou

sucessão de direitos do proprietário anterior. Por esta forma de aquisição, como não há esse liame, caracteriza-se como originária.

Na mesma linha de raciocínio explica Orlando Gomes (2012, p. 180) que a usucapião se inclui entre os modos originários, pois, “a despeito de acarretar a extinção do direito de propriedade do antigo titular, não se estabelece qualquer vínculo entre ele e o possuidor que o adquire”. A propriedade é adquirida sem que haja sucessão ou transmissão de direitos, pois é a posse atrelada ao tempo que faz surgir a propriedade, não havendo relação de causalidade entre o antigo e o novo proprietário, e por isso a aquisição é originária (ALVES, 1982. p. 9-10). Nos dizeres de Pontes de Miranda (1971, p. 117) “Não se adquire, pela usucapião, de alguém”.

Usucapir, na origem do vocábulo, quer dizer tomar pelo uso. Decorre dos termos *capere* (tomar) e *usus* (uso) (MELLO, 1964. p. 96). Em que pese não ser tratada explicitamente como usucapião, o instituto remonta à Lei das XII Tábuas (VILLELA, 1985. p. 295), existindo nas Ordenações dos Reis de Portugal, nos atos normativos do Império do Brasil e nos Governos da República (MELLO, 1964. p. 97), alcançando a formatação hoje conhecida.

Desde o período arcaico do Direito Romano até o momento atual, a usucapião se justifica pelo restabelecimento de segurança jurídica, eliminando incertezas quanto ao titular do domínio. Quando a lei torna proprietário o possuidor é tutelado ainda a posse de boa-fé e o bom uso das coisas, a que lhe é conferida finalidade produtiva e social.

É socialmente conveniente dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. A ação do tempo sana os 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. Bem certo é que “acabar com as incertezas da propriedade” é a “razão final” da usucapião. (GOMES, 2012. p. 182)

Tornar também proprietário o possuidor é, sobretudo, meio de valorização do uso das coisas, em detrimento da negligência, especulação e má distribuição de bens, especialmente se tratando de imóveis. Ademais, elimina a situação de indefinição da posse, estabelecendo a firmeza da propriedade, sem

contar que cumpre a primordial função da Constituição, que é de conferir dignidade à pessoa humana. (FACHIN, 2008. p. 210)

Pela usucapião se evita a instabilidade da situação do possuidor com a coisa, interessando à paz social, pois suprime conflitos sociais decorrentes da falsa aparência acerca de quem é o proprietário do imóvel. (SALLES, 2010. p. 49) Como ensina Miguel Reale (1982, p. 20) “não há paz social verdadeira sem um sistema de propriedade estável”.

O direito de propriedade é assegurado expressamente no artigo 5º, XXII, da Constituição da República. O inciso subsequente impõe que a propriedade imobiliária deve transcender aos interesses individuais do titular, atendendo ao interesse público e coletivo, atendendo à sua função social, de modo à torna-la produtiva, observar as normas de proteção ambiental, utilizá-la para fins de moradia, subsistência ou fonte de renda, ou seja, priorizando sempre o uso, gozo e fruição do bem para fins de implementação dos direitos fundamentais. (COSTA; BORGES, 2019. p. 27)

Ao determinar que a propriedade atenderá aos fins sociais, a Constituição cria uma cláusula geral que impõe ao titular condutas ativas no uso das coisas imóveis, que além de atender às suas necessidades individuais, deverá servir à coletividade. (MENEZES, 2009. p. 327) Do contrário, o titular da propriedade que não cumprir a função social sofrerá sanções em seu direito.

Dentre outros importantes mecanismos, a limitação ao direito de propriedade imposta pela usucapião é aperfeiçoada e reconhecida como instrumento capaz de diminuir o abismo entre grandes proprietários, especialmente de latifúndios, e pessoas desprovidas de quaisquer bens, seja para moradia ou para produção econômica e/ou de subsistência.

Função social da propriedade é, portanto, a medida de seu exercício. (ARONNE, 2018. p. 133) Está relacionada com uma das parcelas da propriedade, o uso da coisa, com a forma como se dão as faculdades e os poderes que têm o proprietário pelo uso. (FACHIN, 1988. p. 17-18) Desse modo, no Brasil, a usucapião é pautada no ajuste da função social da propriedade, funcionando como verdadeira política urbana, agrícola e fundiária, dinamizando o uso dos imóveis. Dada sua importância, foi difundida com o Código Civil de 1916, aperfeiçoada em legislações diversas e até utilizada como medida populista, muitas das vezes. (ANDRADE, 1982. p. 3-4)



Muito embora seja garantido o direito de propriedade, enquanto direito fundamental, de igual modo, a Constituição da República impõe orientação social em sua fruição, enquanto dever do proprietário, sendo observado não só o fato da coisa ser mal utilizada pelo proprietário, mas também a condição do sujeito/possuidor, que faz uso do imóvel da maneira adequada. Nas palavras de Ricardo Aronne:

Com o princípio da função social, resta inovado o instituto da propriedade privada, no sentido de que agora o titular também é informado por deveres positivos e negativos, derivados de sua titularidade, em face do respectivo ônus social decorrente da pertença de determinado bem (ARONNE, 2018. p. 146).

Se de um lado o proprietário não usa seu imóvel, por outro lado, há necessidade de dar terra para quem precisa dela, conferindo-lhe utilidade econômica, de moradia, desamontoando e abrigando pessoas, seja no campo ou nas cidades (DALLARI, 1992. p. 375), e uma situação complementa e justifica a outra, na medida em que no fato de haver imóvel possuído e usado adequadamente pelo sujeito que não é o seu titular está a força capaz de transmutar a situação de ambos, possuidor e proprietário.

Em decorrência do mau uso da propriedade, o titular deixará de ser proprietário da coisa. O possuidor, por sua vez, antagonicamente, adquirirá também a condição de proprietário, pelo adequado uso do imóvel. Esse descumprimento da função social da propriedade é, portanto, modo de perda do domínio (propriedade) (FACHIN, 2008. p. 208), especialmente pela usucapião, quando a inércia do proprietário é causa de prescrição extintiva da propriedade para si e, para o possuidor, conferirá a prescrição aquisitiva.

Há um paradoxo na usucapião, pois, ao mesmo tempo, cria e destrói direitos, sendo fonte de aquisição da propriedade para um e meio de extinção dela para o outro. (ARAÚJO, 2015. p. 20) Desaparece uma propriedade e surge outra. (SALLES, 2010. p. 50) De um lado, quem possui o bem como se proprietário o fosse adquire a propriedade, enquanto que o proprietário inerte, que negligenciou a posse sobre a coisa, perde a condição de proprietário em favor daquele. Penaliza-se o proprietário negligente ao passo que há estímulo para o bom uso do imóvel, pelo possuidor, que adquirirá, também, a propriedade.

Pela usucapião “premia-se aquele que se utiliza utilmente do bem, em detrimento daquele que deixa escoar o tempo, sem dele utilizar-se ou não se insurgindo que outro faça, como se dono fosse” (VENOSA, 2010. p. 209), de modo que o sujeito que possui o bem, por determinado período de tempo, passa a ser seu proprietário, sendo promovida redistribuição da titularidade do imóvel, com inegável inserção social do sujeito e do bem em vários aspectos, como destaca Fábio Caldas de Araújo:

O acesso à propriedade propicia crédito, identificação geográfica, estabilidade no meio social – fatores essenciais ao crescimento e à melhoria da condição de vida de toda família. (ARAÚJO, 2015. p. 387)

É o tempo somado à função social que viabiliza “o reconhecimento do direito de propriedade àquele que demonstrou melhor uso do bem”. (COSTA; BORGES, 2019. p. 26) Com isso, se fortalece o instituto da propriedade imobiliária, pois o imóvel passa de um estado de abandono para servir à sociedade. (DALLARI, 1992. p. 375)

Como dito, a usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, estando ela, portanto, desvinculada de todo e qualquer liame antecedente entre os titulares. (SALLES, 2010. p. 50) O novo proprietário estará completamente desatrelado de eventuais encargos sobre a coisa. É como se o antigo proprietário nunca tivesse existido, como se o bem tivesse surgido naquele momento de consumação da usucapião.

É fato que é possível a usucapião sobre bens móveis e demais direitos reais. No entanto, reitera-se que, para este trabalho, interessará apenas a usucapião de bens imóveis, fato que limitará o estudo a este objeto de modalidade de aquisição da propriedade.

### 1.2.1 Aquisição da propriedade ou do domínio?

A Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e as legislações especiais parecem apontar que, pela usucapião, numas situações se adquire a propriedade, enquanto que noutras, o domínio do bem imóvel. Afinal, o que se adquire com a usucapião: a propriedade ou o domínio? Referida análise

se revela importante, sobretudo, pelos efeitos decorrentes da decisão que reconhece esse direito, e as dúvidas surgem pela construção dos textos normativos.

É que o artigo 183 da Constituição da República determina que, pela usucapião, o possuidor adquirirá o domínio do bem imóvel. Já o artigo 191 da Carta Maior impõe que a aquisição será da propriedade da coisa. A mesma aplicação está no Código Civil, que replicou o texto da Constituição, neste ponto. Na previsão dos artigos 1.238 e 1.239, pela usucapião, será adquirida a propriedade do imóvel. Por sua vez, os artigos 1.240 e 1.240-A do mesmo Código Civil falam em aquisição do domínio pela usucapião.

O Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, determina aquisição da propriedade pela usucapião, mas a Lei da Usucapião Especial Rural, Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, volta a tratar da aquisição do domínio, o que é repetido no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho 2001.

Há no Brasil diferenciação de direitos adquiridos pelas diversas formas de usucapião ou os termos “propriedade” e “domínio” são utilizados como sinônimos? Pontes de Miranda (1971, p. 30) explica que a Constituição e a legislação infraconstitucional tratam como sinônimos, pois “às vezes, a palavra “propriedade” é usada no lugar de “domínio””.

Apesar disso, na esteira de Ricardo Aronne, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p. 262), muito embora diferenciem propriedade e domínio, reconhecem que, desde o Direito Romano, referidas palavras, são usadas com o mesmo significado. Para os autores, a propriedade é um direito complexo, formado entre o titular do bem e a coletividade. A propriedade é um direito, “significando a representação legal de bens que podem ser livremente negociados”. A propriedade é instrumentalizada pelo domínio, conceituado como a relação de submissão da coisa ao sujeito. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 262-264) Enquanto um, a propriedade, é titularidade, o outro, o domínio, é relação do sujeito com a coisa (ARONE, 1999. p. 74), sendo este, o domínio, o elemento interno do direito real de propriedade. (GOMES, 2012. p. 15)

Neste entendimento, é pelo domínio que se permite exercer os atributos econômicos da propriedade (usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa).

A propriedade, por sua vez, enquanto direito, representa formalmente o domínio. Olindo Herculano de Menezes explica a diferença:

O conceito de propriedade, de sentido predominantemente objetivo, tem natureza econômico-jurídica e expressa uma relação de vinculação, uma relação de pertinência entre a coisa e a pessoa, sendo mais amplo que o de domínio, posto que abarca também os bens incorpóreos. O de domínio, de sentido predominantemente subjetivo, implica o poder, a dominação que sobre a coisa tem o titular. (MENEZES, 2009. p. 307)

A propriedade revela um dever de abstenção de terceiros sobre a coisa, uma prestação de não fazer, enquanto que o domínio é relação entre o titular e o bem, dispensando qualquer ingerência de terceiros. (ARONNE, 1999. p. 89-91) As faculdades no bem, os poderes imediatos do sujeito sobre o objeto, é que definem o domínio, o chamado senhorio, poderes estes que somente o caso concreto permitirá identificação, por se tratar ele de algo variável. (ARONNE, 1999. p. 117) A propriedade seria algo formal, que permite ao titular a transferência da coisa. O domínio, é o poder material de senhorio, revelado na possibilidade de usar, gozar e dispor do imóvel factualmente. Domínio significa dominação sobre a coisa. (MENEZES, 2009. p. 314)

Nessa concepção a posse é o exercício fático de alguns dos poderes decorrentes do domínio, e não da propriedade. Numa última análise, o domínio é exercido pela posse; a propriedade é a titularidade do bem, sendo aquele o conteúdo desta (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 262-264)

A conclusão de uma ação de usucapião, portanto, seria uma sentença declaratória do domínio e constitutiva da propriedade (ARONNE, 1999. p. 79), logo, pela usucapião, para quem entende pela técnica distintiva dos termos, o possuidor estará adquirindo o domínio, quando consumada a usucapião. Adquirirá a propriedade, contudo, apenas com a formalização de sua condição, levando o título de reconhecimento ao serviço de registro de imóveis. A matéria será mais bem tratada no Capítulo 2.

De toda sorte, em que pese abalizada doutrina defender a diferenciação conceitual entre propriedade e domínio, a Constituição Federal e

o Código Civil de 2002 adotaram os termos como sendo sinônimos, ora utilizando propriedade, ora domínio, para definir a mesma coisa.

Assim, sendo os termos postos enquanto sinônimos no direito brasileiro, pela usucapião se adquirirá o domínio, a propriedade ou a titularidade do bem, em qualquer que seja a sua modalidade. Caso contrário, o sistema jurídico estaria conferindo direitos distintos para cada forma de usucapir, garantindo ao possuidor, numa modalidade de usucapião, a aquisição do domínio, como na hipótese do artigo 183 da Constituição Federal, enquanto que noutras formas de usucapião, estaria o possuidor adquirindo a propriedade, como na situação exemplificada no artigo 191 da mesma Constituição de 1988, o que não faria o menor sentido, pois a Constituição não prevê desigualdades na aquisição de bens imóveis pela usucapião. Em todas as situações, pelo exercício da posse, o sujeito adquirirá a *propriedade* da coisa, pois o termo *domínio* é amplamente utilizado enquanto seu sinônimo.

### 1.3 Requisitos para consumação da usucapião de imóveis

Em cada tempo e lugar, a usucapião tem seus requisitos definidos pelas leis, pois se trata de um direito, uma construção artificial para aquisição da propriedade. (MELLO, 1964. p. 96)

Para que houvesse usucapião, no Direito Romano, bastava o exercício da posse justa, acrescido do decurso de certo tempo, sendo discutível necessidade ou não de boa-fé. Como limites sobre o objeto, havia vedação à usucapião de bens furtados. Da mesma forma, a injustiça da posse era fato impeditivo para caracterização da usucapião. (ARAÚJO, 2015. p. 65) Registra-se ainda que somente o cidadão romano era legitimado ativo para usucapir, sendo estendida tal possibilidade para os demais povos, mas com critérios distintos, estes mais rígidos para os estrangeiros. (VENOSA, 2010. p. 207-208)

Antes da codificação civil de 1916, no Brasil, a usucapião de bens imóveis e móveis se dava pelo exercício da posse em 30 ou 40 anos, a depender das circunstâncias dos bens, se particulares ou públicos, litigiosos ou não. (FARIAS; ROSENVALD. p. 2012, p. 396) Até então, a usucapião já existia e estava prevista apenas em legislações espaciais e nas Ordenações, que eram fonte do direito brasileiro. (ARAÚJO. 2015, p. 326) As modalidades, com o

tempo, foram servindo aos interesses da época, até a fase atual, em que há grande ênfase às questões sociais, especialmente de moradia e produtividade (trabalho), prestigiando o bom uso das coisas, mas sem o afastamento da segurança jurídica advinda do instituto, principalmente em se tratando de bens imóveis.

Cada espécie de usucapião será estudada em tópico próprio, onde serão analisadas as suas particularidades, mas há requisitos que são comuns a todos os modelos. De forma geral, são elementares para qualquer tipo de usucapião, a existência de posse e de tempo. Não há usucapião sem ambos os requisitos cumulados. Além de quê, em alguns casos, há necessidade de justo título, boa-fé e/ou finalidade social, condições estas que merecem explicações especificadas, pois servem para simplificar o procedimento, reduzindo os prazos para que haja consumação da usucapião. Cabe perquirir cada um destes requisitos, não de forma exaustiva, mas o suficiente para o contexto desta dissertação.

### 1.3.1 A posse

A posse é um dos temas que causa mais controvérsias na doutrina civilista, seja na sua conceituação, seja na identificação de seus elementos ou, ainda, no fenômeno de existência. Referidos embaraços foram reconhecidos no Brasil por Clóvis Beviláqua, quando apresentou o projeto do primeiro Código Civil, em 1889. Estas foram as suas ponderações:

Não ha, certamente, assumpto, em todo o direito privado, que tenha, mais irresistivelmente, captivado a imaginação dos juristas do que o da posse; mas também, difficilmente, se encontrará outro, que mais tenazmente, haja- resistido á penetração da analyse, ás elucidações da doutrina. (BEVILÁQUA, 2003. p. 17)

Tamanho imbróglia doutrinário é reflexo da variação do conceito de posse no tempo e em cada sistema jurídico. No caso do Brasil, quando da primeira codificação, aponta José Carlos Moreira Alves (1997, p. 2-3) que Clóvis Beviláqua sofreu nítida influência do Código Civil alemão, o que seria inconciliável a com a noção romana de posse. Como resultado disso, houve uma

mescla de princípios romanos, germânicos e canônicos, no Código Civil de 1916, razão pela qual:

Quando se pretende estudar a posse em determinado sistema jurídico - e esse é o nosso objetivo no tocante ao direito brasileiro -, não se pode construir teoria estritamente lógica, em que se estabeleça, como premissa, concepção unitária da posse, e dela se extraiam conseqüências inelutáveis. (ALVES, 1997. p. 4)

Dada a complexidade no entorno da temática, assim como a dissonância doutrinária acerca da posse, atrelado aos fins ora propostos por este estudo, analisar-se-ão apenas os assuntos imprescindíveis para construção do raciocínio que trata da usucapião.

Segundo o Código Civil, em seu artigo 1.196, possuidor é aquele que, de fato, exerce algum dos poderes inerentes à propriedade (usar, gozar, dispor e reaver a coisa). Logo, nos dizeres de Sílvio Venosa (2010, p. 39), posse é conteúdo de exteriorização do exercício da maioria dos direitos reais, destacando-se aqui a propriedade. No Código Civil de 1916 já havia dispositivo conceitual conexo, o artigo 485. Antes disso, diante da falta de elementos precisos na legislação brasileira, a conceituação de posse era construída exclusivamente pela doutrina. (MELLO, 1964. p. 95)

Das poucas definições assentadas sobre a posse, é certo que posse e propriedade são institutos diversos, possivelmente o único consenso que envolva a matéria posse. (ALVES, 1997. p. 1) Tal distinção se evidencia por expressa previsão legal. Como visto no tópico 1.2, o conceito de propriedade não está expressamente no Código Civil atual, pois, o artigo 1.228 apenas aponta as faculdades que tem o proprietário, de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. É fruto de evolução do artigo 542 do Código Civil sucedido. Em linhas gerais, proprietário é o senhor da coisa, sendo a posse a externalização do poder que a lei garante ao proprietário. (MELLO, 1964. p. 95) A propriedade é um direito, situado no domínio representativo, não no mundo dos fatos. (ROSENFELD, 2008. p. 90)

É comum e perfeitamente possível que o possuidor de certo bem não seja o seu proprietário. Basta perceber que a subtração injusta da posse não

retira do proprietário a sua condição, pois ele continua proprietário, mas agora sem a posse. Da mesma forma, a entrega da posse para terceiros, mediante negócio jurídico, não é capaz de alijar o sujeito da titularidade do domínio. Neste caso, também haverá proprietário, igualmente sem a posse.

Tanto é verdade, que se vislumbra, sem maiores esforços, o embate entre proprietário e possuidor, sendo vedado àquele, inclusive, apresentar sua defesa exclusiva na propriedade, em se tratando de demanda possessória, cujo objeto de discussão é tão somente a posse.

Todavia, a regra é que proprietário e possuidor sejam a mesma pessoa, o que gera presunção de que o possuidor da coisa é seu o proprietário. Por esta razão, há certa confusão entre posse e propriedade (GOMES, 2012. p. 33), pois existe na posse essa visibilidade intuitiva de percepção e, por isso, se presume que o possuidor é o proprietário. No seu uso normal, o proprietário será o possuidor do bem. Ele é quem usa, goza e dispõe da coisa, sendo a posse uma exteriorização dessa condição de proprietário. (IHERING, 2004. p. 24)

Quando a posse e a propriedade estão reunidas na mesma pessoa, a distinção é, realmente, inútil. Acontece, porém, que, não raro, se separam, evidenciando-se, então, o contraste entre as duas noções. Revela-se, mais nitidamente, quando a coisa é subtraída, violenta ou clandestinamente, do poder de seu proprietário. Isso feito, verifica qualquer pessoa que há um conflito entre o proprietário que não possui e o não proprietário que possui. De um lado, o direito; do outro, o fato; tal é, segundo Ihering, a antítese a que se reduz a distinção entre a posse e a propriedade. A posse é o poder de fato; a propriedade, o poder de direito sobre a coisa. (GOMES, 2012. p. 33)

Nem sempre haverá essa correspondência dos sujeitos, o que evidencia a indiscutível dissociação dos temas, sendo um, a posse, um poder de fato e o outro, a propriedade, um poder de direito. E esse poder de fato sobre a coisa, no caso, um bem imóvel, é manifestação da posse, um vínculo de sujeição, de senhoria do bem. É um estado de aparência da propriedade que surge como fundamento para direitos; um aspecto externo da propriedade, pois “a posse é o fato que permite e possibilita o exercício do direito de propriedade. Quem não tem a posse não pode utilizar-se da coisa”. (VENOSA, 2010. p. 30)



Por isso, o direito tutela a posse, de forma independente da propriedade, pois é o interesse da propriedade que justifica a proteção da posse. (MELLO, 1964. p. 95) “Tirar a posse é paralisar a propriedade” (IHERING, 2004. p. 9), porque a posse viabiliza a propriedade ao ponto de que, sem aquela, esta é economicamente inviável.

Uma das grandes discussões que se destacam sobre o tema é a natureza jurídica da posse, se ela é um fato ou se é um direito. A conceituação de posse, com identificação de seus elementos, é tema ainda pujante, com nítida influência das teorias explicativas de autoria dos alemães Ihering e Savigny, cujos dilemas ainda se mostram relevantes e influenciaram a legislação brasileira.

José Carlos Moreira Alves (1997, p. 211) ensina que, segundo a teoria de Savigny, a posse é fato e é também direito. Na sua essência, quando considerada em si mesmo, é um fato, entretanto, pelas suas consequências, quando levado em conta os efeitos que produz, mais se assemelha à um direito.

Por outro lado, afirma Ihering (2004, p. 29), categoricamente, que a posse é um direito, decorrente de um fato, como vários outros direitos. Justifica seu posicionamento na conceituação do que é um direito, definindo-o como “interesses juridicamente protegidos”. (IHERING, 2004. p. 30) Nesse aspecto, a posse é uma condição para utilização da propriedade, em que o fato é acrescido de um elemento formal trazido artificialmente pelo direito: a proteção jurídica. A posse era simples fato, mas, como foi tutelada pelo sistema jurídico, passou a ser um direito. (CAMARA FILHO, 1998. p. 1)

No mesmo sentido é o escólio de Orlando Gomes, identificando a presença dos elementos (material e formal) para que a posse seja considerada um direito:

Admitida essa definição, não pode haver dúvida de que a posse seja um direito. Nela se reúnem os dois elementos - substancial e formal - que se exigem para a existência de um direito. O elemento substancial consiste no interesse. A posse o corporifica, porque constitui a condição para a utilização econômica da coisa. Como simples relação de fato, oferece, pois, interesse. A esse elemento substancial, o Direito acrescenta, na posse, um elemento formal: a proteção jurídica. Reveste, portanto, o caráter da relação jurídica, o que equivale a direito. (GOMES, 2012. p. 39-40)

E conclui Manuel Rodrigues:

A lei organizou por uma forma especial a defesa da posse. Perturbados ou esbulhados, os possuidores têm contra os perturbadores ou esbulhadores uma acção e essa acção protege apenas o estado de facto, a aparência de um direito, ou um poder económico independente. A posse reveste portanto todos os caracteres de um direito. Ela é na verdade um poder que prossegue um interesse garantido pela lei. (RODRIGUES, 1981. p. 37)

Como a lei concede para este fato consequências jurídicas, assegurando ao sujeito um direito decorrente, Ihering vê a posse como um inegável direito, pois todo interesse que a lei protege é denominado direito.

Quando a posse é admitida como exercício de fato da apreensão de uma coisa pelo direito, é porque tal fato foi submetido à valorização jurídica enquanto mero fato ou simples apreensão. Não fora isto, e tal apreensão não seria admitida pelo direito, como alguém apreende coisa pública. (RIZZARDO, 2012. p. 63)

Este interesse protegido pela lei é a condição de utilização econômica da coisa (no caso, da propriedade). A posse é fundamental para que a propriedade seja economicamente viável, pois de nada serve a propriedade sem a posse. Sintetizando o entendimento de Ihering, de que a posse é um direito, cabe transcrição do seguinte trecho de sua obra:

A questão do interesse jurídico da posse foi conferida por lei, até pô-la fora de toda a discussão, somente pelo fato de se lhe ter concedido proteção jurídica. Desse modo, a posse foi reconhecida como um interesse que reclama proteção e é digno de obtê-la; e todo interesse que a lei protege deve receber do jurista o nome de *direito* (IHERING, 2004. p. 38).

Parece ser posição adequada a de que a posse é um direito, pois todo direito decorre de um fato, precedente ou permanente. Geralmente os direitos estão relacionados aos fatos do passado. Havendo o fato, desdobrará a

consequência jurídica. É justamente esse o motivo que retira da posse a natureza puramente de ser um fato: a proteção jurídica.

Poderia o legislador do atual Código Civil ter alçado à posse a condição expressa de direito real, mas não o fez. Com efeito, em regra, ela não está passível de registro imobiliário (TREVELIM, 2014. p. 78), salvo nas situações de regularização imobiliária urbana promovida pelo Poder Público, em que a legitimação de posse poderá ser registrada.

A despeito do embate doutrinário sobre a natureza jurídica da posse, que ultrapassa centenas de anos e continua sem assentamento, a discussão, do ponto de vista prático, se posse é fato ou direito, mostra-se relevante para este trabalho na medida em que além de ser elemento indispensável para consumação da usucapião, a posse poderá representar, isoladamente, valor econômico, o que será objeto de análise da parte final deste trabalho.

#### 1.3.1.1 Teorias objetiva e subjetiva da posse

Como corolário do estudo da posse no direito romano e em parte no direito germânico, emergem as relevantes teorias subjetiva e objetiva, também nominadas de teorias da vontade concreta e da vontade abstrata (ou da causa) (RODRIGUES, 1981. p. 76), capitaneadas, respectivamente, por Savigny e Ihering, cujo objeto de estudo são os elementos característicos da posse: o *corpus* e o *animus*. (CAMARA FILHO, 1998. p. 2)

Segundo estudos de José Carlos Moreira Alves (1997, p. 212), para a teoria subjetiva, proposta em 1803, por Friedrich Carl von Savigny, inspirada numa releitura do Direito Romano, a posse jurídica (posse que conduz a usucapião e posse protegida pelos interditos) é formada por um fator exterior (*corpus*) e um fator interior, que acompanha o primeiro (*animus*).

O *corpus* não é o contato material com a coisa (ou atos simbólicos que representem esse contato). “Caracteriza-se na possibilidade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, e de defendê-la contra agressões de terceiro”, sendo o *animus*, para que esteja configurada a posse, o *animus domini*, traduzido na intenção do sujeito ter a coisa como se fosse o seu proprietário. (ALVES, 1997, p. 212)

Enquanto o *corpus* é a disponibilidade de uso do bem, o vínculo de senhoria, a possibilidade de fazer o que quiser com a coisa (VENOSA, 2010, p. 40), protegendo-a, inclusive de ações de terceiros, de modo a excluir os atos destes, o *animus domini* está na vontade de possuir. Dessa forma, a vontade assume um papel importantíssimo para que haja posse, segundo essa doutrina.

Para o autor alemão, posse advém da conjugação de *animus* e *corpus*, pois ela é constituída do poder de dispor fisicamente da coisa, acrescido da intenção de tê-la como sua. (BEVILÁQUA, 2003. p. 20) Não basta o *corpus*, como não basta o *animus*. (GOMES, 2012, p. 32)

Destaca ainda José Carlos Moreira Alves (1997. p. 212) que não se confunde *animus domini* com *opinio domini*, sendo este a crença em ser o proprietário, justamente porque há aqui uma vontade que é voltada para o direito de propriedade, a vontade de ser proprietário e não a certeza de sê-lo. (RODRIGUES, 1981. p. 74) No mesmo sentido leciona Orlando Gomes:

É que o *animus domini* não se confunde com o *opinio domini*, bastando, para aquele, que o possuidor tenha a vontade de agir como e à maneira de proprietário, o que se pode dar em relação à coisa alheia, enquanto, para esta, necessário é que o possuidor seja realmente proprietário. (GOMES, 2012. p. 32)

O trabalho de Savigny, muito embora revolucionário, não esteve imune às críticas. O ponto de maior vulnerabilidade relaciona-se ao *animus domini*, especialmente quando a posse só poderia ser explicada com a noção de posse derivada, que não tinha sustentação nos textos romanos. (ALVES, 1997. p. 217)

Para Orlando Gomes, (2012, p. 33) as grandes falhas que são apontadas à teoria subjetiva estão relacionadas ao seu exagerado subjetivismo, tornando a posse imprescindível de um estado íntimo, difícil de ser precisado. Aponta Sílvio Venosa (2010, p. 40) a teoria subjetiva não explica as posses anômalas, como a do credor pignoratício, do usufrutuário e do enfiteuta, por exemplo, que evidentemente dispensam o critério subjetivo. Sob esta ótica, o arrendatário, o locatário e o usufrutuário não são possuidores, pelo fato de reconhecerem a propriedade alheia. (RIZZARDO, 2012. p. 55) Fábio de Caldas Araújo (2015, p. 180) complementa que a teoria de Savigny é insuficiente do

ponto de vista prático, pois não explica a posse exercida por incapaz ou aquela advinda da sucessão, pelo princípio da *saisine*, em que também o querer é irrelevante para que haja posse.

Por fim, como se não bastassem, as referidas apreciações deixam a definição de posse ou detenção à exclusiva vontade do sujeito, o que poderia trazer uma desordem jurídica, notadamente porque, a depender do *animus*, um locador poderia ser possuidor ou detentor da coisa (CAMARA FILHO, 1998. p. 9), pois “é da maior evidência que não pode deixar-se dependente de um capricho, de uma liberdade tão ampla, um direito tão importante”. (RODRIGUES, 1981. p. 76)

Diante das falhas de sistematização de Savigny, seu compatriota, Rudolf von Ihering formatou a teoria objetiva da posse, apresentando outra visão acerca dos seus elementos. Sendo a posse a exteriorização da propriedade, o *corpus*, para Ihering é a maneira pela qual o sujeito exerce, de fato, a propriedade. (BEVILÁQUA, 2003. p. 26) “É a relação de fato entre a pessoa e a coisa de acordo com a sua destinação econômica”. (ALVES, 1997. p. 223)

Para que haja posse, o sujeito deve exercer um poder de fato sobre um objeto. Ademais, referido bem, passível de ser possuído, deve ser aquele onde possa haver propriedade, tendo em vista que onde a propriedade não é possível, a posse também não o é, já que esta compõe aquela. (IHERING, 2004, p. 19)

Combatendo a teoria subjetiva, Ihering (2004, p. 41-42) defende que o *animus* daquela doutrina, pautado na particular vontade de possuir, não é capaz de caracterizar a posse, pois o que define posse, e a diferença entre ela e a mera detenção, é a causa pela qual a posse é exercida, expressa em disposição legal, na medida em que a declaração de vontade não é suficiente para adquirir a posse. “A diferença entre a posse e a detenção não está na natureza particular da vontade de possuir, mas, sim, na causa de aquisição”. (GOMES, 2012. p. 35)

O *animus* deve ser determinado pela natureza da relação havida entre as partes (a causa pela qual se detém a coisa), pois a vontade que deve ser observada é aquela comum que se espera de acordo com a relação jurídica em questão. A “vontade normal” do comprador é diferente da “vontade normal” do transportador. Por isso, o primeiro poderá ser proprietário, já o segundo, não.

Poderá até o transportador ter a mesma vontade do comprador, de ser proprietário, mas a causa pela qual cada um detém o bem é diferente; logo, a situação jurídica é que define a posse, pouco importando a vontade do sujeito. (RODRIGUES, 1981. p. 76-77)

Segundo a teoria objetiva, para que haja posse, tudo vai depender da natureza do bem e da sua destinação econômica, sendo este o ponto chave para identificação do instituto, como explica Orlando Gomes:

O seu ponto de vista pode ser resumido na seguinte sentença: só há posse onde pode haver propriedade. O que importa é o uso econômico, a destinação das coisas, a forma econômica de sua relação exterior com a pessoa. Algumas coisas comportam o poder físico porque podem ser guardadas e defendidas. Outras, porém, não o admitem, porque são livres e abertas. No entanto, umas e outras podem ser possuídas. (GOMES, 2012. p. 35)

A exemplificação trazida por Ihering explica bem o fenômeno:

A aptidão do proprietário varia conforme a diversidade das coisas. Por certas razões que não precisa se expor, ele tem em sua casa, e nela as conserva, a maior parte das coisas móveis – estas coisas podem se ocultar. Certas coisas, porém, não se podem guardar deste modo; o seu destino econômico exige que estejam descoberto – as ervas, o feno, a palha no campo, a madeira cortada no bosque, a turfa, o carvão junto da mina, as pedras na pedreira, os materiais de construção junto da obra, etc. (IHERING, 2004, p. 44)

Alguns bens, pela sua natureza, dispensam a apreensão física para que a finalidade econômica seja dada, mas nem por isso haverá a perda da posse, pois “posso ser possuidor de bens sem estar presente no local” (VENOSA, 2010. p. 1047). A posse é conferida pela destinação econômica adequada dada pelo sujeito ao objeto, sendo suficiente a existência de atos externos que denunciem esse poder do sujeito sobre a coisa. (RODRIGUES, 1981. p. 73) É justamente na utilização econômica da coisa que a posse se mostra, sendo denominada por Ihering (2004, p. 28) de “guarda avançada da propriedade”. Possuidor é quem pode utilizar economicamente a coisa, dando

vida a propriedade, pois sem a posse, a propriedade é economicamente inservível.

Todos esses atos, de uso, gozo e consumação das coisas, têm por condição a posse, do que resulta que o proprietário privado da posse fica paralisado quanto à realização econômica de sua propriedade. Tirar a posse é, portanto, paralisar a propriedade. Em suma, considerada em sua relação com a propriedade, a posse apresenta-se como elemento indispensável ao proprietário para a utilização econômica da coisa. (GOMES, 2012. p.34)

Deve o sujeito dar à coisa a destinação segundo a sua diversidade, e esse aspecto normal da relação entre a pessoa e a coisa é que constitui a posse. Além do mais, não há um obstáculo físico para que um terceiro tome a posse da coisa, mas sim uma barreira jurídica, erguida pela destinação econômica adequada dada à coisa, sendo ela a sustentação de segurança do possuidor. (IHERING, 2004. p. 44)

Por mais que se evidencie nos bens móveis, a lógica se aplica também aos imóveis, pois existem coisas imóveis protegidas por muros ou cercas, e coisas imóveis desprovidas de obstáculos físicos. O poder físico sobre a coisa é, portanto, dispensável para que haja posse. É no uso econômico da coisa que se fundamenta a proteção possessória e não para dar ao possuidor o mero capricho de poder físico sobre o bem. (IHERING, 2004, p. 44) Apesar disso, em determinadas situações, o poder físico de apreensão da coisa irá coincidir com o aspecto normal da relação entre sujeito e objeto. Nestes casos, a utilização econômica da coisa é pela sua apreensão física, o que não coloca tal fato como sendo caractere necessário da posse.

Ihering sustenta ainda que o *animus* da teoria de Savigny é de difícil prova, por ser algo subjetivo. Saber se o sujeito deseja ou não possuir o objeto não deve ser relevante para que haja posse. Segundo a teoria objetiva, de Ihering, o *animus* faz parte do conceito de *corpus*, pois quando o sujeito se comporta como proprietário, dando finalidade econômica adequada à coisa (ato objetivo) será ele o possuidor do objeto. O critério sempre será da finalidade econômica dada ao bem (VENOSA, 2010. p. 40), pois o possuidor comporta-se como se fosse o proprietário e isso é algo objetivamente perceptível, a partir de

uma conduta visível do sujeito, o que simplifica e resolve questões de ordem prática, como explica Manuel Rodrigues.

Dominado pela ideia de fim, IHERING pretendeu fixar um conceito que ampliasse a defesa possessória a toda situação jurídica constituída no interesse daquele que está numa relação material com a coisa, e ao mesmo tempo tornasse fácil a demonstração de que tinha a posse. (RODRIGUES, 1981. p. 71)

E arremata Orlando Gomes:

Bem é de ver que, do ponto de vista prático, a teoria de Ihering é mais vantajosa. Aqueles que Savigny qualifica como detentores não gozam de uma proteção direta e imediata. Se são turbados no uso e gozo da coisa que detêm, devem dirigir-se à pessoa que lhes concedeu a detenção, a fim de que esta, como possuidora que é, invoque a proteção possessória, fazendo cessar a turbação. O inconveniente é manifesto. Imagine-se o inquilino de uma casa que, não podendo utilizá-la devidamente em virtude da ação turbativa do vizinho, tem de solicitar do senhorio ausente que requeira o interdito de manutenção, porque ele, inquilino, sendo mero detentor, não pode fazer uso desse remédio possessório. (GOMES, 2012. p. 39)

Ihering (2004, p. 49) defende que a posse é reconhecida exteriormente por terceiros, podendo eles identificar se a relação do sujeito com a coisa é normal ou anormal, o que se torna impossível do ponto de vista subjetivo, em que a vontade tem total relevância. A teoria objetiva fixa como critério para que haja posse os atos de exteriorização e a finalidade adequada (normal) conferida à coisa, e não a vontade do sujeito em ser possuidor do objeto por ele apreendido, como se proprietário fosse. Adotar a teoria objetiva, sem dúvidas, resolve diversas questões que envolvem a posse.

Em suma, domina o entendimento de conceber-se a posse como um exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao da propriedade ou de direito real. Não se reclama a presença de elemento interno, distintamente quanto ao elemento externo. Ele já integra o poder de utilização econômica da coisa. Daí compreender-se como



possuidor aquele que, na teoria de Savigny, era considerado mero detentor. São possuidores, portanto, o usufrutuário, o locatário, o comodatário, o depositário, o mandatário, o transportador, o administrador, o testamenteiro, entre outras pessoas que utilizam coisas alheias por força de um direito ou de uma obrigação. (RIZZARDO, 2012. p. 24-25)

Possuidor é, portanto, aquele que dá visibilidade ao direito de propriedade e, por isso, a posse sempre será presumida em favor daquele que exterioriza esta relação possessória, evidenciando maior utilidade na teoria objetiva (ARAÚJO, 2015. p. 184), pois, como ensina Manuel Rodrigues (1981, p. 81), a consciência social é o elemento exterior que confere ao sujeito a posse. Finalidade e interesse são informações de exteriorização da posse, demonstrados de forma objetiva. Será a causa da posse, tomada pelo proprietário, que determinará a que título o sujeito detém o bem, e não a sua vontade. E a causa da posse sempre advém de previsão legal.

Sempre que um sujeito mantém relação com o objeto haverá posse, salvo nas situações em que o ordenamento jurídico não conferir proteção, quando então é caso de mera detenção. A proteção jurídica dada pelo sistema é que diferencia posse de detenção, sendo esta desprovida de amparo.

Enquanto Savigny identifica a detenção como elemento que antecede a posse (posse é *detenção* acrescida de *animus*), Ihering parte do caminho oposto. Pois, para ele, a relação exteriorizada da coisa com o sujeito sempre impõe posse, salvo previsão legal em sentido diverso, logo, o que não for posse, por exclusão, será detenção. Nem todo estado de fato terá direito à proteção e é nessa falta de proteção que repousa a detenção. (IHERING, 2004. p. 52) A distinção entre posse e detenção é algo artificial e não está ao arbítrio do sujeito. (VENOSA, 2010. p. 40)

Como em todo o mundo, referidas teorias influenciaram o legislador brasileiro, desde os esboços e tentativas da primeira codificação, até a o atual Código Civil. José Carlos Moreira Alves (1997, p. 338-352), de conhecimento notável na matéria, ensina que Teixeira de Freitas, assim como Nabuco Araújo e Felício dos Santos, nos esboços do projeto do Código Civil, adotaram a concepção da teoria subjetiva da posse, de Savigny. O projeto de Coelho Rodrigues, por sua vez, afasta-se do entendimento de Savigny.

Da mesma forma, o trabalho de Clóvis Beviláqua, entusiasta da teoria objetiva da posse, que vingou no Brasil no Código de sua elaboração. Explica o autor que “se a posse é a exterioridade da propriedade, o critério da existência da posse há de ser o modo pelo qual o proprietário usa, normalmente, de sua propriedade” (BEVILÁQUE, 2003. p. 24-25), modo este que é variável conforme o destino econômico de cada uma das coisas. Esse deve ser o critério adotado para que haja posse.

José Carlos Moreira Alves (1997, p. 360-367) explica que o projeto originário de Clóvis Beviláqua, antes de ser encaminhado ao Congresso Nacional, foi submetido à análise de uma comissão revisora. Na Câmara dos Deputados, após parecer final de uma Comissão Especial, se concluiu pela regulamentação da teoria da posse, com base na doutrina de Ihering. A Comissão Especial do Senado confirmou também a aceitação da teoria objetiva, repelindo a doutrina subjetiva da posse, de Savigny.

Apesar disso, não há integral adoção da teoria objetiva. Neste sentido:

O que o Código Civil brasileiro acolheu da teoria de Ihering foi a orientação objetiva, por ele propugnada, de que decorrem estes princípios: a noção de posse como aparência do direito; a interdependência de seus elementos objetivo e subjetivo, à maneira da vinculação indissolúvel da idéia à palavra; e a lei como elemento distintivo da posse e da detenção, considerada esta como posse degradada, só existente, por isso mesmo, nos casos expressos em dispositivo legal. (ALVES, 1997. p 370)

No Direito Civil brasileiro atual, em regra, vingou a teoria objetiva de Ihering, o que se comprova pela leitura do artigo 1.196 do Código Civil, pois não interessa o *animus* para que haja posse. Se faz uma avaliação objetiva de conduta, de prática de atos, de exterioridade, e não da vontade do sujeito. O que interessa é a vontade declarada, exteriorizada, percebida por terceiros, pois, “quem de fora divisa o possuidor, não o distingue do proprietário”. (VENOSA, 2010. p. 49) No mesmo sentido ensina Orlando Gomes:

O Código Civil brasileiro foi dos primeiros a aceitar os princípios da doutrina objetiva. O autor do Projeto confessa a sua filiação doutrinária ao pensamento de Ihering e

proclama a precedência de nossa legislação na consagração da teoria de Ihering. (GOMES, 2012. p. 38)

Pela expressão do artigo 1.196 do Código Civil, possuidor é quem exterioriza alguma das faculdades da propriedade, seja ele o proprietário ou não, numa nítida filiação à teoria objetiva de Ihering.

A posse, em nosso direito positivo, não exige, portanto, a intenção de dono, e nem reclama o poder físico sobre a coisa. É relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio (Código Civil, art. 1.196). (PEREIRA, 2017. p. 38)

Apesar disso, o pensamento de Savigny não foi de todo esquecido, “por vezes, porém, fazem-se em nosso Código, concessões à teoria subjetiva” (ALVES, 1997, p. 370), notadamente porque a teoria objetiva não é aplicada com total pureza no sistema brasileiro, havendo, em determinados pontos, encontros entre elas. (GOMES, 2012. p. 38) Não se deve desprezar, contudo, que Savigny identifica a importância do querer num momento anterior ao fato da posse. Desse modo, a vontade tem espaço para que seja estabelecida uma relação entre a pessoa e a coisa, pois, em regra, é preciso querer possuir algo antes de possuí-lo (IHERING, 2004. p. 42):

O grande mérito de Savigny foi descrever de modo preciso os elementos que fragmentam o poder de disposição da coisa. Sem dúvida, *antes de possuir, preciso querer possuir*. (ARAÚJO, 2015. p. 180)

A relevância do querer precede o *corpus*, relação fática entre sujeito e objeto, exteriorizada na destinação econômica dada à coisa. É necessário que o sujeito queira ter o objeto, para que, posteriormente, haja posse (salvo exceções, como na posse advinda da sucessão, por exemplo). A vontade precede a apropriação corpórea da coisa ou a destinação adequada dada a ela, vontade esta que deverá ser exteriorizada, pois “o reconhecimento de sua condição advém dos aspectos de externalização de sua vontade. Somente nessa perspectiva o *animus domini* tem alguma relevância”. (ARAÚJO, 2015. p. 164)

Exibidas as principais questões que envolvem a posse, importante é reafirmar, ainda, a distinção entre possuidor e detentor, já apresentada nas concepções das teorias da posse estudadas.

Também prevalece a teoria objetiva, que diferencia a situação de posse e detenção de acordo com a proteção jurídica dada àquela. Detentor é o sujeito que tem a coisa, mas sem a qualidade de possuidor ou de proprietário. Ele detém o bem sem que haja proteção jurídica à sua relação. A identificação do detentor é por exclusão, de modo que o conceito legal de detenção está no artigo 1.198 do Código Civil.

Não há tutela da detenção à coisa, pois o detentor atua em nome de terceira pessoa, do possuidor. A detenção é irrelevante do ponto de vista jurídico, pois não recebe guarida do sistema. (PINTO, 2019. p. 21) Detentor tem a coisa consigo, mas sua relação com a coisa se restringe aos efeitos do negócio jurídico em que se funda. (BEVILÁQUA, 2003. p. 177)

Embora se conceda a posse àquele que, por força de obrigação ou direito, detém temporariamente a coisa, alguns há que se encontram nessa situação e, sem embargo disso, não são considerados possuidores. Tais os que estão em situação de dependência para com outrem. Entende-se, que, nesses casos, os que detêm a coisa conservam a posse em nome dos que a entregaram. São, portanto, detentores, razão por que lhes não assiste o direito de invocar a proteção possessória. (GOMES, 2012. p. 45)

O detentor, que *a priori* não pode usucapir, em determinadas circunstâncias poderá passar a ser possuidor, desde que haja novo negócio jurídico ou um ato alterando a situação fática. (VENOSA, 2010. p. 47) Havendo modificação de *animus* (objetivamente falando, porque vontade do detentor não é capaz de mudar sua posição para torná-lo possuidor), sua situação jurídica será outra, passando o detentor a ser possuidor, permitindo com isso a usucapião.

A posse desdobra dois importantes efeitos ao sujeito possuidor, reconhecidos em ambas as teorias estudadas: a possibilidade de proteção possessória, por meio dos interditos (inclusive contra o proprietário), e a possibilidade de usucapir o bem, tornando o sujeito também proprietário, pela

consumação da usucapião, sendo este último efeito relevante para a presente pesquisa.

#### 1.3.1.2 A posse para usucapir: *animus domini* e posse justa

Se há mais de um efeito que decorre da posse, não são todas as hipóteses que podem transmudar a situação de posse em propriedade (com posse) pela consumação da usucapião. O direito à usucapião é um dos principais efeitos da posse, mas não é toda posse que tem o condão de tornar proprietário o possuidor. Qualquer posse autoriza o sujeito ajuizar ações possessórias (posse *ad interdicta*), até mesmo o possuidor de má-fé, ou que detenha posse injusta, contudo, somente a posse exercida com intensão de dono conduz a usucapião (posse *usucapionem*). (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 191)

A primeira forma permite a utilização dos interditos possessórios. Deve preencher os requisitos para garantir a defesa por meio das ações possessórias, isto é, a prévia existência da posse e a moléstia, consistente está na turbação e esbulho. É a chamada posse *ad interdicta*. A segunda modalidade requer mais elementos. Sobressai a exigência da boa-fé, ao lado de outros requisitos, como o decurso de tempo suficiente; o exercício da posse de modo manso e pacífico; o fundamento em justo título, em não se cuidando de usucapião extraordinário; e a presença de *animus domini*. (RIZZARDO, 2012. p. 52)

A posse, em linhas gerais, é a posse *ad interdicta*, que tem como principal efeito a possibilidade de o possuidor fazer uso dos interditos possessórios, podendo defender ou recuperar a posse, quando ameaçada, turbada ou perdida. Ocorre que, a posse prolongada no tempo pode ter como efeito a consumação da usucapião, quando presentes todos os requisitos delineados na lei. É a posse *ad usucapionem*, capaz de gerar a propriedade em favor do possuidor. (MONTEIRO; MALUF, 2009. p. 32)

Essa posse, que tem a força de criar uma nova propriedade, que viabiliza a usucapião, é qualificada por requisitos especiais em relação à posse que permite a defesa por uso de interditos. Havendo diferença nas qualidades da posse, a repercussão prática se impõe. Por exemplo a posse injusta pode

justificar defesa possessória diante de esbulho e turbação, mas não serve para usucapião; a posse do locatário e do comodatário, igualmente, são fundamento para interditos, mas não permite a consumação da usucapião, pois nas causas dessas posses estão as barreiras impeditivas.

A posse *ad usucapionem*, assim nas fontes como no direito moderno, há de ser rodeada de elementos, que nem por serem acidentais, deixam de ter a mais profunda significação, pois a lei a requer contínua, pacífica ou incontestada, por todo o tempo estipulado, e com intenção de dono. (PEREIRA, 2017. p. 139)

A posse *ad usucapionem* é especial, pois conduz ao matrimônio entre posse e propriedade. (ARAÚJO, 2015. p. 163) O possuidor passará a ser, também, proprietário. Para usucapir, a posse deve ser qualificada, exercida com *animus domini*, traduzido na demonstração de atos possessórios, quando o possuidor exterioriza o exercício da posse do imóvel, tratando a coisa como se sua fosse. Detalha Orlando Gomes:

Necessário, por conseguinte, que o possuidor exerça posse com *animus domini*. Se há obstáculo objetivo a que possua com esse animus, não pode adquirir a propriedade por usucapião. A existência de obstáculo subjetivo impede apenas a aquisição que requer boa-fé. Por fim, é preciso que a intenção de possuir como dono exista desde o momento em que o prescribente se apossa do bem. (GOMES, 2012. p. 183)

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 191), o *animus domini* da usucapião reluz a vontade de possuir o bem como se proprietário o fosse, tendo aderido a Constituição e o Código Civil, neste ponto, à teoria subjetiva de Ihering.

A posse necessariamente será acompanhada do *animus domini*. Consiste no propósito de o usucapiente possuir a coisa como se esta lhe pertencesse. O possuidor que conta com *animus domini* sabe que a coisa não pertence, porém atua com o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 417)

Sílvia Venosa (2010, p. 49-50) também entende que há ponto de contato com a teoria subjetiva nos casos de posse para usucapir, na medida em que o sujeito deverá possuir o imóvel como seu, com a intensão de dono, para que haja posse ad *usucapionem*. Portanto, considera o elemento subjetivo *animus domini*. “Este requisito psíquico de tal maneira se integra na posse, que adquire tónus de essencialidade”. (PEREIRA, 2017. p. 139)

Ocorre, contudo, como ensinam Roberto Paulino de Albuquerque Júnior e Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho, para aquisição da propriedade por usucapião, a vontade do sujeito de adquirir o domínio é irrelevante, pois:

A aquisição decorre de ato-fato jurídico, em que a vontade é irrelevante, pois é abstraída pela norma jurídica. O suporte fático normativo dos “atos-fatos” jurídicos não tem, pois, a vontade como um de seus elementos. Basta, para sua concreção, apenas a mudança fática causada pela conduta (positiva ou negativa) humana. A vontade, nesse caso, se existir, não é juridicizada pela incidência, ficando restrita ao mundo fático. (2011, p. 2)

Fábio Caldas de Araújo se filia à teoria de que a causa da posse é que induzirá à usucapião, pois apontará sua qualidade, pouco importando o estado anímico do sujeito. Nesse aspecto, reafirma-se a teoria objetiva da posse, sendo a vontade de possuir algo dispensável.

O elemento diferenciador para configurar a *possessio ad usucapionem* será a *causa possessionis*, uma vez que a mesma externará a qualidade da posse exercida, pouco importando o elemento volitivo, que diz respeito ao foro interno do sujeito. Assim, locatário e comodatário não possuem *animus domini*, pois as causas de sua posse não autorizam a prescrição aquisitiva. (ARAÚJO, 2015. p. 201)

E complementa Maria Helena Diniz:

O possuidor a título de compra não pode, arbitrariamente, invocar o título de herdeiro; quem tem posse para interditos não pode a seu bel-prazer transformá-la em posse qualificada para usucapião; o mero detentor não pode fazer de sua detenção uma posse verdadeira. (DINIZ, 2014. p. 79)

Não é que se dispense o elemento *animus domini*, mas sua leitura há de ser feita à luz da teoria objetiva, como ensina Caio Mário da Silva Pereira, pois:

O elemento psíquico, *animus*, na teoria objetivista de Jhering não se situa na intenção de dono, mas tão somente na vontade de proceder como procede habitualmente o proprietário – *affectio tenendi* – independentemente de querer ser dono. (PEREIRA, 2017. p. 36)

Inicialmente têm de ser analisadas as causas que justificam a posse, e não a vontade do possuidor, pois o simples querer não é poder, para fins de domínio. (ARAÚJO, 2015. p. 202) Havendo posse, aí sim entra em cena o elemento subjetivo, que deverá ser externado, pois o possuidor precisa se comportar como se fosse proprietário, para que haja posse *ad usucapionem*. Estes atos são aferíveis de maneira objetiva, pois se trata da posse com o elemento “possuir como seu”, que evidentemente será concretizado por ações e não por mera vontade (TREVELIM, 2014. p. 118), porque, nos dizeres de Orlando Gomes, “a vontade de conduzir-se como proprietário do bem carece ser traduzida por atos inequívocos”. (GOMES, 2012. p. 183)

Tanto o artigo 183, como o artigo 191, ambos da Constituição Federal, determinam que, para usucapir, o sujeito deve possuir como seu o imóvel. A vontade é, portanto, requisito para posse *ad usucapionem*, entretanto, deverá ser ela exteriorizada. Só será possuidor a depender da causa pela qual o sujeito detenha o bem, podendo ele ser possuidor pela compra e venda ou possuidor pela locação, por exemplo. Na primeira situação a posse autoriza a usucapião. Na segunda, não. Mas, para usucapir, além de ser possuidor, o sujeito deverá exercer a posse como se proprietário o fosse, praticando atos visíveis à coletividade, de modo que objetivamente se identifique o elemento subjetivo, que é a intenção de ser proprietário.

O possuidor, mesmo com *animus domini*, não usucapirá o bem a depender da causa pela qual o detém. O locatário exerce perante terceiros atos inerentes ao proprietário, mas a causa da sua posse não induz usucapião, independentemente de sua vontade em ser proprietário, que poderá até ser exteriorizada nas suas condutas perante certa coletividade. Da mesma forma, a



vontade do sujeito, pela doutrina objetiva, precede a posse. É preciso querer possuir algo, para, em seguida, possuí-lo. Logo, é perfeitamente possível que o sujeito possua o imóvel sem que queira ser o seu proprietário, independentemente da causa de sua posse.

Arnaldo Rizzardo (2012, p. 281) explica que a posse do locatário, bem como a do usufrutuário, do arrendatário e do credor hipotecário, por exemplo, não serve para consumação da usucapião pela falta de *animus domini*. Não parece ser correta essa afirmativa, na medida em que a usucapião está vedada pela causa da posse e não pelo estado anímico do sujeito.

Além de ser a posse exercida com *animus domini*, somente será possível a usucapião quando aquela for justa. Segundo o artigo 1.200 do Código Civil, justa será a posse que não for violenta, clandestina ou precária. É a posse que não viciosa, aquela que não atenta contra o direito. (VENOSA, 2010. p. 66) Posse justa é aquela adquirida por um dos predicados conferidos em lei. (GOMES, 2012. p. 48) Desse modo, é de grande relevância, para fins de usucapião, saber de todos os aspectos entre o sujeito e o objeto, desde a sua origem, pois a posse não deve ser eivada de vícios. Explica Clóvis Beviláqua:

Justa é a posse que não fôr violenta, clandestina ou precária. É a definição do Código Civil, que a recebeu de LAFAYETTE, e é clara e compreensiva, porque, excluindo os vícios communs da posse, apresenta a relação jurídica em sua pureza, isto é, legitimamente fundada (BEVILÁQUA, 2003. p. 50).

Para análise da justiça ou injustiça da posse, os critérios devem ser investigados de maneira objetiva, pois não se trata de boa-fé ou de má-fé, cuja vontade do sujeito é relevante para configuração. Violência, clandestinidade e precariedade devem ser vistos pelos atos praticados na origem da posse e não pela vontade interna do agente.

É preciso não se confundir a posse injusta com a posse de má fé, nem a posse justa com a posse de boa fé. A posse justa é *ex iusta causa*, o que se passa no mundo fático, objetivamente; a posse de boa fé é a de quem se crê possuidor *ex iusta causa*, ainda que não no seja, - o que ocorre no mundo fático, mas subjetivamente. A posse injusta é *ex iniusta causa*; a má fé é a de quem se crê

possuidor *ex iniusta causa*. (PONTES DE MIRANDA, 1971. p. 120)

Muito embora a má-fé revele mácula subjetiva, a análise da justiça da posse é de conspurcação objetiva, na forma de sua aquisição.

No exercício de uma das faculdades inerentes ao domínio, o possuidor pode ter obtido a posse de modo lícito, de sorte que o poder de fato seja legítimo, ou pode detê-lo por fato reprovado pelo Direito. A obtenção da posse por meio ilícito a vicia. Posse há, desse modo, que é viciada. Por conseguinte, a presença de qualquer dos vícios objetivos influi na sua qualificação. Não basta, porém, que a posse seja limpa de qualquer mácula, para que juridicamente se considere pura. E preciso ainda que o possuidor possa ter a convicção de que o seu poder é legítimo. Do contrário, estará subjetivamente viciada. (GOMES, 2012. p. 47)

A posse de má-fé, muito embora subjetivamente viciada, autoriza a usucapião, em certas situações, mas a posse injusta, como regra, não. Da primeira, a análise é subjetiva (de intenção), da segunda, objetiva, pois é perfeitamente possível a ocupação de um imóvel, de forma justa (sem vícios), mas de má-fé. A má-fé não impede a usucapião, desde que a posse não seja violenta, clandestina ou precária, logo, injusta. Basta a inércia do proprietário que, mesmo estando de má-fé, o possuidor poderá adquirir o bem pela usucapião.

Além disso, para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 225-226), o conceito de posse injusta descrito pelo artigo 1.200 do Código Civil deve ser interpretado de forma mais extensa, haja vista a noção ampla do *caput* do artigo 1.228 do mesmo diploma legal. A posse injusta é aquela que sobeja desamparada de causa jurídica eficiente capaz de respaldar a situação do possuidor, isso porque “o vício da posse é toda circunstância que a desvia da legalidade” (BEVILÁQUA, 2003. p. 49), é a posse “cuja aquisição repugna ao Direito, que se adquirira por modo proibido” (GOMES, 2012. p. 49), sendo, portanto, transcendentais às hipóteses arroladas na Lei.

Conforme lição de Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 68-70), será violenta a posse obtida pela força ou violência. Por outro lado, a posse adquirida com tranquilidade, e da mesma forma mantida, é considerada como mansa e

pacífica; clandestina é a posse obtida às escondidas, por meio de subterfúgios. A posse adquirida às claras, e de forma pública, não será clandestina, ainda que posteriormente seja ocultada a coisa; por fim, a posse precária é a do flamulo da posse, que decorre de relação anterior entre as partes, quando a pessoa tem a posse, pautado na confiança, e se compromete a restituir, mas não devolve a coisa quando requerido.

Aliás, até nas hipóteses em que o possuidor obtenha êxito de desforço imediato, ou ainda em demanda judicial, nos casos de esbulho ou turbação, sua posse continuará pacífica, pois a conduta ilícita de terceiro não poderá prejudicar a posse do sujeito. (SALLES, 2010. p. 63)

Parece não haver maiores embates doutrinários acerca da justiça da posse, pois os conceitos de Venosa e a ampliação interpretativa de Farias e Rosenvald são construções já firmadas por Beviláqua (2003. p. 50-51), que definiu posse violenta como aquela que se adquire pela força, descrevendo como mansa, pacífica ou tranquila, aquela isenta de violência. Para ele, clandestina é a posse estabelecida às ocultas, e precária a que se origina do abuso de confiança. Tudo muito próximo, e maior aprofundamento se mostra desnecessário para a pesquisa.

Destaca-se, contudo, que enquanto os vícios de clandestinidade e violência são relativos, podendo ser superados, o vício da precariedade é absoluto. Uma posse precária, em regra, não está sujeita à convalidação; logo, sempre será impeditiva da usucapião.

Nesses casos, como se tratam de vícios temporários, a clandestinidade e a violência admitem purgação, estabelecendo-se posse justa tão logo cessarem os referidos vícios, “desde que não consista a mudança em ato do próprio possuidor vicioso”. (PEREIRA, 2017. p. 43) Desse modo, mesmo sendo injusta a posse na sua aquisição, não mais havendo a violência ou a clandestinidade, há convalescimento da posse, passando ela de injusta para justa, sendo o termo inicial para contagem do prazo o dia em que encerrou o ato viciado. Por outro lado, como a precariedade não encerra nunca, é algo perpétuo, impossível falar em sua convalidação. (SALLES, 2010. p. 70)

Em suma: a posse para usucapião deverá ser exercida com externalização de atos de proprietário. Além disso, deverá ser ela pacífica (não violenta), pública (não clandestina) e sem vínculo antecedente na origem (não

precária). Do contrário, será injusta, o que inviabiliza a aquisição originária pela usucapião, em qualquer de suas modalidades.

### 1.3.2 O tempo

Se materializa a usucapião pela inércia do proprietário, que durante certo tempo permite que o possuidor esteja em seu imóvel, isso em todas as espécies de usucapião, pois “a posse há de durar, para que se converta em propriedade”. (PEREIRA, 2017. p. 140) Assim como o requisito posse, é indispensável, para que haja usucapião, o decurso do tempo, pelo período que o legislador entendeu suficiente para que a situação fática implique na aquisição da propriedade, estabilizando a relação social, de modo que terceiros possam ver ao mesmo tempo, na mesma figura, possuidor e proprietário. É assim que deve ser e essa é uma das causas da usucapião.

O tempo é uma força na vida jurídica, tendo poder extintivo de direitos, bem como o de criá-los, como na usucapião, quando simultaneamente acaba, para um, a propriedade, enquanto que uma nova surge para outro. É o tempo a força capaz de transformar a posse em posse com propriedade. (BEVILÁQUA, 2003. p. 170) De tão importante este requisito, pelo simples exercício da posse durante certo tempo já é possível usucapir um bem imóvel, em determinadas situações, sendo dispensado qualquer outro requisito, o que será visto mais à frente, quando forem tratadas as espécies de usucapião.

Está no tempo prolongado o requisito que configura a inércia do proprietário em reaver o bem possuído por terceiro. É justamente por isso que se exige tempo demorado para usucapião, como uma forma de proteção do proprietário, que poderá reivindicar sua propriedade, antes que decorra o período necessário para consumação da usucapião. (ARAÚJO, 2015, p. 244) Depois de decorrido o tempo, nada mais caberá ao, agora, antigo proprietário, que já perdeu o domínio para quem era possuidor.

O transcurso de certo tempo entre dois termos, inicial e final, é denominado prazo. Em se tratando de usucapião de bens imóveis, os prazos variam de acordo com a sua modalidade (de 02 anos, no caso de usucapião familiar, a 15 anos, na usucapião extraordinária), tudo de acordo com os bens jurídicos tutelados nas espécies. As nuances de cada forma de usucapião ainda

serão vistas, mas, em regra, havendo outros requisitos, o tempo para usucapir será reduzido, como acentua Orlando Gomes:

A diversidade de prazos é também estabelecida em função dos requisitos exigidos para a consumação da usucapião. Abrevia-se o prazo quando o possuidor preenche os requisitos suplementares de justo título e boa-fé, mas, neste caso, o alongamento ou a abreviação do lapso do tempo não decorre de fatores externos. O que influi é o modo por que se possui, o teor da posse. (GOMES, 2012. p. 184)

Terá início a contagem do prazo o dia subsequente aos primeiros atos materiais de posse, conforme dicção do artigo 132 do Código Civil, incluindo-se o último dia para cômputo do prazo para usucapir. Além do mais, em todas as formas de usucapião, na contagem do prazo exigível, a posse deverá ser exercida de maneira contínua, ininterrupta e sem oposição de quem quer que seja, “cumpre se exerça uma posse contínua, sem intervalos, de modo pacífico e sem contestação pelo tempo necessário”. (RIZZARDO, 2012. p. 283)

Segundo Fábio Caldas de Araújo (2015, p. 208-209), a exigência da continuidade, por mais que não esteja de forma expressa no artigo 1.238 do Código Civil, decorre de interpretação sistemática. Além disso, a continuidade deve ser de atos possessórios e não de contato direto com a coisa, pois mesmo sem a ocupação diuturna do bem a posse é preservada. (ARAÚJO, 2015. p. 338) Cabe ao sujeito a prova da posse, por se tratar de fato constitutivo do seu direito. Contudo, para efeitos de usucapião, basta demonstrar o termo inicial e o termo final, pois há presunção de continuidade pelo intervalo de tempo.

Por interrupção da posse, referido autor entende como sendo o ato de perda da posse (natural) ou a interpelação de alguém contrapondo-a (civil), o que se confunde com a oposição. (ARAÚJO, 2010. p. 210) Oposição então é quando qualquer pessoa se apresenta em sentido contrário à posse, sustentando direitos sobre o bem. (MELLO, 1964. p. 119) Apesar disso, a interrupção capaz de afastar a usucapião tem de ser aquela em que está evidente ter sido o possuidor despojado de sua posse (SALLES, 2010. p. 64), caracterizando a perda dela, do poder sobre o bem – dos poderes inerentes à propriedade, consoante previsão do artigo 1.223 do Código Civil.

Ainda sobre o prazo para usucapir, são de vital importância as previsões dos artigos 1.207 e 1.243, ambos do Código Civil, pois permitem a soma da posse anterior à do atual possuidor, seja por ato entre vivos, seja pelo fato da morte, respectivamente.

É que nem sempre o possuidor terá prazo suficiente para usucapir, na efetiva posse do bem. Entretanto, poderá receber a posse de outrem e somar o prazo já decorrido ao prazo de sua posse.

Aqui se reafirma a tese de que a posse não é um mero fato, mas sim um direito que permite, inclusive, transmissão, isso por expressa previsão legislativa. Ensina Manuel Rodrigues (1980, p. 247) que, para que os que defendem ser a posse um fato, seria impossível sua transmissão, pois a relação material entre a pessoa e a coisa é única, e ninguém pode suceder um fato. Para soma das posses, é necessário que sejam da mesma natureza, com o mesmo *animus domini* dos dois sujeitos. (GOMES, 2012. p. 184)

No caso de transmissão da posse, segundo o princípio da *saisine*, previsto no artigo 1.784 do Código Civil, pelo fato da morte, aos herdeiros é transmitida imediatamente a herança, incluindo a posse, que será recebida por estes com as mesmas características em que o sucedido a exercia, por assim está descrito no artigo 1.206 do Código Civil.

Em se tratando de transmissão entre pessoas vivas, por livre disposição, a regra é a do artigo 1.207 do Código Civil, segundo a qual é faculdade do atual possuidor unir sua posse à do antecessor. Neste caso, a posse deverá ser homogênea, pois, se o possuidor anterior estiver de má-fé e o atual de boa-fé, com a soma das posses haverá declínio da qualidade da posse atual (ARAÚJO, 2015. p. 256). Por isso, há faculdade do atual possuidor em somar a posse com a do antecessor.

### 1.3.3 O justo título e a boa-fé

Posse e tempo são indispensáveis para adquirir bens imóveis pela usucapião, em qualquer que seja sua modalidade. Os elementares denominados justo título e boa-fé, no entanto, aparecem geralmente como causas que reduzem o prazo para usucapir em algumas formas da usucapião, mas também

são conteúdo de certas espécies. Outros requisitos, ainda mais particulares, serão analisados quando forem tratadas as espécies de usucapião.

Para descrição do que é justo título, parte-se da premissa de que título e documento não se confundem, por mais que às vezes o título esteja, de fato, instrumentalizado num documento, mas nem sempre será assim. Explica Caio Mário da Silva Pereira:

A palavra *título*, que, na linguagem vulgar, como na especializada, usa-se em variadas acepções, aqui, e para os efeitos mencionados, traz o sentido de *causa* ou de *elemento criador* da relação jurídica. É assim que se diz que a doação ou a compra e venda é título aquisitivo do domínio; ou que o proprietário o é, de tais bens, a *título hereditário*. (PEREIRA, 2017. p. 44)

Título é uma razão de ser, é uma causa, um motivo pelo qual. Para fins de posse, Fábio Caldas de Araújo (2015, p. 260) descreve como uma “pertinência subjetiva, o nexo causal de uma posição jurídica”, e Sílvio Venosa (2010, p. 74) o denomina como “o fato gerador do qual a posse deriva”.

Para se ter uma melhor ideia do que é o título, basta responder à seguinte pergunta: a que título o sujeito está na posse do imóvel? A resposta, por mais variada que a seja, definirá a causa pela qual o sujeito possui a coisa, expondo se o exercício da posse é sustentado em título ou não. Desse modo, nem sempre será um documento. “O título, a que se referem os Códigos, corresponde aos atos jurídicos cuja função econômica consiste em justificar a transferência do domínio.” (GOMES, 2012. p. 186)

Título poderá ser de herdeiro, estando o sujeito na posse do bem na condição de sucessor, por exemplo, sendo o evento morte a causa que titula a posse. Poderá ainda ser de companheira, quando do falecimento do companheiro, ou vice-versa, pois a posse de bens comum do casal é a causa do exercício da posse da companheira meeira.

Para fins de aquisição imobiliária pela usucapião, o título deverá ser justo, ele tem de ser legítimo, e isso significa dizer, em regra, que o título seja apto para transferência do domínio, pois título justo é aquele que legitima a situação do sujeito possuidor (ARAÚJO, 2015. p. 261), englobando aí o possuidor por força de contrato, como o comodatário ou locatário, por exemplo.

Nestes casos, por mais que possuam a coisa com justo título, de forma legítima, não podem usucapir, seja porque seu título não é hábil para transferir a propriedade, ou porque faltam os demais elementos que permitem a consumação da usucapião.

Há dois sentidos conferidos pelo Código Civil para justo título, um mais amplo, decorrente do artigo 1.201, em que significa causa que justifique a posse, e a visão mais restrita, advinda do artigo 1.242 do Código Civil, significando instrumento que, em tese, possa transferir a propriedade. (FARIAS; ROSELVALD, 2012. p. 422) É o meio que leva o possuidor a acreditar que está na condição de proprietário. As duas acepções têm utilidade para fins de usucapião.

Muito embora a função do justo título, presumindo boa-fé, repercute em outras searas da posse, como nas que tratam das benfeitorias e acessões, seu maior impacto é na usucapião, servindo para redução de prazos na aquisição da propriedade.

Para fins de usucapião, será considerado justo o título pelo qual, em tese, possa transferir o domínio. É o modo legítimo pelo qual se adquire a posse. (PINTO, 2019. p. 31) “Todo negócio jurídico apto a transferir o domínio considera-se justo título”. (GOMES, 2012. p. 187) É o título hábil para transferência da propriedade, como, por exemplo, a condição de sucessor, o compromisso de compra e venda quitado, a permuta e a carta de arrematação e/ou adjudicação que tenha aparência de válido e legítimo, induzindo qualquer pessoa diligente a acreditar ter feito um negócio perfeito, mas que na verdade não o fez.

Se lhe faltarem requisitos para, na espécie, causar aquela transferência, o adquirente, que recebe a coisa, possui com título justo, porque o fundamento de sua posse é um título que seria hábil à transmissão dos bens, se não lhe faltasse o elemento que eventualmente está ausente. (PEREIRA, 2017. p. 44)

Neste caso, não se trata de uma cláusula aberta, pois o título deve ser hábil para criar a convicção de propriedade (ARAÚJO, 2015. p. 408-409), “independentemente de circunstâncias particulares ao caso”. (PEREIRA, 2017.



p. 44) O título a ser valorado deve ser capaz para a transferência do domínio, mas não produziu efeito. (GOMES, 2012. p. 187)

Outro caractere abreviador do prazo da usucapião é o fato do sujeito possuir a coisa de boa-fé. Aqui, ao contrário da (in)justiça da posse, a análise é feita do ponto de vista subjetivo, de elementos de convicção do possuidor, pois boa-fé ou a má-fé é do possuidor, é matéria de consciência. (BEVILÁQUA, 2003. p. 49) A boa-fé que repercute na usucapião é a subjetiva, pautada no íntimo do sujeito. É um estado de ignorância quanto à eventual vício da posse. É a certeza de que o imóvel possuído lhe pertence.

De boa-fé está aquele que tem a convicção de que procede na conformidade das normas. Esta opinião poderá corresponder à realidade, mas é também possível que se origine de um erro, de fato ou de direito, quanto à legitimidade da posse. Não deixará de estar de boa-fé o possuidor que ignora o obstáculo a que possua, ou que equivocadamente tenha razão de supor escorreita a sua condição, embora na verdade não seja. (PEREIRA, 2017. p. 43-44)

Em outros tempos, dada sua importância, a boa-fé já foi requisito essencial para consumação da usucapião em todas as suas espécies (ARAÚJO, 2015. p. 274). Atualmente, além de servir para encurtar o prazo de certos modos de usucapião, ela é elementar da usucapião ordinária, por exemplo, como será visto no Capítulo 2.

A boa-fé, elemento da vontade do agente, será investigada casuisticamente pelo magistrado, que deverá, com base nos padrões de aceitabilidade do “homem médio”, identificar se o possuidor conhecia a (i)legitimidade da sua relação com o bem (VENOSA, 2010, p. 72), sendo “bastante que prove a diligência ou cautela normais, presumindo-lhe a boa-fé, e incumbindo ao reivindicante a demonstração de que o possuidor conhecia os vícios de seu título”. (PEREIRA, 2017. p. 44)

Para uma análise da boa-fé, não basta que o sujeito ocupe um imóvel sem ser importunado pelo proprietário. Isso não é suficiente. Deve ele saber que está na posse do imóvel de forma legítima, ter razões plausíveis para possuir o bem e acreditar ser o proprietário. Caso contrário, sua posse não será de boa-fé.

É possuidor de boa-fé quem ignora o vício ou o obstáculo, que lhe impede a aquisição da coisa. Dessa ignorância resulta a convicção de que possui legitimamente. A boa-fé procede, por conseguinte, de erro do possuidor, que, falsamente, supõe ser proprietário. Esse erro deve ser cometido ao adquirir a coisa. Não se limita, porém, à convicção falsa de a ter adquirido do verdadeiro proprietário. Também se configura quando ignora a existência de obstáculo impeditivo da aquisição. (GOMES, 2012. p. 189)

Manuel Rodrigues é preciso ao definir a posse de má-fé:

É de má-fé a posse daquele que sabe que sua posse é viciosa; ou o deve saber, por não ter título de aquisição, nem presunção dele; ou se este é manifestamente falso, ou por outras circunstâncias (RODRIGUES, 1980. p. 294).

Conforme previsão do artigo 1.201 do Código Civil, caso o possuidor ignore o vício ou o obstáculo impeditivo para aquisição do bem, a posse é de boa-fé; logo, o aspecto subjetivo é o cerne da questão. Quase que na mesma tônica, o artigo 1.202 do Código Civil diz que a posse é de boa-fé até que as circunstâncias do caso façam presumir que o possuidor não ignora que possua a coisa indevidamente. Em ambas as leituras, as condições pessoais do possuidor são levadas em conta. Ainda assim, é notável um aspecto objetivo no critério de análise da boa-fé. Os pormenores do caso dirão se a posse é de boa-fé ou de má-fé.

O erro inescusável e a ignorância grosseira ou, como diz a lei, as circunstâncias do caso que façam presumir a falta de ignorância do sujeito, afastam a boa-fé. Como dito, parece haver uma pitada de objetividade na análise da subjetividade do possuidor, pois o comportamento ético do possuidor passa a ser objeto de análise. (ARAÚJO, 2015. p. 282) Se os elementos objetivos demonstram que não há boa-fé subjetiva, será caso de posse de má-fé. Em linhas gerais, havendo culpa grave, a posse não será de boa-fé.

Essa análise, da culpa grave, deve ser feita quanto ao sujeito (condições pessoais do possuidor), quanto ao objeto (o bem em questão poderá dizer se há ou não negligência do possuidor, exigindo maior ou menor cautela

na aquisição) e quanto à forma do negócio, que poderá ser escrita ou verbal (ARAÚJO, 2015. p. 284), sendo este o roteiro a ser seguido pelo magistrado quando da valoração da boa-fé.

Da mesma forma em que ocorre com o justo título, a boa-fé tem influência em demais reflexos da posse, como na questão das benfeitorias, por exemplo, mas é também de grande repercussão na usucapião, servindo para encurtamento do prazo caracterizador do fenômeno de aquisição da propriedade.

Por mais que o Código Civil não condicione a boa-fé com a existência de justo título, segundo o seu artigo 1.201, parágrafo único, se há justo título a posse é de boa-fé, mas a recíproca não é verdadeira, pois poderá haver posse de boa-fé sem que haja justo título. De todo modo, a ausência de justo título não impõe má-fé. Explica Venosa:

Nem sempre se confundem os conceitos de posse justa e posse de boa-fé. Um possuidor de boa-fé pode ter posse injusta, se adquiriu a coisa de quem, por sua vez, a obteve com violência, clandestinidade ou precariedade. Embora esteja de boa-fé o adquirente, essa posse é injusta porque apresenta um dos vícios originários já examinados. Também é perfeitamente possível que alguém possua de má-fé, sem que tenha obtido a posse de forma violenta, clandestina ou precária. (VENOSA, 2010. p. 75)

Para servir à usucapião, a posse deverá ser de boa-fé durante todo o período alegado, “devendo existir desde o momento em que se originou a posse e manter-se enquanto esta perdura” (BEVILÁQUA, 2003. p. 50), pois, se o possuidor perde a boa-fé no curso do exercício de sua posse, o tempo em que teve a coisa de má-fé não será computado para fins de usucapir. Mas, se a má-fé surge depois de decorrido o período necessário para a usucapião, essa má-fé será irrelevante (VENOSA, 2010. p. 218), isso porque já estará anteriormente consumada a usucapião, com a mais plena aquisição da propriedade.

#### 1.3.4 O bem imóvel passível da usucapião

Em linhas gerais, todo bem que é passível de propriedade privada e de individualização poderá ser usucapido. Não restam dúvidas, portanto, de que,

em regra, os bens imóveis estão sujeitos à usucapião. Mas não são todos os imóveis que podem ser usucapidos.

Os bens públicos, por estarem em regime diferenciado quanto aos particulares, não estão sujeitos à usucapião, pois a imprescritibilidade representa uma garantia ao patrimônio da coletividade. (ARAÚJO, 2015. p. 233-234) Desse modo, apenas bens privados podem ser usucapidos.

Não obstante abalizada doutrina discorrer sobre a possibilidade de usucapião de bens públicos que possam ser alienados (PEREIRA, 2017. p. 141), referida proteção alcança todo e qualquer bem público, de qualquer espécie que o seja, isso por expressa previsão do artigo 191, parágrafo único, da Constituição da República. Da mesma forma, há vedação de usucapião de terras devolutas (artigo 183, §3º e 191, parágrafo único, da Constituição da República), mas neste caso caberá ao Estado o ônus de provar tratar-se de terras devolutas. (ARAÚJO, 2015. p. 238)

Outra relevante questão acerca do tema envolve o tamanho do imóvel que poderá ser usucapido, notadamente porque existem regras de parcelamento do solo urbano e rural, que estabelecem medidas mínimas de divisão, chamadas fração mínima de parcelamento e módulo rural, respectivamente.

O módulo do imóvel, impresso no certificado de cadastro, é o resultado da divisão da área explorável (área explorada mais área aproveitável, mas não explorada) pelo número de módulos do imóvel, de acordo com o art. 57 do Decreto nº 56.792, de 28.08.1965. Quando inferior a área ao módulo, chama-se minifúndio; se ultrapassar e corretamente explorada, denomina-se empresa rural; se mal-aproveitada, temos o latifúndio. (RIZZARDO, 2012. p. 284)

O fato é que pode haver situações em que todos os requisitos de certa modalidade de usucapião foram cumpridos. Contudo, apenas em parcela de terreno formalmente matriculado, cujo tamanho seja inferior ao que a legislação fixa como mínimo possível de divisão, seja a título de fração mínima de parcelamento urbano ou de módulo rural. Nestes casos, parece haver conflito de interesses. Tem-se, de um lado, o direito urbanístico e organizacional do município e, do outro, o direito de habitação digna e segurança jurídica decorrentes da propriedade.

No cenário brasileiro, a propriedade serve à função social, e a usucapião, dentre outros atributos, se coloca como importante instrumento de democratização da propriedade, reduzindo desigualdades e visando sempre a dignidade humana. Razão pela qual, criar obstáculos para usucapir revela entendimento dissonante do sistema normativo, em especial, de direitos fundamentais do sujeito. (MONTEIRO FILHO, 2004. p. 20)

Os valores em discussão devem ser harmonizados, o interesse público de organização imobiliária, de um lado, e o acesso à propriedade (reluzindo habitação, dignidade e segurança jurídica), do outro. A temática é controvertida e o Superior Tribunal de Justiça tem julgados em ambos os sentidos, aceitando e rejeitando usucapião sobre parcela inferior à estabelecida em legislação local. (MONTEIRO FILHO, 2004. p. 24-25)

O fato é que não há na Constituição da República a referida limitação mínima, pelo contrário, pois a Carta Maior impõe apenas obstáculo pelo máximo de área. Quanto à legislação local, que fixa parcelas mínimas de divisão, é evidente se tratar de questões organizacionais para parcelamento de área, situação diversa da usucapião, que trata de aquisição originária. (MONTEIRO FILHO, 2004. p. 27)

Para Arnaldo Rizzardo (2012, p. 312), contudo, citando o julgamento do Recurso Especial nº 402.792 do Superior Tribunal de Justiça, a usucapião está limitada à fração mínima de parcelamento. Do contrário, estaria violando a lei municipal, razão pela qual entende haver vício na relação jurídica que pretende se modificar com a usucapião.

A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 422349, por maioria de votos, reconheceu repercussão geral sobre o tema, fixando a tese de que, estando preenchidos os requisitos previstos na Constituição da República, o reconhecimento da usucapião especial urbana não estará limitado por legislação infraconstitucional que estabeleça parcelas mínimas de divisão, prevalecendo os valores inerentes à dignidade do possuidor. O Supremo Tribunal Federal afastou a limitação, justamente porque a previsão da usucapião é constitucional, em norma de aplicação plena, não cabendo, portanto, tolhimento do direito por previsões infraconstitucionais. A Constituição não se sujeita à lei municipal. Desse modo,

não poderá haver limitadores quanto à extensão dos imóveis, senão aqueles já previstos no corpo do texto constitucional.

Muito embora tenha tratado especificamente da usucapião especial urbana, o julgado serve à todas as modalidades de usucapião, devendo seguir, por igualdade, os mesmos princípios aplicados, alcançando assim as finalidades precípuas do instituto.

#### 1.4 Modalidades de usucapião de imóveis

Atualmente, há no sistema jurídico brasileiro diversas formas de usucapião de imóveis, previstas na Constituição da República, no Código Civil e em demais legislação infraconstitucional.

Em relação ao Código Civil de 1916, vale o registro de que houve considerável redução nos prazos da usucapião, valorizando-se a função social da posse, representada na *posse-trabalho*, na *posse-família* e na *posse-moradia*. (TREVELIM, 2014. p. 135) Pela codificação civil anterior, os requisitos para aquisição da propriedade eram:

Justo título, boa fé e tempo (dez anos entre presentes e vinte entre ausentes), se se trata de usucapião ordinário ou, simplesmente, o decurso de trinta anos, se se cogita do usucapião extraordinário. (BEVILÁQUA, 2003. p. 322)

A usucapião era vista apenas pelo ângulo da posse e do tempo, desconsiderando a situação pessoal do possuidor, bem como a forma em que a posse era exercida sobre a coisa, sendo desprezadas as condições sociais envolvendo a matéria. (REALE, 1982. p. 19)

Especialmente após a Constituição de 1988, o fato do exercício da posse foi valorizado, notadamente pela questão social que permeia esse direito, especialmente em se tratando de bens imóveis, que servem, em sua essência e bom uso, para manutenção das pessoas, albergando a família, bem como permitindo retirar do bem a sua subsistência. Por outro lado, o proprietário que não dá finalidade socioeconômica ao bem, assim como é negligente quanto ao uso, acaba por perder a coisa. O atual momento é de valorização do uso social da propriedade, sendo esta a justificativa para maior dinâmica e facilidade da

aquisição da propriedade pela usucapião, quando levando em conta os dois códigos civis brasileiros.

Não há mais espaço para o caráter absoluto da propriedade, pois ela deve atender às finalidades social, racional e ambiental, garantindo o interesse particular, mas este limitado ao coletivo (ARAÚJO, 2015. p. 329), e é justamente nesta perspectiva que o titular da posse pode ter o tempo abreviado para tornar-se também o titular do domínio, alcançando a desejada coincidência entre os sujeitos, possuidor e proprietário.

Serão analisadas todas as formas de usucapião de imóveis permitidas no Brasil, inicialmente as previstas na Constituição da República, seguindo das que estão delineadas no Código Civil, na Lei da Usucapião Especial Rural, no Estatuto da Cidade e no Estatuto do Índio, não necessariamente nesta ordem. Fica explicado, desde já, que a usucapião extrajudicial será vista no Capítulo 2, reservado aos procedimentos deste instituto, haja vista que este trabalho adota o entendimento de que não se trata de modalidade de usucapião, mas de meio para obtenção do seu reconhecimento, este fundamentado em qualquer das diversas formas de usucapião já consumada.

Como as exigências posse, tempo, justo título e boa-fé já foram estudadas, maior detalhamento será dispensado, contudo, quando os modelos trouxerem requisitos específicos ou alguma peculiaridade nos caracteres já citados, serão vistos com o devido vagar.

#### 1.4.1 Usucapião especial rural

A Constituição de 1934, em seu artigo 125, criou uma nova espécie de usucapião, não existente no Código Civil de 1916. Essa modalidade foi reproduzida na Constituição de 1937 (art. 148, CF/1937). Trata-se da usucapião especial rural, ou usucapião rústico. (MELLO, 1964. p. 117) Exigia-se que o possuidor fosse brasileiro, com posse pacífica e ininterrupta de 10 anos, em área rural, sem titular do domínio, de até 10 hectares, dispensando justo título e boa-fé, mas desde que o possuidor tornasse produtivo o imóvel com seu trabalho e estabelecesse nele a sua moradia. (BEVILÁQUA, 2003. p. 180-181) À posse, o sujeito deveria acrescentar uma parcela da sua força de trabalho, dando sentido à usucapião especial rural. (REALE, 1982. p. 21)

Na Constituição de 1946, esta modalidade também estava prevista, com o mesmo prazo, mas a área passível de usucapião agora passou a ser de 25 hectares (art. 156, §3º, CF/1946). Posteriormente, por meio de emenda constitucional, foi ampliado para 100 hectares a área limite para viabilizar a usucapião.

Em 1967 e em 1969, o constituinte não previu esta forma de usucapir, sendo restabelecida no texto constitucional apenas em 1988. Contudo, antes disso, por quase 20 anos ficou regulada pelo Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Explica os requisitos Arnaldo Rizzardo:

O dispositivo prevê o usucapião de uma propriedade familiar, exigindo-se que o possuidor ocupe por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento do domínio alheio, tendo-a tornado produtiva pelo seu trabalho e, ainda, que nela tenha sua morada. (RIZZARDO, 2012. p. 295)

Posteriormente, a Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, tratou de especificar a usucapião especial rural, superando os obstáculos que impediam na prática o seu reconhecimento. (REALE, 1982. p. 25) Esta legislação ainda ganha destaque, porque, pela primeira vez, utilizou-se da expressão “possuir como seu”, invocando expressamente o *animus domini* como requisito. (VILLELA, 1985. p. 295)

Pois bem, atualmente, a usucapião especial rural está prevista no artigo 191 da Constituição da República e é pautada também em questão social, especificadamente na função social da propriedade, como assevera Clóvis Beviláqua, criticando a limitação subjetiva à época, que conferia a usucapião apenas aos nacionais.

Esta modalidade do usocapião funda-se no intuito de promover o aproveitamento do solo e de incentivar o trabalho agrícola, o que é de aplaudir-se, e mais útil ainda seria se do favor não fosse excluído o estrangeiro. (BEVILÁQUA, 2003. p. 181)

Neste caso, para usucapir, além da posse, por 05 anos, de forma ininterrupta e sem oposição, o sujeito deve possuir a área rural, limitada a 50



hectares e deve, ainda, torná-la produtiva, seja pelo seu trabalho ou pelo trabalho de sua família, mantendo no imóvel a sua moradia. Desde os primórdios, até o contexto atual, a Constituição Federal impõe que “deve ser dono da terra rural quem a tiver frutificado com o seu suor, quem nela se estabeleceu com a família morando habitualmente, ali construindo seu lar”. (RIZZARDO, 2012. p. 295) Justo título e boa-fé são elementos dispensáveis nesta espécie de usucapião, que tem um limitador próprio, pois, para usucapir o bem, o sujeito não poderá ser proprietário de outro imóvel, urbano ou rural.

Ganha mais evidência ainda o caráter social do instituto, pois há valorização cumulada de duas facetas sociais da posse - a posse-trabalho e a posse-moradia. Produtividade e moradia são indispensáveis para que se configure esta usucapião, que teve seu tempo bastante abreviado com o desenvolver das legislações.

O Código Civil reproduziu em seu texto a previsão constitucional. Estão no artigo 1.239 as regras para consumação da usucapião especial rural, excluindo apenas o parágrafo de que trata da imprescritibilidade de bens públicos, isso porque, além da própria previsão constitucional, há essa limitação repetida no Código Civil, como sendo uma regra geral para todas as formas de usucapir (art. 102, CC). Também continuam vigentes as disposições da Lei nº 6.969/81 naquilo em que não conflitar com a Constituição e com o Código Civil, o que terá certa relevância.

Esta forma de usucapir “surge como remédio eficaz em um país cuja história é marcada, e continua sendo assinalada, por contínuos processos de desbravamento e de conquista da terra, para integrá-la na economia rural” (REALE, 1982. p. 20), se revelando medida de grande alcance social, em especial para os que vivem da terra e com ela se identificam. (RIZZARDO, 2012. p. 296)

Tendo em vista o preponderante caráter social para usucapião especial rural, o possuidor necessariamente deverá morar no imóvel, o que pressupõe a existência de instalações para tanto. É também chamada usucapião *pro labore*, (VENOSA, 2010. p. 225) pois, seu intuito é de tornar e manter as terras produtivas, permitindo que o homem do campo nelas se fixe.

A posse-trabalho, ou posse *pro labore*, é fruto do reconhecimento por parte do Estado de que o trabalho deve ser fonte de título ou domínio, pois é o

trabalho que transforma as realidades; é um dos principais fatores de criação de riquezas e desenvolvimento social. De tão importante que é o trabalho, para essa modalidade de usucapião, a posse e o tempo passam a ser apenas parte das exigências. (REALE, 1982. p. 20) Há uma nítida valorização da posse-trabalho (ARAÚJO, 2015. p. 351), e, por essa razão, o imóvel rural deverá ter destinação produtiva com objeto agropecuário e não servir para lazer ou investimentos, por exemplo, pois a finalidade precípua deverá ser de manutenção do sustento do possuidor - isso porque ao trabalhar sobre o imóvel se agrega valor econômico ao bem e promove as necessidades e a dignidade do possuidor. (TREVELIM, 2014. p. 138)

Por fim, com a Lei nº 6.969/81, que dispõe sobre a usucapião especial rural, ainda vigora, no que não seja conflitante com a Constituição e com o Código Civil, a possibilidade de que a sentença que reconheceu a consumação da usucapião alegada em matéria de defesa seja registrada, regularizando a titularidade da propriedade, isso por previsão do seu artigo 7º, facilitando a situação do pequeno produtor rural, figura visivelmente protegida por esta usucapião especial.

#### 1.4.2 Usucapião especial urbana

Assim como a usucapião especial rural, percebe-se na usucapião especial urbana uma das mais claras manifestações do princípio da função social da posse previsto na Constituição Federal. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 435) Determina o artigo 183 da Constituição da República que o possuidor de área urbana de até 250 metros quadrados, desde que tenha sua posse por 05 anos, de forma ininterrupta e sem oposição, adquirirá o domínio do bem. Mas não é só: tem o sujeito de utilizar o imóvel para sua moradia ou de sua família (posse-moradia) e ainda não pode ser proprietário de outro imóvel, seja ele urbano ou rural.

O parágrafo primeiro deste artigo diz que o domínio será conferido ao homem ou à mulher ou para ambos, pouco importando o estado civil; já no parágrafo segundo existe mais uma limitação à consumação desta modalidade de usucapião. É que o possuidor só poderá usucapir pela especial urbana apenas em uma oportunidade. Encerrando a previsão constitucional, o parágrafo

terceiro veda a usucapião de bem público, o que é regra geral para todas as formas de usucapir.

A usucapião especial urbana também está prevista no artigo 9º do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, sendo acrescido um parágrafo que trata de regra de sucessão da posse pelo herdeiro legítimo.

Posteriormente, da mesma forma como ocorreu com a usucapião especial rural, o dispositivo da Constituição foi integralmente transplantado para o Código Civil, em seu artigo 1.240, excetuando-se dois dos parágrafos, tanto o que explica a possibilidade subjetiva do homem e da mulher em usucapir, assim como o que trata da vedação constitucional pelo objeto (imprescritibilidade de bem públicos), repetindo, contudo, o parágrafo que limita a consumação da usucapião especial urbana a uma oportunidade, apenas.

A finalidade deste tipo de usucapião é evidentemente social, por isso também é chamada de *pro misero*. (VENOSA, 2010. p. 222) O objetivo do constituinte, reafirmado pelo legislador ordinário, é de proteção à família, à posse-moradia. “Tencionaram os constituintes estabelecer um direito para os desprovidos de bens, de sorte a serem contempladas somente as pessoas sem moradia própria”. (RIZZARDO, 2012. p. 311) Muito embora não haja antecedente histórico em outras constituições brasileiras, o constituinte de 1988 buscou criar mecanismos de habitação (ARAÚJO, 2015. p. 368), de modo a dar maior dignidade ao sujeito que possui imóvel para moradia, ou seja, dando função social à coisa, ao tempo em que garante direito à digna habitação.

Os elementares comuns da posse e tempo, este de 05 anos (de forma ininterrupta e sem oposição, como a regra geral), estão, por óbvio, presentes, mas o justo título e a boa-fé são dispensáveis. Por outro lado, exige-se que o imóvel tenha até 250 metros quadrados; que seja utilizado para moradia do possuidor ou de sua família; que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel; e ainda que seja a primeira usucapião especial urbana do sujeito, pois lhe é conferida esta possibilidade de forma única.

Quanto à usucapião especial urbana, chama atenção ainda a previsão do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, que inova em alguns aspectos no que diz respeito às regras da Constituição.

Em seu artigo 9º, §3º, o texto regulamenta e limita a sucessão da posse decorrente da *saisine*, pois a posse só servirá ao novo possuidor, para

fins de usucapião, caso o sucessor também resida no imóvel, igualmente ao sucedido. Sílvio Venosa (2010, p. 223) esclarece que, muito embora não haja esse regramento na Constituição, a intenção da norma constitucional é de conferir o título de proprietário em proteção à família que do imóvel faça uso; logo, a ficção da transmissão possessória pela sucessão *causa mortis* não terá influência para fins desta usucapião, caso o sucessor também não resida no imóvel. Como o bem tutelado é a posse-moradia, o sucessor que não tenha essa qualidade não poderá usucapir nestas condições.

Da mesma forma como ocorre na usucapião especial rural, tendo em vista a proteção à moradia atrelada à posse, para usucapião especial urbana, não é possível a caracterização desta forma de usucapir quando o imóvel possuído tiver outra destinação que não a residencial. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 436)

Outro acréscimo trazido pelo Estatuto da Cidade é quanto ao objeto do bem sujeito à usucapião. Muito embora a Constituição fale em “área”, a Lei diz que poderá ser usucapida “área” ou “edificação”, compreendendo a terra nua e as construções, o que parece dar mais sentido ao objetivo de proteção à família, finalidade máxima desta espécie.

#### 1.4.3 Usucapião extraordinária

Conforme previsão do artigo 1.238 do Código Civil, são requisitos para usucapião extraordinária que o sujeito possua o imóvel como se proprietário o fosse, pelo prazo de 15 anos, sem interrupção nem oposição de qualquer pessoa. Evidente que apenas os mais básicos dos requisitos são exigidos, tempo e posse. (GOMES, 2012. p. 185)

A lei ainda é expressa no sentido de que o justo título e a boa-fé são elementos dispensáveis nessa modalidade de usucapião, como já o era pela dicção do Código Civil de 1916. (MELLO, 1964. p. 117) Por isso que o tempo desta espécie é maior do que nas demais, mas, em comparação ao Código Civil anterior, houve redução geral nos prazos, que era inicialmente de 30 anos, depois passou para 20 e atualmente é de 15 ou 10, atendendo assim ao princípio da operabilidade, pautado na diretriz da socialidade do Código Civil de 2002. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 414)

A usucapião extraordinária caracteriza-se pela maior duração da posse e por dispensar o justo título e a boa-fé. Basta que alguém possua, como seu, um bem, durante certo lapso de tempo, para que lhe adquira a propriedade. Seus requisitos resumem-se à posse sem interrupção nem oposição, em certo prazo, desde que possuída a coisa com *animus domini*. Alguns Códigos exigem, ainda, o requisito de boa-fé. Assim era em nosso direito anterior. Outros, porém, o presumem, como o nosso. (GOMES, 2012. p. 185)

A última parte do texto do citado artigo 1.238 dá ao sujeito a faculdade de requerer ao juiz que seja a usucapião declarada por sentença, servindo o título judicial para registro. As questões apontadas nesse trecho serão analisadas no Capítulo 2 da presente dissertação, espaço próprio para as discussões que envolvam os efeitos e aspectos processuais da usucapião.

Pois bem, na usucapião extraordinária, valorizando a posse-moradia e a posse-trabalho, quando o sujeito tiver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou tiver realizado obras ou serviços de cunho produtivo, o prazo de 15 anos para consumação será reduzido para 10, pois sua posse não é simples, mas qualificada pelos citados atributos (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 414), “valorando positivamente a conduta do possuidor que pratica atos tendentes à realização dessa função social”. (GOMES, 2012. p. 186) É a previsão do parágrafo único do artigo em análise.

Em regra, deve haver posse justa e tempo, apenas. Para abreviar o tempo, o possuidor precisa estabelecer sua moradia ou realizar obras de caráter produtivo. Os pormenores da posse justa já foram estudados, sendo ela a que está desprovida de violência, clandestinidade ou precariedade, lembrando ainda que o requisito “possuir como se proprietário o fosse” deve ser analisado à luz das estudadas teorias da posse, sustentado nos atos do possuidor, de exteriorização da posse, atrelados à sua vontade, a depender da causa pela qual detém o bem.

Na contagem do prazo, a posse deverá ser contínua, ininterrupta e sem oposição, sendo a continuidade da posse fruto de interpretação sistêmica, enquanto que a falta de interrupção e de oposição advém da própria legislação. Tudo isso já foi visto.

A particularidade é na redução do prazo, de 15 para 10 anos, valorizando a posse-moradia e a posse-trabalho, pois são os fatos justificadores da diminuição do período para aquisição. Cumpre-se com isso uma das finalidades da usucapião, que é de promoção do uso do imóvel em situações sociais de grande relevância (ARAÚJO, 2015. p. 340), como moradia e subsistência, sendo conferida qualificação à posse com finalidade social, culminando na redução do tempo para sua consumação.

#### 1.4.4 Usucapião ordinária

A usucapião ordinária é disciplinada pelo artigo 1.242 do Código Civil, que exige a posse por 10 anos ininterruptos, além de justo título, boa-fé e a conjunção de todos os clássicos requisitos já apresentados. Mas também já existia no Código Civil de 1.916, em que se eram exigidos o justo título e a boa-fé, o que justifica um prazo mais reduzido em relação à usucapião extraordinária, situação que se mantém. (MELLO, 1964. p. 97)

Nota-se que o traço distintivo entre o usucapião extraordinário e o ordinário se encontra na exigência, para o último, dos requisitos do justo título e da boa-fé, cuja existência se presume no primeiro tipo e em que o prazo da posse é mais longo. (RIZZARDO, 2012. p. 288)

A exigência dos requisitos suplementares, do justo título e da boa-fé, atrelados aos gerais, da posse e tempo, justificam a abreviação deste último. (GOMES, 2012. p. 186)

A particularidade deste tipo de usucapião está no parágrafo único do artigo em questão, o 1.242 do Código Civil, que possibilita a redução do prazo, de 10, para 05 anos, se o possuidor tiver adquirido o imóvel de forma onerosa, e com base em registro imobiliário posteriormente cancelado. É a chamada usucapião tabular. Explicam Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal (2012, p. 430) que “o dispositivo versa sobre *convalescença registral* pela via da usucapião ordinária”.

Essa situação de insegurança jurídica será afastada mediante a eficácia convalidante da usucapião tabular, cujo

desiderato é sanear a titularidade aparente, com o expurgo dos vícios congênitos que maculavam a estrutura do título, de forma a preservar o registro em face do reconhecimento da usucapião ordinária. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 430)

Além disso, para diminuir o prazo, deve o sujeito ter estabelecido sua moradia no imóvel ou ainda ter realizado investimentos de caráter social e econômico no bem, valorizando, também nesta situação, a posse qualificada socialmente. Na regra geral, muito embora o prazo de 10 anos seja o mesmo da usucapião extraordinária, Sílvio Venosa (2010, p. 220) atenta ao fato de que lá se exige moradia ou produtividade do imóvel, enquanto que aqui pressupõe justo título e boa-fé.

Destaca-se, por fim, como alerta Fábio Caldas de Araújo (2015, p. 419), que os conceitos indeterminados, como constituição de moradia e realização de obras de interesse social e econômico relevante, exigirão do juiz uma criteriosa análise no seu preenchimento, que deverá ser casuística.

#### 1.4.5 Usucapião coletiva urbana

Como resultado do êxodo rural acentuado na segunda metade do século passado, as famílias pobres, desprovidas de recursos econômicos para comprar um imóvel ou pagar aluguel, passaram a ocupar áreas ociosas nos centros urbanos, formando, a partir de então, pequenas comunidades. Estas só eram possíveis haja vista a comunhão de interesses entre estas famílias, unidas no ímpeto de superar as dificuldades que lhes eram semelhantes. (DALLARI, 1992. p. 373-374)

Pela usucapião coletiva, a posse é mantida em comum (por duas ou mais pessoas), por famílias que, de forma conjunta, passam a ocupar determinado bem imóvel, todas elas exercendo atos de posse, sem excluir o outro sujeito. O direito passa a tutelar a chamada usucapião pela composesse, atualmente prevista no artigo 1.199 do Código Civil, cuja finalidade é a regularização de ocupações comuns desordenadas. Há, nesta forma de usucapir, um verdadeiro condomínio de posses entre todos os sujeitos que detêm o imóvel.

Cuida-se de um avanço cuja necessidade há muito tempo era sentida e defendida, a qual, certamente, ajudará a legalizar inúmeras áreas de ocupações irregulares, com origem normalmente em invasões ou assentamentos clandestinos. A situação de fato, dada a quantidade de núcleos residenciais e a consolidação geográfica dos conjuntos habitacionais, com a sua localização definida e identificação no mapa da cidade, torna enraizadas e irremovíveis as vilas e aglomeramentos, passando a integrar a zona urbana. Com a legalização de tais áreas populacionais, passa o Poder Público a gerir e administrar as inúmeras necessidades de infraestrutura, suprimindo as carências mais urgentes e implantando um mínimo de equipamentos urbanos comuns a toda cidade. (RIZZARDO, 2012. p. 313)

A usucapião especial coletiva era uma situação nova, jamais imaginada pelo legislador quando da elaboração do Código Civil de 1916. Portanto, inexistia legislação que tratasse da ocupação coletiva especificamente, cabendo aos casos a aplicação de preceitos constitucionais relacionados à perda da propriedade pelo não uso, assim como garantias inerentes à dignidade e habitação, além do Código Civil, por analogia, quanto às normas que tratavam da usucapião. (DALLARI, 1992. p. 374)

A partir de então, para ocupações coletivas, seria possível invocar a usucapião especial urbana, desde que a fração ideal da área possuída fosse inferior a 250 metros quadrados. Era a construção jurídica para tutelar estes direitos. Perante terceiros eram uma unidade um objeto possuído igualmente por vários sujeitos, e frente aos possuidores, internamente, havia frações ideais, que deveriam ser reciprocamente possuídas e respeitadas. (DALLARI, 1992. p. 377)

Em 2001, o já mencionado Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, no artigo 10 e seus parágrafos, encerrou a celeuma ao criar mais uma modalidade de usucapião: a coletiva para imóveis urbanos, dando tratamento singularizado para as ocupações de forma comum. Neste sentido:

A usucapião especial urbana coletiva, por sua vez, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal 10.257/2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade, especificamente no art. 10. O objetivo primário dessa usucapião foi atender ao comando constitucional de



adoção de políticas de regularização do espaço urbano nos Municípios, além da concretização do direito fundamental à moradia e da função social da propriedade (art. 182 da Constituição da República Federativa do Brasil). (SILVESTRE, 2017. p. 4)

Como sempre, posse e tempo são elementos indispensáveis, mas aqui há diversas particularidades para que a coletividade regularize a ocupação de forma conjunta. Notadamente, diante de sua principal finalidade, que é a de inserir os ocupantes desses aglomerados urbanos (áreas cujas feições já estão sedimentadas), no que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 446) denominam *cidade legal*, com transformações de ordem urbanística e estrutural.

Para consumação da usucapião coletiva urbana, é crucial que haja comosse, a qual deverá ser exercida em núcleos urbanos informais, por uma coletividade de baixa renda, tendo a lei por objetivo de salvaguardar esta população (VENOSA, 2010, p. 225), cuja determinação do conceito se dará no caso concreto. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 447) A explicação de Fábio Caldas de Araújo sobre o objeto e objetivo dessa usucapião merece transcrição:

O legislador procurou disciplinar uma forma de regularizar áreas urbanas ocupadas por grupos de pessoas com posse já estabilizada. Nos grandes centros estas ocupações são facilmente identificáveis e necessitam de regularização, pois a realidade fática não pode mais ser desfeita, e a coletividade necessita de inserção socioeconômica (ARAÚJO, 2015. p. 387).

Além disso, o resultado da divisão da área pelo número de possuidores deverá ser inferior a 250 metros quadrados por sujeito, desde que estes não sejam proprietários de outro imóvel, havendo, portanto, estes dois limitadores especiais.

A usucapião coletiva urbana também se sustenta na função social da propriedade, mas de forma coletiva, visando o bem-estar de uma comunidade. (ARAÚJO, 2015. p. 387) A ocupação da área deverá ser por um grupo de pessoas, muito embora, na prática, seja possível identificar divisões fáticas no imóvel. Ainda assim, caberá fração ideal para cada possuidor, de maneira

igualitária entre todos eles, salvo acordo escrito entre os condôminos (VENOSA, 2010, p. 227), pois se trata, até por previsão da lei, de condomínio indivisível.

Consumada a usucapião coletiva urbana, poderá ser alegada como matéria de defesa, em caso de demanda judicial. Nesta modalidade, contudo, há uma especialidade, também encontrada na usucapião especial rural, pois a sentença que a reconheça é título hábil para o registro, conforme dicção do artigo 13 do Estatuto das Cidades, simplificando a regularização da posse transmudada em propriedade.

#### 1.4.6 Usucapião indígena

A usucapião indígena está disposta no artigo 33 do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, e confere a este povo integrado ou não, a propriedade do trecho de terra que ocupe como próprio, por 10 anos consecutivos, desde que seja inferior a 50 hectares. Ademais, é vedado, como consequência da regra geral, a usucapião das terras públicas ou ainda das terras reservadas, de propriedade coletiva de grupo tribal.

#### 1.4.7 Usucapião familiar

A usucapião familiar, prevista no artigo 1.240-A, do Código Civil, é a mais recente forma de usucapir no sistema jurídico brasileiro e também é nominada usucapião especial urbana entre cônjuges ou companheiros, ou usucapião *pro-familia*. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 464)

Tem por finalidade a proteção dos integrantes da família, e para que haja sua consumação, o sujeito deverá exercer a posse de forma exclusiva sobre o bem imóvel, de até 250 metros quadrados, que antes detinha com ex-cônjuge ou ex-companheiro (a) que abandonou o lar, isso de forma ininterrupta e sem oposição, pelo prazo de 02 anos, o mais abreviado prazo nas modalidades brasileiras de usucapião. (ARAÚJO, 2015. p. 403)

Trata-se de uma norma protetiva. Frequentes os casos de simples afastamento do lar por um dos cônjuges ou companheiros, permanecendo na residência familiar o outro cônjuge ou companheiro, em geral com filhos. Não

abrange as separações legais, onde se discutem os direitos patrimoniais. É irrelevante, outrossim, o cumprimento das obrigações alimentares e outras pelo cônjuge ou companheiro que abandona o lar. Importam, para ensejar o direito, o afastamento e a omissão em exercitar a oficialização da separação, com a consequente partilha dos bens. (RIZZARDO, 2012. p. 316)

Ademais, o possuidor não pode ser proprietário de outro imóvel, havendo ainda a limitação de que esta forma de usucapir só poderá ser exercida numa oportunidade.

Desta feita, para que haja a usucapião familiar, o sujeito deverá ter permanecido na posse direta do bem depois da separação de fato do casal, quando então passa a ter início a contagem do prazo desta usucapião. (ALBUQUERQUE JÚNIOR; GOUVEIA FILHO, 2011. p. 2) A posse exclusiva não poderá ser viciosa, sendo vedada, por exemplo, violência no início do seu exercício, pois o abandono do ex-cônjuge ou ex-companheiro (a) deverá ser voluntário, até porque a saída involuntária mitiga a justiça da posse.

Essa forma de usucapião “transparece sanção imposta a quem abandonou o lar, sem justo motivo, ao mesmo tempo em que protege aquele que nele permaneceu residindo”. (MELLO, 2017. p. 26) Além do mais, a lei não fala em *animus domini*, mas em *causa da separação*, sendo a “única espécie de usucapião em que despicienda é a investigação quanto à intenção do possuidor de ter a coisa para si, pois o que importa é perscrutar a culpa daquele que abandonou o lar”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 464)

Assim, é tutelada a situação jurídica do cônjuge ou companheiro (a) abandonado (a), que geralmente é a mulher, que quase sempre fica na guarda dos filhos (ARAÚJO, 2015. p. 402), sendo necessário o imóvel, não raras vezes, para subsistência daquele núcleo familiar.

#### 1.4.8 A figura híbrida da usucapião/desapropriação

Por fim, tem-se ainda a situação do artigo 1.228, §4º, do Código Civil, uma forma mista entre usucapião e desapropriação. Diz a lei que, caso o proprietário venha reivindicar o imóvel dos possuidores, poderá ele perder o domínio, contudo recebendo justa indenização.

Para que ocorra esse fenômeno, a área deve ser extensa e possuída por considerável número de pessoas, e que no imóvel tenham sido realizadas obras e serviços de interesse social e econômico relevantes, critérios estes valorados pelo juiz, caso a caso. Também se exige que haja boa-fé e tempo de posse por mínimos 05 anos.

Pressupõe que os possuidores devem ser judicialmente demandados, alegando usucapião como matéria de defesa, quando então, caso reconhecida a usucapião, o juiz fixará justa indenização para o proprietário, a ser paga pelos possuidores, de forma proporcional à ocupação.

Também será possível o registro da sentença para regularização do bem em nome dos possuidores. Por esta forma, o objeto de discussão poderá ser imóvel urbano ou rural, já que lei não impõe nenhuma limitação quanto a isso.

Há uma visível mistura dos elementos da usucapião (posse qualificada, tempo e boa-fé) e da desapropriação (justa indenização), motivo pelo qual não se trata de aquisição originária da propriedade. Não é uma usucapião propriamente dita (ARAÚJO, 2015, p. 329) Da mesma forma que na usucapião coletiva, o sentido é dar valor àquele que conferiu função social à propriedade de forma coletiva, mas aqui, ressalta-se mais uma vez, não se trata de usucapião. Ainda assim, apresentar brevemente o instituto é válido ao trabalho para evitar confusão entre ele e alguma das modalidades de usucapir.

## 2 Aspectos processuais das várias espécies de usucapião

### 2.1 Usucapião enquanto procedimento comum

Como premissa ao estudo dos procedimentos, se faz necessário revisitar conceitos básicos de direito de ação, ação, processo e procedimento, firmando as noções fundamentais para compreensão da matéria, respeitados os limites desta dissertação.

Numa ordem didática, digamos assim, direito de ação estaria no topo, sendo um *direito* fundamental, que confere ao seu titular o poder de acessar os tribunais e deles pedir a tutela jurisdicional, surgindo daí diversos desdobramentos, como o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva, por exemplo; a ação, por sua vez, é um *ato* jurídico. É o ato de exercício do direito de ação. Nesta concepção, ação significa demanda, o ato de demandar. Enquanto o primeiro é direito, o segundo é um ato; logo, direito de ação e ação não se confundem. (DIDIER JR, 2015. p. 281-282)

Para Chiovenda (1998, p. 37-38), ação é um “direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, o processo”. É, portanto, o poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade da lei. (CHIOVENDA, 1998. p. 42) “É o direito ao exercício da atividade jurisdicional”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015. p. 285) Na conceituação clássica do jurisconsulto Celso, “a ação outra coisa não é senão o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido” (*actio nihil aliud est quam jus perseguendi in iudicio quod sibi debetur*). (MEDINA, 2016. p. 149)

Na primeira concepção, ação é, portanto, um direito, o direito de provocar a jurisdição, dissociável, portanto, do direito que é afirmado, levado à jurisdição (MEDINA, 2016. p. 149), até porque o direito de ação existe independentemente se a resposta à afirmação será de procedência ou de improcedência. (DINAMARCO; LOPES, 2018. p. 115) Ensina José Joaquim Calmon de Passos (2014, p. 17) que a ação é um direito potestativo, é um poder jurídico pelo qual se pode de dar vida à “condição para a atuação da vontade concreta da lei”. É o direito à jurisdição. Com detalhes, explica Antônio Carlos Marcato:

Em síntese, o direito de ação é *direito público subjetivo, autônomo* (inconfundível com o direito material, de cuja existência independe) e *instrumental* (mediante seu exercício a parte busca a tutela jurisdicional), dirigido *contra* o Estado (e não contra o adversário), a fim de que este preste, por intermédio de seus órgãos judiciais, a proteção reclamada pelo autor, ainda que o resultado final do processo lhe possa ser desfavorável. (MARCATO, 2021. p. 12)

O direito de ação está previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, e determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a qualquer direito. É o princípio da inafastabilidade da jurisdição. O exercício da jurisdição é função de soberania do Estado (CHIOVENDA, 1998. p. 8) e, no Brasil, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, todo e qualquer possível direito poderá ser levado ao manto do Judiciário, cabendo ao Estado promover meios pelos quais o cidadão possa acessar, na literalidade do termo, o Poder Judiciário, assim como para que extraia dele todas as possibilidades para a realização das suas decisões.

Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno assumiu o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe pois solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com a norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015. p. 285)

Assim, o direito de ação está intimamente representado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo, portanto, de forma autônoma, permitido a afirmação em juízo de qualquer direito material.

Como dito, o direito fundamental de ação não se confunde com a ação (demanda), sendo esta um ato pelo qual se exerce aquele direito, deflagrando, com isso, o processo. “Ação é a atividade jurídica por excelência” (CARNELUTTI, 2000. p. 51); é o direito de ação concretamente exercido, uma postulação dirigida ao Estado. (MEDINA, 2019. p. 156)

Significa o ato de exercitar o direito de ação, bem como o conteúdo desse ato. É “o ato de ir a juízo provocar a atividade jurisdicional” e é também “o conteúdo dessa postulação”, a afirmação de relação jurídica de direito material; ação é o conteúdo do recipiente, que é o direito de ação. (DIDIER JR, 2015. p. 286) Se ação é um direito, o de invocar a atividade do Estado-Juiz, a demanda é um ato. O ato de pedir essa tutela jurisdicional. (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020. p. 361) O ato pelo qual “começa a exercer-se o direito de ação e dá-se causa à formação do processo”. (BARBOSA MOREIRA, 2012. p. 11)

A demanda (ação), que significa o exercício do direito de ação, é também o ato que dá início ao processo, materializado com o protocolo da petição inicial, conforme previsão do artigo 312 do Código de Processo Civil. É o primeiro ato do procedimento. Percebe-se nítida aproximação entre os temas e, por esta razão, cabe agora outra diferenciação, entre processo e procedimento. “Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015. p. 285)

Segundo Piero Calamandrei (1999, p. 253-254), a palavra processo deriva do verbo proceder, representando, num sentido geral, “a continuação de uma série de operações variadas vinculadas pela unidade fim”. Significa marcha, avante ou caminhada; seguir adiante. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015. p. 317) Em sentido judicial, processo significa uma série de atividades, de atos sucessivos, voltados à obtenção da resposta do Estado-Juiz, denominada providência jurisdicional.

O exercício do direito de ação consubstancia-se numa série de atos jurídicos interligados, a qual se desenvolve ao longo de certo tempo até alcançar seu desiderato - que é a sentença - e propiciar, conforme o caso, a realização prática do que nesta se determine. A essa série de atos jurídicos corresponde o *processo*. (MEDINA, 2016. p. 165)

Referida série de atividades, ou atos sucessivos, é chamada procedimento. Cada ato é revestido de estrutura e formalidades próprias, representando o procedimento as etapas do processo. (CALAMANDREI, 1999. p. 260)

Na lição de Chiovenda (1998, p. 56), processo é “o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”. Para Carnelutti (2000, p. 25) “o processo consiste, fundamentalmente, em levar o litígio perante o juiz, ou também, em desenvolvê-lo na sua presença”, atrelando sempre o processo ao litígio, pois o autor diminui a importância dos processos voluntários, entendendo que estes têm caráter preventivo do litígio. (CARNELUTTI, 2019. p. 32)

Enquanto o procedimento é o invólucro, o processo é sua substância; se processo é uma direção no movimento, procedimento é o modo e a forma de se mover. Procedimento é, portanto, o modo como se desenvolve o processo, “seus trâmites, a maneira de sê-lo”. É o método de trabalho do processo. (GAJARDONI, 2007. p. 46-48) Explica Fernando Gajardoni:

O procedimento é, por isso, o processo em sua dinâmica, o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série construtiva do processo, representando o modo do processo atuar em juízo (seu movimento), pouco importando a marcha que tome para atingir o seu objetivo final. (GAJARDONI, 2007. p. 47)

E conclui:

Processo é mais que procedimento, já que este é apenas uma das facetas daquele. Procedimento seria o rito do processo, isto é, a sequência dos atos que se realizam no exercício da jurisdição, assim como a relação que entre estes atos se estabelece na série, variáveis segundo as exigências do direito material ou segundo outras necessidades ou conveniência que impressionaram o legislador. Já processo, seria o conjunto dos atos entre si, encadeados e tendentes a uma finalidade comum, a sentença; ou, em outros termos, seria o procedimento acrescido da relação jurídica que se estabelece entre o juiz e as partes, com eclosão de deveres, direitos, pretensões, ônus e sujeições. (GAJARDONI, 2007. p. 48)

Apontando como conceito fundamental primário da teoria geral do processo, sobre o qual gravitam demais conceitos processuais, Fredie Didier Jr.



(2013, p. 61-63) define processo em três perspectivas: como método de criação de normas jurídicas, como ato jurídico complexo e como relação jurídica.

Enquanto método de criação de normas, processo é um poder, seja exercido pelo legislador, pelo administrador ou pelo juiz, havendo ainda o processo negocial, em que as normas são criadas pelo exercício da autonomia privada. Processo, como ato jurídico complexo, é sinônimo de procedimento estruturado em contraditório (está no plano da existência dos fatos jurídicos). Por fim, sendo um conjunto de relações jurídicas entre os diversos sujeitos processuais, processo significa uma relação jurídica complexa, havida com diversas combinações entre os participantes (está no plano da existência dos fatos jurídicos). (DIDIER JR, 2013. p. 63-66)

Fredie Didier Jr. (2013, p. 67-68) explica que as referidas concepções se articulam, na medida em que “os três conceitos de processo relevam o *que é* (ato jurídico complexo), o *que gera* (relações jurídicas entre os sujeitos processuais) e *para quê serve* (produção de norma jurídica) o processo”, definindo, ao fim, processo jurisdicional como sendo “o ato jurídico complexo pelo qual se busca a produção de uma norma jurídica por meio do exercício da função jurisdicional”.

Procedimento, por sua vez, é um conjunto de atos organizados tendentes a produção de um ato final. (DIDIER JR., 2012, p. 282)

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se portanto que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015. p. 285)

Por fim, explica Antônio Carlos Marcato:

A doutrina distingue o processo do procedimento, demonstrando que o último indica o aspecto formal e

exterior do fenômeno processual, ao passo que a noção de processo é essencialmente teleológica: ele é o instrumento público por meio do qual o Estado-juiz exerce o poder jurisdicional objetivando a resolução dos conflitos, ao passo que o procedimento representa o meio extrínseco pelo qual o processo se instaura, se desenvolve e termina; o processo manifesta-se por meio de formas externas, de atos que se sucedem temporalmente e se interligam num encadeamento lógico, vale dizer, por meio do procedimento. (MARCATO, 2021. p. 56)

Apesar disso, Heitor Sica (2012, p. 1-2) adverte que os termos ação, processo e procedimento são utilizados de maneira imprópria pela legislação brasileira. De forma sintetizada, por ação, define o autor como sendo uma garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, no ímpeto de obtenção da tutela jurisdicional, observado o devido processo legal (direito de ação). Pelo ato de exercer a ação, instaura-se o processo, definido como uma relação jurídica desenvolvida sob a égide do contraditório, com a finalidade de pacificação do litígio, aplicando o direito e afirmando a soberania do Estado. Por fim, procedimento é “um conjunto complexo de atos encadeados em sequência lógica, pelo qual se exterioriza o processo”. É a forma externa que permite acompanhar o processo, o itinerário para que a sequência de atos, que é o processo, se desenvolva. (MEDINA, 2016. p. 179)

Diferenciados os conceitos básicos de direito de ação, ação, processo e procedimento, o próximo passo é a análise destes, especialmente do procedimento, no que diz respeito à usucapião.

Em sua origem histórica no direito brasileiro, a usucapião era prevista em Ordenações dos Reis de Portugal, em atos normativos do Império do Brasil e Governos da República, até o advento do Código Civil de 1916. Sob o aspecto processual, o Código de Processo Civil de 1939, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, já dispunha de procedimentos próprios para usucapião, nos seus artigos 454 a 456. Topograficamente, era previsto como procedimento especial, no Livro IV, Título XXI.

Em relação ao antecessor, muito embora tenha incorporado e evoluído os institutos, o Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, manteve o mesmo modelo estrutural e de categorias processuais, não apresentando modificações significativas. (MIOTTO, 2013. p.

4) Da mesma forma como o Código de 1939, o processo de usucapião foi mantido expressamente como procedimento especial pelo Código de Processo Civil de 1973, entre os seus artigos 941 e 945, no Livro IV, Título I, Capítulo VII.

Ocorre que o Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, inovou, deixando de prever a ação de usucapião como de procedimento especial.

Visto que o procedimento é a forma como se desenvolve o processo, é possível afirmar que o direito de ação garante ao seu titular o direito a um procedimento adequado, ajustado para suas demandas. Daí surge a necessidade de haver mais de um tipo de procedimento. Uma regra geral se impõe, mas também existem as exceções, denominadas procedimentos especiais.

Comum, é o procedimento padrão, dotado de caráter geral e básico, que serve para realização ou tutela dos direitos de uma forma geral, “aplicável a todas as causas, exceto as de procedimento especial”. Por sua vez, “especial é aquilo que não é geral”. É um procedimento dotado de qualidades que o torna diferenciado. (CERQUEIRA, 2019. p. 60-63) Em suma:

O(s) procedimento(s) especial(ais), ao lado do procedimento comum, é(são) tipo(s)/espécie(s) de procedimento. Em uma construção teórica bastante simples, é especial todo o procedimento que não seja o procedimento comum, ou seja, será especial todo aquele procedimento que, de alguma maneira, se afaste dos termos do procedimento geral. (CERQUEIRA, 2019. p. 63)

Será especial o procedimento que se diferencia do comum, que foge da estrutura normal do processo, apresentando peculiaridades, seja simplificando-o ou tornando-o mais complexo, suprimindo, agregando ou modificando suas fases. (CARNELUTTI, 2000, p. 26-27) Explicam Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2018, p. 128) que o procedimento comum é o *procedimento-padrão*, que deverá ser obedecido quando a lei não impuser modo diferente a ser seguido. Por outro lado, especial será o procedimento diferenciado, cuja aplicação decorre de disposição legal. É o “procedimento-exceção”. (MEDINA, 2016. p. 181)

Segundo Heitor Sica (2017), o procedimento especial é identificado sob três aspectos: na posição topográfica em que se encontra estabelecido no código; pela atribuição legal que a denomine; e, como principal referência, pela existência de normas processuais e de procedimentos com a finalidade precípua de adequar o processo e procedimento comuns à “configuração da relação jurídica litigiosa ou a um aspecto do direito material em conflito”.

Justifica-se esse modelo estrutural diferenciado no conteúdo do direito de ação, composto também do direito à tutela jurisdicional, ao procedimento adequado e às técnicas processuais adequadas para efetivar direitos (DIDIER JR, 2015. p. 285), na medida em que o processo é moldado de acordo com as especialidades do direito que se busca, tornando-se, com isso, mais adequado à sua principal finalidade, que é o integral acesso à justiça.

A existência de procedimentos especiais surge justamente em razão da necessidade de adaptar o modelo básico de prestação da tutela jurisdicional (previsto no Código de Processo Civil e consubstanciado no procedimento comum de conhecimento) a particulares exigências do direito material. (SICA, 2012. p. 2)

Os procedimentos especiais trazem a especial justificativa de que existem para atender às particularidades do direito material, sendo indispensável para superar barreiras no acesso à justiça, na medida em que não há igualdade substancial entre os litigantes. Os procedimentos são modificados para a efetiva tutela dos direitos, pois o direito de ação deve contar com procedimentos e técnicas adequadas para tornar efetivos os direitos certificados. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015. p. 35-36)

Apesar disso, após reflexão crítica acerca das principais justificativas para existência de procedimentos especiais, Társis Cerqueira conclui que:

A realidade mostra-se ainda mais complexa na medida em que não existe uma clara justificativa para que o legislador estabeleça procedimentos especiais. Fatores de ordem histórica, política, antropológica e social influenciam, em geral, as opções estabelecidas. (CERQUEIRA, 2019. p. 104)

Atender às necessidades do direito material não é algo que cabe somente aos procedimentos especiais, pois o procedimento comum também deverá ser dotado de estrutura devida para servir a uma diversidade de situações jurídicas, independentemente de sua matéria; alegar que se trata de simples opção político-legislativa justificaria aplicabilidade irrestrita de qualquer forma possível para procedimentos; quanto ao fator celeridade, destaca-se que o processo não deve ser rápido, mas sim durar o tempo razoável, necessário à mais plena observância das garantias fundamentais. (CERQUEIRA, 2019. p. 107-109)

Referidas críticas são também trazidas por Marcelo Abelha (2016, p. 787-788), pois “é preciso dizer por que o procedimento comum é insuficiente e em que sentido um procedimento especial, engessado pela moldura do legislador, atende os reclames de adequação e efetividade da tutela”. Da mesma forma, para o autor, não há nada que esteja nos procedimentos especiais que não poderia compor a regra geral. E conclui:

Ousamos dizer que há técnicas no procedimento comum muito mais "especiais" do que qualquer outra do procedimento especial. Enfim, parece-nos mais fácil dizer que o mister, de escolher as hipóteses que serão agraciadas (será?) pelo procedimento especial, nascem e morrem na política legislativa. Nada mais obscuro, nada mais complexo. (ABELHA, 2016. p. 788)

Para Antônio Carlos Marcato (2021, p. 59) as diferenças entre o procedimento comum e os procedimentos especiais se dão em diferentes graus de intensidade, diante da necessidade de maior cognição acerca de determinado fato, ampliando as questões probatórias inerentes, ou ainda, justifica-se quando for preciso a prática diferenciada de determinado ato, diante da peculiaridade da causa, podendo, entretanto, no curso do processo, transmutar-se para o procedimento comum.

A especialização do procedimento deverá ser sustentada em critérios constitucionalmente relevantes, devendo haver relação imediata com as finalidades da norma constitucional. “É preciso verificar se o legislador observou efetivamente a característica da situação jurídico material objeto da tutela que ensejou o tratamento diferenciado”, assim como é imprescindível “questionar se

essa característica está relacionada com a efetividade da prestação jurisdicional ou outra justificativa constitucionalmente relevante”. (CERQUEIRA, 2019. p. 112-114)

Por razões óbvias, “os procedimentos especiais só se justificam na medida em que houver a necessidade de adequar regras inconvenientes ou insuficientes para prestação jurisdicional eficiente em face das peculiaridades do direito material” (SICA, 2017), observados sempre os critérios de relevância constitucional.

A questão agora é saber o limite de afastamento do procedimento geral capaz de torná-lo especial, pois nem toda diferença do procedimento comum importa para afirmar a existência de um procedimento diferenciado, especial.

De forma ampla, é aceita a ideia de que só devem existir procedimentos especiais para que haja melhor adequação das regras que se mostrem inconvenientes ou insuficientes para as finalidades do processo, em atenção às particularidades do direito material. E é justamente por isso que há “no sistema procedimentos especiais que são ‘mais especiais’ que outros”. (SICA, 2012. p. 3) O limite da especialidade deverá ser o limite de necessidade de adequação. Logo, a diferenciação será variável.

Nem toda modificação no procedimento comum, entretanto, torna ele especial, pois há, no próprio procedimento geral, regras diferenciadas. Desse modo, o procedimento é comum, mas fogem do padrão questões inerentes à citação ou competência, como, por exemplo, fatos que não o transmudam em especial:

Nesse passo, a denominação “procedimentos especiais” pode ser considerada um tanto equívoca, pois não transmite corretamente a ideia de que, em muitos casos, são eles informados por normas de caráter *processual* diferentes daquelas regidas de forma geral pelo Código de Processo Civil. Tal característica diferenciadora não bastaria para justificar a existência de procedimentos especiais, visto que qualquer demanda que tramita sob o rito comum também se sujeita a seu próprio regramento relativo à competência e a legitimação, o qual se funda nas peculiaridades do direito material em disputa. (SICA, 2012. p. 2-3)

Atualmente, além de em legislação extravagante, os procedimentos especiais estão previstos no Título III do Código de Processo Civil, em 14 capítulos, sendo eles: ação de consignação em pagamento, ação de exigir contas, ações possessórias, ação de divisão e demarcação de terras particulares, ação de dissolução parcial de sociedade, inventário e partilha, embargos de terceiro, oposição, habilitação, ações de família, ação monitória, homologação do penhor legal, regulação de avaria grossa e restauração de autos.

Alerta Heitor Sica (2017) que em apenas alguns dos institutos existem verdadeiras adaptações voltadas a permitir “a veiculação de demanda em determinadas situações de direito material que o legislador entendeu que precisariam ser tuteladas de forma mais adequada que o procedimento comum”, ao passo que habilitação e restauração de autos, por exemplo, são incidentes processuais, estando alocados erroneamente na estrutura do Código de Processo Civil.

O fato é que era passível de críticas a grande quantidade de procedimentos especiais havidas no Código de Processo Civil de 1973, pois muitos deles eram injustificados, sem qualquer razão de existir. Nesse ínterim, consta na exposição de motivos do Código de Processo Civil que, na busca de simplificar o processo, necessário seria a extinção de vários procedimentos especiais, dentre eles, a ação de usucapião. (BRASIL, 2015. p. 32-33)

A perda do caráter especial das ações de usucapião se justifica na tendência de que haja substituição dos procedimentos especiais por “técnicas procedimentais diferenciadas e pontuais a se incorporarem ao procedimento comum”. (CERQUEIRA, 2019. p. 165) Nesse contexto, a ação de usucapião deixou de ter seu procedimento taxado especial no Código de Processo Civil, mas o instituto não foi suprimido (LANDEIRO, 2020. p. 178), passando a ser regido como procedimento comum, apenas com duas particularidades.

Na ação de usucapião de imóvel, a citação dos confinantes será pessoal, salvo se o objeto dela for unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada. Além do mais, serão publicados editais para citação de possíveis interessados. São as previsões dos artigos 246, §3º, e 259, I, do Código de Processo Civil.

Como visto, essas particularidades não são capazes de especializar o procedimento. Não se justifica manter ou criar estrutura complexa para usucapião, na medida em que o procedimento comum lhe serve, com modificações pontuais.

Da mesma forma, basta analisar o artigo 246 do Código de Processo Civil, que trata da citação, trazendo regramentos sobre como citar as fazendas públicas, incapazes, pessoas de direito público, pessoas jurídicas, militares, pessoas em local incerto etc. Em todas essas hipóteses, o procedimento é comum, pois não há modificações em suas fases, apenas o seguimento de uma regra específica dentro de uma das fases.

Por sua vez, o artigo 259, que impõe a publicação de edital na ação de usucapião imobiliária, também o faz para a ação de recuperação ou substituição de título ao portador, e em qualquer outra ação em que seja necessária a provocação de interessados incertos ou desconhecidos. A explicação é a mesma: segue-se uma regra pontual para estes casos, por opção legislativa de defesa dos direitos de eventuais interessados incertos ou desconhecidos, mas isso não é capaz de tornar especial o procedimento.

O enquadramento como geral ou especial depende da perspectiva de quem faz a distinção. (CERQUEIRA, 2019. p. 64) Dentro da regra de citação há uma especialidade, mas não suficiente para tipificação do procedimento como sendo especial. No caso da regra da citação, há inúmeras determinações diferenciadas de citação a depender do citando; já quanto ao edital, a justificativa está em provocar a participação no processo de eventuais interessados.

Trata-se, contudo, apenas de uma das formas de realizar adaptações da técnica processual, o que é diferente, portanto, de tornar o procedimento especial.

Por mais que haja disposição de adaptação do procedimento comum, estas não são suficientes para transmudá-lo em especial, revelando-se essa técnica “solução mais racional que a criação de diversos procedimentos especiais, sobretudo nos casos em que esses apresentam modificações pequenas em relação ao procedimento comum”. (SICA, 2017). É bem diferente da estrutura dos procedimentos especiais:



Os procedimentos especiais assumem uma feição estruturante atinente não somente à forma, sequência e organização dos atos processuais, mas também a regular situações processuais, como legitimidade, competência, coisa julgada e a própria extensão da cognição judicial. (CERQUEIRA, 2019. p. 170)

Para Fábio Araújo (2015, p. 437-438), a ação de usucapião não merecia mais a qualidade de especial, na medida em que o que garantia sua especialidade era a audiência de justificação da posse, eliminada do sistema já em 1994, com a vigência da Lei 8.951/1994. No mesmo sentido:

Na vigência do Código revogado, a usucapião de terras particulares, guardadas particularidades próprias, seguia o rito ordinário, após a audiência preliminar de justificação de posse que já havia sido extinta na usucapião imobiliária comum na reforma engendrada pela Lei 8.951/1994, audiência esta, aliás, de discutível utilidade. (MELLO, 2017, p. 41)

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2015, p. 335) também identificam que a supressão da audiência de justificação de posse, pela Lei 8.951/1994, deixou o processo de usucapião praticamente idêntico ao comum, persistindo apenas as diferenças quanto ao procedimento de edital, o que, como visto, é insuficiente para dar especialidade ao procedimento da usucapião, isso porque é mera adaptação da técnica processual.

Por sua vez, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, p. 1234) são categóricos em afirmar que o processo de usucapião passou a ser regido pelo rito ordinário, a partir da mudança legislativa que extinguiu a audiência de justificação de posse, figurando, à época, apenas topicamente no código na parte dos procedimentos especiais.

Apesar disso, Henrique Ferraz Mello não vê vantagens na eliminação da especialidade no procedimento, justificado seu posicionamento na alta complexidade e particularidades da ação de usucapião:

A nosso ver, não andou bem o legislador, ao extirpar a usucapião imobiliária dos procedimentos especiais, por variadas razões. A transmutação simplesmente topográfica e econômica de normas específicas de um

procedimento para outro não tenderá a abreviar o tempo do processo. (MELLO, 2017. p. 23).

A posição deste trabalho é de que a ação de usucapião não carece de um procedimento específico, instituto que, em muitas vezes, representa insegurança jurídica, dada sua complexidade. (ÁVILA, 2019. p. 176-177) As questões a serem tratadas na ação de usucapião, que a tornam complexas, são inerentes à prova da existência de seus requisitos para consumação. Ademais, há meras mudanças nas regras de citação, o que não justifica um procedimento próprio. Apesar da crítica, que está relacionada à demora da conclusão das ações de usucapião, Mello reconhece que:

A demora na prestação jurisdicional das ações de usucapião imobiliária se deve muito mais ao grau de dificuldade de gestão processual, invariavelmente ocasionada por diversos fatores que não cabe aqui alinhar do que propriamente em razão de uma tutela diferenciada. A inexistência de procedimento especial, por si só, seria incapaz de debelar a crise do processo civil, sobretudo em matéria de usucapião. (MELLO, 2017. p. 11)

É fato que o processo deverá durar o tempo necessário para seu desenvolvimento e conclusão. Ele não deverá ser célere. Ademais, a demora acima do razoável não é privilégio das ações de usucapião, e sim da grande maioria dos processos que tramitam no Judiciário, sejam simples ou complexos, de procedimento comum ou especial.

Dessa forma, todos os aspectos da usucapião podem ser investigados dentro do procedimento comum, geral, palco adequado para verificação se há ou não existência dessa modalidade de aquisição da propriedade.

## 2.2 O processo e os procedimentos da usucapião

Firmadas as noções preliminares básicas acerca de ação, direito de ação, processo e procedimento, é o momento de analisar estes últimos relacionados à usucapião.

Inicialmente, destaca-se, como dito no item antecedente, que os termos ação, processo e procedimento muitas vezes são utilizados de forma equivocada pelo legislador. O que se chama ordinariamente por “ação de usucapião” é, a bem da verdade, o processo de usucapião, pois ação, enquanto ato, é apenas o primeiro passo do processo. Exerce-se o direito de ação de usucapião quando o sujeito propõe a ação de usucapião (demanda o reconhecimento da usucapião), deflagrando o processo, que seguirá o procedimento comum, haja vista a perda de sua especialidade.

Enquanto direito, a ação é a possibilidade de afirmação em juízo de qualquer direito matéria. Portanto, por meio da ação de usucapião, inicia-se o processo de usucapião. A usucapião, para ser reconhecida, requer processo com atos complexos, muito embora siga o procedimento comum. Os motivos são variados e alguns deles foram tratados no Capítulo 1, item 1.1, quando se falou das origens do vazio sistema registral imobiliário brasileiro:

A imensidão do território brasileiro, a falta de demarcação das glebas rurais, a desordem na ocupação nas periferias dos grandes centros urbanos, tudo isso aliado à precariedade dos registros mais antigos, contribuem para a morosidade do processo, dificultando a fixação do eixo de escora de uma hipotética polarização dos interesses. Pois é preciso saber, com segurança, onde se encontra o imóvel no espaço e a quem pertence no registro (princípio da especialidade objetiva e subjetiva). Diversamente do que em geral ocorre no processo civil, na usucapião há uma gama de interesses e interessados, certos e incertos. A ação é erga omnes. No processo padrão, as partes são, em regra, conhecidas e mais facilmente encontradas, e quando isso não acontece, não tendem a ser um grande número. No processo civil, em gênero, não há necessidade de perícia em quase todos os casos, buscas em cartórios, repartições públicas e editais, salvo exceções. (MELLO, 2017, 23-24)

As questões ora apontadas - muito embora relevantes e, de fato, implicam um maior cuidado no modo de proceder, apresentando sua petição inicial e documentos, pelo proponente da ação - não justificam um rito próprio para usucapião. Pois, observada a crítica acima transcrita, nota-se ser suficiente a regra geral dos procedimentos.

A observância de cumprimento dos atos do processo, principalmente citatórios, é que deverá ser mais rigorosa, evitando prejuízos decorrentes de eventual nulidade. Os demais pontos da complexidade estão relacionados à constituição de prova e apresentação de documentos indispensáveis à propositura da ação, nada que fuja do caminho comum de procedimentos. Repete-se: o rigor de análise é que deve ser maior, dados os interessados gerais, para que se evite nulidades. Constatase, portanto, que, pelo rito comum, não haverá simplificação do processo de usucapião, visto que as questões complexas para reconhecimento de sua consumação advêm do direito material, exigindo do operador domínio do difícil instituto que é a posse. (ARAÚJO, 2015. p. 439-440)

O processo de usucapião inicia-se, portanto, com a ação de usucapião (ato de concretizar o direito de ação), e desenvolve-se pelo procedimento comum, com algumas modificações pontuais, salvo o de usucapião especial rural, que será tratado de forma especificada.

Proposta a ação, o processo deverá tramitar no foro da situação do imóvel, seguindo a regra geral de fixação de competência do artigo 47, do Código de Processo Civil, pois se trata de ação fundada em direito real sobre imóvel; logo, segue norma que fixa competência absoluta.

A legitimidade ativa para propositura da demanda (especialmente de ordem declaratória) serviria como objeto de melhor análise em outro trabalho. Entretanto, para seguir uma sequência lógica do processo, explica-se que, em regra, o autor da ação será o possuidor do imóvel, “o que não impede que o processo possa ser conduzido por pessoa diversa”. (ARAÚJO, 2015. p. 466) Os réus, por sua vez, serão todos os eventuais interessados, sejam certos ou incertos.

O Código de Processo Civil de 1973, em seus artigos 942 e 943, determinava que seria réu no processo de usucapião aquele em que no seu nome tivesse registrado o imóvel – o titular do domínio, assim como os confinantes. As fazendas públicas deveriam ser intimadas para que manifestassem ou não interesse na causa. Os demais réus eram incertos. Os réus certos eram litisconsortes passivos necessários. Contudo, se estivessem em local incerto, deveriam ser citados por edital. (NERY JÚNIOR; NERY, 2010. p. 1233)

Na sistemática atual, dada a relação entre o autor e o titular do domínio (de aquisição e perda da propriedade, respectivamente) pela usucapião, existe um vínculo de pertinência lógica entre eles, já que o proprietário registrário é inquestionavelmente interessado, por isso deve ele figurar no polo passivo. A mesma regra se aplica para qualquer titular de direito real sobre a coisa.

Também deverão ser citados os possuidores do imóvel, pessoalmente, por força do enunciado nº 263 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Referida regra pode aparentar certa falta de lógica, pois soa estranho o possuidor ser citado na ação de usucapião, já que, em regra, ele será o proponente da demanda. A aplicação dessa norma se dá nos casos em que o sujeito tenha completado todos os requisitos da usucapião e, posteriormente, perde a posse do imóvel, que passa a ser ocupado por terceiro. Esse terceiro, na condição de novo possuidor do imóvel que o antigo possuidor diz ter usucapido, deverá compor o litisconsórcio passivo, de forma obrigatória. (FARIAS; ROSENVALD, 2015. p. 473)

Quanto aos confinantes, referendando o entendimento do enunciado nº 391 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, o Código de Processo Civil atual, no artigo 246, §3º, determina suas citações. Logo, explicitamente continuam como demandados no processo de usucapião, de modo que possam atuar “diretamente na avaliação das confrontações traçadas pelo requerente garantindo a integridade de suas respectivas propriedades”. (ARAÚJO, 2015. p. 511)

Quanto às fazendas públicas, o Código de Processo Civil é silente nos processos de usucapião, mas deverão elas ser intimadas para alegar eventual interesse, e não citadas.

Muito embora haja abalizada doutrina que defenda que as fazendas públicas agora figurarão também no polo passivo, quando ajuizada a ação, pois são interessados certos, mesmo que não haja previsão expressa nesse sentido (ARAÚJO, 2015. p. 514) (MELLO, 2017. p. 30), este trabalho adota posição segundo a qual os referidos entes não serão citados, mas intimados, como no código antecedente. Caso assim não o fosse, em cumprindo à regra de competência absoluta imposta no artigo 109, I, da Constituição da República, toda ação de usucapião tramitaria perante a Justiça Federal, pois a Fazenda Pública Nacional sempre figuraria como ré, e não como eventual interessada.

Sendo demandada a União, a competência será da Justiça Federal. Eis o argumento que sustenta o entendimento de que as fazendas públicas não são réis, mas meras eventuais interessadas. Tanto é verdade que somente na hipótese de haver interesse concreto da Fazenda Nacional se deslocará a competência para a Justiça Federal, por força do enunciado nº 150 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, afastando a regra do artigo 47 do Código de Processo Civil, por prevalência da norma do artigo 109, I, da Constituição da República. (MELLO, 2017. p. 16)

Curioso que a ainda vigente Lei 6.969, de 10 de dezembro de 1981, que regulamenta a usucapião especial rural, determina “cientificação” das fazendas, em seu artigo 5º, §3º, ou seja, nem adota o termo “intimação”, do Código de Processo Civil passado, tampouco supõe que as fazendas figurem como demandadas.

De todo modo, a participação das fazendas públicas é louvável e justificada, pois a “falta de demarcação das terras no extenso território nacional demanda, de forma iniludível, controle ainda maior na titulação a particulares por parte dos entes políticos da Federação.” (MELLO, 2017. p. 43) Deverão ser intimados os entes, e não citados, pois não compõem subjetivamente o processo, cabendo-lhes afirmar interesse sempre que o imóvel objeto do pedido for patrimônio público.

A intimação da Fazenda Pública é adotada como providência relevante pelo ordenamento jurídico, na medida em que a usucapião pretendida pode envolver interesse patrimonial do Estado, especialmente em hipóteses como: imóveis que sejam objeto de ação desapropriatória ainda não registrada; tentativa de usucapião sobre bens públicos; terras envolvidas em ações discriminatórias; limites confinantes com bem público; e imóveis em que não se tenha formado a cadeia dominial de forma válida e sejam, portanto, enquadrados como terra devoluta. (FERREIRA FILHO, 2015. p. 2)

Havendo interesse do Estado, consoante entendimento dos tribunais superiores, é ônus das fazendas públicas a prova de que o imóvel objeto da usucapião é bem público, fora de mercado, mesmo nos casos de ausência de matrícula imobiliária. (FERREIRA FILHO, 2015. p. 63)

Assim, para compor o polo passivo, deverão ser citados, ainda que o Código de Processo Civil não expresse, mas na condição de interessados certos, o titular do domínio, os confinantes e eventuais possuidores, formando litisconsórcio passivo necessário, sendo as fazendas públicas (municipal, estadual, distrital e federal) intimadas para manifestar eventual interesse.

Na usucapião imobiliária, há litisconsórcio passivo necessário entre todos aqueles que figurem na tábula registral do imóvel usucapiendo e dos imóveis confinantes, incluindo os possuidores com expectativa de dono que ocupam as áreas lindeiras. Não cabe ao autor escolher qual ou quais deles deverão compor o polo passivo da relação processual. (MELLO, 2017. p. 30)

Fixado o polo passivo da ação, para os atos de citação, há regramento especial. Entretanto, tal diferenciação é incapaz de tornar especial o rito do processo, como já debatido neste trabalho, no tópico 2.1.

Os réus certos, que são os confinantes e titulares do domínio, serão citados pessoalmente, salvo se o objeto da usucapião for unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada. Para citação de possíveis interessados (os réus incertos), serão publicados editais, conforme regras dos artigos 246, §3º e 259, I, do Código de Processo Civil, respectivamente. Todos eles devem ser citados, evitando nulidades ou ineficácia da sentença:

Ora, o de que se cuida na ação de usucapião não é de saber quem está no processo, mas quem deve estar. Se aqueles em cujo nome está transcrito o título de domínio não foram citados para a ação de usucapião, o processo é para eles juridicamente inexistente. Nunca, em tempo algum, a sentença pode atingi-los e, a fortiori, a coisa julgada. (RIZZARDO, 2012. p. 287)

Caso os réus certos estejam em locais incertos e desconhecidos, deverão ser citados por edital, seguindo a regra geral do artigo 246, IV, do Código de Processo Civil. Alerta Fábio Araújo (2015, p. 521) que a citação por edital dos réus certos não deve ser confundida com o procedimento de edital, para citação de eventuais interessados, réus incertos, sendo esta uma exigência

das ações universais, que têm eficácia perante todos. Explica o procedimento de edital:

Como a ação de usucapião tem como objetivo a formação de uma nova matrícula, o procedimento por edital tem como objetivo chamar “a sociedade” para o polo passivo. Qualquer interessado poderá se manifestar, informando alguma objeção ao pedido do autor. (ARAÚJO, 2015. p. 512)

O procedimento de edital diferencia-se, portanto, da citação por edital de réus certos, ato justificado pela falta de ciência do paradeiro do confinante ou do titular do direito de propriedade, constante do registro, enquanto que o primeiro é destinado à coletividade, de um modo geral, para que eventual interessado demonstre interesse, caso o tenha, assim como para que seja atingido pelos efeitos da sentença. (HOLLIDAY, 2020. p. 141) Há ainda diferenciação, na medida em que aos réus certos citados por edital e que forem revéis serão nomeados curadores especiais, enquanto que para os réus incertos citados por edital tal regra não se aplica. (NERY JUNIOR; NERY, 2010. p. 1233)

Ainda sobre os confinantes, conforme previsão do enunciado nº 263 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, eles deverão ser citados pessoalmente, tanto os proprietários como os possuidores.

Salvo o regramento da usucapião extrajudicial, apenas nessas oportunidades, inerentes à citação e ao procedimento de edital, o Código de Processo Civil emprega em seus textos o termo “usucapião”. No mais, o rito é bitolado pelo procedimento comum de maneira integral.

Pois bem, citados os interessados, contar-se-ão os prazos para contestação, sem nenhuma especialidade, salvo as comuns, como, por exemplo, as reservadas à Advocacia Pública, para se manifestar em dobro, segundo artigo 183, do Código de Processo Civil.

A partir dos procedimentos de citação, não há mais nenhuma mudança na regra do procedimento comum, passando o processo a tramitar pelo rito geral, com ônus do autor para produzir provas da consumação da usucapião e, dos réus, caso queiram, constituir prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ainda assim, cabem mais algumas observações acerca do processo.



### 2.2.1 Especialidades da petição inicial e documentos essenciais à propositura da ação

Segundo previsão do artigo 319 do Código de Processo Civil, toda petição inicial deverá indicar o juízo competente, qualificação das partes, causa de pedir (o fato e os fundamentos jurídicos do pedido), além do pedido, com as suas especificações. O autor deverá ainda fixar o valor da causa, dizer as provas com que pretende demonstrar suas alegações e informar se tem interesse ou não em audiência de conciliação ou de mediação. Também deverá guarnecer a petição inicial todos os documentos indispensáveis para a propositura da ação, consoante disposto no artigo 320 do Código de Processo Civil.

Para propor ação de usucapião, impunha o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 942, que o autor deveria expor o fundamento do pedido de reconhecimento da usucapião, juntando planta do imóvel e requerendo as citações. Referida norma não mais existe. Agora, segue-se a regra geral, que, embora não esteja especificada, não destoa do que previa o Código revogado, tendo em vista que, em qualquer ação, deverá ser apresentada ao juízo a causa de pedir.

Não é porque o NCPC foi omissivo em relação aos requisitos específicos da petição inicial da usucapião de bens imóveis, exemplificando, como ocorria no CPC/73, que se vai a partir daí tirar a ilação no sentido de que ficaria o autor dispensado do cumprimento de algumas formalidades absolutamente essenciais ao firmamento dos contornos da causa de pedir e do pedido. (MELLO, 2017. p. 30)

Em primeiro lugar, na petição inicial deverão estar descritos, com detalhes, todos os fatos que fundamentem o pedido, como em toda ação, cabendo ao autor, na demanda, explicar que é possuidor do bem por determinado período, que sua posse é justa, que realizou benfeitorias, o tamanho do imóvel etc., tudo de forma esmiuçada, a depender da modalidade de usucapião que defenda estar consumada.

A exposição dos fatos e do pedido assume conotação especial. O pedido na ação de usucapião requer, *prima facie*, a descrição detalhada da área usucapienda. Esta exigência está atrelada ao fato de que a nova matrícula do imóvel será construída com base nos dados fornecidos pela inicial. (ARAÚJO, 2015. p. 477)

Em segundo lugar, o artigo 225 da Lei de Registros Públicos, que é de 1973 (Lei nº 6.015/1973), determina que:

Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

A lei exige ainda maior rigor quando se trata de bens imóveis rurais, cuja previsão está no parágrafo 3º do mesmo artigo:

Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georeferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.

Como visto, a petição inicial deve seguir a regra geral, como qualquer outra. Um detalhe que chama atenção é a indicação pela realização ou não de audiência de tentativa de conciliação ou mediação, já que se trata de um requisito da petição inicial.

Referido ato é possível como forma de abreviar o processo, na medida em que os confinantes, o titular do domínio, o possuidor e as fazendas públicas poderiam confirmar, em audiência, a consumação da usucapião, os limites do

imóvel e a falta de interesse de todos em obstar a usucapião, reduzindo os atos complexos. Ainda assim, não estará o juiz obrigado a julgar procedente o pedido, como forma de “homologação”, cabendo fazer análise da presença dos requisitos para configuração da usucapião.

Claro está, porém, que, em se tratando de acordo com o titular de domínio, maior força adquirirá o autor, se aquele reconhecer a posse “*ad usucapionem*” e procedência do pedido formulado pelo usucapiente. Ainda assim, porém, não está o juiz adstrito a acordos firmados pelas partes nas ações de usucapião, podendo julgar improcedente o pedido, se o autor não se desincumbir da prova de seus fatos constitutivos. (MELLO, 2017. p. 29)

Além da minuciosa descrição do imóvel (princípio da especialização), em se tratando de bem rural, o memorial descritivo, com as nuances exigidas na lei, é documento essencial, como sempre o foi, não por previsão do Código de Processo Civil, mas sim da Lei de Registros Públicos.

A apresentação de planta, assim como as certidões, instrumentos de contratos, prova de justo título ou qualquer outro papel, devem estar acompanhando a petição inicial, pois incumbe à parte instruir a petição inicial com os documentos destinados a provar suas alegações, nos exatos termos do artigo 434 do Código de Processo Civil.

A juntada de planta e memorial descritivo na petição inicial são de obrigatoriedade imposta pela prática, imprescindível para o perfeito detalhamento da descrição do imóvel, que somente será possível com a realização de trabalho técnico, provado mediante referidos documentos. Nesse sentido:

É preciso acentuar que a planta ou croqui servem para determinar o pedido, auxiliando os interessados a identificar o imóvel na situação física, bem como as serventias do registro de imóveis na localização dos registros eventualmente atingidos e no controle de disponibilidade. Tais documentos se nos afiguram absolutamente indispensáveis à propositura da ação, a despeito da omissão do NCPC. É que os desenhos são mais facilmente compreendidos e analisados do que os memoriais descritivos, por vezes, de difícil intelecção,

como ocorre com os levantamentos georreferenciados. (MELLO, 2017. p. 33)

Por se tratar de documentos técnicos, não raras vezes com acentuado custo para confecção, eventualmente poderá o juiz dispensar o memorial descritivo e a planta, como documento indispensável para a propositura da demanda, quando:

a parte seja beneficiário da assistência judiciária. Ela deverá indicar o local com a maior precisão possível, por meio de um simples croqui para permitir a realização da prova pericial, que esta hipótese será fundamental. (ARAÚJO, 2015. p. 487)

Também será essencial para o processo apresentar certidão, positiva ou negativa, dando conta da existência formal do imóvel e do eventual titular do domínio, viabilizando prova de sua (in)existência, especialmente por se tratar de réu certo.

A depender da modalidade de usucapião, quando for exigível não ser o possuidor titular de outro imóvel, ou quando a forma de usucapião só comportar uma consumação, é imprescindível que tal fato seja provado. E isso se faz mediante prova documental, a saber: certidões de distribuição de feitos da comarca do local do imóvel e do domicílio do autor e de seus antecessores na posse, revelando também ser documento essencial, nestas hipóteses. Além de demonstrar não ter usucapido outro imóvel, as referidas certidões fazem prova de que inexistente discussão acerca da posse envolvendo o bem, tendo caráter de essencialidade. (MELLO, 2017. p. 36)

Ademais, por muitas vezes, o título justo deverá também ser provado documentalmente, assim como a realização de benfeitorias. Entretanto, tais fatos comportam outras formas de provas, como a testemunhal e a pericial, por exemplo, não ficando adstritas aos documentos, que muitas vezes não existem.

### 2.2.2 A intervenção do Ministério Público

Cabe ainda discorrer sobre a intervenção do Ministério Público nos processos de usucapião. Segundo o artigo 944 do Código de Processo Civil de

1973, se fazia necessária a intervenção do Ministério Público como fiscal da “lei” em todos os processos de usucapião. Referida previsão não mais existe, pois foi suprimida pelo Código atual, levando a entender ser desnecessária a participação do Órgão nas ações de usucapião individuais de terras particulares. (ARAÚJO, 2015. p. 516)

Conforme artigo 178 do Código de Processo Civil, na condição de fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público intervirá nos casos previstos em lei e na Constituição da República. Além disso, atuará nos processos em que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz e nos litígios coletivos pela posse de terra, seja rural ou urbana.

No processo de usucapião especial urbana, por força do disposto do artigo 12, § 1º, do Estatuto das Cidades, a intervenção do Ministério Público continua sendo obrigatória. Da mesma forma, o será nas ações de usucapião especial rural, conforme previsão do artigo 4º, §5º, da Lei da Usucapião Especial Rural.

Dado as peculiaridades do processo de usucapião, especialmente as inerentes às citações dos eventuais interessados, é defensável a intervenção genérica do Ministério Público, fiscalizando a legalidade dos atos, sobretudo pelo interesse da sociedade que está envolvido nas ações de usucapião (MELLO, 2017. p. 21), isso porque se trata de ação dirigida contra todos. Portanto, tipicamente de interesse público, seja qual for a modalidade. (SALLES, 2010. p. 236)

Atualmente, segundo o Código de Processo Civil, para que haja intervenção do Ministério Público em qualquer processo, inclusive nos processos de usucapião, necessário se faz que a causa envolva interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse de terra, seja rural ou urbana. Para Henrique Ferraz Mello, o processo de usucapião por si já traduz relevante interesse social. Explica:

A nosso ver, dúvida não há no sentido de que a usucapião imobiliária simboliza o que há de grande interesse social em tema de regularização fundiária. Afinal, a usucapião constitui um dos meios legais para a correção da prática antissocial de abandono da propriedade imóvel, cumprindo daí o vetor da função social preconizada pela Constituição. (MELLO, 2017. p. 21)

Em sentido parcialmente contrário, Fábio Araújo (2015, p. 516) sustenta que a intervenção do Ministério Público deverá ocorrer apenas nas usucapiões coletivas, por se tratar de “litígios coletivos pela posse de terra”, amoldando-se às hipóteses gerais de intervenção do artigo 178, III, do Código de Processo Civil. Apesar disso, não vê problemas na intervenção de uma forma geral:

Em todo caso, nada impede que o juiz abra vista do processo de usucapião. Essa atitude a princípio pode parecer desarrazoada, mas o interesse público para a intervenção do Ministério Público na ação de usucapião nunca foi corretamente compreendido. A sua participação assume importância como fiscal do registro público. A matrícula formará novo cadastro imobiliário e repercutirá na confiança e segurança das relações sociais sucessivas. (ARAÚJO, 2015. p. 518)

Referido entendimento encontrava respaldo na Recomendação nº 16 do Conselho Nacional do Ministério Público, que, em seu inciso XI, sugeria intervenção do Ministério Público apenas quando do surgimento de nova matrícula pela usucapião, ou nos casos de usucapião especial urbana. A Recomendação nº 16 foi expressamente revogada pela Recomendação nº 34, também do Conselho Nacional do Ministério Público, que silenciou quanto à sugestão de intervenção em qualquer modalidade de usucapião ou demanda que envolva posse.

Este trabalho se filia ao entendimento de que, além da obrigatoriedade da intervenção nos casos de usucapião especial urbana e rural, por expressa determinação legislativa, deverá o Ministério Público ser intimado para demonstrar interesse na fiscalização dos feitos de todos os processos de usucapião, por previsão do artigo 178, I, do Código de Processo Civil, tendo em vista o interesse público e social que permeiam a matéria.

### 2.2.3 As particularidades dos processos de usucapião especial rural e urbano

Como foi visto no tópico antecedente, nos processos de usucapião especial rural e urbano há necessariamente intervenção do Ministério Público,

pois estas modalidades são regidas, no que for compatível com o Código de Processo Civil, pelas Leis nº 6.969 de 10 de dezembro 1981 e nº 10.257 de 10 de julho de 2001, respectivamente. Explica Henrique Ferraz de Mello:

Impõe-se considerar que o rito especial da usucapião rural continua em pleno vigor. Na usucapião especial urbana, perduram determinadas normas específicas de natureza processual, como é o caso da suspensão dos feitos petitórios ou possessórios na pendência da ação de usucapião (art. 11) e a possibilidade de a sentença que acolher em defesa a usucapião especial urbana ser registrada no ofício predial competente (art. 13), neste ponto, coincidente com a usucapião rural. (MELLO, 2017. p. 24)

Os requisitos destas modalidades de usucapião já foram estudados no Capítulo 1 (tópicos 1.4.1 e 1.4.2). A usucapião especial rural é pautada na posse-trabalho, impondo que o possuidor de área de até 50 hectares, por 05 anos, torne-a produtiva, seja pelo seu trabalho ou pelo trabalho de sua família, devendo ainda manter no imóvel a sua moradia. Ademais, não pode o requerente ser titular de outro imóvel. Já a usucapião especial urbana é justificada na posse-moradia, sendo conferida a propriedade ao possuidor de imóvel com área de até 250 metros quadrados, por 05 anos, desde que utilize o imóvel para sua habitação ou de sua família. Da mesma forma, não pode ele ser titular de outro imóvel. Tudo isso já foi visto.

Destacam-se aqui as particularidades do ponto de vista do processo.

A primeira delas é que, para estas modalidades de usucapião, as legislações impõem ritos diferenciados. Para a especial rural, o sumaríssimo (artigo 5º da Lei nº 6.969/81), e, para a especial urbana, o sumário (artigo 14, da Lei nº 10.257/01).

Nos dois casos, aplicar-se-iam o procedimento comum. O atual Código de Processo Civil prevê apenas o rito comum, determinando, em seu artigo 1.049, parágrafo único, que, quando a lei remeter ao procedimento sumário, será observado o procedimento comum, respeitadas, contudo, as modificações previstas na própria lei especial, se houver.

Foi o extinto o procedimento sumário, que tinha por escopo a celeridade, concentrando os atos processuais numa única audiência, destinada

à conciliação, porém com espaço para realizar-se atividade postulatória e produção de provas, bem como para o julgamento da causa. (MOREIRA, 2012. p. 7)

O procedimento sumaríssimo de que fala a Lei da Usucapião Especial Rural é incompatível com o detalhamento exigido nos processos de usucapião, seja de qual modalidade o for, pois:

A única forma de procedimento, na qual a simplicidade atinge ao seu zênite e o processo se reduz aos seus termos estritamente indispensáveis - pedido, discussão verbal e sentença -, se identifica no procedimento sumaríssimo. (LIMA, 1975. p. 85)

Tratando do processo de usucapião especial rural, Athos Gusmão Carneiro (1982, p. 118) conclui que “ao mencionar o rito sumaríssimo, tem-se a impressão de que a lei pretendeu, embora de forma menos técnica, apenas assegurar maior brevidade a tais processos e preferência especial na designação de pautas de julgamento”. Complementa Arnaldo Rizzardo:

Em suma, a referência ao procedimento sumário quis significar, unicamente, o tratamento especial que merecem as demandas que visam o usucapião breve, sendo obrigatório o andamento do modo mais rápido possível, sem, no entanto, atropelar atos indispensáveis para o conhecimento do direito. Foi o que já se decidiu, não muito tempo depois do surgimento desta espécie de reconhecimento de domínio: "Usucapião especial. Lei nº 6.969/81. Rito. O sumaríssimo de que fala a lei não se compatibiliza com o que é previsto nos arts. 275 e seguintes do CPC". (RIZZARDO, 2012. p. 305)

A finalidade precípua do procedimento sumaríssimo era dar celeridade (LIMA, 1975. p. 101), concentrando os atos na audiência de instrução e julgamento (CARNEIRO, 1982. p. 118), estando atualmente este procedimento reservado para as causas inerentes aos juizados especiais cíveis, em razão da causa e da matéria (MEDINA, 2016. p. 181), inconciliável com os processos de usucapião, dada sua complexidade.

Desse modo, a usucapião especial rural deve tramitar com procedimento especial, regrado em lei própria, mas a usucapião especial urbana



pelo procedimento comum, respeitadas pequenas alterações nos procedimentos, como previsto no Estatuto das Cidades.

Muito embora não caiba no procedimento sumaríssimo, o processo de usucapião especial rural terá preferência quanto aos demais, tanto no que diz respeito à sua instrução, quanto ao seu julgamento, por expressa previsão legal (artigo 5º da Lei nº 6.969/81).

Ademais, há manifesta dispensa da juntada de documento considerado imprescindível, como visto no tópico 2.2.1, que é a planta, dificultando, com isso, a individualização (especialização) do imóvel e, por vezes, necessitando de perícia, o que atrasaria demasiadamente o procedimento.

Ao receber a petição inicial, o juiz determinará audiência preliminar, para justificação da posse. Caso provada (justificada) a posse, o requerente será nela mantido, por força judicial, até o final do processo, iniciando o prazo para apresentação da contestação. Curioso que a audiência de justificação da posse fazia parte do procedimento comum a todas as usucapiões, até que foi extinta do Código de Processo Civil de 1973 pela Lei nº 8.951 de 13 de dezembro 1994. Apesar disso, como não foi modificada, continua válida a previsão da legislação especial que trata da usucapião especial rural.

Os confinantes e titular do domínio serão citados pessoalmente e os réus ausentes, incertos e desconhecidos por edital. Neste ponto, nada que destoe da regra geral. A despeito de ser citada ou intimada, a Lei da Usucapião Especial Rural fala que as fazendas públicas deverão ser “cientificadas” para que manifestem interesse, no prazo de 45 dias, que deverão ser úteis, por força do artigo 219 do Código de Processo Civil. Ademais, como já foi dito, é obrigatória a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo.

Inicia-se, com isso, após eventual saneamento, a fase de instrução, evidenciando-se não se tratar de procedimento sumaríssimo, mas sim de verdadeiro procedimento especial. (CARNEIRO, 1982. p. 119)

Em contestação ou como defesa, pela regra geral, a usucapião sempre poderá ser alegada (enunciado nº 237 do Supremo Tribunal Federal). No caso da usucapião especial rural, é possível, contudo, que a sentença que reconheceu a sua consumação, alegada em defesa, seja registrada, por previsão do artigo 7º, da Lei Especial, facilitando a situação do pequeno produtor rural, figura protegida por esta modalidade de usucapião.

Neste ponto, insta ressaltar que a referida decisão será título hábil para o registro apenas se o autor da ação na qual se alegou usucapião como matéria de defesa for o titular do domínio, pois, caso ele não componha como parte o processo, a coisa julgada não lhe será eficaz (artigo 506 do CPC). É assim que leciona Athos Gusmão Carneiro:

Conveniente, aqui, lembrar que o registro do imóvel em nome de quem alegou, na sua defesa, o usucapião especial, irá importar no cancelamento do registro que, em nome de outrem, já exista no ofício imobiliário, privando este anterior registro de toda a sua eficácia. A norma do art. 7º, portanto, somente é aplicável - e submetemos este posicionamento à censura dos doutos - nos casos em que o titular do registro anterior for exatamente o autor da ação, na qual possuidor invocou exitosamente, em defesa, o usucapião especial. Ou quando o imóvel não estiver ainda lançado no respectivo Registro. Se, todavia, autor da ação for pessoa outra que não o titular do registro imobiliário existente, então a aplicação do art. 7º importaria, realmente, em privar de seus direitos, por força da decisão judicial, pessoa que na demanda não fora parte. (CARNEIRO, 1982. p. 119)

Por fim, poderá o juiz, mediante requerimento, determinar que a autoridade policial garanta a permanência do demandante no imóvel, assim como a integridade física de todos os seus ocupantes.

Já a usucapião especial urbana, cujo rito está nos artigos 11 a 14 do Estatuto das Cidades, apesar das pequenas mudanças, não se afasta do procedimento comum.

A primeira regra diferenciadora é de que, enquanto tramitar a ação de usucapião na modalidade especial urbana, qualquer ação, seja de cunho petitório ou possessório, proposta posteriormente, ficará sobrestada até a decisão final do processo, havendo uma espécie de vinculação material presumida.

No que diz respeito a esta eventual prejudicialidade, entre a ação de usucapião especial urbana e ação possessória, no julgamento do Recurso Especial nº 1.602.941, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não há vínculo entre elas; logo, inexistente prejudicialidade externa, pois uma está fundada na posse e outra na propriedade. Apesar disso, Juvêncio Almeida e Gustavo

Rabay Guerra discordam da decisão do Tribunal da Cidadania, sobretudo diante da expressa previsão legislativa impondo a suspensão do processo:

Não merece vingar, por força de determinação expressa de lei, a alegação manejada de inexistência de vínculo de prejudicialidade entre os feitos “porque a primeira funda-se na posse e, a segunda, na propriedade”: o nexo de causalidade entre os feitos é o mesmo, e, pragmaticamente, a posse é a representação fática da propriedade – razão por que o feito que venha a reconhecer a ocorrência da usucapião necessariamente comprometerá os resultados daquele outro que confira distinta resolução à demanda relacionada, essencialmente, à sua propriedade. (ALMEIDA; GUERRA, 2019. p. 525)

Explicam os autores que a legislação visa proteger o possuidor frente às eventuais retaliações do titular do domínio, notadamente quando seu direito já está fulminado pela prescrição. Da forma como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, está o “possuidor a correr o risco de permanecer desamparado de seu domicílio até o advento da decisão terminativa do feito judicial de usucapião”. (ALMEIDA; GUERRA, 2019. p. 526)

Já foi visto que a intervenção do Ministério Público se impõe em todos os atos do processo, assim como na usucapião especial rural. Igualmente, poderá ser invocada como matéria de defesa, servindo a sentença que a reconhecer como título para registro. As observações feitas para o processo de usucapião especial rural são, da mesma forma, aplicáveis.

O último detalhe deste processo é que o Estatuto das Cidades, em seu artigo 12, §2º, impõe que o autor terá garantido os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, tanto no processo judicial, como perante o cartório de registro de imóveis. A referida regra também tem sido temperada pelo Superior Tribunal de Justiça, como no julgamento do Recurso Especial nº 1.517.822, onde entendeu se tratar de mera presunção relativa de necessidade, aplicando-se, portanto, conjuntamente a Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950 e a norma geral do Código de Processo Civil (ALMEIDA; GUERRA, 2019. p. 526), sendo “despiciendas as regras, eis que a legislação comum (Lei nº 1.060, de 1950, com as alterações que vieram) regula suficientemente a matéria, inexistindo razões para uma disciplina própria”. (RIZZARDO, 2012. p. 307)

Nota-se, com isso, um esvaziamento pelo Poder Judiciário dos pontos de diferenciação procedimental desta forma de usucapir, levando a usucapião especial urbana à literalidade da regra geral para todas as modalidades de usucapião, inclusive no que diz respeito à intervenção do Ministério Público, isso para quem defenda que sua intervenção será indispensável para todas as formas de processos de usucapião.

### 2.3 Reconhecimento extrajudicial da usucapião

Decorre do amplo conceito de acesso à justiça o acesso ao Poder Judiciário e à jurisdição. O acesso à justiça, na sua vertente *acesso ao Poder Judiciário*, tem por objeto de estudo os meios e as dificuldades para que o cidadão se dirija ao Estado-Juiz, podendo dele tudo o que for possível requerer. Na concepção de *acesso à jurisdição*, o estudo se volta para efetividade, na medida em que se analisa a real prestação da atividade jurisdicional, que deverá disponibilizar ao cidadão todos os meios juridicamente possíveis para concretização da tutela e realização de seus direitos.

Dentre os direitos e garantias fundamentais, está o princípio da efetividade, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, como corolário do acesso à justiça, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a qualquer direito. Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, todo e qualquer direito poderá ser levado ao manto do Judiciário, cabendo ao Estado promover meios pelos quais o cidadão possa acessar, na literalidade do termo, o Poder Judiciário, assim como para que extraia dele todas as possibilidades para a realização da justiça.

Por questões estruturais, em seus mais diversos setores, e com as mais variadas origens, o Estado, como um todo, não consegue desenvolver com satisfação seu mister. Não é diferente quando se fala no Poder Judiciário, que igualmente está em crise. (DADALTO, 2019. p. 13)

Se acesso ao Judiciário e à jurisdição são espécies de acesso à justiça, por óbvio não são as únicas possibilidades do gênero. É também acesso à justiça, e com maior amplitude, o acesso a uma ordem jurídica justa, o que transcende, portanto, o simples acesso ao Judiciário, para dele exigir prestação jurisdicional, pois “os cidadãos têm o direito de serem ouvidos e atendidos não

somente em situação de controvérsias com outrem, como também em situações de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania”. (WATANABE, 2019. p. 109)

Nesse contexto, surgem novos meios, “fora do processo, como forma de possibilitar o alcance de uma tutela adequada de direitos, a possibilitar amplo e qualitativo acesso à justiça através do sistema multiportas”. (DADALTO, 2019. p. 61) Nessa dimensão, o acesso à justiça abrange não só a esfera judicial, mas também a extrajudicial, desde que haja correto funcionamento do que se propõe, garantindo acesso à ordem jurídica justa. (WATANABE, 2019. p. 109)

É que há situações nas quais a jurisdição não se mostra necessária ou é ineficaz, abrindo espaço para justiça coexistencial (GOMES NETO, 2005. p. 95), de modo que haja o “deslocamento de algumas competências do poder judiciário para outras instituições de caráter extrajudicial, dentre elas os cartórios”. (SOBRINHO; ARAUJO FILHO, 2018. p. 341)

Há diversas formas de compreender o acesso à justiça. Se vislumbra o acesso à justiça traduzido como acesso à um ordenamento jurídico justo; como requisito fundamental de um sistema jurídico que busque garantir os direitos de todos; que supra as expectativas da sociedade, como defendido por Cappelletti e Garth, em sua obra clássica “Acesso à Justiça”. (1988. p. 12)

À luz do conceito moderno de acesso à justiça, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve passar por uma releitura, não ficando limitado ao acesso ao Judiciário, mas se estende às possibilidades de solucionar conflitos no âmbito privado. (PINHO, 2016. p. 324)

Emerge daí o movimento de desjudicialização, que consiste na possibilidade de solução de conflitos, ou de afirmação e reconhecimento de direitos, fora da jurisdição, encontrando espaço na obra de Cappelletti e Garth, notadamente quando se referem à terceira onda renovatória de acesso à justiça, pois “a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento - o sistema judiciário” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988. p. 70). Explica José Mário Wanderley Gomes Neto:

A terceira “onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atuação no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir litígios. (2005, p. 92)

Novas instituições e procedimentos deverão ser desenvolvidos para superar as barreiras próprias do sistema Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988. p. 73). Os mecanismos e procedimentos nem sempre deverão estar num processo judicial. Nem sempre se necessita da presença de um juiz para pacificação social, certificação e garantia de direitos, especialmente quando não há propriamente um litígio:

Em outros termos, indiscutível é a falência do atual modelo de processamento e julgamento do Poder Judiciário, não se duvidando mais que a jurisdição não atende de forma efetiva à demanda social de pacificação e resolução das controvérsias, tampouco acompanhe o ritmo acelerado das transformações culturais e sociais da atualidade, o que demanda a busca por caminhos diversos, alguns deles, já testados e sob o controle do Estado, tal como o sistema notarial e registrário. (DADALTO, 2019. p. 14-15)

Desjudicialização nada mais é do que uma forma de simplificar o acesso à justiça – ordem jurídica justa, transferindo “competências de resolução de litígios para instâncias não judiciais”. Divide-se o trabalho entre os tribunais e outros órgãos, capazes de cumprir o mister (DADALTO, 2019. p. 63), exigindo deles organização e capacidade para orientação e solução das demandas jurídicas da população (WATANABE, 2019. p. 112), o que geralmente é atendido à contento pelos tabeliães e registradores. Em suma:

A definição de desjudicialização pode facilmente ser constatada, sem muito alarde, isto é, pode ser concebida por exclusão, sendo assim considerado tudo o que é retirado da esfera judicial, seja para qual forma e meio for, desde que capaz de proporcionar substancial acesso à justiça, de forma segura, enfim, é a composição do litígio fora da órbita judicial. (DADALTO, 2019. p. 64)

Várias foram as mudanças legislativas para tornar mais amplo o acesso à justiça pela via das serventias extrajudiciais, tais como a possibilidade de inventários e divórcios por escritura pública, atos com grande aderência social, trazendo, cada vez mais, as figuras do tabelião e do registrador, para contexto da desjudicialização:

O envolvimento de outros atores jurídicos, capacitados para promover uma intervenção segura, estável e preventiva de litígios, faz-se fundamental para a manutenção do tráfego jurídico num mundo que se torna mais e mais dinâmico. Nesse contexto é que se inserem os notários e registradores, que prestam serviços inestimáveis ao meio social e podem ser melhor aproveitados, aliviando a carga pesadíssima que paira sobre o Poder Judiciário e, permitindo a agilização da normalidade da vida à população, reservando aos juízes a tarefa inafastável de dar solução à patologia social. (BORTZ, 2009. p. 106)

Há clara intenção do legislador em simplificar e dar celeridade aos procedimentos, isso quando as suas situações independam de aconselhamento judicial ou da atuação do representante do Ministério Público. (MOREIRA, 2012. p. 8)

Seguindo essa tendência de desjudicialização e reservando à jurisdição temas que lhes são indelegáveis, tem-se a possibilidade de reconhecimento da usucapião pela via administrativa, ou extrajudicial, como se queira denominar. De maneira ampla, é novidade trazida pelo Código de Processo Civil, que alterou a Lei de Registros Públicos, transferindo do Poder Judiciário para as serventias extrajudiciais as atribuições inerentes ao reconhecimento da usucapião, em todas as suas modalidades.

Não é mais necessário o trâmite de um processo judicial, pois agora, como regra, também é possível o reconhecimento da consumação da aquisição da propriedade pela usucapião por meio de um processo administrativo, que tramitará perante o registrador de imóveis, figura que ganha, cada vez mais, espaço no cenário jurídico brasileiro, juntamente com o tabelião, sendo eles os protagonistas da usucapião extrajudicial, prestando relevantes serviços para concretização de direitos fundamentais.

Percebe-se, então, um avanço na atividade extrajudicial, uma vez que caberá ao registrador de imóveis adotar todas as cautelas, por meio de procedimento administrativo próprio, para efetivar o direito fundamental de propriedade e proporcionar segurança jurídica que o registro imobiliário gera, sendo esse assunto de interesse de magistrados, advogados, titulares de serviço extrajudicial, enfim, quaisquer pessoas interessadas na regularização da propriedade por meio dessa via. (COSTA; BORGES, 2019. p. 19)

Este instrumento vem somar aos vários outros serviços realizados por notários e registradores numa crescente ampliação da função social das serventias, responsáveis pela legitimação da vontade das partes, da segurança jurídica, da autenticidade, do registro dos fatos da vida dos cidadãos, da constituição das propriedades. (SOBRINHO; ARAUJO FILHO, 2018. p. 358)

Há, dessa forma, uma facilidade de reconhecimento do direito fundamental à propriedade, à dignidade e aos benefícios concretos decorrentes destes direitos, como acesso aos serviços básicos e ao crédito formal. A propriedade é reconhecida e certificada por mecanismos mais ágeis, porém seguros, estabelecendo “uma das formas de constituição da propriedade que pretende minorar os efeitos negativos do grave problema fundiário urbano brasileiro”. (SOBRINHO; ARAUJO FILHO, 2018. p. 342)

Em outras palavras, significa dizer que o direito fundamental de propriedade, expressamente previsto no *caput* e em diversos incisos do artigo quinto da Constituição da República de 1988, encontra-se lugar na operacionalização da via administrativa da usucapião, que tenderá a conferir celeridade, economia processual no acesso a esse direito, o que se comprova a presença indelével do direito constitucional nesta seara das relações jurídicas. (COSTA; BORGES, 2019. p. 22)

Marco Antônio Greco Bortz (2009, p. 107), há mais de uma década, já vislumbrava a possibilidade de usucapião extrajudicial, ao menos para usucapião tabular. Atualmente, já é realidade para todas as modalidades de usucapião, revelando-se medida efetiva para consagração de direitos fundamentais relacionados à dignidade do possuidor:



Trata-se de uma construção legislativa absolutamente identificada com a realidade corrente da população brasileira, notadamente em cidades de interior ou em regiões socialmente desfavorecidas, onde o título de propriedade revela-se objeto raro. (PINHO, 2016. p. 332-333)

Muito embora pareça novidade do Código de Processo Civil atual, que a ordinarizou, a usucapião administrativa, ou extrajudicial, existe formalmente no Direito brasileiro desde a vigência da Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009, que dispõe sobre o programa governamental *minha casa minha vida*.

Num primeiro momento, foi permitida a regularização de terrenos urbanos, mediante comprometimento do possuidor com o meio ambiente sustentável (ARAÚJO, 2015. p. 442), “procurou-se a efetivação de vetores já consagrados na Constituição Federal de 1988, como a busca de uma maior inclusão social e a promoção do direito à moradia”. (NEGRI; ALCÂNTARA; CASTRO, 2013, p. 97)

Em seguida, a Lei 12.424 de 16 de junho de 2011, ampliou o objeto da usucapião extrajudicial, inserindo a possibilidade de reconhecimento administrativo da usucapião de bens imóveis, tratando da legitimação da posse e sua condução à aquisição da propriedade, sendo conferido pelo Estado segurança jurídica aos ocupantes (NEGRI; ALCÂNTARA; CASTRO, 2013, p. 98), em se tratando de ocupações urbanas de pequeno porte. (HOLLIDAY, 2020. p. 142) Nas duas situações, a regularização da posse, permitindo a aquisição da propriedade, pela usucapião, se dava por questões puramente sociais, voltadas para possuidores de imóveis populares.

Para Humberto Pinho (2016. p. 334), existe um gênero “usucapião extrajudicial”, do qual decorrem a usucapião administrativa, fruto do programa *minha casa minha vida*, e a usucapião extrajudicial *stricto sensu*, ou “reconhecimento extrajudicial da usucapião”. Explica o autor as diferenças basilares:

As circunstâncias caracterizadoras são, principalmente, as seguintes: (i) naquela, é requisito que a posse decorra de autorização administrativa formal, (ii) sendo exercida sobre

bem público, (iii) com forte finalidade de regularização fundiária e efetivação do direito fundamental à moradia; nesta, (i) a posse pode se dar amparada por algum justo título ou não (a depender da espécie), (ii) sendo exercida sobre bem particular, (iii) sem direta ligação com programas sociais. (PINHO, 2016. p. 334)

Apesar disso, foi com a promulgação do Código de Processo Civil em vigência que a usucapião extrajudicial – ou reconhecimento extrajudicial da usucapião - se tornou um efetivo e cada vez mais popular caminho para regularização dos imóveis já usucapidos, pois passível de incidência para toda e qualquer modalidade de usucapião, garantido ao cidadão acesso à ordem jurídica justa, fora do Poder Judiciário. Seu pressuposto primordial é a inexistência de litígio. Qualquer ato de contestação dos requisitos, pelos interessados, é motivo suficiente para afastamento da via administrativa, devendo, nestas hipóteses, o processo ser remetido ao Judiciário, onde tramitará.

Pois bem, o artigo 1.071 do Código de Processo Civil criou o artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos, posteriormente modificado, e acrescido de novos parágrafos, pela Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, ampliando assim, para toda e qualquer forma de usucapião, a possibilidade de reconhecimento na via extrajudicial.

De acordo com a nova sistemática, ampliou-se o espectro do procedimento extrajudicial da usucapião que, agora, passa a abarcar todo e qualquer pedido em que haja consenso entre o possuidor e demais interessados (confrontantes, proprietário, titulares de direitos reais sobre o imóvel, entre outros). (PEREIRA, 2017. p. 256)

Logo em seguida, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ editou o Provimento nº 65 de 14 de dezembro de 2017, que subsidiariamente regulamenta a usucapião extrajudicial, estabelecendo diretrizes para atuação tanto do tabelião, quando da lavratura da ata notarial, como do registrador, que presidirá o procedimento, tratando de todos os atos com deveras minúcias. Muito embora o profundo detalhamento não tenha espaço neste trabalho, as principais nuances serão aqui tratadas.

Inicialmente, o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos destaca a possibilidade de busca do reconhecimento da usucapião pela via judicial, sendo o caminho extrajudicial forma alternativa, uma opção do autor:

A nova disposição, por imperativo do princípio da inafastabilidade de jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), não retira a possibilidade de a matéria ser analisada pelo Poder Judiciário. A usucapião extrajudicial é faculdade do usucapiente, que pode se utilizar desta medida como instrumento mais ágil para obtenção do seu direito. (FERREIRA FILHO, 2015. p. 66)

A solução judicial da usucapião é via sempre aberta, ainda que iniciado o procedimento perante a serventia extrajudicial ou após sua negativa de reconhecimento (PINHO, 2016. p. 337), podendo ainda o requerente, depois de ingressado na via judicial, desistir do seu processamento e leva-lo para via extrajudicial, aproveitando-se das provas já produzidas, conforme previsto no artigo 2º, §2º e 3º, do Provimento nº 65/2017 do CNJ.

O *caput* do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, incluído pelo artigo 1.071 do Código de Processo Civil, fixa ainda a competência para processamento do pedido de usucapião, como sendo a da Serventia de Registro Geral de Imóveis na qual o bem esteja matriculado, ou a maior parte dele, acréscimo dado pelo artigo 2º do Provimento nº 65/2017 do CNJ.

Exige-se requerimento do interessado, na forma e com requisitos de petição inicial, que deverá estar representado por advogado ou assistido por defensor público.

O artigo 3º do Provimento nº 65/2017 do CNJ determina que na petição inicial deverá constar a causa de pedir, com a modalidade que se pretende provar a consumação; a origem e demais características da posse, inclusive o modo de sua aquisição, sendo ainda descritas eventuais edificações havidas no terreno; qualificação dos possuidores antecedentes, período e circunstâncias da posse destes; número de matrícula do imóvel, quando houver, ou informação de que essa inexistente; além do valor atribuído ao imóvel.

A documentação essencial à propositura da demanda é estabelecida nos incisos do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, sendo ela: a) ata notarial circunstanciada, lavrada por tabelião público, atestando o tempo de

posse, tanto do requerente quanto dos seus antecessores; b) planta e memorial descritivo, assinado por profissional habilitado, com prova de anotação de responsabilidade. Devem ainda ser assinados pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel objeto da usucapião, assim como na matrícula dos imóveis confinantes; c) certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; d) prova do justo título, quando for documentado, ou qualquer outro documento que demonstre a origem, continuidade, natureza e tempo da posse, como pagamento de tributos sobre o imóvel.

O pedido deve estar acompanhado da prova documental indicada no dispositivo, devendo ser feito por meio de advogado, qualificado na petição – o que impõe mais um requisito: a procuração, outorgada por instrumento público ou particular. O aceno acerca do patrono é relevante porque em seu nome serão dirigidas notificações, no curso do procedimento (PINHO, 2016. p. 338)

Quanto à documentação, ganha destaque a exigência de ata notarial, que deverá ser lavrada por tabelião público e não pelo registrador, pois aquele é quem detém a referida atribuição.

Ao tabelião de notas é reservada a função de elevada importância, uma vez que formaliza a vontade das partes e demonstra a prova do cumprimento dos requisitos materiais para aquisição do direito fundamental de propriedade, mediante a realização das provas necessárias à efetivação desse direito, por meio da lavratura da ata notarial que, por meio desse instrumento público, possibilita a concretização da existência de fatos e situações que comprovem de forma legítima e autêntica a situação real do direito postulado. (COSTA; BORGES, 2019. p. 23)

Muito embora a Lei de Registros Públicos imponha a competência para tramitação do procedimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião, ela foi silente no que diz respeito à competência do tabelião para lavrar a necessária ata notarial, pois, em tese, qualquer tabelião do país poderia promover o ato.

Apesar disso, a doutrina já vinha se posicionando que deverão ser aplicadas as mesmas regras de atribuições territoriais, pois o tabelião do lugar onde está localizado o imóvel é quem tem as melhores condições para atestar ou não a existência da posse pelo tempo necessário para usucapir (ARAÚJO, 2015. p. 443), “isso porque é difícil imaginar que seja verificada com precisão a posse do pleiteante sem que haja uma análise *in loco*”. (PINHO, 2016. p. 339) A discussão encerrou com a edição do Provimento nº 65/2017 do CNJ, que impõe a atribuição para confecção da ata notarial ao notário do município onde estiver localizado o imóvel, ou a maior parte dele.

Na lavratura da ata notarial, o tabelião, após promover as diligências que entender pertinentes, retratará a existência e o modo de existir do fato, atestando ou não a posse e o seu tempo, tanto do requerente quanto dos seus antecessores, tudo de forma circunstanciada. Para tanto, poderá o tabelião utilizar imagens ou sons gravados, isso por expressa previsão do artigo 384 do Código de Processo Civil e artigo 216-A, II, da Lei de Registros Públicos.

Ademais, o artigo 4º do Provimento nº 65/2017 do CNJ fixa os parâmetros para confecção da ata notarial, impondo: a) qualificação do requerente, seu cônjuge ou companheiro, além do titular do domínio, caso exista; b) descrição minuciosa do imóvel, sendo ela de acordo com os dados de sua matrícula, caso exista, especificando existência de construções, benfeitorias e/ou acessões, se existirem; c) forma de aquisição da posse; d) modalidade de usucapião pretendida e sustentação normativa; e) número de imóveis atingidos pela pretensão, suas localizações e informação se estão em mais de um município; f) valor do imóvel; e g) demais informações que o tabelião veja como pertinentes, como depoimentos de testemunhas e confinantes.

Quanto ao segundo e terceiro documentos aqui tratados, a planta e memorial descritivo, curiosamente, determina a Lei que haja assinaturas dos confinantes e cônjuges apenas no memorial. A prática, contudo, já demonstrava que ambos devem ser assinados, planta e memorial descritivo, dando maior segurança às imagens e desenhos apresentados. Posteriormente, o Provimento nº 65/2017 do CNJ assentou a discussão, prevendo a assinatura dos confinantes em ambos os documentos, planta e memorial descritivo, encerrando a celeuma. Ademais, segundo o já citado Provimento do CNJ, não só os proprietários, mas

todos os ocupantes dos imóveis confinantes, a qualquer título, deverão assinar a planta e o memorial descritivo.

Por sua vez, as certidões exigidas têm por finalidade “evitar reconhecimento extrajudicial de uma propriedade já pleiteada ou em debate em demanda autônoma” (PINHO, 2016. p. 334), servindo para demonstrar a inexistência de ações que caracterizem oposição à posse, notadamente de “disputa da posse do referido imóvel, o que inviabilizaria a análise do procedimento administrativo”. (COSTA; BORGES, 2019. p. 35) Devem elas ser expedidas em nome do requerente e de seu cônjuge ou companheiro, dos antigos possuidores e de seus cônjuges ou companheiros, se existirem, além do titular do domínio e de seu cônjuge ou companheiro, caso existam.

Os demais documentos, exigidos pela Lei de Registro Públicos, são aqueles capazes de comprovar a consumação da usucapião cujo reconhecimento é pleiteado; logo, variáveis de acordo com o caso concreto.

Mas não é só. Como visto, o Provimento nº 65/2017 do CNJ detalhou e esclareceu pontos relevantes dos procedimentos a serem adotados e dos documentos necessários ao reconhecimento extrajudicial da usucapião, cuidando também de exigir documentação, que não eram tratadas nas demais normas, e são tidas igualmente como essenciais.

Determina o referido provimento que sejam juntados: a) descrição georreferenciada do imóvel, no caso de bem localizado em zona rural; b) instrumentos de mandato, nomeando advogado ou declaração nomeando defensor público, com poderes especiais; c) certidão atestando a natureza urbana ou rural do imóvel usucapiendo.

Vistos os documentos indispensáveis à propositura do requerimento, é momento de analisar o procedimento em si, desenhado inicialmente nos 10 parágrafos do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, trazidos pelo Código de Processo civil, assim como nos 05 parágrafos que foram acrescentados ao citado artigo pela Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017.

Depois de autuar o pedido, o registrador passará à análise da planta e memorial descritivo. Caso eles não estejam assinados pelos proprietários, e todos os ocupantes dos imóveis confinantes, o registrador notificará quem não assinou, pessoalmente, ou por carta, para manifestar seu consentimento expresso, no prazo de 15 dias.

Pela previsão originária do Código de Processo Civil, o silêncio do interessado certo deveria ser interpretado como discordância ao pedido, pois a anuência era condição essencial para processabilidade, o que gerou inúmeras críticas dos especialistas, argumentando-se incongruência sistemática, na medida em que “o usucapião, instituto que está umbilicalmente ligado à inércia do proprietário, para ser reconhecido extrajudicialmente dependeria de uma postura positiva desse mesmo proprietário” (PINHO, 2016. p. 342). A opção política foi modificada de forma antagônica com o advento da Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, que alterou o artigo 216-A, §2º, da Lei de Registros Públicos, segundo o qual o silêncio dos interessados certos passou a significar concordância com o pedido.

O registrador cientificará à União, o Estado, o Distrito Federal e o Município, para que se manifestem sobre o pedido. Deverá ainda promover publicação de edital, em jornal de grande circulação, permitindo que terceiros interessados se manifestem em 15 dias.

Por outro lado, não estando clara a situação da usucapião, ou havendo qualquer dúvida, não deverá o registrador dar por encerrado o procedimento na via extrajudicial, pois, caso haja possibilidade de procedência do pedido de reconhecimento, poderá ser solicitada ou realizada diligências complementares pelo oficial de registro de imóveis.

Em havendo dificuldade por parte do registrador, nem por isso a via extrajudicial será extinta. A lei fala que, em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida (parágrafo 5º). Outra solução, se não estiver convicto da realidade fática, é a realização de diligências no local do bem, uma opção do tabelião (parágrafo 7º). (PINHO, 2016. p. 347)

Transcorridos os prazos, não havendo pendências ou diligências a serem realizadas pelo registrador e estando em ordem toda a documentação, inclusive com as assinaturas exigidas, ou decorrido o prazo para manifestação sem que haja discordância expressa de qualquer interessado, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel, com as descrições apresentadas, devendo ele abrir nova matrícula.

Caso a documentação não se mostre suficiente para o reconhecimento do pedido, este será rejeitado, podendo o requerente, como dito, pleiteá-lo na via judicial.

Irá ainda tramitar na via judicial o pedido de reconhecimento de usucapião, sempre que houver impugnação do pedido extrajudicial, cabendo ao requerente emendar sua petição, de modo que a adeque ao procedimento comum. Neste caso, “o pedido extrajudicial transmuda-se em ação judicial, em autêntica manifestação do princípio da economia processual e da efetividade, corolários de um justo acesso à justiça”. (PINHO, 2016. p. 348)

A Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, além de modificar o artigo 216-A, §2º, da Lei de Registros Públicos, mudou também os incisos I e II, bem como o §6º, do mesmo artigo. Entretanto, estes, de forma mais sutil, apenas para dar maior organicidade e coerência ao texto. Acrescentou ainda mais 05 parágrafos ao artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos, os quais também cuidam do procedimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião.

O primeiro deles (§11º) trata de usucapião de unidade autônoma de condomínio edilício, onde ficou dispensado o consentimento dos titulares de direitos reais e outros direitos registrados ou averbados na matrícula dos imóveis confinantes, bastando a notificação do síndico para se manifestar.

No mesmo contexto, se o confinante do imóvel usucapiendo for um condomínio edilício, bastará a notificação do síndico para manifestação, havendo expressa dispensa de notificação de todos os condôminos.

O §13º trata da hipótese na qual os interessados certos não sejam encontrados, ou estejam eles em local incerto ou não sabido, determinando a Lei que o registrador certifique tal fato e promova 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 como concordância do notificando.

Havendo previsão do órgão jurisdicional competente para a correção das serventias, a publicação do edital poderá ocorrer por meio eletrônico, sendo dispensada a publicação em jornais de grande circulação.

O último acréscimo ao citado artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos, autoriza que, estando ausentes ou sendo insuficientes os documentos que provem o justo título (a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da



posse, tais como o pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel), o requerente poderá comprovar estas circunstâncias em procedimento de justificação administrativa, perante a serventia extrajudicial.

O procedimento de justificação administrativa terá início com petição dirigida ao oficial de registro de imóveis, detalhando os fatos e o que pretende provar o requerente, conforme previsto no artigo 381, §5º, do Código de Processo Civil, sendo processado nos moldes dos artigos 382 e 383 do mesmo Código.

Findo o processamento e reconhecida a usucapião extrajudicial, deverá ser aberta nova matrícula para o imóvel.

Em caso de imóvel rural, para registro do reconhecimento da usucapião na via extrajudicial, será necessária apresentação do recibo de inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR, do Certificado de Cadastros de Imóvel Rural - CCIR, emitido pelo INCRA, de certificação do INCRA, por meio do Sistema de Gestão Fundiária – SIGEF, atestando que o poligonal do imóvel não se sobrepõe a nenhum outro bem constante em seu cadastro georreferenciado.

Por fim, o Provimento nº 65 do CNJ trouxe certa confusão na doutrina acerca da natureza jurídica da usucapião extrajudicial, se ela é forma originária ou derivada de aquisição da propriedade, isso porque o seu artigo 21 determina que “o reconhecimento extrajudicial da usucapião de imóvel matriculado não extinguirá eventuais restrições administrativas nem gravames judiciais regularmente inscritos”.

permite-se afirmação no sentido de que a usucapião administrativa apresenta regime jurídico diferente da usucapião judicial no que concerne às normas relacionadas aos gravames e ônus incidentes sobre a matrícula imobiliária, devendo ser esclarecido se há reflexos na seara tributária. (COSTA; BORGES, 2019. p. 39)

Ora, sendo a usucapião modo de aquisição originária, como visto por todo o Capítulo 1, não há vínculo entre o novo e o antigo proprietário. É como se o imóvel surgisse no momento de consumação da usucapião, restando suprimidas eventuais restrições sobre o bem.

O Provimento do Conselho Nacional de Justiça caminha em sentido diverso, estabelecendo que, nas hipóteses de usucapião extrajudicial, permanecerão gravados no imóvel restrições administrativas e gravames judiciais, gerando tumulto acerca da natureza jurídica do instituto.

No momento em que os provimentos mencionados autorizam a permanência de gravames judiciais ou restrições administrativas no registro do imóvel adquirido via usucapião extrajudicial tem-se a descaracterização do meio de aquisição originária da propriedade, haja vista que se mantém, nesses casos, vínculo jurídico do pretense titular do direito imobiliário com o antigo proprietário ou titulares de direitos reais averbados no registro de imóvel. (COSTA; BORGES, 2019. p. 39-40)

A matéria é digna de mais profunda discussão, notadamente acerca da (in)constitucionalidade do dispositivo do Provimento. Pois, sendo aquisição derivada da propriedade, já que permanece vínculo antecedente, justificar-se-ia a incidência de tributos inerentes à transferência da propriedade.

Se fosse possível essa diferenciação, haveria um desvirtuamento desse instituto com consequências em outras áreas do direito, em especial, no direito tributário, com reflexos na incidência tributária, a depender da forma de aquisição da propriedade, originária ou derivada, fazendo com que as pessoas realizassem o reconhecimento desse direito pela via judicial em detrimento da extrajudicial, isso porque haveria uma redução dos valores, em razão da desoneração tributária, o que não é admitido pelo sistema jurídico. (COSTA; BORGES, 2019. p. 41-42)

Muito embora não seja esta a arena adequada para discussão detalhada, parece não haver sentido em diferenciar a natureza jurídica da aquisição da propriedade, até porque, na esfera extrajudicial, assim como na judicial, não estará o registrador ou o juiz constituindo a propriedade através de suas decisões, mas apenas declarando-a, reconhecendo-a, vez que já consumada a usucapião, independentemente de outro ato, tema que será estudado com mais tenacidade no próximo tópico.

Configurada a usucapião, não deve subsistir permanência de gravames ou restrições advindas do antigo proprietário, seja na via judicial ou

extrajudicial, sendo questionável a legalidade e constitucionalidade do Provimento em discussão, especialmente porque, em qualquer modalidade de usucapião, instituto de direito material, não há vínculos entre o atual e o antigo proprietário.

#### 2.4 Natureza jurídica da ação, da sentença e do reconhecimento extrajudicial da usucapião

O final do século XIX foi marcado pelo desenvolvimento do processo civil como ciência nova, separando a relação jurídica processual da relação jurídica material, a partir de obra de Oskar Bülow, em 1868, quando as ações eram classificadas apenas como declaratórias e condenatórias, tidas como ações puras. Posteriormente, nesse contexto evolutivo, surge o conceito de ações constitutivas, haja vista que as ações declaratórias e condenatórias não abarcavam todos os tipos vislumbrados. (ZANETI JUNIOR, 2010. p. 296) Formase, portanto, a clássica teoria ternária das ações, que são divididas em declaratória, condenatória ou constitutiva, edificada pela doutrina do alemão Adolf Wach e difundida na Itália por Chiovenda, influenciando Calamandrei, Carneluti e Liebman. (PIMENTEL, 2010. p. 30)

Em 1912 surge uma nova classificação, na doutrina de Hellwig, que, muito embora tenha admitido uma subdivisão das ações condenatórias, manteve válida a classificação em questão – declaratória, condenatória e constitutiva. À condenação se acrescentou uma dupla ordem. A primeira era direcionada ao réu e a segunda ao gestor da execução, para que este efetivasse a medida. (PIMENTEL, 2010. p. 31)

Posteriormente, Georg Kuttner, em 1914, vislumbrou as ações mandamentais, analisando o exame de eficácia da sentença, ao invés do gênero e espécies, como era feito para as ações declaratórias, condenatórias e constitutivas. (ZANETI JUNIOR, 2010. p. 296-297) Caracteriza-se a ação mandamental pela expedição de uma ordem, destinada a um estranho a relação processual, para que ele desse cumprimento à decisão. (PIMENTEL, 2010. p. 31)

Nesse contexto, Pontes de Miranda se inspirou e desenvolveu a teoria quinária das ações (PIMENTEL, 2010. p. 31), admitindo como espécies as ações

mandamentais e executivas *latu sensu*, sob a óptica de que as sentenças deveriam ser classificadas a partir da preponderância do seu potencial resultado. (ZANETI JUNIOR, 2010. p. 297)

Para Chiovenda (1998, p. 53), as ações podem ser classificadas a partir do direito deduzido em juízo ou do direito que se pretenda deduzir. No primeiro grupo, as ações dividem-se segundo a natureza da relação jurídica discutida, se real ou pessoal, que tem grande repercussão na fixação da competência; também se classificam segundo o objeto do pedido mediato, se mobiliária ou imobiliária, com consequências não apenas sobre a competência, mas também sobre a capacidade processual das pessoas casadas. (DIDIER JR, 2015. p. 288-289)

As ações podem ser classificadas ainda a partir dos efeitos da tutela jurisdicional que se busca, “na vária natureza do pronunciamento judicial a que a ação tende”. Nesse aspecto, podem assumir três formas, de cognição, conservação ou execução (CHIOVENDA, 1998. p. 54), ou, em termos mais próximos, de conhecimento, execução ou cautelar. Essa divisão, contudo, está perdendo espaço, dado a natureza sincrética que têm assumido as demandas entre si “satisfazendo e assegurando, certificando e efetivando, certificando assegurando e efetivando etc.”, reciprocamente. (DIDIER JR, 2015. p. 289)

Explica Alexandre Freire Pimentel (2010, p. 29) que, de forma ordinária, no sistema brasileiro, o processo de conhecimento se limitava a “dizer o direito”, por meio de sentenças de declaração, constituição ou condenação, sendo necessário um posterior processo de execução para efetiva satisfação da obrigação, situação superada com o sincretismo processual, modo de processo adotado para as distintas espécies de tutela. Atualmente podem ser exequíveis até as sentenças declaratórias, quando elas declaram exigibilidade de prestação. (ZAVASKI, 2010. p. 455)

Sob influência da escola italiana, sobretudo de Liebman, o Brasil adotou a ideia germânica de processo dualista, “pela qual a tutela de conhecimento destina-se a declarar a norma jurídica material a incidir no caso concreto”, de modo que a sentença nos processos de conhecimento não tinham por finalidade a satisfação da pretensão, que necessitava de um novo processo, o de execução. Diante da crise de inefetividade do processo civil, se fez necessário modificar o sistema, o que se fez com a generalização do sincretismo

processual, eliminando essa ideia de duas ações, uma de conhecimento e outra de execução. (PIMENTEL, 2010. p. 30)

Resolveu-se, então, quebrar o paradigma de que a tutela de conhecimento havia de ser pura, não satisfativa, bem como que a satisfação da pretensão somente devesse ocorrer após a certificação da existência do direito alegado (formação do título executivo) e através do manejo de outra ação, a ação de execução. (PIMENTEL, 2010. p. 31)

As ações de conhecimento, ou ações declaratórias *latu sensu*, segundo clássica teoria ternária, subdividem-se em ações meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias (ALVIM, 2009. p. 2), possuindo todas elas inegável carga de declaração, pois sempre certificam a existência de um direito. (CHIOVENDA, 1998. p. 228)

Para Pontes de Miranda, em sua difundida teoria quinária, as ações se classificam em declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. O ponto fundamental de sua afirmação é que não há uma eficácia pura para cada tipo de sentença, mas diferentes cargas, com prevalência de eficácias, preponderância esta que indicará o tipo de ação, distinguíveis através dos diferentes mecanismos de efetivação das sentenças. (PIMENTEL, 2010. p. 35-36) Classificam-se as ações, pela sua força e efeitos, pela “eficácia principal, força ou carga da ação”, de acordo com a controvérsia em discussão. (ASSIS, 2010. p. 55)

Desse modo, condenatória é ação de prestação, tendo por seu conteúdo o “poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação - conduta -, que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar coisa.” (DIDIER JR, 2015. p. 290), “correlativo ao conceito de condenação é o conceito de prestação”, não servindo para os direitos potestativos. (CHIOVENDA, 1998, p. 229)

Enquanto a demanda condenatória está relacionada ao direito à prestação, a demanda constitutiva tem a ver com os chamados direitos potestativos, aquele “poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas”, sendo ele, o processo, voltado a certificar e efetivar estes direitos. (DIDIER JR, 2015. p 290)

As sentenças constitutivas têm seus efeitos limitados ao mundo jurídico, cumprem-se pelo que se convencionou chamar *execução imprópria*, pela simples prolação da sentença, que, por si só, altera o estado jurídico em questão (PIMENTEL, 2010. p. 40), não havendo necessidade de nenhuma conduta para que o direito seja efetivado, pois sua efetivação já é a própria alteração da situação jurídica, dispensando qualquer ato no mundo dos fatos.

Será constitutiva a sentença se do processo resultar uma situação jurídica nova ou a modificação de uma já existente (DIDIER JR, 2015. p 290), de modo que o processo é imprescindível para que haja o surgimento ou a modificação de determinado estado jurídico. O ponto distintivo da sentença condenatória é a atividade criadora (ZANETI JUNIOR, 2010. p. 304), a mudança jurídica. (CHIOVENDA, 1998. p. 258)

Por sua vez, é meramente declaratória a ação na qual se pretende “certificar a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma situação jurídica (art. 19, I, CPC)”. Cabe, também, para a declaração de falsidade ou autenticidade do documento (art. 19, II, CPC). (DIDIER JR, 2015. p 292) A tutela declaratória remove a incerteza jurídica, “acertando” a existência ou não de um direito. (ALVIM, 2009. p. 4) Tal sentença traz definição de certeza a respeito da existência ou inexistência da relação jurídica. (ZAVASCKI, 2010. p. 454-455)

O autor que requer uma sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei, seja que o bem consista numa prestação do obrigado, seja que consista na modificação do estado jurídico atual; quer, tão-somente, saber que seu direito existe ou quer excluir que exista o direito do adversário; pleiteia no processo a certeza jurídica e nada mais. (CHIOVENDA, 1998. p. 261)

Admita a classificação quinária de Pontes de Miranda, há ainda as ações executivas e mandamentais.

A ação executiva “é aquela pela qual se afirma um direito a uma prestação e se busca a certificação e a efetivação desse direito, por meio de medidas de coerção direta, enquanto que a ação mandamental “é aquela pela qual se afirma um direito a uma prestação e se busca a certificação e a efetivação desse mesmo direito, por meio de medidas de coerção indireta”. (DIDIER JR,

2015. p. 298-299) “A satisfação de sua pretensão se concretiza na ordem judicial”, pois há uma ordem direta expedida pelo magistrado. (SILVA, 2010. p. 73)

À luz do Código de Processo Civil de 1973, Hermes Zaneti Júnior explica as sentenças executivas:

A classificação de Pontes de Miranda completa-se com a inclusão das sentenças executivas *lato sensu* entendidas como aquelas que revertem sobre o patrimônio do autor que se encontra na posse do réu sem a necessidade de um processo executivo *ex intervallo* como o processo executivo que temos hoje, mesmo após a reforma da Lei 11.232/05 (art. 475-J do CPC). Concluindo: observam-se cinco ações ou sentenças possíveis – declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*. (ZANETI JUNIOR, 2010. p. 297)

Sintetiza Araken de Assis:

Através da eficácia declarativa o autor tem por fito extirpar a incerteza, tornando indiscutível, no presente e no futuro, graças à autoridade da coisa julgada, a existência, ou não, de relação jurídica, ou a falsidade, ou não, de documento (art. 4º); através da eficácia constitutiva o autor busca, além da declaração, a criação, a extinção ou a modificação de uma relação jurídica; através da eficácia condenatória o autor visa a obter a reprovação do réu, ordenando que sofra a execução; através da eficácia mandamental o autor pleiteia uma ordem para alguém, e ninguém mais, adotar um comportamento predeterminado; e, por fim, através da eficácia executiva o autor pede ao juiz que extraia um bem da esfera jurídica do réu e passe para sua esfera. (ASSIS, 2010. p. 57)

Evidente, portanto, que na teoria ternária também se contemplam as sentenças mandamentais e executivas, não como ações autônomas, mas como meros efeitos da ação condenatória, pois ambas são ações condenatórias. (DIDIER JR, 2015. p. 299-300) Desse modo, trata-se de ações de prestação (condenatórias), distinguindo-se entre elas apenas no que diz respeito à técnica executiva utilizada.

Para José Carlos Barbosa Moreira (2007, p. 180-181), as ações executivas *stricto sensu* são espécies de ações condenatórias. Tece críticas

desde a terminologia utilizada, indicando que só se justificaria denominar algo de *stricto sensu* se houvesse um *latu sensu*, em que este seria gênero e aquele espécie, acrescentando que, na literatura estrangeira, permanece firme a teoria ternária, não havendo espaço para as sentenças executivas.

Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim explica que foi eliminada qualquer possibilidade de sustentação da existência da ação executiva com as reformas trazidas pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, na medida em que, em regra, não há mais necessidade de executar sentenças judiciais em processos autônomos. Explica o autor:

Não existe, no que diz respeito à essência da crise, razão para ver nas assim denominadas ações executivas lato sensu uma categoria à parte, e, se o que poderia justificar a existência dessa classe seria a circunstância de que a implementação, na ordem prática, do que fosse decidido nas chamadas ações executivas lato sensu haveria de ser implementado sem a necessidade de instauração de um processo de execução específico, parece que a título algum se justifica conceber tal categoria como autônoma após o advento da Lei 11.232/05, pois isso se tornou, como apontado, a regra geral (ALVIM, 2009. p. 12-13)

A mandamentalidade, por sua vez, para Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim (2009, p. 4), é “técnica de efetivação de provimentos condenatórios”:

Pode-se dizer, em última análise que a tutela condenatória é aquela que visa à obrigação de prestar, tendo em vista situações de crise no adimplemento de obrigações. E que esta pode ser implementada na ordem prática mediante técnicas subrogatórias ou mandamentais (execução indireta). Afigura-se-nos correto afirmar que a distinção entre essas últimas reside principalmente na forma de execução e não na natureza da crise. Nesse sentido, pode-se dizer impróprio agregar a categoria de sentenças mandamentais às três que compõem a chamada classificação ternária, porque esta tem por *ratio essendi* a essência da crise. (ALVIM, 2009. p. 8)

Ada Pellegrini Grinover (2006, p. 123) chega a defender que o atual sistema processual eliminou as ações condenatórias, isso porque as ações condenatórias não são sincréticas, sendo inadmissível a execução da decisão



(cumprimento de sentença) nos próprios autos. Segundo a autora, as ações classificam-se em declaratória, constitutiva, mandamental e executiva. Para Fredie Didier Jr. (2015. p. 300), tal entendimento não se sustenta, tendo em vista que estas últimas, assim como a ação condenatória, pertencem ao gênero do qual se referem as ações de prestação, sendo elas substancialmente semelhantes. Logo, o doutrinador baiano adota a clássica teoria ternária.

O fato é que, para Pontes de Miranda, e para os que seguem a teoria quinária, das ações condenatórias podem se distinguir as ações mandamentais e executivas *latu sensu*. As ações meramente declaratórias e as ações constitutivas existirão seja qual for a teoria distintiva adotada (a ternária, quaternária ou a quinária). São essas as modalidades que importam ao presente estudo.

Pois bem, a partir dos efeitos da tutela jurisdicional que se busca, a usucapião é uma ação de conhecimento, atualmente regida pelo procedimento comum, com diversas especificidades, como visto no item 2.1. No que serve à esta parte do trabalho, inquestionável é que a ação de usucapião não é demanda condenatória, afastando, com isso, as discussões no entorno da classificação das ações trazidas nas teorias ternária, quaternária e quinária. Importa saber se as ações, e, por conseguinte, as sentenças de procedência do processo de usucapião, são constitutivas ou declaratórias.

Tanto as ações constitutivas, como as declaratórias, são ações de certificação de direitos, de eliminação de incertezas. O fato é que, nesta, o seu mérito é apenas a certificação, enquanto que, naquela, além da certificação do direito potestativo, busca-se efetivá-lo, o que é feito automaticamente, quando da prolação da sentença, criando, modificando ou extinguindo a situação jurídica. As sentenças constitutivas preponderantemente modificam a situação anterior, sem esquecer que também declaram o direito. (ZANETI JUNIOR, 2010. p. 306)

No caso das tutelas constitutivas “após o reconhecimento do direito potestativo (momento cognitivo), dá-se a eliminação de qualquer incerteza quando à sua existência e verifica-se a modificação jurídica desejada (momento substitutivo)”. Assim é no caso de uma ação de separação judicial, por exemplo. Afinal, na ação constitutiva, dizem com pertinência Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz

Gomes “o que se quer é que o juiz mesmo crie, ou modifique, ou extinga, a relação jurídica objeto da controvérsia”. (ALVIM, 2009. p. 6)

O que se busca com uma ação declaratória é apenas que seja declarado (ou não) um direito já existente, suprimindo uma situação de incerteza, e não a criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica por força da sentença. Também se diferenciam das ações condenatórias:

A distinção entre a ação condenatória e a ação declaratória não estaria nos efeitos de ambas (como a formação de título executivo), nem no fato de existir ou não a exigência de uma prestação, mas no fato de a primeira exigir a efetivação de uma prestação por força da violação a um direito e a segunda se fundamentar em violação do direito à segurança das relações jurídicas existentes entre as partes, sendo a declaração suficiente para restaurar o estado de segurança. (ROQUE, 2018. p. 6-7)

O italiano Giuseppe Chiovenda, a quem se atribui valorosa contribuição ao estudo da ação declaratória, entende que, nestes tipos de processos, o autor “limita-se a pedir que se declare a existência de direito seu ou a inexistência de direito de outrem”. (CHIOVENDA, 1998. p. 260) O mérito da ação declaratória é a certeza jurídica. O autor apenas quer saber se seu direito existe ou então se o do seu adversário inexistente, de modo que essa produção de certeza jurídica advinda da ação declaratória representa um fim em si mesma. (CHIOVENDA, 1998. p. 261)

Se a causa de pedir na ação declaratória é composta da afirmação de uma situação jurídica, acrescida de uma situação de incerteza sobre esta (DIDIER JR, 2015. p. 293), parece ser o caso dos processos de usucapião. Ou será que é a sentença de usucapião que cria o direito de propriedade para o possuidor, enquanto que o elimina para o titular do domínio?

Analisando as legislações que tratam de cada uma das espécies de usucapião tem-se que os efeitos da sentença são meramente declaratórios.

O artigo 191 da Constituição Federal, que trata da usucapião especial rural, é silente quanto à natureza jurídica da sentença de usucapião. Apesar disso, a Lei da Usucapião Especial Rural, ainda vigente, impõe, logo em seu artigo primeiro, na parte final, que o possuidor, cumpridos os demais requisitos

da usucapião, poderá “requerer ao juiz que assim o declare por sentença”, servindo o título para transcrição no registro imobiliário.

Muito embora prevista no artigo 183 da Constituição da República, no artigo 9º do Estatuto da Cidade e no artigo 1.240 do Código Civil, para a usucapião especial urbana, nos artigos correlatos, não há expressa indicação da natureza da sentença.

O mesmo não ocorre com a usucapião extraordinária do artigo 1.238 do Código Civil, que prevê a possibilidade do possuidor “requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro”. O artigo 1.242, por sua vez, que trata da usucapião ordinária, silencia neste sentido. A usucapião familiar, outra modalidade prevista no Código Civil, em seu artigo 1.240-A, também nada fala sobre a natureza da sentença.

No caso da usucapião coletiva urbana, o artigo 10º, §2º, do Estatuto das Cidades, é claro ao dizer que “a usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis”. Por fim, o Estatuto do Índio não especifica o tipo classificatório da sentença, neste caso, para a usucapião indígena, aplicando-se, como dito, a regra geral.

Ocorre, contudo, que, muito embora o artigo 1.238 do Código Civil, o artigo 1º da Lei da Usucapião Especial Rural e o artigo 10º, §2º, do Estatuto das Cidades, sejam os únicos que determinam a natureza declaratória da sentença, tal norma se faz desnecessária, isso porque, para todas as formas de usucapião previstas no Código Civil, se aplica a regra geral do seu artigo 1.241, e parágrafo único, que autorizam o possuidor “requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel”, servindo a referida declaração como título para registro no serviço de registro geral de imóveis. Explica Sílvio Venosa, ao comentar o referido artigo:

Qualquer modalidade de usucapião descrita na lei permite declaração judicial. Como vimos, a propriedade, gerada pelo usucapião, preexiste à sentença, que somente a declara. Da mesma forma, obtida a declaração na sentença, haverá título hábil para o registro da propriedade. (VENOSA, 2010. p. 1119)

O artigo 1.241 do Código Civil, bem como seu parágrafo único, é claro no sentido de que a sentença de qualquer usucapião é declaratória, e que esta sentença poderá ser registrada, pois é título hábil para tanto. Do referido artigo se extrai norma segundo a qual a sentença não é requisito para usucapião, isso porque ela tão somente declara algo preexistente, a propriedade imóvel adquirida pela usucapião, podendo essa declaração obtida servir de título hábil ao registro.

No mesmo sentido, a Lei de Registros Públicos, em seu artigo 167, I, 28), determina que no registro de imóveis serão feitos os registros das “sentenças declaratórias de usucapião”, situação que igualmente abarca todas as suas modalidades, sendo mais um dispositivo que aponta ser declaratória a sentença de usucapião.

Não há, contudo, no âmbito da legislação, nenhuma norma que determine natureza constitutiva à sentença de usucapião. A sentença, repete-se, não é requisito para aquisição da propriedade.

Assim sendo, ocorrendo determinados fatos, pelo instituto da usucapião, como forma primária de aquisição, impõe-se ao possuidor também a propriedade do bem, independentemente de sentença judicial, evidenciando-se, com isso, não se tratar de sentença constitutiva, notadamente porque o possuidor do imóvel somente terá procedência no seu pedido de usucapião se esta já estiver consumada anteriormente, pois “comprovada, pelo usucapiente, a *posse mansa e pacífica* pelo *tempo* fixado em lei, adquire ele a propriedade do bem pelo só fato do preenchimento dos requisitos previstos na legislação atinente à espécie”. (SALLES, 2010. p. 50) Ademais, ele, o possuidor, poderá ou não requerer o reconhecimento da usucapião já consumada. Nas duas hipóteses será proprietário do bem.

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf (2009. p. 133) veem o reconhecimento por sentença como sendo um requisito para usucapião. Apesar disso, percebem que não é a decisão judicial que confere o domínio, isso porque a sentença apenas declara solenemente uma situação jurídica preexistente. Segundos os citados autores o registro da sentença também é um requisito da usucapião, permitindo sua livre disposição, mas advertem que também não há aquisição da propriedade pelo registro do título, havendo, nestes pontos, certa contradição.

Prevalece largamente nas pesquisas realizadas o entendimento de que a sentença não é um requisito da usucapião, notadamente porque se o possuidor pode exercer a faculdade de requerer a declaração de certeza, também poderá não o fazer, evidenciando ser a usucapião fenômeno do direito material, que prescinde de sentença ou reconhecimento administrativo para sua configuração. Neste sentido:

A usucapião é, portanto, um instituto essencialmente de direito material, porque independe de qualquer processo, seja judicial, seja administrativo. Trata-se de matéria de fato: do reconhecimento do domínio com base na posse qualificada com ânimo de dono. Conforme acentuado por Francisco Eduardo Loureiro, “[n]a usucapião, a lei permite que um dia essa pessoa vá dormir como possuidor e acorde como dona; a lei vai converter a posse em propriedade pelo decurso do tempo. Isso é usucapião”. (MELLO, 2017. p. 6-7)

Ensina Pontes de Miranda (1971, p. 147-148) que a eficácia da sentença de usucapião é declarativa, pois o registro serve para fins de publicidade. Cândido Rangel Dinamarco igualmente entende a usucapião como fenômeno do direito material; logo, a sentença é ato dispensável para que haja consumação da propriedade.

O usucapião é instituto só de direito substancial, que deita unicamente nele as suas raízes e só dele recebe a disciplina de seus requisitos e efeitos. Nada tem de processual. O que torna o possuidor dono não é uma sentença judicial, mas o exercício da posse adequada, pelo tempo necessário. (DINAMARCO, 1994. p. 40)

Da mesma forma, Caio Mário da Silva Pereira entende ser declaratória a sentença da usucapião, não sendo a decisão um requisito essencial para sua consumação:

O art. 1.238 alude à circunstância de poder o possuidor requerer ao juiz que declare a aquisição da propriedade. Daí, desde o Direito anterior, pretendeu-se erigir a sentença em elemento essencial. Mas, sem razão. Segundo a classificação consagrada, as ações, e, portanto, as sentenças, poderão ser constitutivas, declaratórias ou

condenatórias. E, como do art. 1.238 se vê, a que se profere na ação da usucapião é declaratória. Como tal, o julgador limita-se, por ela, a declarar uma situação jurídica preexistente. Se, ao revés, a aquisição da propriedade dependesse da sentença, seria esta constitutiva. (PEREIRA, 2017. p. 144)

No mesmo sentido é o escólio de Maria Helena Diniz (2014, p. 187), que vê a sentença sem valor constitutivo e o registro apenas com a finalidade probatória da propriedade, além de meio para dar melhor utilização do imóvel, permitindo sua livre disposição.

Curiosamente, os referendados autores, Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf, que defendem a sentença e o registro como requisitos da usucapião (2009. p. 133), ensinam que a sentença é declaratória e que o registro da sentença, por mais que seja obrigatório, não é ato constitutivo de direito (2009, p. 142-143). Dizem ainda:

O usucapião repousa em duas situações bem definidas: a atividade singular do possuidor e passividade geral de terceiros, diante daquela atuação individual. Se essas duas atitudes perduram contínua e pacificamente por quinze anos, ou dez anos, ininterruptos, consuma-se o usucapião. Qualquer oposição subsequente mostrar-se-á inoperante, porque esbarrará ante o fato consumado. (MONTEIRO; MALUF, 2009. p. 132-133)

Com todas as vênias devidas, mas se a usucapião for consumada haverá propriedade em favor do possuidor, e isso não depende de sentença que a reconheça. O possuidor passa a ser, também, o proprietário do bem, necessitando de declaração judicial ou reconhecimento extrajudicial apenas para fins de regularização registral, já que sentença não é fato gerador da propriedade (NADER, 2016, p. 156), tendo em vista que ela apenas declara, certifica a situação jurídica que já existe, como previsto no artigo 1.241 do Código Civil, trazendo-lhe apenas uma “certeza jurídica” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015. p. 426), pois a propriedade já surge em favor de quem possui o bem independentemente de decisão judicial ou reconhecimento administrativo.

Ainda no campo da literatura, da mesma forma entendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2010, p. 1.231), determinando a questão como unânime da doutrina e na jurisprudência.

Para Arnaldo Rizzardo (2012. p. 285), a sentença da usucapião é meramente declaratória, pois “limita-se a declarar uma situação jurídica preexistente e valendo como título hábil à transcrição”, com o objetivo de consolidar e legalizar a já consumada propriedade. A propriedade já existe em favor do então possuidor a partir do momento em que são preenchidos todos os requisitos da usucapião. Orlando Gomes endossa o coro da natureza declaratória da sentença de usucapião. Relembra o mestre que a usucapião é forma de aquisição originária da propriedade e não se trata de aquisição por *transcrição*. Caso assim não o fosse, a usucapião serviria como meio de prova da propriedade e não como meio de aquisição dela.

É, entretanto, meramente declaratória, sendo necessária, todavia, para certificar a existência do direito do possuidor que se tornou proprietário. Mas a aquisição da propriedade não se verifica por meio da sua transcrição. Se assim fosse, a usucapião não seria modo de adquirir a propriedade. A aquisição se daria pela transcrição do título. Nesse caso, a usucapião seria meio de facilitar a prova da propriedade, como pensa Josserand, quando, em verdade, é modo de adquiri-la, ainda quando o prescribente vise apenas a sanar o título de aquisição do domínio. (GOMES, 2012. p. 186)

A sentença apenas declara a usucapião, aplicando-se as previsões do Código Civil a qualquer de suas modalidades, pois “o direito é obtido pelos requisitos de tempo e posse e mais boa-fé e justo título. Independentemente da sentença. O juiz limita-se a declarar situação jurídica preexistente.” Completado o prazo com os demais requisitos, o usucapiente já é proprietário, sendo a sentença ou o reconhecimento administrativo um ato que reconhece o direito pré-estabelecido. (VENOSA, 2010. p. 215.)

Importante ainda expor que, para os que diferenciam domínio de propriedade, matéria discutida no tópico 1.2.1, a ação de usucapião “tem por objeto o reconhecimento do domínio, a aquisição da propriedade e a transcrição do bem em nome do usucapiente”; logo, seria a sentença de natureza

declaratória do domínio constitutiva da propriedade e mandamental para efeitos registrais. (ARONNE, 1999. p. 78-79)

Citando os ensinamentos de Ricardo Aronne, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 471) criticam a redação do artigo 1.241 do Código Civil por não fazer distinção entre domínio e propriedade. De toda sorte, reconhecem eles que a doutrina, em sua maioria, entende que a usucapião é meramente declaratória. Apesar disso, explicam:

Qualquer sentença possui várias eficácias, mas a sua classificação será sempre elaborada com vistas àquela que se afigura preponderante. Destarte, a sentença de usucapião é preponderantemente declaratória de domínio, mas também constitutiva de direito subjetivo de propriedade. Antes do registro da sentença, as faculdades do domínio já se enfeixam nas mãos do usucapiente, mas a titularidade remanesce formalmente e residualmente com o proprietário, como se fosse a última chama de uma vela que já se apagou. Com o registro, domínio e propriedade voltam a se concentrar em apenas uma só pessoa: o usucapiente, repelindo-se de uma vez por todas o proprietário. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 470)

Como já adiantado naquele momento do trabalho, a orientação dessa dissertação é no sentido de que a Constituição da República, o Código Civil e as legislações especiais tratam domínio e propriedade como sinônimos, não havendo, portanto, essa diferenciação na usucapião. Desse modo, a ação e a sentença do processo de usucapião são declaratórias, prescindíveis para transformação da situação de possuidor em, também, proprietário, situação jurídica consumada no tempo, pois a sentença apenas declara uma propriedade pré-existente, de modo que “um indivíduo que implementa usucapião sobre certo imóvel alheio, sem que tenha ainda ajuizado ação declaratória de usucapião, já é seu proprietário”. (ARONNE, 1999. p. 77)

A natureza meramente declaratória da ação de usucapião é ainda evidenciada no fato de que o fenômeno poderá ser arguido tanto em ação, como em matéria de defesa, conforme destacou o Ministro Orozimbo Nonato em seu voto no Recurso Extraordinário 8952, publicado no Diário da Justiça de 19 de agosto de 1948:



O usucapião pode ser oposto, como defesa, (é o caso) independentemente de sentença anterior, que o declare e que, registrada, sirva de título ao dominus. O usucapião é, como a transcrição, modo de adquirir domínio. É modo originário de adquirir domínio, com a perda do antigo dono, cujo direito sucumbe em face da aquisição. O proprietário, como já ensinava Lafayette, perde o domínio porque o adquire o possuidor. A transcrição, no caso, exige-se para o exercício do ius diponendi; mas não é constitutiva.

O referido entendimento consolidado há muitas décadas, além de atual é fundamento do enunciado nº 237 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aprovado em 1963, que o sedimentou, sendo válida a afirmativa de que a usucapião poderá ser arguida em matéria de defesa.

Quando a parte alega a usucapião em matéria de defesa, ainda que prove sobejamente a posse pelo tempo necessário à aquisição do domínio, não obterá sentença declaratória, hábil ao registro da propriedade. Haverá de ajuizar ação específica, para que logre o seu objetivo. (NADER, 2016. p. 114)

Ora, se a sentença fosse requisito para usucapião, não caberia sua afirmação enquanto defesa, caso não houvesse sentença a reconhecendo. Ocorre que, estando consumada a usucapião, poderá servir como argumento de defesa, pouco importando a existência ou não de sentença a reconhecendo, o que deixa claro que o ato apenas declara a propriedade já existente e não a cria.

Ademais, em regra, não está passível de registro a decisão que reconhecer incidentalmente a usucapião, ou seja, a propriedade não reconhecida por decisão em ação própria, mas apenas incidentalmente, é fato impeditivo de direito, mas deverá o autor ajuizar ação ou processo administrativo se desejar ver regularizada a posse. Enfim, a propriedade existe em favor do possuidor, mesmo sem sentença dizendo isso.

A distinção não é meramente bizantina, e já sofreu a jurisprudência sua repercussão prática na resposta à indagação se pode usucapião extraordinária ser oposta em ação reivindicatória, como defesa. Se a sentença fosse requisito essencial, o réu, não a tendo, ver-se-ia inibido de invocá-la. Não o sendo, como efetivamente não é, à pretensão do reivindicante o possuidor alega em defesa a

aquisição por usucapião e, provando no correr da ação que lhe assistem os elementos básicos – posse e tempo – requer ao juiz que a declare. (PEREIRA, 2017. p. 144-145)

Confirma a assertiva ainda o fato de que, “a consumação da usucapião sem o exercício da pretensão judicial confere ao titular a pretensão publiciana”, podendo o *novo proprietário* se opor inclusive ao titular do domínio, caso tenha havido a consumação da aquisição pela usucapião em uma de suas modalidades. (ARAÚJO, 2015. p. 61) A referida ação “tem por fundamento a proteção possessória do possuidor que tenha perdido a sua posse antes de ter declarada a propriedade por usucapião”, pois “visa reaver a posse perdida e garantir a usucapião, razão pela qual o possuidor deverá comprovar que foi esbulhado em sua posse e que cumpriu os requisitos da usucapião sem que tenha requerido judicialmente a declaração” (LANDEIRO, 2020. p. 174), sendo, portanto, mais um instituto que deixa claro a natureza declaratória da ação de usucapião.

Henrique Ferraz de Mello (2017, p. 7) destaca ainda o fato de que a sentença da usucapião tem efeito retroativo à data do início da posse, pois é justamente nesta data o marco inicial para que o titular do domínio pudesse ter proposto medidas opositivas; logo, “o domínio se reputa adquirido desde o momento em que se iniciou a posse”. (RIZZARDO, 2012. p. 285). Explica:

Se a usucapião não ostentasse efeito retroativo, o prazo do possuidor não poderia ser computado a partir do início da posse, malgrado prestigiosa corrente sustentando que a retroação não vai além do momento em que consumada a chamada prescrição aquisitiva. (MELLO, 2017. p. 7)

Como ocorre em toda sentença declaratória, os seus efeitos retroagem até a data em que se consumou o direito. Neste caso, a declaração da usucapião terá efeitos a partir da data em que foi constituída a usucapião. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 473) Para Orlando Gomes (2012, p. 189-190), o referido efeito retroativo valida todos os atos do possuidor, assim como o desobriga de restituir frutos ao antigo proprietário. Por fim, entende que decaem todos os atos praticados pelo antigo proprietário, como, por exemplo, os que criem ônus reais sobre o imóvel.

Visto que a posse e o tempo (e eventual requisito especial) são suficientes para concretizar a usucapião, passa o possuidor a ser também o proprietário do bem imóvel. A declaração e registro do ato formalizam apenas a situação de fato já consagrada, ou seja, está dispensado o possuidor de ato judicial ou extrajudicial para se tornar proprietário de bem imóvel pela usucapião.

Inquestionável, contudo, é que o registro da sentença de usucapião é de extrema importância, sendo ato necessário para regularizar o direito de propriedade e de disposição da coisa (VENOSA, 2010. p. 209), dando-lhe ainda maior publicidade:

Partindo do pressuposto inarredável de que o nosso sistema registrário é do tipo causal e não abstrato, como ocorre no sistema alemão; isto é, depende do título a que lhe dá causa, e considerando que o registro agrega uma função primordial consubstanciada na publicização dos direitos reais e dos fatos jurídicos inscritíveis, podemos concluir que a ação de usucapião tem por objetivo não apenas o de declarar uma determinada relação jurídica de domínio sobre a coisa usucapida, eliminando a incerteza sobre os efeitos decorrentes das posses prolongadas com ânimo de dono. Busca-se, sobretudo, a obtenção de um título e mais do que isso, na seara imobiliária, que seja inscritível e dê ao possuidor a plena condição de uso da propriedade. Sem o registro, o possuidor que já usucapiu é dono, mas não consegue, por exemplo, onerar a propriedade em garantia de um financiamento, uma vez que, diversamente, do titular de domínio, não pode dispor do bem em sua plenitude. (MELLO, 2017. p. 8)

O registro público apresenta o repositório das informações mais relevantes inerentes ao objeto da relação jurídica. Muito embora independa de sentença ou do registro, por força do artigo 167, I, 28, da Lei de Registros Públicos, a sentença declaratória de usucapião deverá ser registrada, conferindo publicidade e “vestindo” a posse com o título da propriedade, viabilizando sua melhor fruição. (ARAÚJO, 2015. p. 61)

O registro, por outro lado, serve para dar publicidade à aquisição originária operada pela usucapião, resguardando a boa-fé de terceiros e possibilitado, por parte do usucapiente, o exercício do *ius disponendi*. Ademais,

assegura-se, assim, a continuidade do próprio registro público. (SALLES, 2010. p. 76-77)

Por fim, também existe a possibilidade de o registrador imobiliário reconhecer extrajudicialmente a ocorrência do fato da usucapião. Igualmente, ele não cria a propriedade depois de transcorridos todos os procedimentos do processo administrativo, que, como visto, é bastante minucioso, no intuito de dar a segurança que se pretende nas matrículas imobiliárias.

O registrador, de reconhecido zelo, é protagonista do processo extrajudicial, tendo por obrigação, quando atendidos os requisitos, “o reconhecimento do direito que tem o condão de transformar a situação de fato, posse com ânimo de dono, em direito real de propriedade, proporcionando maior segurança à vida das pessoas”. (COSTA; BORGES, 2019. p. 23) Ele apenas reconhece algo que já existia, assemelhando o resultado de seu trabalho a uma sentença meramente declaratória. Neste sentido:

Na busca de um resultado efetivo com segurança jurídica, atendendo, dessa forma, aos princípios da cooperação e boa-fé consagrados expressamente na sistemática do Novo Código de Processo Civil, permitindo-se que a decisão exarada pelo registrador imobiliário seja equivalente a uma decisão judicial de mérito, com a eficácia jurídica e registral, efetivando-se o pedido pleiteado pelo titular do direito. (COSTA; BORGES, 2019. p. 24)

Por estas razões, resta evidente que a ação de usucapião é meramente declaratória, pois a aquisição originária da propriedade ocorrerá, independentemente de sentença judicial ou do reconhecimento administrativo.

Diante deste cenário, há uma infinidade de imóveis já usucapidos (preenchidos os requisitos de alguma modalidade da usucapião), mas que jamais foram levados à certificação, seja pelo juiz ou pelo registrador de imóveis, estando, portanto, numa situação de irregularidade registral, mas que representam patrimônio, valor econômico.

A propriedade já está constituída, diante da consumação da usucapião, mas não está formalizada, gerando insegurança no sistema registral e nas relações imobiliárias, que ficam desamparadas das adequadas

informações. Estes fatos impedem ainda invariavelmente a eventual constrição deste bem em processo de execução, mantendo-o sempre na esfera patrimonial do proprietário, mesmo que seja devedor e réu em ação judicial, em detrimento da satisfação de eventuais crédito de terceiros, uma aparente violação ao sistema jurídico, na perspectiva da efetividade, prevista na Constituição da República e consagrada como norma fundamental do Processo Civil brasileiro.

O proprietário pela usucapião, ao não regularizar a propriedade do imóvel, passa a se beneficiar de sua torpeza e não raras vezes essa conduta omissiva é deliberada para não saldar seus débitos, devendo o sistema jurídico apresentar soluções para esta situação de crise, em que há patrimônio passível de expropriação, mas desprovido de matrícula imobiliária.

### **3 O comportamento deliberado do proprietário em não regularizar a propriedade adquirida pela usucapião e os deveres de cooperação e de lealdade do executado**

#### 3.1 A liberdade de demandar do proprietário do imóvel usucapido

Nos capítulos antecedentes, firmou-se uma das premissas que autorizam o avanço do estudo, qual seja: cumpridos os requisitos materiais da usucapião, em qualquer de suas modalidades, o possuidor passará, de forma automática, a ser proprietário do bem imóvel. Em um dia, o sujeito é possuidor do bem, no outro dia, além de possuidor, será também o seu proprietário, independentemente da prática de qualquer ato ou formalidade, assim como sem a necessidade de sentença judicial ou reconhecimento administrativo certificando esse direito, pois se trata de demanda meramente declaratória.

É o momento de analisar a *conduta* deste possuidor que passou a ser proprietário do bem imóvel, inicialmente, pela sua vontade externada que reflete na posse do bem para fins de usucapião, tratando ainda da vontade para regularização da propriedade, para, ao final, discorrer acerca da vontade para renunciar à usucapião.

A vontade do sujeito em se tornar proprietário pela usucapião foi tema tratado no item 1.3.1. deste trabalho, quando restou entendido que a vontade relevante é aquela exteriorizada pelo possuidor em atos de proprietário, pouco importando a vontade subjetiva do sujeito, quando a matéria é torná-lo proprietário pela usucapião.

Foi dito, com base nos estudos de Ihering, e na teoria objetiva da posse, por ele construída, que a posse é reconhecida exteriormente por terceiros, podendo eles identificar se a relação do sujeito com a coisa é normal ou anormal, o que se torna impossível do ponto de vista subjetivo, em que a vontade tem total relevância.

A teoria objetiva da posse, adotada pelo Código Civil brasileiro, fixa como critério determinante à existência da posse que haja atos de exteriorização dos atributos da propriedade, atrelada à adequada finalidade conferida à coisa, e não a vontade do sujeito em ser possuidor do objeto por ele apreendido, como se proprietário fosse. Sem dúvidas, como já estudado, a teoria objetiva, resolve

diversas questões de ordem prática que envolvem a posse, sobretudo, a posse para usucapir.

Não se pode desprezar, contudo, que a vontade tem espaço quando do estabelecimento da relação entre a pessoa e a coisa. É preciso, antes de tudo, querer possuir algo para, depois, possuí-lo. (IHERING, 2004. p. 42) A vontade precede a apropriação corpórea da coisa ou a destinação adequada dada a ela. A decisão de querer possuir antecede a posse e, por conseguinte, a usucapião, que depende de posse qualificada pelo *animus domini*. Este foi um dos grandes méritos de Savigny, fragmentar o poder de disposição da coisa, de modo a identificar a importância do querer num momento anterior à posse. (ARAÚJO, 2015. p. 180)

O *querer possuir* é algo anterior ao *corpus*, resumido na relação fática entre sujeito e objeto, que é exteriorizada na destinação econômica dada à coisa. Em regra, é necessário que o sujeito queira possuir o objeto, para que, posteriormente, o possua (salvo exceções, como na posse advinda da sucessão, por exemplo). A vontade *pré-possessória* é relevante porque a posse, uma vez exercida, gera efeitos jurídicos aos quais o possuidor está atrelado, sejam relacionados à sua defesa e manutenção ou na condução da situação do possuidor que passará a ser também o proprietário.

Num segundo momento, depois de possuir o bem, terá importância apenas a vontade manifestada do sujeito, demonstrada objetivamente perante terceiros, pois “o reconhecimento de sua condição advém dos aspectos de exteriorização de sua vontade”. (ARAÚJO, 2015. p. 164) É a posse qualificada com o *animus domini*, capaz de induzir usucapião.

Havendo vontade de possuir e, efetivamente, a posse do bem, poderá ela gerar propriedade em favor do sujeito, quando exercida com *animus domini* e demais requisitos necessários à consumação da usucapião. Ocorrerá a usucapião independentemente do querer interno do possuidor, pois a vontade não compõe o suporte fático dos atos-fatos jurídicos, sendo suficiente para sua consumação a ocorrência causada pela conduta humana. (ALBUQUERQUE JÚNIOR; GOUVEIA FILHO, 2011. p.2) Basta que o sujeito cumpra os requisitos da usucapião – exercer posse, se apresentando como se proprietário o fosse, por certo período de tempo – que se tornará proprietário do imóvel, ainda que internamente não o queira.

A vontade poderá ser vista ainda na perspectiva de regularização da propriedade. Ora, o sujeito é proprietário, entretanto, para ter sua propriedade regularizada no serviço de registro de imóveis, é imprescindível deflagrar processo judicial ou administrativo para obtenção de título hábil ao registro. O possuidor passa a ser proprietário, mas seu imóvel está em situação de irregularidade registrária, pois as informações da matrícula (quando existente) não traduzem a realidade fática da propriedade.

Não querer ser titular da propriedade para não ver o bem registrado em seu nome é uma conduta omissiva extraprocessual. O sujeito pratica os atos de proprietário, possuindo o bem com *animus domini*, pelo tempo necessário determinado na lei, adquirindo a propriedade do imóvel pela usucapião, mas não promove os atos para regularizar essa propriedade.

Com o registro, que tem por finalidade precípua dar segurança jurídica às relações imobiliárias, com a mais ampla publicidade às informações da propriedade, dentre elas, a mais importante, que é a de sua titularidade, qualquer interessado terá acesso ao conteúdo da matrícula do imóvel, isso porque, uma vez registrada a sentença:

Opera não apenas em relação a quem foi parte na lide ou integrou a equação processual (efeito da coisa julgada), como também relativamente a terceiros (efeito *erga omnes* do direito real), e prova a propriedade em favor do adquirente. (PEREIRA, 2017. p. 145)

Por outro lado, se não há processo de usucapião reconhecendo esse direito, muito embora o possuidor tenha passado à condição de proprietário, seu imóvel é indetectável por terceiros, pois não haverá registro desta propriedade. É impossível descobrir quem é o verdadeiro proprietário, haja vista que as informações registrárias ou serão inexistentes ou estarão incorretas. Nesse caso, a usucapião é falha, tendo em vista que não cumpre uma de suas propostas, que é a de coincidir as figuras do possuidor, agora também proprietário, com a do titular da matrícula, culminando em segurança jurídica.

Sendo a usucapião consumada pelo simples exercício da posse no decurso do tempo (e eventuais requisitos complementares, a depender do tipo de usucapião), terá o novo proprietário a obrigação de promover processo



judicial ou administrativo para regularizar as informações da propriedade, registrando o título? Caso não tenha o dever de regularizar a propriedade, a omissão deliberada do proprietário, com a intenção de prejudicar credores, é ato ilícito?

A questão merece abordagem especificada quando o proprietário do imóvel usucapido, mas não regularizado, é devedor de quantia certa, dispondo de patrimônio hábil para satisfazer a obrigação, mas este bem é justamente o imóvel ou imóveis protegidos pela condição de irregular, invisível aos olhos de quem o procurar no sistema de registro geral de imóveis. Se não há anotações da usucapião no registro geral de imóveis, pelas vias ordinárias, dificilmente o bem satisfará a obrigação de pagar do seu proprietário, pois o credor não consegue provar a propriedade; logo, estará alijado do direito ao crédito.

Há propriedade. O devedor é o proprietário do imóvel, mas o bem não é penhorado porque a titularidade do domínio está mascarada na irregularidade, na conduta deliberada do devedor em não regularizar a propriedade.

Se o executado tem o dever de regularizar a propriedade do imóvel usucapido ou ao menos de indicar a existência desse patrimônio no processo de execução, seu comportamento intencional de não o fazer é objeto de estudo deste capítulo, pois o ato, omissivo ou comissivo, deverá repercutir no processo executivo. Por processo executivo, fica o registro de que, nesta dissertação, o termo é utilizado de maneira ampla, geral, compreendendo não só o processo de execução *stricto sensu*, mas toda e qualquer modalidade de execução, inclusive a fase de cumprimento de sentença.

O processo é uma relação dialética de atividades (CALAMANDREI, 1999, p. 284) que tem como primeiro ato o exercício do direito de ação, manifestado com a propositura da demanda (ação). A partir daí se desencadeiam os demais atos, de uma forma vista como lógica, adotada por cada sistema jurídico.

Segundo a previsão do artigo 2º, do Código de Processo Civil, em regra, o processo começa por iniciativa da parte, salvo raras exceções, todas estas previstas em lei. É norma que concretiza o princípio da demanda, da inércia da jurisdição ou da iniciativa das partes, segundo a qual “o órgão judiciário precisa ser arrancado da sua inércia inicial pela iniciativa da parte” (ASSIS, 2015, p. 111), pois o processo civil começa por iniciativa da parte, sendo imprescindível

que alguém proponha uma demanda, traduzida no ato de exercício inicial do direito de ação. (CÂMARA, 2019. p. 10)

Consagrando o princípio da demanda ou da ação, a prestação da tutela jurisdicional só se exercitará quando o juiz for provocado pela parte ou pelo interessado, uma vez que a autoridade judiciária em regra não atua *ex officio* ou sem ação própria. (THEODORO JÚNIOR, 2016. p. 69)

No processo, cada parte é responsável por exercer determinadas funções, as quais são distribuídas entre todos os sujeitos, de acordo com o modelo de estruturação do processo adotado, com orientação preponderantemente dispositiva (modelo adversarial) ou inquisitiva (modelo inquisitorial), na divisão tradicionalmente aceita pela doutrina. (DIDIER JR, 2015. p. 120-121) Ou, ainda, no moderno processo cooperativo, que será estudado com mais detalhes no tópico 3.4.

Sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”. (DIDIER JR, 2015. p. 122).

E Piero Calamandrei conclui:

Se fala, com maior propriedade, de princípio dispositivo, quando a determinação do tema da causa e a coleta do material de decisão se deixam ao poder de disposição das partes, e de princípio inquisitório quando tal determinação e tal coleta se remetem, pelo contrário, à iniciativa do juiz. (CALAMANDREI, 1999, p. 286)

Por outro lado, adianta-se que o sistema cooperativo de processo compreende uma divisão das funções, de forma colaborativa, para que, alcançado o grau de maturidade necessário, decorrente de discussão entre todos os sujeitos, de boa-fé e com plenitude do contraditório, permita que decida o juiz, sem que haja protagonismos na condução do processo.

Não há, contudo, um sistema puro, completamente adversarial, integralmente inquisitorial ou em tudo cooperativo. O Código de Processo Civil

brasileiro, que é preponderantemente colaborativo, por exemplo, utiliza, em determinados temas, o princípio dispositivo, enquanto que, noutros, o princípio inquisitivo, havendo combinações entre os seus elementos dentro do mesmo sistema, pois:

Pode ocorrer que, mesmo quando a parte já tenha proposto sua demanda inicial, o órgão judicial, a fim de poder – impulso processual – cumprir as atividades preparatórias indispensáveis para chegar à providência final sobre aquela demanda, tenha ainda a necessidade de ser estimulado a cada momento por novas instâncias das partes. (CALAMANDREI, 1999, p. 285)

Nessa divisão de funções, é atribuição da parte propor a demanda, todavia, depois de praticado o ato inaugural, o impulso do processo, conforme previsto no já citado artigo 2º, do Código de Processo Civil, deverá ser realizado pelo próprio órgão Judiciário, de ofício, evidenciando que, a depender da matéria em questão, ora preponderarão os fundamentos do sistema dispositivo, noutro momento, os fundamentos do sistema inquisitivo, mas sempre com inspirações do sistema cooperativo.

Demandar é a primeira forma de atividade da parte (CARNELUTTI, 2000, p. 104), e, nessa divisão de poderes, a instauração do processo é, portanto, em regra, atribuição da parte, adotando-se para o referido ato os critérios dispositivos do sistema adversarial sem que, contudo, se afaste o proponente das normas de boa-fé inerentes à cooperação, isso desde o momento de ajuizamento da ação. Ademais, pelo princípio dispositivo, prestigia-se o valor “autonomia individual na construção do procedimento” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 156), já que é imprescindível que o sujeito instigue o Judiciário, retirando-o da posição de inércia.

Essa inércia da função jurisdicional é o que sustenta sua imparcialidade, pois esta poderia estar comprometida na hipótese em que o juiz investigasse e sancionasse aqueles que se comportarem de maneira contrária à lei, sem que haja provocação para tanto. Submeter o exercício da jurisdição à iniciativa da parte interessada deixa claro que a finalidade do processo é ser o meio pelo qual os juízes tutelam direitos e interesses subjetivos e não objetivos. (GRECO, 2015. p. 113)

Enfim, para que exista o processo, portanto, necessário se faz, dentre outros, o pressuposto subjetivo de que exista ao menos uma parte para que ela possa propor a demanda, em respeito ao princípio da inércia da jurisdição.

Exprime-se na parêmia *nemo iudex sine actore* (*nenhum juiz atuará sem que haja um autor*), a que se agrega esta outra, de alcance maior, porque envolve o comportamento do juiz inclusive no *curso* do processo: *ne procedat iudex ex officio* (*não proceda o juiz por iniciativa própria*) O princípio da demanda consubstancia-se no art. 2º do Código de Processo Civil. (MEDINA, 2015. p. 85)

E não é só isso. Não basta que exista uma parte, mas de que haja nela capacidade de ser parte, que é a “aptidão para, em tese, ser sujeito de uma relação jurídica processual (processo) ou assumir uma situação jurídica processual (autor, réu, assistente etc.)”. (DIDIER JR, 2015. p. 314) Para propor a demanda, não é suficiente que o sujeito seja parte, pois esse autor tem de ser, além de parte, capaz.

O conceito de parte é delimitado pela relação processual, pela demanda (CHIOVENDA, 1998, p. 279), “pela proposição de uma demanda perante um juiz” (CALAMANDREI, 1999, p. 229), sendo elas os sujeitos ativo e passivo da demanda judicial. São os sujeitos parciais do processo. (GRECO, 2015. p. 341) Por parte se entende que:

São todos aqueles que, tendo proposto uma demanda em juízo, tendo sido citados, sucedendo à parte primitiva ou ingressando em auxílio da parte, figuram como titulares das diversas situações jurídicas ativas ou passivas inseridas na dinâmica da relação jurídica processual (poderes, faculdades, ônus, deveres, sujeição). (DINAMARCO; LOPES, 2018. p. 144)

Não há, portanto, processo sem parte, que, no direito brasileiro, pode ser qualquer um daqueles com personalidade civil. Parte exprime sentido material ou processual. Na primeira situação, parte é o sujeito da lide, ao passo que, no aspecto processual, será parte o sujeito da ação ou a pessoa do processo. (MEDINA, 2015. p. 50)

Existindo o processo, por óbvio, com existência de parte, ao menos no polo ativo, para que o processo seja válido, esta deverá ser capaz e legitimada para estar em juízo. Quem tem personalidade civil detém, por conseguinte, capacidade de ser parte.

Quem pode postular em juízo, formular um pedido ou se defender como parte? Todos os seres humanos têm capacidade de ser parte, assim como todas as pessoas jurídicas, que são entes reconhecidos pelo Direito como dotados de personalidade jurídica, embora não possuam vida humana. Então, as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, como as sociedades, as associações, e, no âmbito do Estado, a União, os Estados-membros, os Municípios e os seus respectivos entes personalizados, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas, podem ser partes em demandas judiciais. (GRECO, 2015. p. 459)

Mas, para que seja proposta a demanda, ainda não é suficiente ter capacidade para ser parte. A parte deverá ter também capacidade processual, que é a “aptidão para praticar os atos processuais, independentemente de assistência ou representação”. (DIDIER JR, 2015. p. 316) É a definição de “quem pode, por si só, praticar atos processuais, vale dizer, quem pode praticá-los sem a necessidade de autorização, representação ou assistência de outrem”. (GRECO, 2015. p. 460)

Capacidade processual é a “legitimação de agir”, uma “identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação ativa), e a identidade da pessoa do réu com a pessoa a quem é contrária a vontade da lei (legitimação passiva)”. (CHIOVENDA, 1998, p. 279) Em suma: é a pertinência subjetiva da demanda que autoriza determinado sujeito compor a relação num de seus polos, “um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada” (DIDIER JR, 2015. p. 343), aferível, portanto, de maneira casuística. (DINAMARCO; LOPES, 2018. p. 166)

A capacidade é a expressão da idoneidade das pessoas para atuar em juízo, inferida de suas qualidades pessoais. A legitimação representa, pelo contrário, tal idoneidade inferida de sua posição com respeito ao litígio. (CARNELUTTI, 2000. p. 51)

Ser parte, no polo passivo, não é uma faculdade, pois “as partes existem com a simples afirmação da ação”. (CHIOVENDA, 1998, p. 280) Assim, “a pessoa que propõe a demanda, e a pessoa contra quem se a propõe, adquirem sem mais, por este só fato, a qualidade de partes no processo”. (CALAMANDREI, 1999, p. 229)

No processo civil brasileiro, ninguém poderá se opor a ser réu, tendo em vista que a propositura da ação já lhe atribui essa condição (ato promovido pelo autor). Por outro lado, segundo brocardo jurídico *nemo ad agendum cogi potest*, ninguém pode ser coagido a mover ação, entendimento fundamentado no consagrado direito constitucional de liberdade. (NERY JUNIOR; NERY, 2018. p. 427)

A liberdade que aqui se refere é a “*liberdade de ação em geral, a liberdade geral de atuar*”, prevista no artigo 5º, II, da Constituição Federal, cuja norma impõe que ninguém fará algo ou deixará de fazê-lo, senão em virtude de lei. Não se pode obrigar alguém a propor ação judicial, porque “a liberdade não é compatível com um sistema coativo”, salvo nos casos em que haja lei legítima – de acordo com a constituição - determinando que se faça algo, de modo que “*a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima*”. (SILVA, 2005. p. 235-236) É que, pela regra geral de liberdade, se a conduta não for juridicamente proibida, nem for juridicamente obrigatória, será ela permitida. (FERRAZ JR., 2018. p. 140)

Explica Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2018, p. 177) que, nas relações de liberdade, é imprescindível “uma permissão fraca, isto é, é preciso que a conduta não esteja nem proibida, nem seja obrigatória, nem seja expressamente facultada”, permitindo ao sujeito uma margem no seu agir. Há, desse modo, estrita relação do princípio da demanda com a liberdade, na medida em que a ação precisa ser proposta pelo sujeito, mas não existe obrigatoriedade deste sujeito ajuizar qualquer que seja a ação.

A inércia da jurisdição (CPC de 1973, art. 262; CPC de 2015, art. 2º) é um princípio que visa a respeitar a liberdade individual, uma vez que o Estado não deve interferir nas relações jurídicas privadas, salvo quando algum interessado o requerer. (GRECO, 2015. p. 175)

Destaca-se ainda, como conteúdo dessa liberdade, a autonomia da vontade, que traduz a ideia de “direito de autodeterminação que deve ser assegurado a cada pessoa” (NOVELINO, 2010. p. 399), que deve atuar nos limites do que entender necessário para resguardar os seus direitos, sobretudo ao ajuizar uma ação.

Por mais que “ser livre é estar no direito” e “o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade” (FERRAZ JR., 2018. p. 29), o fato é que ninguém poderá ser obrigado a demandar, a ser autor em processo judicial ou administrativo (DINAMARCO, 1998. p. 190), notadamente porque inexistente legislação impondo, a quem quer que seja, a referida conduta. Não há opressão a esta liberdade, de escolher demandar ou não. No direito brasileiro não se pode obrigar ninguém a ajuizar processo. (DIDIER JR, 2015. p. 322) O princípio da demanda, que autoriza seu início por vontade das partes, reluz a liberdade para o exercício do direito de ação:

Esse princípio é de altíssima relevância porque se acha umbilicalmente vinculado à garantia de liberdade, valor supremo para a instituição do Estado Democrático de Direito, reconhecido e proclamado pelo preâmbulo da Constituição e inserido entre os direitos e garantias fundamentais pelo art. 5º, caput, da Lei Maior. Com a observância desse princípio, na ordem processual, buscase dimensionar a garantia de acesso à justiça, sobrepondo-lhe a liberdade que tem o indivíduo de recorrer, ou não, à tutela jurisdicional, preferindo, segundo sua conveniência pessoal, outras formas de solução para as lesões ou ameaças sofridas em sua esfera jurídica. (THEODORO JÚNIOR, 2016. p. 2)

Apesar disso, por unanimidade, no julgamento do Recurso Especial nº 141.172, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 26 de outubro de 1999, sob a relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, entendeu que “não se pode excluir completamente a obrigatoriedade de alguém integrar o polo ativo da relação processual, contra a sua vontade”, obrigando o sujeito, naquele caso, a demandar, evitando, com isso, restringir direito de outrem, em caso de litisconsórcio ativo necessário.

Referido julgado viola o direito de liberdade do sujeito que optou por não demandar. Não poderá ele ser obrigado a ajuizar ação judicial, limitando seus interesses no pedido, sobretudo, quando não tem a vontade de fazê-lo. Outras soluções devem ser apresentadas para os casos de, em se reconhecendo haver litisconsórcio ativo necessário, um dos possíveis litisconsortes não deseja demandar. Obrigá-lo a ajuizar ação é medida inconstitucional, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades (a exemplo do Recurso Extraordinário 806191, do Agravo de Instrumento 739300 e do Agravo de Instrumento 848712).

Sobre a composição do polo ativo e obrigatoriedade de ajuizamento de ação, há caloroso embate doutrinário acerca da possibilidade de formação de litisconsórcio necessário. É interessante o tema para esta dissertação por tratar da obrigatoriedade ou não do sujeito em ser autor de demanda judicial.

Segundo o artigo 114 do Código de Processo Civil, será formado litisconsórcio necessário, todas as vezes em que a lei assim o determinar, bem como pela natureza do direito a ser discutido. Neste caso, sendo positiva a resposta da hipótese, todos os legitimados devem estar presentes no processo para que este seja válido.

O litisconsórcio necessário ocorre quando a demanda conjunta é imposta às partes. De acordo com o art. 114, o litisconsórcio necessário decorrerá: (a) da imposição da lei; (b) a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes. (ASSIS, 2015. p. 135)

Para composição do polo passivo, não há maiores discussões, até porque o artigo 115, parágrafo único, do Código de Processo Civil, determina que todos legitimados passivos deverão ser citados em caso de litisconsórcio necessário. Como ninguém pode se opor a ser réu, o litisconsórcio passivo necessário será formado, independentemente da vontade do demandado.

A questão, contudo, ganha relevância em se tratando da composição do polo ativo do processo, havendo aparente conflito entre normas constitucionais. De um lado, o direito de liberdade de alguém que não deseja litigar, mas seu direito é indivisível com o de outrem; e, do outro lado, o direito de acesso à justiça daquele que necessita formar um litisconsórcio ativo com o



sujeito que não quer fazê-lo. O exercício do direito de um limita o direito do outro, sendo a problemática de muita discussão na literatura.

O problema dessa espécie de formação litisconsorcial se apresenta no momento em que um dos co-legitimados, invocando o direito de liberdade, garantido constitucionalmente, se nega a litigar em conjunto. Aquele que pretende demandar estará privado de um julgamento de mérito, restando-lhe o infortúnio de amargar uma grande insatisfação, pois não poderá compelir o outro legitimado ativo a demandar. (BALBINOTI; LEONARDO, 2016. p. 159-160)

E complementa Daniel Amorim Assumpção Neves:

O tema da existência ou não de um litisconsórcio ativo necessário é dos mais polêmicos na doutrina, considerando-se que nesse caso haverá dois importantes valores em confronto: a regra de que ninguém é obrigado a propor demanda contra a sua vontade e a imprescindibilidade para a geração de efeitos da decisão de formação do litisconsórcio. Na realidade, o problema surgirá sempre que, embora imprescindível que os sujeitos que participam do mesmo polo de uma relação jurídica processual façam parte do processo, um deles não pretende litigar, porque nesse caso haverá um conflito entre o direito de demandar de um e o direito de não demandar do outro. (NEVES, 2016. p. 182-183)

José Miguel Garcia de Medina (2000, p. 4) sustenta que “o entendimento defendido na doutrina, em favor do princípio da liberdade, e em desfavor daquele que quer acionar a Jurisdição, resulta de equivocada interpretação da Lei Maior”, isso porque o princípio da liberdade não é absoluto, podendo ser mitigado por lei que obrigue o sujeito a fazer ou deixar de fazer algo. Na construção apresentada, explica o autor que a lei poderá restringir a liberdade de agir, mas o direito de ação não pode ser restringido pela lei, portanto “a lei não pode afastar a tutela jurisdicional, mas pode restringir a liberdade daquele que pretendia manter-se inerte”.

Destarte, no caso o que ocorre é restrição constitucional à liberdade de agir, e não restrição ao acesso à justiça. Uma vez ajuizada a ação, e verificando o Juiz que o caso é de

litisconsórcio necessário no pólo ativo, deverá determinar a citação daqueles que não compareceram juntamente com o autor, consoante lhe determina o art. 47, caput e parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5), cumulados com o art. 5.º, II e XXXV, da CF (LGL\1988\3). (MEDINA, 2000. p. 4)

O entendimento de Fredie Didier Jr. (2015, p. 456-457), ainda na vigência do antigo Código de Processo Civil, é de que o direito brasileiro não admite litisconsórcio ativo necessário, situação endossada pelo atual Código. Segundo o autor baiano, o raciocínio pela vedação tem supedâneo no direito fundamental de acesso à justiça, que não deve ser condicionado à vontade de terceiro:

O direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem. Se houvesse litisconsórcio ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro. (DIDIER JR, 2015. p. 456)

E mais:

Aquele que participa com outro sujeito em um dos polos da relação jurídica de direito material de natureza incindível não pode ficar à mercê desse sujeito no tocante à propositura de demandas que tenham como objeto essa relação jurídica material, até mesmo porque a própria Constituição Federal garante a todos a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). (NEVES, 2016. p. 183)

Além disso, o artigo 115, parágrafo único, do Código de Processo Civil, impõe, apenas nos casos de litisconsórcio passivo necessário, a obrigatoriedade de participação de todos os legitimados passivos, fato que não ocorre quando se trata de litisconsórcio ativo, dando a entender não haver litisconsórcio necessário no polo ativo, pois “a observância ao princípio da demanda (art. 2.º) – ninguém pode ser compelido a demandar outra pessoa – desautoriza o órgão judiciário integrar, *ex officio*, o litisconsorte preterido”. (ASSIS, 2015. p. 140)

Araken de Assis (2015, p. 137) adota também esta posição, na medida em que sustenta que o dispositivo que trata do litisconsórcio não modificou o princípio da demanda, portanto as regras inerentes ao litisconsórcio necessário se aplicam unicamente no polo passivo.

Por outro lado, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 264) entendem pela possibilidade de litisconsórcio ativo necessário, devendo o juiz, nestes casos, de ofício, determinar a citação do sujeito que não foi trazido inicialmente pelo autor em sua petição inicial. Também vislumbram a possibilidade de litisconsórcio necessário, tanto no polo ativo, como no polo passivo, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2018, p. 158), isso a depender da natureza da relação jurídica controvertida, notadamente quando a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Pondera Leonardo Greco (2015, p. 638) que, não obstante ninguém seja obrigado a demandar em juízo, existem situação nas quais a relação jurídica deverá ser decidida com a presença de todos os sujeitos que a compõem, devendo eles serem citados, mesmo que os seus interesses sejam idênticos aos do autor. Surgem daí diversas soluções propostas.

Com supedâneo no Código de Processo Civil de 1973, José Miguel Garcia de Medina (2000, p. 2) também espousa entendimento no sentido de que há possibilidade de formação subjetiva da lide por litisconsórcio necessário, seja em qual for o polo, ativo ou passivo. Segundo o autor, a falta de um dos litisconsortes é causa de ineficácia da sentença, devendo ele ser citado para compor a lide.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery categoricamente afirmam que “é possível a ocorrência de litisconsórcio necessário, tanto no polo ativo, quanto no polo passivo da relação processual”. (NERY JUNIOR; NERY, 2018, p. 426) Os autores, entretanto, entendem que o sujeito não pode ficar alijado do direito de ação e apresentam a seguinte proposta acerca da propositura da ação por apenas um dos sujeitos:

O autor deve movê-la, sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no polo passivo da demanda, como réu, pois existe lide entre eles, porquanto esse citado está resistindo à pretensão do autor, embora

por fundamento diverso da resistência do réu. Citado, aquele que deveria ter sido litisconsorte necessário ativo passa a integrar de maneira forçada a relação processual. Já integrado no processo, esse réu pode manifestar sua vontade de: a) continuar no polo passivo, resistindo à pretensão do autor; b) integrar o polo ativo, formando o litisconsórcio necessário ativo reclamado pelo autor. (NERY JUNIOR; NERY, 2018. p. 426)

O terceiro que deveria formar o litisconsórcio, ao ser convocado, estará vinculado ao processo, sofrendo os efeitos jurídicos da decisão. Aquele que se recusou a ser autor da ação figurará na condição de réu, resolvendo o problema de que ninguém é obrigado a propor demanda judicial contra a sua vontade. (NEVES, 2016. p. 184) Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 184) entende que o sujeito que não quis ingressar com a ação, formando litisconsórcio ativo, deverá figurar obrigatoriamente no polo passivo e assim permanecer até o final do processo, pois não poderá optar em ser autor ou réu.

Trazer para o polo passivo aquele colegitimado a ingressar com a ação é medida que se mostra razoável, equilibra os interesses em jogo, afastando, no mínimo possível, os direitos em aparente conflito, pois não poderá o sujeito ficar impedido de ajuizar ação, como também o outro sujeito não poderá ser obrigado a fazê-lo.

É preciso atentar, porém, para o fato de que não se pode impedir alguém de ingressar em juízo isoladamente porque outrem, que é cotitular do seu direito, não quer propor a ação conjuntamente com o primeiro. Então, o que este tem de fazer é promover a citação do outro litisconsorte necessário, quando a sua presença se fizer necessária ao julgamento da relação jurídica de que fazem parte. Então, da mesma forma que ninguém pode ser obrigado a vir a juízo contra a sua vontade na posição de autor de uma demanda, ninguém pode ser impedido de acessar a justiça porque o cotitular do seu direito não quer ingressar em juízo. (GRECO, 2015. p. 639-640)

Enfrentando a matéria, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.068.355, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, em 15 de outubro de 2013, por decisão unânime da Quarta Turma, entendeu ser possível o litisconsórcio ativo necessário de forma excepcional, pois:

Na hipótese em que o exercício de determinado direito de alguém encontre-se condicionado ao ingresso no Poder Judiciário por outrem, seja em virtude de lei, ou em razão da relação jurídica material existente entre os litisconsortes, é de se admitir, em caráter excepcional, a formação de litisconsórcio ativo necessário.<sup>2</sup>

Igualmente, de maneira unânime a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator do processo foi o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no julgamento do Recurso Especial nº 1.222.822, em 23 de setembro de 2014, entendeu pela existência de litisconsórcio ativo necessário. Em seu voto, o Ministro relator, após digressões sobre litisconsórcio unitário e necessário, tratou da questão. Segundo o magistrado, a natureza do direito controvertido, pelo fato da homogeneidade da decisão, dada a relação indissociável entre mais de uma pessoa que será atingida, justamente o legitimado que deveria compor o polo ativo, exige litisconsórcio ativo necessário, sendo, portanto, justificada essa forma de litisconsórcio na natureza do negócio subjacente. Do contrário:

A sentença que decidir a lide poderá modificar cláusulas contratuais para um dos contratantes, ao passo que as mesmas cláusulas permanecerão válidas para os demais que eventualmente não estiverem no processo como parte, circunstância manifestamente inadmissível. Ainda sob esse enfoque, pode-se afirmar que a sentença produzirá efeitos sobre a esfera jurídica de todos contratantes. Daí, sem a presença de todas as partes envolvidas na relação jurídica material litigiosa, não será possível opor externamente o mandamento judicial e, conseqüentemente, não se logrará uma solução eficaz do litígio.<sup>3</sup>

No mesmo sentido, em decisões monocráticas, já decidiram os Ministros Luís Felipe Salomão e Raul Araújo Filho, ambos componentes da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais nº 1.130.431 e 1.207.702, respectivamente, evidenciando o posicionamento da corte. “Para essa corrente doutrinária a propositura de somente um autor quando haveria a necessidade de outros também comporem o polo ativo em razão da

---

<sup>2</sup> Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Consulta realizada no dia 26 de março de 2021.

<sup>3</sup> Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Consulta realizada no dia 08 de janeiro de 2021.

incindibilidade da relação jurídica de direito material gera um vício de ilegitimidade”. (NEVES, 2016. p. 183)

Nos referidos julgados, o Superior Tribunal de Justiça formatou seu entendimento na segurança jurídica e na economia processual, mas não aplicou a solução dada por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. Determinou o Tribunal da Cidadania, em alguns casos, a citação dos interessados e, noutros, a sua intimação para que, querendo, ingressassem à lide.

Ora, não se mostra razoável que se mitigue integralmente o direito daquele que quer propor a ação judicial, “sendo o ideal tentar conjugar os dois interesses conflitantes sem que nenhum deles seja totalmente sacrificado.” (NEVES, 2016. p. 183) Segundo Medina (2000, p. 5), a Constituição garante, de forma irrestrita, o direito daquele que quer ir ao Poder Judiciário. Ele não pode ser impedido de ajuizar a ação por conta de terceiros. É preterido o direito de liberdade do que não quer ir à juízo, direito este que pode ser restringido por lei, na medida em que ele deverá ser *chamado* a integrar o processo. Sua inércia repercutirá na situação jurídica em discussão.

A eficácia da sentença depende da presença no processo de alguém, se a lei impõe essa presença ou se o julgamento do pedido lhe impuser uma prestação ou o respeito na sua esfera de interesses de uma situação jurídica da qual não possa se livrar, porque as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa asseguram que ninguém poderá perder um direito próprio em razão de uma decisão judicial proferida em processo no qual não teve ampla oportunidade de se defender (GRECO, 2015. p. 636)

A despeito da rica e importante discussão em si, acerca da possibilidade ou não de formação de litisconsórcio necessário no polo ativo, destaca-se, para os fins deste trabalho, um recorte na obrigatoriedade ou não de alguém ir à juízo (propor ação) diante de “uma restrição ao acesso à justiça e, por consequência disso, havendo uma colisão entre interesses constitucionais, a garantia ao direito de ação e a liberdade de não demandar”, (BALBINOTI; LEONARDO, 2016. p. 159-160), de modo que:

Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no polo ativo da relação processual, mas um dos litisconsortes não quiser litigar em conjunto com o outro, esta atitude potestativa não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação (CF 5.º XXXV)". (NERY JUNIOR; NERY, 2018. p. 426)

Há nessa importante questão uma imprescindível análise da obrigatoriedade ou não do autor (no caso, o possível co-legitimado ativo) de ingressar em juízo. Todo o risco advindo do processo, ônus e bônus, serão seus e, também por isso, é justamente a ele a quem "toca o poder de definir, livremente, o modo de superar o conflito" (THEODORO JÚNIOR, 2016. p. 2), cabendo-lhe, por conseguinte, a decisão de promover uma ação, de buscar meios alternativos para dirimir a questão ou simplesmente aceitar a situação ocorrida, mantendo-se inerte.

Ainda para os que defendem a possibilidade do litisconsórcio ativo necessário, "o agir em juízo deste autor, o litisconsorte necessário faltante, ademais, é, como todo agir, ônus, faculdade, nunca obrigatoriedade". (BUENO, 2006. p. 141) Ele deverá ser integrado ao processo e decidir, livremente, dentre as opções postas, a que mais o interessa. Pode, inclusive, ser revel; concordar com o pedido do autor, ou com o do réu. Não pode, contudo, ser obrigado a ajuizar a ação, até porque, em tal ato, ele limita no pedido os seus interesses, o que não pode existir de maneira forçada.

O fundamento da impossibilidade de obrigar alguém a ser autor em processo está no princípio da liberdade, insculpido no artigo 5º, *caput* e inciso II, da Constituição Federal, pois a garantia de liberdade redundando em que a tutela jurisdicional não pode ser negada, mas não se pode obrigar o indivíduo a usá-la forçadamente. (THEODORO JÚNIOR, 2016. p. 2) Sugere-se, como solução ao imbróglio, para os que entendem possível o litisconsórcio ativo necessário, a proposta já referida, de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que seria citar o legitimado para que ingresse na lide, respeitando, de toda forma, seu direito de escolha.

O litisconsorte, então, será citado, para integrar a relação processual, e escolherá, livremente, qual o melhor caminho a tomar. Poderá, de uma vez por todas, compor o pólo ativo

(e é o que espera o autor), ficar inerte ou se rebelar contra a vontade do autor.

Esse procedimento escolhido pelo pesquisador, como saída para a solução do problema, ao contrário do preconizado pelos negativistas, visa a oferecer maior segurança ao litisconsorte renitente, dando-lhe liberdade de escolha, ao ser inserido na relação processual, bem como lhe garantindo o contraditório. (LIGERO; BELINETTI, 2005, p. 166)

A liberdade do legitimado ativo que se opôs a demandar é, de todo modo, respeitada, seja para quem defende ou não a eventual formação de litisconsórcio ativo necessário, pois não há lei que obrigue o sujeito a ajuizar ação. (DINAMARCO, 1998. p. 190)

Enfim, para os que negam a possibilidade de formação de litisconsórcio necessário no polo ativo, destaca-se que “em especial, no processo civil, vige o princípio da iniciativa das partes, de maneira que o direito de demandar seja um dogma inquebrantável”. Do contrário, para os que afirmam ser viável esse agrupamento no polo ativo, “o litisconsorte obstinado será, de alguma forma, integrado à relação processual”. (LIGERO; BELINETTI, 2005, p. 160)

Numa ou noutra situação, o direito à liberdade e o princípio da demanda serão respeitados. Para quem entenda que há impossibilidade de formação do litisconsórcio necessário no polo ativo, a liberdade é o maior pilar de sustentação da tese; para quem vislumbra essa possibilidade de composição subjetiva da lide, de algum modo, o legitimado ativo da ação deve ser chamado para formar o processo e exercer seu direito de liberdade; para o Superior Tribunal de Justiça, o direito de liberdade limita o direito de acesso à justiça, não sendo possível existir o processo com apenas um dos co-legitimados, a depender da natureza do direito posto.

Como dito, a par da empolgante discussão sobre o litisconsórcio ativo necessário, constata-se que há liberdade do sujeito em optar por propor ou não a demanda, em qualquer situação, não sendo ele obrigado a ingressar com processo judicial ou administrativo, em nenhuma hipótese, nem mesmo quando sua negativa representa conflito com direito fundamental de ação de terceiro.

Por fim, o último aspecto abordado acerca da vontade diz respeito a renúncia da usucapião. Poderá o possuidor renunciar à usucapião, mas somente



depois de configurada a aquisição da propriedade. Antes da consumação da usucapião, contudo, não se pode falar em renúncia, pois ainda não há propriedade em favor do sujeito. Além do mais, na renúncia de direitos, terceiros não podem ser prejudicados (GOMES, 2012. p 190), situação onde se incluem os credores do proprietário do bem adquirido pela usucapião.

A renúncia está prevista no artigo 1.275, II, do Código Civil, como causa de perda da propriedade. É o “ato unilateral e pelo qual o titular, de modo expresso, abre mão de seus direitos”, tornando o bem *coisa de ninguém*. (MONTEIRO; MALUF, 2009. p. 189) Ocorre “quando o proprietário declara expressamente que não quer mais o bem. Abre-se mão dos direitos incidentes no bem”. (RIZZARDO, 2012. p. 404)

Orlando Gomes (2012, p. 190) entende que não há possibilidade de renunciar à usucapião antes dela estar consumada, pois o sujeito ainda não é proprietário do imóvel, ao passo que o Código Civil enumera a renúncia dentre as causas de perda da propriedade. É que, como explica Paulo Nader (2015, p. 157), “o Direito pátrio não dispõe, especificamente, sobre a renúncia à usucapião, mas prevê a perda em geral da propriedade por esse meio, conforme o art. 1.275, II, do Código Civil”.

Desse modo, antes de consumada a usucapião, ensina Orlando Gomes (2012, p. 190) que não há renúncia propriamente dita, denominando o ato como “renúncia antecipada”, o qual, na sua visão, nada mais é do que uma causa de interrupção da usucapião, razão pela qual o prazo para usucapião é novamente iniciado. (NADER, 2015. p. 157)

O ato de renúncia é lícito ao novo proprietário, que estará renunciando à propriedade já consumada, pois vale lembrar que a ação de usucapião é declaratória de um direito preexistente. Ele abdica do direito de propriedade, mas só é possível quando não prejudicar direitos de terceiros. (DINIZ, 2012. p. 209) Explica Sílvio de Salvo Venosa:

A renúncia é sempre possível, embora difícil de ocorrer, desde que não cause prejuízo a terceiros. A renúncia de herança em prejuízo a credores, por exemplo, é ineficaz (art. 1.813), podendo este aceitá-la. Todavia, em outras hipóteses de renúncia de direitos em geral os credores podem alegar fraude, pleiteando a anulação do ato ou declaração de ineficácia em relação a eles. É aplicado o

princípio geral da fraude contra credores. (VENOSA, 2010. p. 265)

Enfim, poderá o sujeito renunciar à propriedade já consumada pela usucapião, desde que tenha mais patrimônio para satisfazer as suas obrigações, notadamente porque a renúncia de direitos não poderá ser prejudicial aos seus credores.

Chega-se, portanto, à conclusão de que o sujeito, proprietário do adquirido por usucapião, mas com irregularidade registrária, não será obrigado a promover demanda judicial ou administrativa para ver constar nos assentos do registro geral de imóveis a matrícula do bem e as informações relevantes corretas, inclusive com registro de sua propriedade. Apesar disso, sua *conduta omissiva deliberada*, desde que no ímpeto de se esquivar do pagamento de débitos, é ato ilícito, contrário ao ordenamento jurídico, e terá consequências num processo de execução, pois ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

### 3.2 O ato ilícito omissivo do proprietário

Todo direito subjetivo tem origem em algum fato. Na base de cada direito há um fato relevante que o justifique. (NADER, 2018. p. 377) É justamente dos fatos que surgem os direitos, evidenciando sua grande importância para a vida social, “mesmo quando ocorra dentro do ciclo rotineiro das eventualidades quotidianas, de que todos participam sem darem atenção”. (PEREIRA, 2017. p. 372) Como a importância de cada acontecimento não é igual, nem no mesmo contexto, surge a norma jurídica exatamente para valorá-los. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 566)

O fato - sucessão de acontecimentos da vida-, só tem relevância para o direito quando no direito ele produz efeitos, tornando-se, com isso, um fato jurídico. Por fato jurídico se entende todos os eventos que podem ocasionar efeito jurídico (consequência jurídica), seja de forma direta ou indireta, compreendendo-se no conceito os fatos naturais e os fatos relacionados com a vontade humana. (VENOSA, 2005. p. 362) São “acontecimentos, de que decorrem o nascimento, a subsistência e a perda dos direitos”. (MONTEIRO; PINTO, 2009. p. 207)

O fato jurídico é composto de um acontecimento de qualquer espécie, desde que atue sobre relação jurídica, acrescido de efeito conferido pelo sistema jurídico àquela eventualidade. (PEREIRA, 2017. 374) É o fato mais a incidência do direito, repercutindo nas relações jurídicas. Maria Helena Diniz (2012, p. 413) denomina o fato jurídico como uma força de propulsão ou uma causa pela qual surgem os direitos subjetivos.

Enquanto a norma jurídica estabelece um comando referente à conduta ou ao modo de composição de conflitos para um caso típico abstrato, a relação jurídica é a concretização da norma na vida. A relação jurídica surge em virtude de fato jurídico e como aplicação e decorrência da norma existente. (WALD, 2011. p. 240)

Os fatos são a causa genética das relações jurídicas e dos direitos e obrigações delas resultantes, pois “o mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que lograram entrar no mundo jurídico”. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 183)

O direito origina-se do *fato*, como na parêmia se dizia: *ex facto ius oritur*. O fato é o elemento gerador da relação jurídica mesmo quando se apresenta tão singelo que mal se percebe, mesmo quando ocorra dentro do ciclo rotineiro das eventualidades quotidianas, de que todos participam sem darem atenção. A lei comumente define uma possibilidade, um *vir a ser*, que se transformará em direito subjetivo mediante a ocorrência de um acontecimento que converte a potencialidade de um interesse em direito individual. (PEREIRA, 2017. 372-373)

O fato pode ser originado por um evento da natureza, como um raio que atinge uma casa, por exemplo. Na situação em que haja seguro residencial, o fato é jurídico, pois há efeitos no campo do direito. Não havendo seguro contra o evento, o fato é material, pois não há reverberação do raio no mundo jurídico. Desse modo, pouco importa a origem do fato para que ele seja determinado como jurídico, mas sim os efeitos produzidos pelo evento. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 567)

Citando o conceito clássico de Savigny, Clóvis Beviláqua (2001, p. 289) ensina que fatos jurídicos são os acontecimentos que fazem nascer e se

extinguir as relações de direito. Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 373) explica que, muito embora amplamente aceito, o referido conceito é incompleto, pois não abrange as situação em que o fato atua sobre a relação jurídica já existente, modificando-a, sugerindo a complementação do conceito de *Savigny* para dizer que “fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam ou se extinguem as relações jurídicas”.

A bem da verdade, para que seja jurídico, o fato não precisa efetivamente começar, modificar ou extinguir direitos. Basta que o fato seja *capaz* de produzir esses efeitos jurídicos (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 570), “de criar, modificar conservar ou extinguir relações jurídicas” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. 2010. p. 339), que sejam capazes de ter influência na órbita do direito, como leciona Sílvio Rodrigues (2002. p. 111), ou que sejam “suscetíveis de produzir aquisição, modificação ou extinção de direitos”, nos dizeres de Sílvio Venosa (2005, p. 362).

Mas nem sempre haverá efeitos do fato jurídico. Existem situações em que o “fato exista e deixe de existir sem que, jamais, produza um único efeito”, e ainda assim seja ele jurídico, como na situação de um testamento posteriormente revogado. Este fato jurídico existiu, com a elaboração do ato de disposição patrimonial, e deixou de existir, com sua revogação, mas não produziu nenhum efeito jurídico, já que dependia da morte do testador para tanto. Apesar disso, o fato era capaz de produzir efeitos no mundo jurídico; logo, é fato jurídico mesmo sem ter produzido, efetivamente, os referidos efeitos (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 569)

Diversas classificações do fato jurídico são vistas na literatura, não havendo unidade de denominação, como bem aponta Sílvio Venosa (2005, p. 362), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 571), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pampolona Filho (2010, p. 340), além de Paulo Nader (2018, p. 382), mas, há muito mais consenso do que diferenças nas propostas dos mais renomados autores.

Pontes de Miranda (1970, p. 184) ensina que os fatos jurídicos são classificados em fatos jurídicos *stricto sensu*, fatos jurídicos ilícitos, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos.

Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 362-364) destrincha o fato jurídico em fatos naturais (fato jurídico em sentido estrito) e fatos humanos, utilizando

como critério que os diferencia a interferência do homem, por ato volitivo, na sua origem. Os atos humanos são atos jurídicos, que se dividem em lícitos e ilícitos, a depender da obediência ou ofensa ao direito. Por sua vez, os atos lícitos são atos meramente lícitos ou são negócios jurídicos.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p. 571), os fatos jurídicos classificam-se em fatos ilícitos e fatos lícitos (de acordo com o direito). Os fatos lícitos podem ser fatos jurídicos em sentido estrito (decorrem de fenômenos naturais) ou fatos humanos. Os fatos que decorrem da vontade humana ou são atos-fatos jurídicos - categoria na qual o elemento humano é imprescindível para o ato, mas a vontade para praticá-lo é dispensável - ou são atos jurídicos em sentido amplo (*lato sensu*), que se subdividem em atos jurídicos em sentido estrito – *stricto sensu* (advém da vontade humana para que decorram os efeitos já previstos no sistema) - ou em negócios jurídicos (quando a vontade humana escolhe os efeitos para o ato).

Na classificação proposta por Paulo Nader (2018, p. 382), “fato jurídico em sentido amplo é terminologia por demais abrangente e se refere a qualquer tipo de acontecimento capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir a relação jurídica”. Do fato jurídico decorrem o fato jurídico *stricto sensu* e o ato jurídico *lato sensu*. Este último poderá ser lícito ou ilícito, e o ato jurídico lícito poderá dividir-se em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

Sílvia Rodrigues (2002, p. 113) também apresenta classificação diversa, muito embora bastante parecida com os demais escritores. Distingue, inicialmente, os fatos jurídicos em sentido estrito, “isto é, os fatos que não envolvem qualquer ato humano por advirem de forças alheias ao homem, dos atos humanos, a que se poderia dar o nome de atos jurídicos”. O referido autor divide os atos jurídicos em lícitos ou ilícitos. Os atos lícitos, por sua vez, aqueles de acordo com o direito, podem ser negócios jurídicos ou atos meramente lícitos, na hipótese em que o efeito jurídico alcançado não é perseguido pelo agente, mas determinado em lei.

Para Maria Helena Diniz (2012, p. 414-415), o fato jurídico poderá ser natural ou humano. O primeiro deles, como há de se presumir, dispensa a atividade humana para que ocorra. É o chamado ato jurídico *stricto sensu*. Quando há fato humano, que dependa da vontade humana, da voluntariedade ou não da conduta, haverá os atos jurídicos em sentido amplo, dos quais

decorrem os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos. Também são fatos jurídicos os atos ilícitos.

Não obstante a rica disputa pela melhor classificação dos fatos jurídicos, é possível recortar os conceitos de cada uma das modalidades apresentadas, mas tão somente no ímpeto de identificar se há subsunção aos preceitos estabelecidos na conduta omissiva do proprietário em, deliberadamente, deixar de regularizar a propriedade do imóvel usucapido, com a intenção de não saldar suas obrigações perante o credor.

Desse modo, a ordem estabelecida por cada autor, quando detalham os fatos jurídicos, não repercutirá nos fins colimados por este trabalho, sendo suficiente entender o conceito de cada uma das espécies propostas para nelas identificar ou não a conduta omissiva objeto da investigação.

Do fato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*), aquele acontecimento que repercute no mundo do direito, extrai-se a primeira grande divisão, entre fato jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*) e ato jurídico em sentido amplo.

Os fatos jurídicos *stricto sensu* são aqueles que ingressam no mundo jurídico sem que haja, em sua composição (na origem) a intervenção humana, como, por exemplo, nascimento, morte, produção de frutos. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 187) A vontade ocorre apenas de modo indireto (MONTEIRO; PINTO, 2009. p. 207), pois o fato é isolado por um ato de abstração, desconsiderando-se as condutas anteriores que possam levar a sua ocorrência, não importando, por exemplo, a causa do nascimento ou da morte. (FERRAZ JR., 2018. p. 128) É o acontecimento que produz efeitos jurídicos independentemente da vontade humana. (DINIZ, 2012. p. 428) São também denominados fatos jurídicos naturais, cuja principal característica é que a vontade humana é elemento dispensável para sua ocorrência. (PEREIRA, 2017. 374)

Os fatos jurídicos, que defluem de uma vontade humana, seja com ou sem a intenção de gerar efeitos jurídicos (mas que o geram), são chamados atos jurídicos *lato sensu*. (VENOSA, 2005. p. 361-362) São os fatos jurídicos voluntários (PEREIRA, 2017. 374), que representam uma declaração de vontade. (BEVILÁQUA, 2001. p. 290) O ato jurídico em sentido amplo envolve a atividade humana, pois é imprescindível a presença do elemento volitivo para que haja no ato a capacidade de produzir efeitos jurídicos.

A depender da classificação adotada, o ato jurídico *lato sensu* divide-se em atos ilícitos e em atos lícitos que, por sua vez, poderão se desdobrar em ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico. Neste sentido, leciona Pontes de Miranda ao dizer que “quando o ato humano entra no mundo jurídico como ato, ou temo atos jurídicos *stricto sensu*, ou negócios jurídicos, ou atos ilícitos”. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 395)

Já quando se fala de atos jurídicos, entende a dogmática tratar-se da interferência voluntária no curso da natureza, conforme ou em desconformidade com o que diz a lei, aí incluída a interferência positiva (ato propriamente dito) ou negativa (a omissão). Fala-se, assim, em atos lícitos e ilícitos. (FERRAZ JR., 2018. p. 128)

Em virtude de questões didáticas, apenas por último será examinado o ato ilícito.

Pois bem, os atos jurídicos em sentido amplo, quando lícitos, de acordo com o direito, portanto, se dividem em atos jurídicos em sentido estrito (atos meramente lícitos) e em negócios jurídicos. Ambos são fatos que decorrem da vontade humana. A diferença basilar entre eles é que os atos jurídicos *stricto sensu* advêm da vontade humana para que decorram os efeitos, mas estes já estão previstos no sistema, ao passo que, nos negócios jurídicos, o ato volitivo escolhe os efeitos jurídicos pretendidos, de acordo com o que não é proibido pelo direito.

Teremos de ver que nos atos jurídicos *stricto sensu* há sempre manifestação de vontade (ou comunicação de vontade), ou manifestação de conhecimento (ou comunicação de conhecimento), ou manifestação de sentimento (ou comunicação de sentimento). (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 395)

Essa manifestação poderá ser para aderir aos efeitos do sistema jurídico, nos casos de atos jurídicos *stricto sensu*, ou poderá ser criadora, estabelecendo novas situações jurídicas decorrentes destes fatos, quando haverá um negócio jurídico. Em ambas as situações há o elemento em comum que é a vontade humana para prática do ato.

Os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos são o campo psíquico dos fatos jurídicos. São os meios mais eficazes da atividade inter-humana, na dimensão do direito. Nêles e por êles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 446)

E conclui Caio Mário Pereira da Silva, explicando a inserção do ato humano no mundo jurídico:

Não são todas as ações humanas que constituem atos jurídicos, porém apenas as que traduzem conformidades com a ordem jurídica, uma vez que as contravenientes às determinações legais vão integrar a categoria dos atos ilícitos, de que o direito toma conhecimento, tanto quanto dos atos lícitos, para regular-lhes os efeitos, que divergem, entretanto, dos destes, em que os atos jurídicos produzem resultados consoantes com a vontade do agente, e os atos ilícitos sujeitam a pessoa que os comete a consequências que a ordem legal lhes impõe (deveres ou penalidades). (PEREIRA, 2017. p. 387)

O ato jurídico necessita da vontade humana para sua prática, seja em atuação, seja na exteriorização da vontade, produzindo, com isso, efeitos jurídicos. Busca-se obter um resultado jurídico concreto de acordo com o direito (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 580), aderindo às previsões estritas do sistema (ato jurídico *stricto sensu*) ou criando situações jurídicas atendendo aos anseios do sujeito (negócio jurídico).

Observa-se, então, que se distinguem o “negócio jurídico” e o “ato jurídico”. Aquele é a declaração de vontade, em que o agente persegue o efeito jurídico (Rechtsgeschäft); no ato jurídico *stricto sensu* ocorre manifestação volitiva também, mas os efeitos jurídicos são gerados independentemente de serem perseguidos diretamente pelo agente. (PEREIRA, 2017. p. 387-388)

Atos jurídicos em sentido estrito são aqueles que geram consequências jurídicas já previstas em lei, e não aqueles determinados pelas partes, regulamentadas pela autonomia privada, o que ocorre nos negócios jurídicos. (DINIZ, 2012. p. 469) Os negócios jurídicos, por sua vez, “são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo



agente”. (PEREIRA, 2017. p. 388) Negócio jurídico é o típico contrato, geralmente uma pactuação de termos. Num contrato, as partes contratantes acordam que devem conduzir-se de determinado modo, uma em face da outra. (DINIZ, 2012. p. 471)

Enquanto os efeitos dos atos jurídicos *stricto sensu* são os definidos no ordenamento (*ex lege*), os relativos aos negócios jurídicos são os estabelecidos pelas partes envolvidas (*ex voluntate*), dentro dos limites admitidos pela ordem jurídica. (NADER, 2018. p. 384)

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 580-581) destacam quatro como sendo os elementos caracterizadores do ato jurídico lícito, quais sejam: ato humano de vontade; exteriorização dessa vontade (a vontade interior nem vincula, tampouco produz efeitos); consciência dessa exteriorização da vontade; e que essa vontade busque um resultado permitido pela ordem jurídica, pois ato jurídico é uma ação humana lícita.

Não restam dúvidas de que a conduta omissiva do proprietário em regularizar a propriedade já usucapida é um fato jurídico decorrente da vontade humana, portanto, é um ato jurídico. Poderá ser lícito, se a ausência de regularização estiver respaldada no direito, ou ilícito, se em desacordo com a ordem jurídica.

Analisando os critérios estabelecidos para o ato jurídico lícito, em especial quanto ao último dos requisitos propostos (de que a vontade do sujeito exteriorizada no ato busque um resultado permitido pelo direito), é nítido que o ato omissivo do devedor, em manter irregular sua propriedade, no ímpeto de frustrar o crédito de terceiro, é resultado proibido pela ordem jurídica; logo, o ato omissivo do proprietário executado, desde que seja para fraudar o pagamento, não pode ser considerado lícito, pois é contrário ao direito.

Por fim, ao lado dos atos jurídicos em sentido amplo, existem os atos-fatos jurídicos. Explica Pontes de Miranda (1970, p. 373) que o conceito de atos-fatos jurídicos se dá por exclusão, pois são os atos que decorrem da vontade humana, mas escapam às classes dos negócios jurídicos, dos atos jurídicos *stricto sensu*, dos atos ilícitos e dos fatos jurídicos *stricto sensu*. Nesta espécie de fato jurídico, a vontade consciente do sujeito é dispensada, pois o direito é

satisfeito com a realização da determinação exterior. Sobre a conduta do sujeito, detalha Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho:

A ato-fato jurídico é caracterizado não por um evento natural, mas sim por um agir, uma conduta. É um dado essencialmente humano, portanto. A questão é que nele o elemento volitivo (vontade) não importa para qualificar o suporte fático. É irrelevante, abstraído. A razão para tanto está na proeminência dada o resultado gerado pela conduta (o ato). Esta serve como propulsora na mudança da realidade (o fato). Daí o termo ato-fato. (GOUVEIA FILHO, 2020. p. 41)

Essa espécie de fato jurídico surge da vontade humana; no entanto, essa vontade é irrelevante para que o ato possa produzir efeitos, como no caso da usucapião. Para existir, o ato-fato jurídico dependerá sempre da conduta do homem, mas haver ou não vontade para a prática do ato é algo irrelevante. O sujeito pratica determinada conduta, e deste ato surgem os efeitos jurídicos, independentemente de sua vontade, como na hipótese da descoberta, culminando no dever de reparar as despesas decorrentes da manutenção da coisa, além do pagamento de uma recompensa. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 579-580)

O ato humano, como já foi dito, poderá ser lícito ou ilícito. O ato lícito, que se divide em ato meramente lícito (ato jurídico *stricto sensu*) e em negócio jurídico, a pouco foi analisado. Os atos jurídicos ilícitos, por sua vez, são aqueles fatos jurídicos nos quais o sujeito, imbuído de vontade, ocasiona efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento (VENOSA, 2005. p. 363), em desconformidade com a expectativa da norma, (FERRAZ JR., 2018. p. 173), que sejam contrários à ordem jurídica e violem o direito subjetivo de outrem. (MONTEIRO; PINTO, 2009. p. 341)

Sob esse aspecto, e tendo em vista que a conduta humana, numa eventualidade qualquer, pode subordinar-se às normas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, e neste caso a vontade atua de acordo com o direito positivo; ou, ao revés, isolar-se um procedimento individual contraveniente ao comando da lei, em insurreição mais ou menos profunda contra a ordem jurídica – é costume dividirem-se os fatos voluntários em duas classes: atos

jurídicos (lato sensu) e atos ilícitos. (PEREIRA, 2017. p. 374)

No mesmo sentido:

É preciso divisar uma dicotomia fundamental, enxergada à luz da conformidade ou contrariedade do fato ao direito. Existem fatos que se concretizam em conformidade com a ordem jurídica (*fatos lícitos*), enquanto outros, ao se concretizarem, violam as normas jurídicas, negando o direito. São os *fatos ilícitos*. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 570)

Pontes de Miranda (1970, p. 184) classifica os fatos jurídicos, apontando-os como sendo qualquer fato que entre no mundo jurídico, seja ele lícito ou ilícito. Desse modo, os atos, também advindos da ação humana, mas contrários ao direito, ilícitos, portanto, igualmente são fatos jurídicos. Todo ato contrário ao direito é considerado ilícito. Contudo, é também um fato jurídico, pois produz efeitos jurídicos.

O hábito de se excluírem, no conceito e na enumeração dos fatos jurídicos, os atos contrários ao direito, principalmente os atos ilícitos, provém de visão unilateral do mundo jurídico, pois os atos ilícitos, como todos os fatos contrários a direito, entram no mundo jurídico, são fatos jurídicos contrários a direito, que, recebendo a incidência das regras jurídicas, que nêles se imprimem, surtem efeitos jurídicos. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 183)

O fato ilícito nada mais é do que o fato antijurídico, isto é, aquele acontecimento cujos potenciais efeitos jurídicos são contrários ao ordenamento jurídico, caracterizando-se como a “violação de uma obrigação jurídica preexistente imposta ao agente”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 667)

A conceituação do ato ilícito está nos artigos 186 e 927 do Código Civil, podendo ser caracterizado como aquele ato praticado por ação ou por omissão voluntária do agente, negligência ou imprudência, violando direito ou causando prejuízo para outrem, de modo que o causador do dano por ato ilícito fica obrigado na sua reparação.

De modo simplificado, percebe-se que a ilicitude nasce, fundamentalmente, de uma *contrariedade ao direito*, por se configurar em situações nas quais é detectada uma violação da ordem jurídica. Este é o seu dado objetivo. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 667)

Há, também, para a caracterização da ilicitude, além do elemento objetivo (a violação do direito), a imputabilidade do agente, que está relacionada à capacidade de compreender a natureza da sua conduta de transgressão à ordem jurídica. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 668)

Quando o ato ilícito é praticado intencionalmente pelo sujeito estar-se-á diante de um ato doloso, em que a prova da intenção é algo imprescindível para sua configuração, haja vista a presunção da boa-fé, que impera no Direito Civil pátrio. Caso haja prática do ato com imprudência, negligência ou imperícia, o ato ilícito é culposo. De toda forma, haverá ato ilícito, bastando que este seja contrário ao ordenamento jurídico, pois “há ato ilícito civil em todos os casos em que, com ou sem intenção, alguém cause dano a outrem, transgredindo uma norma ou agindo contra o Direito”. (VENOSA, 2005. p. 364)

O indivíduo, na sua conduta antissocial, pode agir intencionalmente ou não; pode proceder por comissão ou por omissão; pode ser apenas descuidado ou imprudente. Não importa. A iliceidade de conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na violação do ordenamento jurídico. (PEREIRA, 2017. p. 522-523)

A ilicitude civil não está adstrita às condutas comissivas, mas também é possível que haja ato ilícito advindo de condutas omissivas, desde que praticada por agente imputável, viole um dever jurídico e cause prejuízo para terceiro. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 668) “A omissão – e não só o ato positivo – entra no rol das causas. O direito não poderia, em sua praticidade característica, desconhecê-lo”. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 202) É quando a inércia traduz transgressão ao dever pré-determinado. (PEREIRA, 2017. p. 523) Explica Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

A interferência negativa chama-se omissão (por exemplo, não construir uma casa). O conceito de omissão é um pouco difícil de captar. Na linguagem comum, omitir não significa simplesmente não fazer, mas não fazer algo. Só omitimos o que devemos ou estamos habituados a fazer. Por exemplo: não abrir o guarda-chuva, estando a chover. A omissão aparece, pois, como uma relação entre algo que foi e como poderia ter sido. Por isso nem sempre é fácil distinguir um ato e uma omissão. Assim, se alguém entra num quarto escuro e acende a luz, há um ato, do ponto de vista do agente. Entretanto, do ponto de vista de quem lá estivesse abrindo uma máquina fotográfica para rodar o filme preso por um defeito, o agente omitiu deixar a luz apagada. Em suma, ações não são apenas interferências no curso da natureza, mas interferências em relação a como poderia ou deveria ter ocorrido do ponto de vista dos agentes, emissores e receptores. (2018, p. 124)

Caio Mário da Silva Pereira elenca os requisitos próprios do ato ilícito como sendo:

“a) uma conduta, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior; b) a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma; c) a imputabilidade, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito.” (PEREIRA, 2017. p. 523)

Analisando os itens caracterizadores do ato ilícito, é perceptível ser a hipótese de quando o sujeito deixa, por omissão deliberada, de regularizar a propriedade de imóvel já usucapido, para não utilizar o bem como meio de adimplemento de obrigações. Sua conduta, para tanto, deve ser intencional, com o propósito de não regularizar a propriedade do bem, adquirida por usucapião, de modo que ele não sirva como forma de pagar aos seus credores. Este comportamento é contrário ao ordenamento jurídico, na medida em que o patrimônio do sujeito deve ser posto ao pagamento dos seus débitos, consoante princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, sedimentado no artigo 789 do Código de Processo Civil. Ter bens e não saldar obrigações de pagar é contra

o direito. Ademais, esta conduta invade a esfera de interesses de outrem (o seu credor), sendo, portanto, ato ilícito.

Há consequências jurídicas próprias para cada ato ilícito praticado, independentemente da vontade do agente, pois “a atividade ilícita provoca uma consequência jurídica, apenas esta e outra que não a almejada pelo autor do ato. A essa espécie de ato dá-se o nome de ato ilícito”. (RODRIGUES, 2002. p. 112) Os efeitos jurídicos decorrentes do ato ilícito não são desejados pelo agente, mas impostos pela lei. (DINIZ, 2012. p. 598)

O ato lícito, pela sua submissão mesma à ordem constituída, não é ofensivo ao direito alheio; o ato ilícito, em decorrência da própria iliceidade que o macula, é lesivo do direito de outrem. Então, se o ato lícito é gerador de direitos ou de obrigações, conforme num ou noutro sentido se incline a manifestação de vontade, o ato ilícito é criador tão somente de deveres para o agente. (PEREIRA, 2017. p. 522)

Maria Helena Diniz (2012, p. 599-603), atrelada às situações de responsabilização civil, elenca como elementos indispensáveis para o ato ilícito um fato lesivo voluntário, ou que seja imputável ao sujeito, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; ocorrência de um dano; nexos de causa entre o dano e o comportamento do agente. Ocorre que as consequências dos atos jurídicos ilícitos são as mais diversas, não ficando limitadas à responsabilização civil, como ensina Pontes de Miranda:

A ilicitude pode ser encarada como *juridicizante*, isto é, a) determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora (art. 159), ou b) para a perda de algum direito, pretensão ou ação (*caducidade com culpa*, como se dá com o pátrio poder (art. 395 e Código Penal, art. 69), ou c) como *infratora culposa de deveres, obrigações, ações ou exceções*, tal como acontece com toda responsabilidade culposa contratual, ou d) como *nulificante* (art. 145, I). (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 201)

Geralmente o próprio ordenamento jurídico reconhece os diferentes efeitos jurídicos como resposta ao comportamento em desconformidade com o direito. “Há de se reconhecer, então, uma pluralidade de consequências para o

fato jurídico, amplamente considerado. Dele podem advir efeitos *indenizantes, caducificantes, invalidantes* ou *autorizantes*, dentre outros”, inclusive, efeitos sancionatórios. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 669) Há “a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente.” (PEREIRA, 2017. p. 523)

O *comportamento* omissivo do sujeito de não regularizar a propriedade do bem já usucapido, desde que contrário ao direito, e atrelado ao prejuízo causado à terceiro, no caso, seu credor, é ato ilícito, mas, desde que haja dolo. É ponto sensível do problema identificar se a omissão do proprietário é *para* não pagar o débito, se é algo intencional - ato ilícito praticado com dolo, com a finalidade precípua de prejudicar. Neste caso, a artimanha utilizada para não pagar, é deixar o imóvel longe do registro.

Por outro lado, sendo a omissão fruto de simples desleixo, de negligência, não pode o ato ser considerado ilícito, pois, como já estudado, não é contrário ao direito, notadamente porque o sujeito não é obrigado a promover processo judicial ou administrativo para regular a propriedade usucapida, sob pena de violação do direito fundamental à liberdade, insculpido na Constituição Federal e materializado no princípio da demanda, não havendo, portanto, conduta contrária ao direito.

Somente o caso concreto permitirá identificar se o ato omissivo do proprietário será lícito ou ilícito, a partir da existência ou não do dolo - vontade externada do sujeito (aferível de maneira objetiva) em permanecer com o imóvel irregular para não saldar suas dívidas -, hipótese em que sua conduta será ilícita, pois contrária ao ordenamento jurídico. A vontade livre é um dado existencial: pode ser constatado, mas não pode ser demonstrado. (FERRAZ JR., 2018. p. 155)

Será do credor, contudo, o ônus da prova de que há omissão deliberada do devedor em regularizar a propriedade e que esta conduta é intencional para impedir o pagamento por meio do referido imóvel, pois a boa-fé é presumida, o dolo não.

É que para a configuração de determinados atos ilícitos é necessária a vontade de fraudar (no caso, a intenção de frustrar o pagamento). Muito embora não haja uma declaração expressa de vontade do devedor em cometer o ato ilícito, certos comportamentos fazem presumir essa vontade. Sua omissão

quanto à inércia de promover a regularização faria supor, por exemplo, essa situação.

A prova é de difícil constituição, pois envolve a subjetividade do devedor. Apesar disso, conforme entendimento de Kelsen, seu comportamento, as condutas demonstradas perante terceiros, “são fenômenos empíricos, perceptíveis pelos sentidos, e que manifestam um significado”. (FERRAZ JR., 2018. p. 107)

Ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2018, p. 110) que o comportar-se significa estar em certa situação com as outras pessoas, que são os endereçados das mensagens e que também estão em certas situações com demais pessoas. O comportamento é, portanto, uma troca de mensagens, uma forma de comunicação, caracterizando-se como o elemento básico do sistema social. “O ser humano é um ser cujo agir tem um significado, ou seja, seus menores gestos, mesmos seus mecanismos involuntários, seus sucessos e seus fracassos têm um sentido que lhe dá unidade”. (FERRAZ JR., 2018. p. 99)

Pelo comportamento do proprietário, ainda que omissivo, evidenciará o credor que sua conduta é proposital para evitar a constrição do bem. Comportamento é comunicação, pois, sempre que se comporta, o homem se comunica e é impossível o sujeito não se comportar; logo, é impossível ele não se comunicar. “Mesmo que não queiramos nos comunicar estamos comunicando que não queremos nos comunicar”. (FERRAZ JR., 2018. p. 110)

Além disso, do ponto de vista material, nada impede que consiga o credor documentos que atestem a posse por longo período de tempo, os quais podem ser fornecidos por concessionárias de energia elétrica e água, por exemplo. Ademais, a posse qualificada e o tempo para usucapir poderão ser provados de forma testemunhal, como ocorre ordinariamente e até por inspeção judicial. Por fim, a *conduta omissiva* deliberada do sujeito poderá ser evidenciada quando lhe for oportunizado arrolar bens passíveis de penhora e ele quedar-se inerte. Enfim, a análise deverá ser casuística, mas, em tese, a prova é possível.

Haverá ilicitude também no ato omissivo do proprietário/devedor que, instado a indicar bens para satisfazer o crédito, deixa de apresentar a propriedade do imóvel já usucapido. Essa falta de lealdade é comportamento que representa fortes indícios de que a omissão é deliberada. Assim como ocorre



para toda ilicitude, o próprio sistema jurídico trará as consequências a que o transgressor estará submetido pela prática do ato antijurídico.

### 3.3 Fraude contra credores e fraude à execução

A garantia dos credores para satisfação de seus créditos está no patrimônio do devedor. (VENOSA, 2005. p. 477) Sem que haja patrimônio, o credor não terá certeza da satisfação da prestação devida, isso porque há muito tempo está superado o uso do corpo humano como meio para cumprir deveres de pagar quantia, vigendo no direito brasileiro o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 651), previsto no artigo 789 do Código de Processo Civil.

Pela responsabilidade patrimonial, instituto de direito processual, os bens do devedor, em regra, se sujeitam à satisfação do direito material do credor. (NEVES, 2016. p. 1242) “Traduz-se na destinação dos bens do devedor a satisfazer o direito do credor.” (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 154) “Na forma assaz discutível da lei, o devedor responde pelo cumprimento da obrigação com todos os seus bens presentes e futuros”. (ASSIS, 2018. p. 124)

A responsabilidade patrimonial (ou responsabilidade executiva) seria, segundo doutrina maciça, o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (cf. art. 790, CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida. Seria a sujeição potencial<sup>1</sup> e genérica de seu patrimônio. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 332)

Por mais que os bens do devedor estejam numa posição de sujeição para satisfazer o crédito do credor, em regra, enquanto estiver solvente, o devedor poderá continuar realizando negócios normalmente, pois vigora no Brasil “um sistema de controle da disponibilidade dos bens do devedor, assegurando-lhe o direito de livre administração/disposição, desde que não cause danos aos seus credores”. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 380)

Enquanto não for, de algum modo, expropriado, o patrimônio estará na esfera de disponibilidade do devedor. Para impedir alienação e oneração

fraudulenta de seus bens para terceiros, em detrimento da satisfação de seus credores, há um sistema de obstáculo na atuação do devedor, evitando que este cause prejuízos para o credor. O devedor poderá administrar seu patrimônio, preservando sua liberdade jurídico-econômica, todavia o sistema veda danos aos credores. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 380) Numa situação perfeita, o patrimônio do devedor deve existir para saldar suas obrigações perante o credor, mas:

Toda rigidez da regra se esgaça, porém, quando ela incide sobre bens passados, bens que pertenceram ao devedor, mas no momento da execução não lhe pertencem mais. E dentre tais bens figurem os alienados em fraude contra credores, fraude à execução, bem como os bens hipotecados ao credor e depois alienados a terceiro. (ASSIS, 2018. p. 372)

É que determinados atos de alienação ou de oneração de bens do devedor pode representar (e representa) risco à satisfação do crédito, havendo, por estas razões, instrumentos que limitam a atuação do devedor em fazer novos negócios, notadamente protegendo os direitos dos credores. (MARINONI; ARENHART, 2008. p. 262) O devedor poderá seguir livremente sua vida, contraindo obrigações e estabelecendo relações, desde que seus atos de alienação não coloquem em risco a garantia de seus credores, que reside justamente no patrimônio. (VENOSA, 2005. p. 477)

Convém estabelecer que atos de alienação comportam “qualquer transferência de bens a título oneroso ou gratuito e, também, o processo simulado entre as partes”, enquanto que por oneração se entendem os atos de constituição de direitos reais de garantia e dos direitos reais limitados, estes porque “outorgam privilégio a certo credor, ou porque desvalorizam a coisa”. (ASSIS, 2018. p. 381-382)

Muito embora exista o controle da disponibilidade dos bens do devedor, o problema surge quando seus débitos superam o patrimônio, em algumas situações, impedindo a liquidação das prestações de pagar, notadamente porque não há como desprezar o fato de que permitir que o devedor disponha de seus bens, ainda que de forma limitada, poderá significar

redução na segurança do credor, que terá de contar com a honestidade e boa-fé do devedor, nem sempre presentes. (BEVILÁQUA, 2001. p. 309)

Desse modo, devem-se equacionar as medidas para viabilizar o direito de disponibilidade de patrimônio do devedor, com mecanismos de reserva de bens suficientes para liquidar seus débitos, de modo que aquele possa continuar exercendo suas atividades negociais regularmente, mas que este tenha o crédito protegido no patrimônio.

Buscando um equilíbrio entre as duas necessidades – a proteção dos credores e o prosseguimento da vida do devedor -, o ordenamento jurídico fixa condições para a validade e eficácia do negócio jurídico (que implique ônus sobre o patrimônio) praticado pelo executado e, *a contrario sensu*, estabelece situações em que se presume o prejuízo aos credores com a conseqüente invalidade ou ineficácia do negócio diante da execução. (MARINONI; ARENHART, 2008. p. 262)

A partir do momento em que as dívidas do devedor sejam maiores que os seus créditos e que se torne ele incapaz de produzir bens e aumentar seu patrimônio, seus atos de alienação tornam-se suspeitos e, por tal razão, ficam passíveis de anulação (VENOSA, 2005. p. 477), pois como os bens do devedor são as garantias do credor, a lei estabelece “normas que visem a neutralizar manobras irregulares de disposição de bens” (NADER, 2018. p. 505), isto é, condutas fraudulentas.

Fraude nada mais é do que “todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com a intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesse de terceiros”, é “a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro” (PEREIRA, 2017. p. 433). Sem dúvidas, fraude é um ato ilícito, contrário ao sistema jurídico, “o mais grave ato ilícito, destruidor das relações sociais, responsável por danos de vulto e, na maioria das vezes, de difícil reparação”. (VENOSA, 2005. p. 477-479) “Quem fraudava frustra. Quem fraudava viola, frustrando”. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 415)

O devedor, em não raras vezes, de forma fraudulenta, age no ímpeto de prejudicar seu credor, deixando de saldar débitos, mesmo havendo patrimônio suficiente para tanto, mas desse bem ele se desfaz, frustrando o crédito e, em determinadas situações, a força do Poder Judiciário.

Do gênero fraude do devedor (ou alienação fraudulenta de bens), se extrai as espécies *fraude contra credores*, a *fraude à execução* e os *atos de disposição de bem já penhorado*. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 381) Todas estas são formas de impossibilitar a satisfação do crédito de maneira proposital, são “fraudes voltadas à frustração do cumprimento de obrigações de pagamento de quantia, mediante o esvaziamento do patrimônio do devedor”. (MARCACINI, 2017. p. 337)

De logo, averbe-se que a alienação fraudulenta de bens é gênero do qual se apresentam como espécies a *fraude contra credores (ou fraude pauliana)*, a *fraude de execução* e a *alienação de bem penhorado*, havendo, sem dúvida, entre referidas espécies, uma gradação, uma escalada, sendo a primeira a menos grave. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 652)

Adverte-se, desde já, o leitor que não se despreza o fato de que há acalorados debates na doutrina sobre determinados pontos que envolvem as formas de fraude do devedor, em especial “ao problema da ciência que o terceiro teria – ou, melhor, deveria ter – acerca da existência do processo ou do ato constitutivo ali decretado”. (MARCACINI, 2017. p. 344) Apesar disso, para as finalidades pretendidas neste trabalho, evitando, com isso, fugir da temática dissertada, se mostram suficientes as noções e requisitos de cada um dos institutos, apenas no ímpeto de confirmar (ou não) se tratar da hipótese do ato deliberado do devedor de não regularizar o bem imóvel que adquiriu a propriedade pela usucapião.

De início, cabe discorrer acerca da fraude contra credores, defeito do negócio jurídico e, portanto, instituto de direito material. Ele é caracterizado quando o devedor, em condição de insolvência, aliena ou onera parte de seu patrimônio em prejuízo dos seus credores, que não terão de onde satisfazer seus direitos (MARINONI; ARENHART, 2008. p. 262), para depois falar das fraudes do devedor praticadas no curso de um processo judicial.

Como toda fraude, a fraude contra credores nada mais é do que a utilização de artifício malicioso para prejudicar terceiros, caracterizada pela má-fé e pela vontade (ânimo) de prejudicar outrem em determinado ato jurídico. (BEVILÁQUA, 2001. p. 308) Na fraude contra credores, o sujeito age com o

propósito de causar prejuízo aos seu credor, retirando da esfera patrimonial os bens que satisfariam o débito (PEREIRA, 2017. p. 434), de modo que se torna ele insolvente ou à beira da insolvência. Nos ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa:

É fraude contra credores qualquer ato praticado pelo devedor já insolvente ou por esse ato levado à insolvência com prejuízo dos seus credores. Se tivermos em mente que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas, que esse patrimônio possui ativo e passivo e se levarmos em conta que para o devedor insolvente o passivo supera o ativo, concluímos que, ao diminuir bens de seu patrimônio, está de certo modo alienando bens que pertencem mais propriamente a seus credores. (VENOSA, 2005. p. 482)

Na fraude contra credores, existe um negócio jurídico anulável, mas não por vício na expressão da vontade do sujeito, pois a “declaração se faz em consonância com o propósito do agente” (NADER, 2018. p. 504). A alienação do bem é algo deliberado, praticado conscientemente pelo devedor. O ato praticado é pautado na vontade do agente de violar o sistema de direito e assim prejudicar o seu credor. Ele aliena o patrimônio para não pagar o que é devido.

É, portanto, um vício social, presente quando o devedor insolvente, ou que beira a insolvência, realiza atos (gratuitos ou onerosos) com o intuito de prejudicar os seus credores, na forma dos artigos 158 e 159 do Código Civil. “O devedor, para livrar-se de suas dívidas, reduz seu ativo, por meios inescrupulosos, tornando-se insolvente”. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 381)

Nos vícios de consentimento fatores exógenos provocam a distorção da vontade do agente. A desconformidade entre a vontade real e a declarada, excetuando-se o erro, se produz por influência de elementos externos ao declarante, enquanto nos vícios sociais o consentimento declarado coincide com a vontade real e a anomalia consiste no ato de querer ao arpejo da lei, afrontando princípios jurídicos, conforme se dá na fraude contra credores e na simulação. Em ambos o agente dá projeção à sua vontade real, mas atua com desvio de conduta, objetivando a burla, o proveito indevido. Em tais vícios os fatores atuantes são

endógenos, partem do interior da pessoa. (NADER, 2018. p. 471)

Não há nenhuma incongruência na vontade do sujeito. Ele quer fraudar. Essa é sua vontade, a de, maliciosamente, praticar o ato contrário ao ordenamento jurídico, prejudicando o credor, como bem leciona Caio Mário da Silva Pereira:

Vício social que é, a fraude contra credores é um defeito que não se caracteriza como falha no consentimento. Este se conserva sem distúrbios de ordem interna ou externa, formulando-se a declaração de vontade em consonância com o desígnio do agente. Onde, então, há o elemento que a categoriza como defeito do negócio jurídico é na desconformidade que se apresenta entre a declaração de vontade e a ordem jurídica, ou, mais precisamente, no resultado antijurídico da emissão volitiva. (PEREIRA, 2017 p. 433)

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim conceituam a fraude contra credores:

Consiste no ato de alienação ou oneração de bens, assim como de remissão de dívida, praticado pelo devedor insolvente, ou à beira da insolvência, com o propósito de prejudicar credor preexistente, em virtude da diminuição experimentada pelo seu patrimônio. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010. p. 421)

E Paulo Nader conclui:

A ideia-base que a caracteriza consiste no fato de o devedor transferir bens de seu domínio para terceiros, onerá-los, ou remir dívidas, desfalcando o seu patrimônio de forma tal, que coloque em risco a posição de seus credores. Fraude é ação que prejudica terceiro mediante a burla da lei. A fim de escapar dos tentáculos da lei, o fraudador pratica atos negociais, dispondo de seus bens e procurando inviabilizar, futuramente, a força do Direito. (NADER, 2018. p. 505)

Diante dos conceitos expostos, Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 483-485) aponta três como sendo os requisitos para que haja fraude contra credores,

sendo eles: a) a anterioridade do crédito, prevista no artigo 158, §2º, do Código Civil; b) o ato danoso, sendo o evento em questão a causa da insolvência ou motivo do seu agravamento; e, por último, c) o elemento subjetivo, bastando que o sujeito tenha ciência dos danos decorrentes da prática do ato, pouco importando se agiu com a intensão de prejudicar.

Para que haja fraude contra credores, de fato, imprescindível é que o crédito frustrado seja antecedente ao ato de alienação ou oneração de bens, como previsto no artigo 158, §2º, do Código Civil. Basta que haja o crédito. É o princípio da anterioridade do crédito, pelo qual se entende que “o crédito – não a pretensão, ou a ação – precisa ter nascido antes do ato de disposição”. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 436)

O crédito há se já existir quando ocorre o ato de disposição. Pode ser ilíquido; pode depender de liquidação judicial. Se o termo inicial é somente para a eficácia pretensional, ou acional, ou de exceção, já existindo o crédito, não há dúvida quanto a estar satisfeito o pressuposto da anterioridade do crédito. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 436)

Ademais, deve haver prejuízo ao credor (dano) traduzido na redução patrimonial que leve o devedor à insolvência ou próximo dela. Sem prejuízo, que é a situação de insolvência ou de quase insolvência, não se justifica a anulação do ato. Sem a insolvência não há como anular o negócio por ação judicial. (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 429) Será danoso todo negócio jurídico prejudicial ao credor, isso por tornar o devedor insolvente. (MONTEIRO; PINTO, 2009. p. 273)

Por fim, há um elemento subjetivo, mas somente nos casos de transferência onerosa, que é o mero conhecimento do devedor de causar o dano que resulta da prática do seu ato, pouco importando se houve intenção ou não de prejudicar. Basta que ele tenha ciência do dano (MARINONI; ARENHART, 2008. p. 263), pois “não se exige que o devedor traga a intenção deliberada de causar prejuízo”. (PEREIRA, 2017. p. 434) Se, contudo, o ato é gratuito, o elemento subjetivo é dispensado, pois a fraude constitui-se por si mesma. (VENOSA, 2005. p. 485)

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 653) entendem que se caracteriza a fraude contra credores quando há diminuição ou esvaziamento de patrimônio do devedor, a ponto de tornar-lhe insolvente, acrescido do intuito malicioso de causar o dano, que poderá ocorrer de maneira isolada ou aliado a terceiro.

Ocorre frequentemente a fraude quando, achando-se um devedor assoberbado de compromissos, com o ativo reduzido e o passivo elevado, procura subtrair aos credores uma parte daquele ativo, e neste propósito faz uma liberalidade a um amigo ou parente, ou vende a vil preço um bem qualquer, ou concede privilégio a um credor mediante a outorga de garantia real, ou realiza qualquer ato, que a má-fé engendra com grande riqueza de imaginação. (PEREIRA, 2017. p. 434)

Para Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto (2009, p. 273), a má-fé é elemento essencial à fraude contra credores, mas basta que o devedor tenha consciência de que seu ato causará prejuízos, sendo, portanto, dispensada a intenção deliberada de prejudicar.

Desse modo, haverá fraude contra credores na prática de um ato de alienação ou oneração de patrimônio com colusão (conluio fraudulento entre quem comprou e quem vendeu), desde que cause prejuízo ao credor, nos casos de atos onerosos. Quando se tratar de atos gratuitos, basta o dano, independentemente do conhecimento ou não do vício. Se há doação ou remissão de dívidas, atos de disposição gratuita do patrimônio, basta a existência do prejuízo, pois o conhecimento dos danos, requisito subjetivo, é presumido nesses casos.

Como vício do negócio jurídico que o é, a fraude contra credores é ato jurídico anulável. Mediante ajuizamento de ação própria (ação pauliana), o ato de alienação ou oneração do bem é anulável, retornando o bem à esfera patrimonial do devedor para que possa responder pela obrigação.

Outra fraude do devedor é a fraude à execução, que também tem estreita ligação com responsabilidade patrimonial, notadamente porque os bens do devedor devem responder por ele. (ASSIS, 2018. p. 371-372) Aqui, não se fala apenas em responsabilidade pela obrigação, mas em responsabilidade pela



execução, pois isso, na escalada fraudulenta, é mais grave do que a fraude contra credores. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 658)

A fraude contra a execução, ou fraude à execução, é caracterizada por ato do devedor de alienar patrimônio ou onerá-lo no curso de um processo judicial, de modo que ele possa ser levado à insolvência (ou próximo dela). Sua principal impressão distintiva quanto à fraude contra credores é o momento da prática do ato ilícito que, neste caso, é perpetrado depois de proposta a ação judicial contra o devedor.

Trata-se, portanto, de “manobra do executado que visa a subtrair à execução bem de seu patrimônio”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 879) No decorrer do processo judicial, o executado pratica a fraude, desprezando não só o crédito de outrem, mas, sobretudo, a força estatal. Referido vício afeta a autoridade do Estado, assim como os interesses do credor, motivo pelo qual é vício mais grave do que a fraude contra credores. (MARINONI; ARENHART, 2008. p. 264-265)

A fraude à execução é manobra do devedor que causa dano não apenas ao credor (como na ação pauliana), mas também à atividade jurisdicional executiva. Trata-se de instituto tipicamente processual. É considerada mais grave do que a fraude contra credores, vez que cometida no curso de processo judicial executivo ou apto a ensejar futura execução, frustrando os seus resultados. Isso deixa evidente o intuito de lesar o credor, a ponto de ser tratada com mais rigor pelo legislador. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 388)

O eventual negócio de alienação ou de oneração de bens não agride somente o círculo potencial de credores. Entra em cena, a par desses interesses particulares, a própria efetividade da atividade jurisdicional do Estado. (ASSIS, 2018. p. 373)

Para que o ato do devedor de alienar ou onerar patrimônio seja fraude à execução, impõe-se a combinação de dois requisitos: litispendência, na medida em que se exige processo judicial em curso, atrelada à frustração dos meios executórios pela inexistência de bens do devedor que sejam penhoráveis (ASSIS, 2018. p. 376-381), pois aqui “não exige demonstração de malícia dos

contratantes ou qualquer forma de conluio por parte do terceiro adquirente”. (MARCACINI, 2017. p. 344)

Nesta modalidade de fraude, é imprescindível que exista uma demanda em curso, mas não é só. A litispendência tem de ser formada contra o réu, com a sua citação válida. É que o simples protocolo da petição inicial já induz litispendência, mas entre o autor e o Estado - artigo 240 do Código de Processo Civil. Para o réu, só haverá lide quando de sua citação, momento em que os efeitos da litispendência o alcançam, pois é a partir daí que para ele o direito passa a ser litigioso. (DIDIER JR, 2015. p. 611) Portanto, é requisito para a fraude à execução que a relação processual esteja completa, com a citação válida do executado.

A configuração de fraude à execução não depende apenas do trâmite da ação judicial, mas, como ato de desrespeito à própria função jurisdicional do Estado-juiz, da ciência do devedor da existência de ação judicial capaz de levá-lo à insolvência a depender da dilapidação patrimonial. Fraude à execução, portanto, somente se configura após a inequívoca ciência do demandado acerca da existência de ação judicial, por meio da citação, sendo os atos fraudulentos cometidos antes desse momento processual considerados, em regra, como fraude contra credores. (NEVES, 2016. p. 1253)

A maior gravidade imposta pela fraude à execução em relação a fraude contra credores repousa justamente no fato da existência de um processo já tramitando, pois, o intuito, na fraude à execução, é frustrar os resultados da atividade do Judiciário. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 388-389) Fraudar a execução atinge não somente o credor fraudado, mas também a autoridade do Estado, que tem burladas suas normas e o poder de efetivação das decisões, que é tolhido pelo ato do devedor, fracassando a atuação do Judiciário.

Sobre a citação do devedor, cabe ainda o registro de que a Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, em seu artigo 54, impõe dever de diligência ao credor com o seu crédito, transferindo para ele responsabilidades acautelatórias. Determina a legislação que deverá o credor registrar a citação no órgão competente para que o ato de disposição caracterize fraude contra a

execução. A referida lei impôs a “exigência de averbação da citação válida do devedor em processo executivo, pelo credor, para que se possa falar em fraude à execução”. (FERREIRA FILHO; AMARAL. p. 187, 2018)

Anteriormente, a mera citação do devedor em processo de execução, poderia ensejar o reconhecimento de fraude contra a execução em razão de qualquer bem que viesse a deixar o rol de ativos da empresa ou da pessoa física após a citação. Com o advento da nova legislação, os bens imóveis sujeitos a registro, poderão ser livremente alienados, ainda que haja citação válida do devedor em processo de execução, sem que haja o reconhecimento de fraude à execução. Agora, para o reconhecimento desta é necessário que o credor registre a citação no órgão competente (ex. registro de imóveis), para que os bens não possam ser livremente dispostos. (FERREIRA FILHO; AMARAL. p. 186, 2018)

Araken de Assis (2018, p. 383) entende que, por incompatibilidade com o Código de Processo Civil, a citada lei, neste ponto, está revogada, salvo no que diz respeito ao registro da citação nos casos de ação fundada em direito real ou reipersecutório, mas aí por expressa previsão do artigo 792, I, do Código de Processo Civil.

Explicam Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 404-405) que a averbação da ação não é requisito para que configure fraude à execução, mas que tal ato implica em presunção absoluta de que o terceiro tem conhecimento da existência da ação judicial em trâmite. Não existindo a averbação, caberá ao credor a prova de que o terceiro tinha ciência da existência da ação, protegendo-se o terceiro de boa-fé.

Na mesma tônica, é a leitura de Daniel Amorim Assumpção Neves, (2016, p. 1256) ao defender que este dispositivo incorre no equívoco de confundir fraude à execução com as diversas formas de se gerar eficácia *erga omnes*. Para o referido autor, a interpretação é de que nem sempre o registro ou a averbação são essenciais para que seja caracterizada a fraude, entendimento que se extrai do texto do parágrafo único do artigo 54 da Lei 13.097/2015, ao prever que não poderão ser opostas ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber

em garantia direitos reais sobre o imóvel as situações jurídicas não constantes da matrícula do bem.

A interpretação a *contrario sensu* que deve ser feita desse dispositivo legal é que se não podem ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, é porque podem ser opostas ao terceiro de má-fé. Ou seja, mesmo que não haja qualquer registro na matrícula do imóvel, sua alienação ou oneração ainda poderá ser considerada em fraude, desde que comprovada a má-fé do terceiro adquirente. (NEVES, 2016. p. 1256-1257)

De fato, o terceiro adquirente de boa-fé deverá ser protegido. Desse modo, para que sejam ineficazes os atos de alienação ou oneração, é imprescindível que o terceiro adquirente tenha ciência da ação ou que apresente motivos pelos quais fique demonstrado ser impossível ignorá-la. O registro ou a averbação das informações na matrícula do bem distribuirá o ônus da prova. Caso haja o ato, presume-se ciência do terceiro adquirente; do contrário, sem as anotações na matrícula, o ônus da prova do conhecimento pelo terceiro da existência de processo em curso será do credor.

O enunciado nº 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça é neste sentido e exige, para o reconhecimento da fraude à execução, o registro da penhora do bem alienado, mas também firma posição de que, existindo prova de má-fé do terceiro adquirente, haverá fraude à execução.

A questão do registro da penhora do bem alienado é sedimentado pelos dispositivos do Código de Processo Civil vigente. Ocorre que o entendimento sumulado exige prova de má-fé do terceiro adquirente como requisito para caracterizar fraude à execução, notadamente quando não há registro ou averbação da existência da ação em tramitação na matrícula do imóvel.

Sustenta-se que houve mudança de paradigma na presunção da má-fé, que é relativizada, sendo transferida ao credor o dever de diligenciar os registros da citação para averiguar se há fraude contra a execução em caso de alienação de bens, ou então que suporte ele o pesado ônus de provar que o

terceiro tinha ciência da existência de processo contra o devedor, ônus do qual é difícil de se desincumbir.

Desse modo, muito bem andou o legislador em levar a publicidade registral para o cerne do suporte fático da fraude à execução, transformando-a em um requisito essencial, sem o qual não pode haver o seu reconhecimento, salvo se a publicidade tiver in caso eficácia declarativa, e houver a prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento, antes de adquirir, da situação fraudulenta. (BRANDELLI, 2016, p. 109)

Para Medina (2015, p. 1071), há harmonia entre a Lei nº 13.097/15 e o Código de Processo Civil, sendo imposto o dever de cautela do credor, assim como resguardado os interesses do terceiro que esteja de boa-fé:

O CPC/2015, assim, em consonância com a Lei 13.097/2015, optou por proteger os interesses do terceiro que venha a adquirir bens do executado, exigindo, nos casos em que o bem se sujeite a registro, a averbação da pendência do processo ou do ato constitutivo para que a alienação ou oneração do bem possa ser considerada em fraude à execução. (MEDINA, 2015. p. 1071)

Este é um dos temas polêmicos no entorno da problemática que envolve o conhecimento das partes e de terceiros sobre existência de um processo em tramitação, que, como já alertado no início deste tópico, diante do que se presente o estudo, não há aqui espaço para maiores digressões, o que demandaria trabalho específico.

Pois bem, além da litispendência, o outro requisito cumulativo para que haja fraude contra a execução é a frustração dos meios executórios. Para tanto, basta a inexistência de bens penhoráveis, pois, sem estes, não há como garantir a satisfação do crédito, caracterizando o dano. (ASSIS, 2018. p. 381)

Desse modo, o devedor, para fraudar a execução, deverá promover ato de disposição de patrimônio, quando pendente uma demanda na qual ele já foi citado. Referida citação deverá ser registrada no órgão competente para resguardar o credor perante terceiros de boa-fé. Ademais, como resultado deste processo, a execução deve ser frustrada por falta de patrimônio.

Para Araken de Assis (2018, p. 378), o negócio para ser fraudulento deverá ser contemporâneo à ação pendente, mas esta não precisa ser, necessariamente, de execução. Na fraude à execução, basta que haja litispendência, seja em demanda de cognição, de execução ou cautelar, desde que esta ação em curso possa ensejar futuro processo executivo (ou fase de execução) (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 388), de modo que “pode o processo conter tanto uma ação que vise à condenação do demandado como à execução de seu patrimônio ou simples asseguarção para execução futura”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 879) No mesmo sentido:

Uma vez citado o réu para qualquer ação que possa resultar em sua condenação ao pagamento de quantia, a alienação feita no curso do processo é havida como fraudulenta a partir da situação meramente objetiva de insolvência do devedor. (MARCACINI, 2017. p. 343)

Apesar disso, a fraude à execução é espécie de fraude do devedor “reconhecida somente na execução, mesmo que perpetrada antes desse processo ou fase procedimental” (NEVES, 2016. p. 1253); logo, é instituto próprio do processo executivo, diferentemente, por exemplo, da fraude contra credores (ato ilícito que antecede processo judicial).

Ademais, reitera-se que não se exige o elemento *intenção de fraudar* para que reste configurada a fraude à execução, bastam os requisitos objetivos do artigo 792 do Código de Processo Civil. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 879) É assim que leciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

Na realidade o único requisito para que haja fraude à execução é ciência do devedor da existência de ação judicial em trâmite promovida contra ele, que tenha como objeto direto ou indireto a dívida, que será frustrada patrimonialmente em razão da alienação ou de oneração de bens de seu patrimônio. Ou seja, para que ocorra fraude à execução é preciso a ciência de existência de ação que verse, ainda que indiretamente, sobre a dívida, e o *eventus damni*. (NEVES, 2016. p. 1252)

Várias são as hipóteses expressas na legislação de alienação ou oneração de bens que caracterizam fraude contra a execução, estas previstas ordinariamente nos incisos do artigo 792 do Código de Processo Civil.

É fraude contra execução, 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 (art. 792, I, CPC); quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução (art. 792, II, CPC); quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude (art. 792, III, CPC); quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 792, IV, CPC); além dos demais casos expressos em lei (art. 792, V, CPC), evidenciando, pela leitura do último inciso, se tratar de rol meramente exemplificativo. (NEVES, 2016. p. 1252)

Por previsão do artigo 4º, da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, também é fraude à execução “criar impenhorabilidade aparente de residência familiar, adquirida para tal fim, nela concentrando valores antes dispersos em outros bens móveis ou imóveis” (ASSIS, 2018. p. 395)

Ainda fraudava a execução quem: quita dívida de terceiro, quando este terceiro nega sua existência, nos casos de penhora de crédito em favor do executado (art. 856, §3º, CPC); contrata bem, ou prorroga sua locação por prazo superior a um ano, que seja objeto de propriedade fiduciária, sem anuência do credor (art. 37-B, da Lei nº 9.514/97); onera ou aliena bem depois de estar inscrito na dívida ativa (art. 185, CTN). (ASSIS, 2018. p. 396)

Nestes casos, diferentemente do que ocorre na fraude contra credores, não é necessário o ajuizamento de ação própria para ver reconhecida a fraude, bastando mera petição nos próprios autos do processo para que o juiz reconheça o ato como válido, mas ineficaz perante o credor. (NEVES, 2016. p. 1254)

Explica Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 494) que fraude contra credores é instituto de direito material, tendo em vista que o devedor pratica o ato ilícito antes que seus credores procurem o Judiciário, isso porque a obrigação ainda pode estar em curso, sem poder ser exigido seu cumprimento. Por sua vez, na fraude à execução, o interesse é público, notadamente porque já existe

um processo tramitando, e, por esta razão, a matéria é disciplinada pelas normas de processo civil.

Se a fraude contra credores é instituto de direito civil, a fraude contra a execução é instituto de direito processual civil. No primeiro caso, como há uma fraude ao credor (à parte), invalida-se o ato de disposição do patrimônio. Na segunda hipótese, o ato é ineficaz. Na fraude contra credores, o defeito do negócio jurídico está no plano da validade. Na fraude contra a execução, o ato de alienação do patrimônio é ilícito de ordem pública, uma fraude ao processo, cabendo seu conhecimento de ofício. O defeito estará no plano da eficácia do negócio jurídico, pois a referida alienação é ineficaz perante o credor.

A fraude de execução não é considerada vício do ato jurídico, que, neste caso, existe e é válido. Segundo dispõe a lei, é tratada apenas como uma situação de ineficácia da alienação ou oneração em relação à execução. Desse modo, reconhecida a fraude de execução pelo magistrado no próprio bojo do processo de execução, a repressão é mesmo mais severa: o bem será simplesmente penhorado, não importando que não mais pertença ao devedor executado. Não é necessária qualquer outra medida judicial para desfazer ou anular o ato lesivo, alterar registros de bem imóvel, se for o caso, nem tão pouco fazer retornar a propriedade do bem às mãos do devedor. (MARCACINI, 2017. p. 339)

E conclui Araken de Assis:

A gravidade do vício desloca-o do plano da validade para plano da eficácia. Enquanto na fraude contra credores há anulabilidade (art. 171, II, do CC), necessitando o credor prejudicado de mover ação contra o obrigado e o terceiro, na fraude contemporânea à litispendência, os negócios jurídicos são ineficazes em relação ao exequente, a teor do art. 792, §1º. (ASSIS, 2018. p. 373)

Enquanto um dos atos de alienação ou oneração fraudava credores, o outro fraudava a execução, mas “ambas decorrem do mesmo fundamento, a limitação da disponibilidade dos bens do devedor” (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 388), e visam proteger o credor contra as artimanhas do devedor. (VENOSA, 2005. p. 495) A grande distinção entre essas espécies de



fraudes está no aspecto temporal do ato do devedor de disposição do patrimônio, ou seja, se praticado antes ou depois de pendente um processo judicial, (ASSIS, 2018. p. 372) pois “vem desde os primeiros anos de criação do Superior Tribunal de Justiça a orientação de que o divisor temporal entre as duas modalidades de fraude é a citação do réu, tanto em processo de conhecimento como de execução”. (MARCACINI, 2017. p. 343)

Por fim, quando o Judiciário penhora determinado bem, destinando-o à satisfação daquela obrigação específica em cobro, e o devedor/executado o aliena, desprezando a ordem estatal, incide ele na “situação mais grave que as anteriores”, pois a coisa já estava vinculada ao processo. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 400)

Por derradeiro, completando a gradação fraudatória, encontra-se a *alienação de bem penhorado*, espécie mais grave de alienação fraudulenta, caracterizada pela prática de ato de disposição pelo devedor, retirando de seu patrimônio um bem que já foi objeto de constrição judicial (penhora), estando indisponibilizado para atender a uma execução. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 662)

Nesse caso, pouco importa a situação do devedor, sendo o “ato ineficaz em si, independentemente da condição de insolvência do devedor”, “ainda que o devedor tenha outros bens livres e desembaraçados, penhoráveis, portanto, em seu patrimônio”. (MARCACINI, 2017. p. 343) Aquele bem específico é que deverá sujeitar-se à execução. Ele, e não outro bem do devedor, servirá à liquidação do débito, sendo, portanto, extraído do patrimônio do fraudador.

É ineficaz o negócio pelo qual se alienou ou onerou o bem, pouco importando a insolvabilidade do devedor (dano). Para que haja esta fraude, basta o ato ilícito de alienação ou de oneração:

É comum equiparar aos casos de fraude à execução a situação de alienação de bem penhorado ou sujeito a outra medida judicial constritiva. Porém, tal assimilação é indevida, uma vez que a alienação de bem penhorado não se sujeita ao regime da fraude à execução, nem a seus requisitos. Neste caso, a ineficácia da alienação do bem se dá unicamente em razão da penhora, independentemente

da existência ou não de dano ao credor, ou, mais, da insolvabilidade do devedor. (MARINONI; ARENHART, 2008. p. 266)

De tão grave, “poderá o juiz, no curso da execução, por meio de simples decisão interlocutória, reconhecer a fraude na alienação ou na oneração havida, autorizando a penhora sobre o bem em questão”, (MARINONI; ARENHART, 2008. p. 266) bem como desprezando por completo o ato praticado pelo devedor, devendo o magistrado conhecer a matéria de ofício, pois é questão de ordem pública. (FARIAS; ROSENVALD, 2012. p. 664)

Todos esses limitadores legais acima estudados servem indistintamente para combater as astúcias do devedor, seja perante o seu credor, seja frente a um processo judicial em curso, atingindo também a autoridade do Estado, ou ainda violando atos de constrição judicial, ato último que é de gravíssima ordem.

Investigados os requisitos das fraudes do devedor, é notório que, em todas elas, pressupõe-se a existência de ato comissivo de disposição ou alienação de patrimônio, seja antes de iniciado um processo judicial, no seu curso, ou ainda depois de constricto o patrimônio pela autoridade judiciária.

Não parece ser a situação do proprietário de imóvel já usucapido, mas que blinda seu patrimônio na deliberada omissão de mantê-lo irregular, pois, nas fraudes do executado, o patrimônio é alienado ou onerado. Na omissão deliberada do devedor, que deixa de regularizar a propriedade do imóvel usucapido, para frustrar a obrigação frente ao credor, o bem permanece livre e desembaraçado na sua esfera patrimonial, mas invisível do ponto de vista formal, diante de sua condição de irregularidade registrária.

A referida deleção, desde que o executado seja intimado para pagar ou indicar bens à penhora, mas não o faça, não é fraude, pois estas sempre pressupõem atos de alienação ou oneração. Poderá, porém, caracterizar ato atentatório à dignidade da Justiça, expressamente previsto num dos incisos do artigo 774 do Código de Processo Civil, por violação dos deveres de lealdade e cooperação do executado. Se for o caso, além da multa correspondente pela transgressão, deverá o juiz utilizar os meios necessários para fazer valer o direito ao crédito, medidas executivas estas que são de toda ordem.

### 3.4 Os deveres de cooperação e de lealdade do executado

Já foi visto no tópico 3.1. que, tradicionalmente, os processos são regidos pelos modelos estruturais de organização dispositivo ou inquisitivo. Melhor dizendo, com orientação preponderantemente dispositiva (modelo adversarial) ou com maior incidência de procedimentos inquisitivos (modelo inquisitorial).

No exercício das funções processuais, para cada sujeito, são distribuídas determinadas atribuições, a depender do ato, de sua posição no processo e do procedimento deste. No primeiro dos sistemas abordados, o dispositivo ou adversarial, há disputa entre dois sujeitos, sendo das partes o exercício da maioria das atividades processuais, cabendo ao juiz basicamente a função decisória. No segundo modelo de processo, o inquisitivo ou inquisitorial, o protagonismo no desenvolver das atividades será do órgão jurisdicional, que terá posição mais participativa, ativa, além de manter para si a função exclusiva no ato de decidir.

Não se sustenta mais, pelo regime constitucional brasileiro, de Estado Democrático de Direito, um sistema de processo no qual as partes se enfrentem, como num campo de batalha, em que vencerá aquele que fez uso das melhores armas, ainda que não tenha razão em seu pleito, pois os interesses em jogo não são absolutamente disponíveis, como pensado nos modelos de processo com influências do liberalismo. As partes não estão em pleno pé de igualdade, especialmente no Brasil, um país marcado por profunda desigualdade social e econômica. (LEONARDO, 2013. p. 35) Ora, o processo não repercute apenas entre e para as partes, ele “não se esgota dentro dos quadros do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social”. (OLIVEIRA, 2009. p. 75)

Por outro lado, também não se admite um processo no qual o juiz é dotado de grandes poderes, em todas as suas fases, sendo figura de vultoso destaque. Não raras vezes, conferir o magistrado de muitos poderes, isolado dos demais sujeitos interessados, culminará em autoritarismo, abuso, inacessibilidade e irresponsabilidade (LEONARDO, 2013. p. 36), completamente

incompatível com o sistema jurídico normatizado na Constituição Federal, amplamente democrática.

Os equívocos encontrados no modelo processual social estruturado no modelo organizacional processual inquisitivo reduziram a discussão endoprocessual e a função técnica desenvolvida pelas partes e advogados à mera sujeição jurisdicional, arcabouço inadequado ao modelo de Estado Democrático de Direito que surgia e passava a exigir atuação processual interdependente e auxiliada por toda uma comunidade de trabalho, não sendo, portanto, suficiente a centralidade das partes, como no modelo liberal, ou do magistrado, como no modelo social. (REZENDE, 2017. p. 349)

Eis que se identifica um novo modelo estrutural de direito processual, este adequado à concepção constitucional brasileira de devido processo legal, assim como decorrente da boa-fé processual e do contraditório. É o processo cooperativo (ou colaborativo) (DIDIER JR, 2015. p. 124), com origem no direito alemão e difundido inicialmente pela Europa pós-segunda guerra mundial, notadamente quando os direitos sociais passaram a ser observados com maior ênfase (SILVEIRA, 2017. p. 24), afastando-se a ideia egoística de processo, de modo que torne o processo um ambiente cooperativo e não um combate individualista. (DONIZETTI., 2017. p. 81)

Um novo ponto de equilíbrio, seguindo os postulados da participação da sociedade nas resoluções tomadas pelo Estado e na gestão das políticas públicas, conforme o modelo da CF/1988 (v.g., no âmbito da seguridade social, o art. 194, parágrafo único, VII, da CF/1988, assegura a participação dos trabalhadores), indica a necessidade da recíproca colaboração dos sujeitos do processo. Em tal concepção, altera-se o papel do juiz: torna-se participante em pé de igualdade com as partes, obrigado ao diálogo, conquanto a ele se reserve (e não poderia ser diferente) o poder de decisão. (ASSIS, 2015. p. 1450-1451)

Por esta concepção de processo, há participação mais democrática dos sujeitos que o compõem, deixando o ambiente de ser arena de enfrentamento desmedido das partes, na qual o magistrado figura como mero expectador, para ao final decidir, passando a representar ambiente sadio de

ampla discussão entre todos os envolvidos, de forma colaborativa, para que, alcançado o grau de maturidade necessário, oriundo do esgotamento de possibilidade do exercício de um efetivo contraditório, decida o juiz, sem que haja protagonismos na condução do processo, que deverá ser cooperativa entre os seus sujeitos. (LEONARDO, 2017. p 41)

O processo civil moderno não deve se limitar à entrega da prestação jurisdicional rápida e eficiente, mas deve cuidar também dos procedimentos, com caráter preponderantemente dialético, em que há participação cooperativa das partes com o juiz na busca da verdade real. (GOUVEIA, 2010. p. 369)

Daí a importância de o juiz expor as suas opiniões, para que as partes possam acompanhar o seu raciocínio. É o diálogo humano, em respeito ao dever de cooperação, que constrói uma ponte de ouro entre a atividade das partes e o modo como essa atividade repercute no entendimento do juiz. A parte não pode ter o seu direito de acesso à justiça mitigado porque ela não foi capaz de compreender a linha de raciocínio do juiz, que é quem tem de suprir essa deficiência de comunicação. (GRECO, 2015. p. 721)

Com inspiração no direito português, o princípio da cooperação foi introduzido expressamente no direito processual civil brasileiro (SILVEIRA, 2017. p. 45), com *status* de norma fundamental do processo civil, insculpido no artigo 6º do Código de Processo Civil, trazendo o sistema cooperativo de processo, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, concretizando, com isso:

postulados provenientes da Constituição Federal de 1988, mais relevantemente da democracia participativa, segundo a qual a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana do povo, que tem, dentre seus objetivos, construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos (art. 1º, caput e parágrafo único e art. 3º, I e IV, da CF). (SILVEIRA, 2017. p. 45-46)

Sendo norma fundamental do processo civil, “o princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito

brasileiro” (DIDIER JR, 2015. p. 125), pois estas, as normas fundamentais, além de buscarem a aplicação de um direito justo, servem como “linhas-mestras” do arcabouço do processo, dando-lhes suas principais características (MITIDIERO, 2015. p. 48); logo, todas as demais normas do processo civil brasileiro, dentre outras, estão subordinadas “à cooperação das partes, sendo um meio para que a decisão seja mais justa e célere, em razão do esforço comum entre as partes”. (SILVEIRA, 2017. p. 26) O modelo cooperativo, entendido como justo modelo de processo civil brasileiro, é linha central para organização de um processo civil que “reflita de forma efetiva os pressupostos culturais do Estado Constitucional”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 162)

Referido dispositivo do Código de Processo Civil, que impõe o modelo colaborativo de processo, a partir do princípio da cooperação, materializa norma do artigo 3º, I, da Constituição Federal, que define o Estado com:

o propósito de construir uma sociedade “justa e solidária” e dispõe, como um dos fundamentos do estado de direito o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, cuja conotação dada pela doutrina moderna tem sido, como já se disse em outra oportunidade, no sentido de que o mesmo garante não somente acesso à justiça, mas sim a consagração do direito de o jurisdicionado receber, em uma lide, a declaração do que faz jus da forma mais rápida e efetiva possível, cumprindo o Estado um anseio social de ver distribuída a justiça de forma adequada e célere. A perspectiva de acesso à justiça está atrelada ao de uso adequado e racional do processo, enquanto instrumento posto a serviço dos litigantes para dirimir conflitos. (CAPENA, p. 2)

Para Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 141), o princípio da cooperação é um desdobramento dos princípios do contraditório e da boa-fé. As principais marcas do sistema colaborativo de processo são trazer a figura do juiz para o diálogo em todos os seus momentos, em pé de igualdade com os demais sujeitos, dando-lhe, em cooperação com as partes, igual protagonismo, sem que haja preponderância nas funções exercidas por cada um deles. “O órgão jurisdicional passa a ser visto como um dos sujeitos no diálogo processual, e não como um espectador do duelo das partes”. (SILVEIRA, 2017. p. 52) Ademais, o contraditório é revisto, sendo amplamente valorizado pelo atual sistema

cooperativo brasileiro, como uma forma de democratizar as decisões judiciais e a participação dos sujeitos envolvidos em todos os momentos do processo:

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes. O contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida. (DIDIER JR, 2015. p. 125)

E mais, ensina Daniel Mitidiero:

Da combinação dessas duas faces do Estado Constitucional e de suas manifestações no tecido processual surge o modelo cooperativo de processo, calcado na participação e no diálogo que devem pautar os vínculos entre as partes e o juiz. (MITIDIERO, 2009. p. 77)

Em suma: pelo sistema cooperativo, todos os sujeitos do processo participam, de forma comum, para que haja uma decisão de mérito, sem personagem principal. Mas não é só: esta decisão de mérito deverá ser justa e efetiva, como determinado no artigo 6º do Código de Processo Civil, pois “o princípio da cooperação veio para trazer ao jurisdicionado a melhor decisão possível no espaço de tempo considerado razoável para a duração do processo” (SILVEIRA, 2017. p. 25), decisão que deverá ser a mais próxima possível da verdade real, como ensina Lúcio Grassi de Gouveia (2010, p. 382-383), pois caberá ao juiz, a fim de cumprir o dever constitucional de fundamentação de suas decisões, fazer uso dos seus poderes-deveres, dentre eles, o de produção probatória de forma cooperativa com a partes.

Essa posição de simetria do órgão julgador, característica do diálogo com os demais sujeitos, preponderará apenas até o momento da decisão, atribuição que caberá ao magistrado de forma exclusiva, pois “o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão”. (MITIDIERO, 2015. p. 49) Na condução do processo, todos os sujeitos devem dialogar de maneira igual, levando o julgador a decidir

com base no trabalho cooperado de todos aqueles que participaram dos procedimentos, valorizando com isso o contraditório, permitindo ao juiz decidir de acordo com o resultado de um processo democrático.

Ensina Fredie Didier Jr. (2015, p. 126) que a decisão judicial, no modelo de processo cooperativo, nada mais é do que o “resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento”, pois “a atividade cognitiva é compartilhada”.

Pelo princípio da cooperação, o qual sustenta o modelo colaborativo de processo, há “isonomia entre o juiz e as partes quando do deslinde do processo, por meio do diálogo judicial com ênfase no princípio do contraditório” (MANDELLI; CHAVES, 2011. p. 59), determinando aos sujeitos do processo deveres que visem promover a referida norma, independentemente de haver regras expressas, deveres estes que impõem autorresponsabilização. (REZENDE, 2017. p. 350)

O princípio da cooperação determina como devidos os todos comportamentos necessários para que se tenha um processo leal e cooperativo, pois processo devido é processo cooperativo, e isso não precisa estar expresso. (DIDIER JR, 2015. p. 127) De nada vale os melhores códigos e estudos se as partes não atuarem “na sua aplicação prática pela lealdade e a correção do jogo, pelo *fair play* cujas regras não escritas estão principalmente encontradas à consciência e à sensibilidade das ordens forenses”. (CALAMANDREI, 1999. p. 228) Explica Bruno di Miceli da Silveira:

A técnica moderna busca incessantemente a justiça das decisões, seja através de maiores recursos para que o órgão julgador possa intervir no processo, assim como criando deveres para o mesmo, tais como o de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta, bem como para que as partes contribuam para a celeridade processual, com condutas pautadas no comportamento humano que se espera do homem médio, no que concerne à boa-fé objetiva. (SILVEIRA, 2017. p. 29)

No direito brasileiro, o processo cooperativo impõe deveres de colaboração entre os atores, criando uma comunidade de trabalho, cuja finalidade é que o processo tenha decisão de mérito, justa e efetiva, situação que abarca todos os sujeitos nele envolvidos, como ensina Fredie Didier Jr.



(2015, p. 127) ao exemplificar as relações jurídicas abrangidas pela cooperação como sendo entre “autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc.”. Todos eles “sujeitam-se ao mesmo imperativo de probidade e colaboração, bastando para tal o mero envolvimento com a lide, independente, como visto, do papel desempenhado” (LEAL, 2012, p. 94). Isso porque:

Em qualquer relação jurídica, qualquer que seja a relação do vínculo entre duas pessoas, há aí o dever de não frustrar a confiança razoável do outro, impondo às partes da relação jurídica um comportamento esperado de uma pessoa de boa-fé. (LEONARDO, 2013. p. 59)

Do mesmo modo leciona Leonardo Greco:

Esse dever, que incumbe a todos os sujeitos do processo, decorre da solidariedade social, inscrita no artigo 3º da Constituição Federal, como um dos objetivos do Estado de Direito. Esse dever de cooperação é imposto a cada uma das partes em relação às outras, em relação ao juiz, como sujeito do processo, em relação aos demais sujeitos do processo e em relação ao próprio Estado que institui o serviço judiciário como um dos seus instrumentos de realização dos seus objetivos. (GRECO, 2015. p. 343)

Com entendimento diverso, Mitidiero (2015, p. 49) crava que no Estado Democrático o dever de cooperação não alcança as partes entre si, reciprocamente, dada a natureza de seus interesses em jogo, quase sempre adversos, cada uma querendo sair vencedora no processo, o que seria incompatível com a cooperação simultânea. Pela mesma lógica, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 16) sustenta que a interpretação segundo a qual se exija cooperação das partes entre si determinaria um dever contrário aos seus próprios interesses; além do mais, afirma que o pensamento é utópico, o que tornará, segundo sua visão, o dispositivo morto. Explica:

Apesar da valoração do princípio da cooperação, inclusive consagrado no art. 6º do Novo CPC, devidamente analisado no item anterior, é inegável que as partes atuam na defesa de seus interesses, colaborando com o juízo na medida em que essa colaboração lhes auxilie a se

sagrarem vitoriosas na demanda. Acreditar que as partes atuam de forma desinteressada, sempre na busca da melhor tutela jurisdicional possível, ainda que contrária aos seus interesses, é pensamento ingênuo e muito distante da realidade. (NEVES, 2016. p. 11)

Para Silveira (2017, p. 65), igualmente, não existe dever de cooperação entre as partes, mas apenas destas para com o órgão judicial e vice-versa, tendo em vista que “representam interesses antagônicos por natureza, razão pela qual o princípio da colaboração não exige que as partes se ajudem mutuamente para tornar o processo mais justo e célere”. Explica ele que as partes devem cooperar com o Judiciário e agir, entre elas, de forma leal, pois visa o princípio da cooperação que “o processo siga seu curso de modo seguro, regular e justo ao final” (SILVEIRA, 2017. p. 74), não impondo às partes o dever mútuo de cooperação.

Este trabalho filia-se à corrente segundo a qual as partes devem cooperar também entre si, dever ao qual se sujeitam todos os envolvidos no processo. Adotar postura cooperativa não quer dizer deixar de atuar na realização de seus interesses, mas impõe às partes adversárias condutas leais e de boa-fé. A boa-fé equilibra os interesses opostos das partes. (LEONARDO, 2013. p. 60) As partes, entre si, devem atuar de maneira clara, leal e sem causar danos para a outra, isso é agir de acordo com o sistema cooperativo de processo. “Não obstante a apregoada cooperação, no fundo, será cada um por si, o que não impede que a lealdade e a boa-fé imperem nas relações processuais.” (DONIZETTI, 2017. p. 81)

Não é que se pretenda ver entre as partes atitudes altruístas e desinteressadas. Seria ingenuidade pensar dessa maneira. (GIANNICO, 2007. p. 422) Os litigantes “não abandonam os seus interesses, quais sejam, a prestação jurisdicional favorável e o justo processo, mas atuam de maneira a obter tal prestação sem que se atrapalhe a evolução do agir do adversário”, (LEAL, 2012, p. 96) até porque “a competição de habilidades é lícita, mas não se permite fazer armadilhas” (CALAMANDREI, 1999. p. 229), na medida em que “o processo não é um jogo de espertezas, mas um procedimento grave e sério”. (GRECO, 2008. p. 47)

Esses deveres de agir com lealdade e de acordo com a boa-fé decorrem do princípio da cooperação, impondo às partes, também nas relações mútuas, colaboração, sem que, com isso, implique em deixar de defender em juízo os seus interesses, por mais conflitantes que sejam.

Esta, a boa-fé, exige que as partes e o próprio juiz se comportem com sinceridade e destemor, cooperando na elucidação dos fatos e na formulação das questões de direito para que, no seu momento culminante, que é a sentença, esta seja a mais justa possível. (GRECO, 2015. p. 390)

Reforça a adoção deste pensamento, de que as partes devem cooperar entre si, o texto do artigo 6º do Código de Processo Civil, no trecho em que diz “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si”, incluindo, portanto, na relação jurídica processual autor-réu e réu-autor, os deveres que decorrem do princípio da cooperação.

Muito embora não seja possível obrigar o proprietário de imóvel usucapido a demandar para regularizar a situação registrária do bem, matéria enfrentada no tópico 3.1., a referida omissão poderá configurar conduta violadora do princípio da cooperação, pois é dever do executado envidar esforços para que o processo seja, além de justo, efetivo, incluindo a atividade satisfativa, que deverá ser preferencialmente voluntária.

O sujeito não é obrigado a promover processo judicial ou administrativo de usucapião, mas, em contrapartida, não pode embaraçá-lo ou criar obstáculos protelatórios, caso a demanda seja proposta por seu credor (se assim possível o for), sendo-lhe vedada ainda a omissão do bem já usucapido, pois é dever do executado, com fundamento no processo cooperativo, indicar todos os seus bens passíveis de expropriação, matéria que será vista no próximo tópico com o devido vagar.

É que decorrem do princípio da cooperação e do sistema cooperativo de processo os deveres de esclarecimento, de proteção e de lealdade. O dever de lealdade representa a “linha entre o ato probó e o ato desviado” (LEAL, 2012, p. 96); assim, impõe ao sujeito que ele aja de acordo com a boa-fé, bem como veda que ele atue de má-fé. (SILVEIRA, 2017. p. 62) Os deveres de cooperação e lealdade devem ser “iluminados pela teoria do abuso do direito e da boa-fé”

(LEONARDO, 2017. p. 53), pois “lealdade, na concepção teleológica, significa a fidelidade à boa-fé e ao respeito à justiça”. (CARPENA, p.1) Muito embora seja tarefa difícil delinear os contornos conceituais da falta de lealdade:

Considera-se conduta desleal aquela abusiva, violadora dos deveres de cooperação e boa-fé processual ou despojada de boa-fé objetiva (independente do estado anímico ao agente). Boa-fé e lealdade, são expressões que se complementam ou, até mesmo, se confundem. (LEONARDO, 2017. p. 53)

Ensina Elpídio Donizetti (2017, p. 94) que lealdade nada mais é do que um dos aspectos da cooperação, relacionada à honestidade, que deve existir em todas as relações entre os sujeitos envolvidos no processo.

Intimamente ligada à lealdade, a boa-fé aqui referida é padrão de conduta que se espera de todos aqueles que participam de relação processual, uma postura proba, reta, leal, vedando ainda atitudes desonestas. O dever de lealdade “compreende postura ética, honesta, franca, de boa-fé, proba que se exige em um estado de direito; ser leal é ser digno, proceder de forma correta, lisa, sem se valer de artimanhas, embustes ou artifícios”. (CARPENA, p.1)

A parte que age de boa-fé acredita no seu direito, na consistência das suas alegações e na sua versão dos fatos e traça uma linha de defesa das suas pretensões composta de ações que contribuem para a eficiência da administração da justiça, sem fazer uso de artifícios que possam prejudicar essa eficiência, o exercício do direito de defesa ou o acesso à justiça do seu adversário em igualdade de condições e respeitando a dignidade humana e os direitos fundamentais de todos os sujeitos do processo. (GRECO, 2015. p. 344-345)

O dever de lealdade, corolário do princípio da cooperação, já estava estampado no artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973, com alteração trazida pela Lei 10.358 de 27 de dezembro de 2001, impondo às partes e demais sujeitos do processo condutas de acordo com a boa-fé. Atualmente, o princípio da boa-fé é norma fundamental do Processo Civil, prevista no artigo 5º do Código, com o seguinte texto: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Assim, todos os sujeitos

do processo devem atuar de forma colaborativa, leal e de boa-fé. Há uma cláusula geral de boa-fé diante da “infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo”, portanto seria ineficaz “qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal”. (DIDIER JR, 2015. p. 105)

Os deveres de proceder com lealdade e com boa-fé, presentes em diversos artigos do Código de Processo Civil, prestam-se a evitar os exageros no exercício da ampla defesa, prevendo condutas que violam a boa-fé e a lealdade processual e indicando quais são as sanções correspondentes. (NEVES, 2016. p. 11) A oposição às pretensões do autor é sempre possível, mas desde que não haja abusos. A defesa contrapõe-se à ação (MARCATO, 2021. p. 24), mas deve ser exercida dentro dos limites do processo cooperativo, notadamente dos seus desdobramentos em estudo.

Não obstante o princípio da cooperação fortalecer o devido processo legal, passando a “exigir do juiz e demais atores processuais, ligados direta ou indiretamente à causa, um maior comprometimento processual, utilizando-se de um método dialético, na fase probatória” (SILVEIRA, 2017. p. 52), há também repercussão do referido princípio nas demandas ou fase executivas, pois “seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução, enfim, em toda e qualquer relação jurídica, as partes devem ter conduta pautada pela probidade e lealdade”. (LEONARDO, 2013. p. 181)

Muito embora se exija de ambas as partes uma postura cooperativa em todos os atos e fases do processo, é na pessoa do executado que se voltam os holofotes, para as finalidades deste trabalho, ao menos neste momento, em que se investiga a conduta omissiva deste, traduzida no comportamento deliberado de não regularizar a propriedade imobiliária adquirida pela usucapião, com a finalidade de esconder esse patrimônio, ato considerado ilícito, pois contrário ao direito.

Dentre seus principais deveres - decorrentes do processo cooperativo - na execução, determina o artigo 774, II, III e V, do Código de Processo Civil, que cabe ao executado se abster de manter postura de oposição maliciosa à execução, estando ele proibido de empregar ardis e meios artificiosos; impõe ainda vedação de conduta que dificulta ou embaraça a realização da penhora; além de determinar ao executado que indique ao juiz quais são e onde estão os seus bens sujeitos à penhora, atribuindo os respectivos valores, constituindo

ainda sua obrigação exibir prova da propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Também deriva do dever de cooperação a obrigatoriedade do executado, ao alegar excesso de execução, em impugnação ao cumprimento de sentença ou em embargos à execução, indicar os valores que entende como devidos, acompanhado de planilha (art. 525, §4º e 917, §3º). Agir dessa forma traduz ato de boa-fé. É postura que se espera do devedor que está sendo executado. Neste ponto, o dever de cooperar está relacionado à defesa do executado cobrado em excesso, ou seja, em oposição legítima.

Os referidos deveres são meramente ilustrativos, pois apenas o caso concreto permitirá avaliação efetiva do cumprimento do princípio da cooperação pelas partes, como alerta César Augusto Luiz Leonardo:

Inúmeros outros desdobramentos podem ser mencionados. Impossível esgotar o tema, devido à necessidade de análise do substrato fático para se verificar a conduta imposta pelos deveres de lealdade, cooperação e boa-fé. (LEONARDO, 2013. p. 176)

Cumprir os deveres que defluem do princípio da cooperação está ao livre arbítrio do executado, mas deixar de fazê-lo culminará em consequências. Explica Piero Calamandrei:

Este dever, tão vago e indeterminado, não teria sentido algum num processo em que a atividade das partes e de seus defensores estivesse por lei rigidamente vinculada em todas as suas manifestações; adquire, pelo contrário, um significado muito importante num processo, como é o de tipo dispositivo, em que, dentro dos confins estabelecidos pelo direito processual, se deixa às partes um amplo campo discricional, dentro do qual cada uma delas é livre para eleger os movimentos que lhe pareçam mais apropriados para vencer a seu contrário. (CALAMANDREI, 1999. p. 229)

Sendo a cooperação um dever, pujante também no processo de execução, o atuar desleal do executado caracterizará ato atentatório à dignidade da justiça e repercutirá no aumento de seu débito, com implicação de sanções econômicas, as quais representam “meios de repressão da conduta do

executado que não colabora para com um bom andamento do processo” (LEONARDO, 2013. p. 172), primando o Estado pelo respeito e proteção da “autoridade do Judiciário a ser alcançado com a consciência cooperativa dos sujeitos processuais cujo desrespeito poderá ser punido com a aplicação de multas de natureza sancionatória e pedagógica”. (REZENDE, 2017. p. 342)

Deve o Estado punir “os comportamentos descomprometidos e não colaborativos com o desenrolar da demanda judicial”, defendendo, com isso, a Constituição Federal, em especial a razoável duração do processo e a norma que prevê os meios que garantem a celeridade de sua tramitação. (MANDELLI; CHAVES, 2011. p. 62)

O agir em desacordo com a cooperação, nos seus desdobramentos lealdade e boa-fé, caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça, isso porque a deslealdade ameaça não só diretamente o direito da parte adversa, mas também a correta manifestação do Poder Judiciário no desiderato de suas funções. Pode ser aqui onde se encontra o ato ilícito omissivo do devedor que, deliberadamente, não regulariza a propriedade do imóvel adquirido por usucapião, conduta sustentada no ímpeto de frustrar a satisfação do crédito de outrem.

### 3.5 Atos atentatórios à dignidade da justiça

Todos os estudos apresentados até aqui, nesta dissertação, pressupõem a existência de haver imóvel já usucapido em favor do sujeito, mas que sua propriedade padece de regularização imobiliária, por *conduta omissiva deliberada* do novo proprietário, com o fito de frustrar o pagamento de débitos. Além disso, para que sejam analisadas as hipóteses propostas, é imprescindível que haja processo judicial executivo (ou em fase de execução), no qual o proprietário do referido imóvel figura na condição de executado. É que se investiga a possibilidade de esse bem servir ao pagamento do débito em cobro, na condição de propriedade do devedor.

A postura adotada por este devedor, traduzida em conduta omissiva ilícita, deve continuar a ser investigada. Cabe agora estudar se o agir deliberadamente do devedor, deixando de regularizar a propriedade do bem

usucapido, para prejudicar seus credores, é ato atentatório à dignidade da justiça.

Muito embora ilícito, este ato não caracteriza nenhuma das fraudes do devedor. Além disso, não poderá o sujeito ser obrigado a demandar para sanar as irregularidades registrárias do seu bem, ainda que sua omissão seja intencional para o não pagamento de débitos, consoante construção apresentada nos tópicos antecedentes.

Mais uma vez, adverte-se que os termos “execução” e “executado” serão utilizados de forma ampla, neles compreendidos toda e qualquer modalidade de execução, na qual também se inclui a fase de cumprimento de sentença.

No processo executivo, ao executado, por óbvio, é garantido o direito de defesa, podendo ele apresentar as mais amplas razões em seu favor, numa inegável aplicação do sistema cooperativo, pautado na possibilidade do mais pleno exercício do contraditório. Ocorre que a referida oposição à execução deverá ser praticada sem que o executado cometa abusos, sem que aja com deslealdade, como ensina Ana Paula Chiovitti:

Assim como ocorre com o direito de ação, o direito de defesa não pode servir como meio para o cometimento de abusos, com o único propósito de elidir ou protelar a atuação estatal tendente à resolução dos conflitos. Deveras, se participar é garantido pelo ordenamento, essa atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição. (CHIOVITTI, 2009. p. 83)

É o sistema cooperativo materializado no processo de execução. Sem dúvidas, a deslealdade do executado deverá ser punida, chegando o momento de perquirir em que medida a conduta omissiva deliberada do executado, sendo ele proprietário do imóvel por consumação de usucapião, mas sem regularização registrária, poderá ser considerada violadora dos deveres de cooperação, em especial, de lealdade e boa-fé. A análise é se este ato ilícito do executado caracteriza típico ato atentatório à dignidade da justiça ou “desacato à autoridade judiciária”. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 396)

Assim como no manejo de recursos, na execução civil, como reflexo dos comportamentos em geral – de crise moral, se vê campo fértil para promoção



de condutas desleais, especialmente do executado, ponto de vista que será abordado neste tópico. “Não é por outra razão que há tempos existe rigoroso sistema de combate à fraude na execução”. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 378)

A conduta das partes no processo é, na realidade, um mero espelho de seu comportamento em sociedade. Talvez por essa razão, em tempos modernos e em função da gravíssima crise moral pela qual atravessa nossa sociedade, proliferam-se, no cotidiano forense, manobras desleais e protelatórias na seara judicial. Se o parâmetro moral de conduta das pessoas mais e mais vem sendo marcado pelo desrespeito, pela desonestidade, pela deslealdade e pela arrogância, lamentavelmente não é de se esperar delas uma atitude virtuosa, quando instadas a atuar em juízo. (GIANNICO, 2007. p. 430)

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça<sup>4</sup>, o grande gargalo dos processos judiciais é a execução. Consta no relatório “Justiça em Números 2020”, documento confeccionado com base nos dados de produtividade relativos ao ano de 2019 de todo o Poder Judiciário brasileiro, que a quantidade de processos baixados é sempre maior nos processos de conhecimento, em comparação com os processos de execução, cenário este que se repete invariavelmente ao longo da série histórica. A taxa de congestionamento nos processos de execução chega a apontar uma diferença de 24 pontos percentuais, quando comparada com a taxa de congestionamento dos processos de conhecimento.

Mas é certo que nem sempre a satisfação do crédito deixa de acontecer pela inexistência de patrimônio do devedor que está sendo executado, pois, em muitas oportunidades, o pagamento não é realizado ou é por muito tempo retardado devido às condutas desleais do executado. Na execução, a má-fé do executado “assume ares de fim do mundo”. (ASSIS, 2018. p. 497)

Não é que esteja o autor imune à instauração de pretensão infundada, constituindo este abusivo exercício do direito de ação um pesado fardo em desfavor do réu, mas é muito mais frequente, na prática, que o demandado utilize abusivamente de seu direito de defesa, fazendo uso de instrumentos

---

<sup>4</sup> Disponível em [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Consulta realizada no dia 12 de fevereiro de 2021.

processuais e outros meios com o franco objetivo de procrastinar a finalização do processo, especialmente do executivo. (DINAMARCO; LOPES, 2018. p. 170) Não raras vezes, ele opta por adotar posturas desleais, dentre as quais lhe são disponíveis, numa ampla gama de possibilidades, pois:

As regras propriamente jurídicas constituem no processo uma espécie de quadro dentro do qual pode-se espaçar o poder dispositivo das partes: só na observância dessas regras marginais está vinculada a atividade das partes; mas no espaço em branco sua atividade é essencialmente livre. (CALAMANDREI, 1999. p. 228)

É nesse “espaço em branco”, tratado por Calamandrei, o lugar onde podem ocorrer (e ocorrem) os indesejados atos de deslealdade do executado, culminando no fracasso do Judiciário em realizar norma constitucional que promete entrega de uma justiça completa, integral, com efetivação de suas decisões. Isso deve ser duramente combatido.

Faz parte da essência humana esse poder de optar. O homem age e a causa de sua ação é sua vontade livre. Nisso o homem é diferente dos animais, regidos por instintos. A vontade livre é, assim, condição da responsabilidade. Só o homem é responsável, moral e juridicamente. (FERRAZ JR., 2018. p. 155-156)

O exequente poderá também optar por cometer atos desleais, como qualquer sujeito do processo. Porém, repete-se que, para fins deste estudo, importa a figura do executado, notadamente daquele que, deliberadamente, por vontade livre, adota a conduta omissiva de não promover processo judicial ou administrativo de usucapião para ver regularizada a propriedade de seu imóvel, no ímpeto de fazer com que o credor deixe de receber seu crédito, pois a regularização deixaria o imóvel *visível*, do ponto de vista registrário, viabilizando mais facilmente a sua expropriação.

Apesar disso, cumprir o dever de lealdade é de grande vantagem para o executado, mormente pelo sistema de combate aos atos reprováveis na execução, previstos no artigo 774 do Código de Processo Civil, no qual a posição de desvantagem do devedor é abissal, pois o credor ostenta em seu favor um título pelo qual se presume estar ele com a razão, como já apontado na

exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, pelo seu principal idealizador, o professor Alfredo Buzaid:

É que o processo de conhecimento se desenvolve num sistema de igualdade entre as partes, segundo o qual ambas procuram alcançar uma sentença de mérito. Na execução, ao contrário, há desigualdade entre exeqüente e executado. O exeqüente tem posição de preeminência; o executado, estado de sujeição. Graças a essa situação de primado que a lei atribui ao exeqüente, realizam-se atos de execução forçada contra o devedor, que não pode impedi-los, nem subtrair-se a seus efeitos. (BRASIL, 1974. p. 21-22)

O comportamento desleal, em regra, poderá ser analisado apenas a partir do caso concreto; entretanto, o Código de Processo Civil tipifica várias das possíveis condutas reprováveis do executado como sendo ato atentatório à dignidade da justiça:

O art. 774 inspirou-se em instituto da *Common Law* e designa o comportamento tipificado como ato atentatório à dignidade da justiça (*Contempt os Court*). É a qualificação, ademais, dos atos do art. 77, IV (descumprimento e embaraço dos atos decisórios) e VI (atentado), segundo o artigo 77, §2º. (ASSIS, 2018. p. 498)

A aspiração do instituto é afastar atos de desrespeito ao Judiciário por meio de punições severas ao executado (REZENDE, 2017. p. 344), pois o “órgão jurisdicional que se vê desprestigiado quando não entrega de maneira completa e satisfatória a prestação jurisdicional, o bem da vida”. (REZENDE, 2017. p. 345) Busca-se preservar a ética e a probidade na execução, impondo o legislador ao executado os deveres de lealdade e cooperação, preservando com isso a dignidade da jurisdição. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 419)

O escopo desta norma é dar maior eficácia à atividade executiva, servindo como um orientador aos litigantes, tendo em vista que o desfecho único deste tipo de processo, em que se presume a razão do exeqüente, tendo em vista do título executivo que ostenta. Há razão assim para maior rigor contra as condutas tendentes a frustrar o

resultado objetivado pelo credor. É corolário da lealdade processual. (CHIOVITTI, 2009. p. 145-146)

Enquanto os deveres gerais das partes no processo de conhecimento estão arrolados no artigo 77 do Código de Processo Civil, os deveres das partes no processo executivo estão no artigo 774 do Código, melhor dizendo: o legislador reservou o dispositivo apenas para tratar da deslealdade do executado. Ao exequente, entretanto, não é lícito o agir desleal, cabendo-lhe seguir estritamente os citados deveres gerais de lealdade distribuídos ao longo do Código, em especial, no citado artigo 77. (ASSIS, 2018. p. 498)

Como ocorre no processo de conhecimento e cautelar, também na execução é exigido das partes o respeito ao dever de lealdade e boa-fé processual, sendo aplicáveis as sanções previstas nos arts. 77, 80, 81 do Novo CPC. De maior interesse, porque se trata de normas específicas à execução, o art. 774 do Novo CPC, com a previsão dos chamados atos atentatórios à dignidade da justiça. (NEVES, 2016. p. 1205)

Há, contudo, diversos outros artigos no Código de Processo Civil atual tratando da deslealdade dos sujeitos, caracterizando-o como ato atentatório à dignidade da justiça, todavia, para os limites propostos na dissertação, se mostra adequada a análise das condutas do executado, muito embora sua aplicação não se limite à execução, “mas a todas as fases processuais e espécie de processo, sendo indispensável a adoção de técnica interpretativa sistemática a integrar e dar unidade ao processo”. (REZENDE, 2017. p. 353) Todo ato de deslealdade deve ser combatido, seja ele praticado pelo exequente ou pelo executado, mas apenas para este há um regime próprio.

São previstos nos incisos do artigo 774 do Código de Processo Civil como desleais – ilícitos -, “ou porque protelam a execução ou tentam frustrar a satisfação do crédito” (THEODORO JÚNIOR, 2019. p. 80), os atos caracterizadores de atentado à dignidade da justiça, como a conduta do executado, seja ela comissiva ou omissiva, que: a) fraudada a execução; b) se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; c) dificulta ou embaraça a realização da penhora; d) resiste injustificadamente às ordens judiciais; e, e) intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens

sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Além disso, também é considerada conduta atentatória à dignidade da justiça: f) a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado (art. 903, §6º, CPC); g) qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 847, §2º, CPC); e h) o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios (art. 918, parágrafo único, CPC).

O referido rol acaba se mostrando meramente exemplificativo diante de sua gama de possibilidades, pois “nenhum ato de má índole escapa”. (ASSIS, 2018. p. 500) No mesmo sentido:

A apresentação dos atos atentatórios em *numerus clausus*, a qual se aplica a noção de tipicidade, não é suficiente a afastar critérios subjetivos, permitindo ao magistrado ampla margem de manobra quando da interpretação das situações fáticas ocorridas no processo em que preside. (REZENDE, 2017. p. 347)

Feito um panorama geral dos atos desleais próprios do executado, cabe analisar se a omissão deliberada do proprietário em não regularizar o bem, quando o sujeito o faz para proteger ilicitamente o patrimônio da execução, é conduta que implica em violação do dever de lealdade, decorrente do sistema de processo cooperativo.

De início, destaca-se que não só as condutas comissivas podem ser ato desleal, pois o código prevê, em seu artigo 774, que a conduta omissiva eventualmente caracterizará ato atentatório à dignidade da justiça, até porque é uma espécie de ato ilícito.

Investigar-se-ão primeiramente os tipos inquestionavelmente inaplicáveis, para depois os que, ao menos hipoteticamente, caracterizariam a deslealdade do executado.

Para melhor didática, se faz necessário a transcrição dos textos dos artigos do Código de Processo Civil que estão em pauta:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

- I - frauda a execução;
- II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;
- III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;
- IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;
- V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Quanto ao artigo 774, já foi descartada, no item 3.3., a hipótese de que o comportamento deliberado do executado, ora em estudo, configure fraude à execução. Também não há, ao menos como regra geral, no ato omissivo em questão, resistência às ordens judiciais, pois nada lhe foi determinado. Afastadas, por completo, estão as situações dos incisos I e IV.

Art. 847. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

§ 2º Requerida a substituição do bem penhorado, o executado deve indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e a certidão negativa ou positiva de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora.

O artigo 847 e seu parágrafo 2º apontam para situação em que já houve penhora de bens e o executado requer sua substituição. Não é, portanto, aplicável ao caso, haja vista que na situação proposta o bem ainda não fora penhorado.

Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

§ 6º Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e

devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem.

Do mesmo modo, não é a hipótese do artigo 903, §6º, notadamente porque ali o ato previsto é exclusivo nos procedimentos inerentes à arrematação; logo, pressupõe penhora e leilão.

Art. 918. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:  
Parágrafo único. Considera-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios.

Também não se vislumbra a situação do artigo 918, que trata de embargos protelatórios. Não que o executado possa opor embargos abusivos, mas é que, neste caso, se analisa apenas sua omissão em regularizar a propriedade surgida pela usucapião.

Resta perquirir os limites dos incisos II, III e V, do artigo 774 do Código de Processo Civil.

O inciso II fala em oposição maliciosa à execução, com emprego de ardis e meios artificiosos. “Ardil” é uma artimanha utilizada pelo executado para macular o trâmite do processo, enquanto que por meios artificiosos entende-se tratar de truques do executado para se esquivar dos atos executivos (CHIOVITTI, 2009. p. 148), atuando abusivamente para retardar o feito.

Opor-se à execução é direito do executado. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 421) O direito de defesa é amplamente permitido, podendo o executado se opor à execução, mas de forma leal, sem malícias, sem que abuse do seu direito de defesa. (THEODORO JÚNIOR, 2016. p. 80) “Resistência do executado é a forma que encontra para evitar abusos realizados na execução. Respeita-se a ampla defesa; pune-se o abuso”. (NEVES, 2016. p. 1206) Explica Araken de Assis:

A oposição temerária do executado, admoestado no inc. II do art. 774, não se confunde com qualquer modalidade de reação contra a execução injusta ou ilegal, mediante a impugnação do art. 525, §1º ou a alegação incidental do *errores in procedendo*. (ASSIS, 2018. p. 500)

Desse modo, o comportamento omissivo do devedor não caracteriza oposição, tampouco temerária. Ele não se opõe formalmente à execução pelo fato de não regularizar a propriedade do imóvel usucapido, pois a oposição a que a lei se refere está relacionada ao abuso de direito, aos atos praticados pelo executado que extrapolam os limites do exercício do direito de defesa, que é legítimo ao executado, mas sem truques, artimanhas ou safadezas.

É também atentatória à dignidade da justiça, pela previsão do inciso III, do artigo 774, qualquer conduta do executado que dificulta ou embaraça a realização da penhora.

A passividade e/ou omissão do executado pode ser vista como um ato visando impor dificuldade ou, de qualquer modo, embaraçando realização de penhora. Sem que haja regularização registrária do imóvel adquirido por usucapião a penhora será dificultada. A omissão do executado, com o propósito de livrar o imóvel da execução, é conduta preponderante, que dificulta a realização da penhora, sendo, portanto, ato atentatório à dignidade da justiça. É que, para configuração desta conduta desleal, devem os atos se materializar de maneira inequívoca e deliberada para inviabilizar ou dificultar a penhora. (ASSIS, 2018. p. 500)

Neste caso, se o executado deixa de regularizar a propriedade do seu imóvel adquirido pela usucapião, com o propósito de impedir a penhora do bem e futura expropriação, sua omissão é violadora da boa-fé, caracterizando ato atentatório à dignidade da justiça. E mais, neste caso pouco importa se havia ou não intenção de impedir os referidos atos executórios, bastando a conduta omissiva por si só para que reste configurado um atentado ao órgão jurisdicional. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 425)

Por fim, constitui dever do executado, previsto no inciso V, do artigo 774, depois de ser intimado para tanto, indicar ao juiz quais são e onde estão localizados os seus bens sujeitos à penhora, apontando os seus respectivos valores, bem como exibindo prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

O devedor tem a obrigação de indicar seus bens. Sem dúvidas, “há o dever de o executado indicar bens à penhora” (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 424) e não mero ônus processual. (NEVES, 2016. p. 1207) Apesar disso, esse dever é suficiente para impor ao executado a obrigação de



promover ação ou processo administrativo visando a regularização da propriedade, até porque ele não pode ser constrangido para tanto, diante da liberdade que tem para demandar (vide tópico 3.1.).

Pelo princípio da transparência patrimonial, o devedor tem de indicar seus bens, assim como trazer as informações acerca de todo o seu patrimônio. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 860) Ele, o executado, cumpre o dever de cooperação ao indicar ser proprietário de determinado bem, dando sua exata localização e relatando ter adquirido a propriedade pela usucapião – pois preenchidos os requisitos –, mas pendente de regularização perante o registro de imóveis. Isso é agir de acordo com a boa-fé, apresentar seu patrimônio de modo que a penhora seja viabilizada, e que tenha o exequente a plena ciência da situação patrimonial do executado. (NEVES, 2016. p. 1207)

Cabe-lhe ainda apresentar eventuais títulos que abreviem o prazo, ou que justifiquem a consumação da usucapião, atribuindo valor ao imóvel, pois “para desincumbir-se do dever de inventário, a contento, o executado guiar-se-á pelas exigências do art. 847, §1º” (ASSIS, 2018. p. 501), o qual exige descrição detalhada do bem e suas condições e especificidades, carreando ainda a documentação inerente ao imóvel, se existente.

Ademais, para que se configure o atentado à dignidade da justiça não há necessidade de nenhum resultado danoso, pois esta ofensa é presumida, sendo dispensável ainda, em alguns casos, a demonstração de dolo ou de culpa do executado. Basta a prática do ato desleal, salvo no que diz respeito ao inciso II do artigo 774, pois ali se fala em “ardil”, “maliciosamente” e “artifício”, evidenciando ser caso de responsabilidade subjetiva. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017. p. 425)

Desse modo, a omissão em deliberadamente regularizar o patrimônio será considerada ato atentatório à dignidade da justiça; portanto, apenas na interpretação de que este fato, por si, obstou ou dificultou a penhora do bem, de modo que somente a análise do caso concreto permitirá cotejar se o ato omissivo do executado será atentatório à dignidade da justiça.

Como se trata de ato ilícito, essas condutas típicas têm sanções próprias, prevista no parágrafo único do citado artigo 774 e na parte final do artigo 903, §3º, ambos do Código de Processos Civil, e será multa fixada pelo juiz, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito

em execução, quantia esta que será revertida em proveito do exequente, sem prejuízo de outras sanções, estas de natureza processual ou material.

Há um maior rigor em punir os atos atentatórios à dignidade da justiça perpetrados pelo executado, isso porque o título executivo representa presunção de que o exequente tem razão em seu pleito e que as determinações ali constantes devem ser fielmente cumpridas, especialmente quando determinadas pelo Poder Judiciário.

Para que seja aplicada a punição respectiva, além de possibilitar retratação e explicação por parte do executado, deverá o magistrado advertir o executado para que altere sua postura (THEODORO JÚNIOR, 2019. p. 80), alertando-o de que sua conduta é desleal, e caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça, conforme delineado no artigo 772, II, do Código de Processo Civil, sendo tal medida imprescindível à sanção, pois poderá “induzir o devedor a se retratar, quiçá economizando tempo e esforços do órgão judiciário” (ASSIS, 2018. p. 498-499).

Além do mais, a advertência ao executado infrator reverencia “o princípio cooperação em seu viés preventivo e mantendo a sistemática processual que exige a explicitação da intenção do litigante em causar dolosamente prejuízo processual” (REZENDE, 2017. p. 359), viabilizando ainda o exercício do contraditório, de modo a democratizar as decisões judiciais, com possibilidade de participação dos sujeitos envolvidos, uma das principais características do modelo de processo cooperativo. De todo modo, só é punível a insistência ou reiteração da conduta desleal:

Em realidade, há um procedimento gradativo para punir o ato atentatório à dignidade da justiça praticado pelo executado. Preliminarmente, conforme deflui do art. 772, II, o juiz advertirá o devedor de que seu ato é reprovável. Qualquer punição, portanto, decorrerá da reiteração ou da insistência no ato. (ASSIS, 2018. p. 498-499)

Este será o principal efeito da deslealdade do executado: a aplicação de mencionada multa até 20% do valor da execução, mas ela não é a única das consequências que decorrem desse ato. Há três possíveis sanções aplicáveis ao executado:

Em primeiro lugar, a multa de vinte por cento sobre o valor atualizado da dívida, que reverterá em proveito do exequente; em seguida, outras sanções de direito processual e material, ou seja, no plano processual a condenação do executado no dever de indenizar o dolo processual (art. 81, *caput* e §3º), na hipótese de incidência de algum fato típico do art. 80 (*v.g* a interposição de recursos manifestamente protelatório), exequível no próprio processo de execução (art. 777), e, no plano material, tanto o dever de indenizar pelo abuso do ato de demandar, quanto a tutela penal (*v.g* crime de fraude). O dever de indenizar o abuso de demandar é bilateral, e, portanto, abrange postulações do executado, engloba o dano patrimonial e extrapatrimonial. (ASSIS, 2018. p. 503)

As referidas sanções são perfeitamente cumuláveis, pois decorrem de causas distintas. A natureza jurídica das sanções devidas pelos atos que atentem à dignidade da justiça será punitiva e administrativa, ao passo que as demais são de caráter indenizatório e processual; logo, aplicáveis em conjunto, pois têm motivos diversos. (REZENDE, 2017. p. 346) Desse modo, nada impede que a multa seja aplicada em concomitância com medidas coercitivas e subrogatórias, por exemplo, podendo ainda o ato configurar ilícito penal e implicar responsabilidade civil do executado. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 860)

Por mais que seja punido o executado desleal, a sanção “não substituiu a principal finalidade do processo, que consiste na satisfação do título judicial”. (REZENDE, 2017. p. 347) Não basta ao exequente aumentar seu crédito se ele não for liquidado com expropriação do patrimônio do executado - no caso, com a utilização do bem imóvel adquirido por usucapião para satisfação da obrigação. Ao Judiciário, disponíveis estão meios executivos típicos e atípicos para fazer valer o direito fundamental ao crédito, dos quais deverá o juiz fazer uso.

## 4 Usucapião compulsória x garantismo processual

### 4.1 Efetividade enquanto Direito Fundamental e acesso à justiça na perspectiva de acesso ao Poder Judiciário e à jurisdição

A efetividade das decisões judiciais deve se voltar ao centro das atenções do processo executivo, pois se trata de uma das finalidades do processo judicial – fazer valer o direito, como previsto no artigo 8º do Código de Processo Civil. (MEDINA, 2016. p. 112) De nada adianta existirem decisões judiciais que não sejam cumpridas voluntariamente (que é o mais desejado e esperado), ou por imposição do Estado-Juiz, quando possível for pela existência de patrimônio.

A conduta do devedor em se omitir deliberadamente na regularização de bem imóvel já usucapido, para afastá-lo da responsabilidade patrimonial, pode caracterizar ato ilícito, violador da lealdade e da cooperação, implicando em multa e outras sanções de natureza processual ou material, tudo como visto no Capítulo 3. Contudo, para o exequente, isso não é suficiente. Deseja o exequente, sobretudo, a satisfação do seu crédito e não o aumento do montante por multas, ou a simples penalização do executado. A multa estimula o pagamento, mas, se não há liquidação, nem do principal, nem da própria multa, em nada concretamente muda a situação do credor.

Havendo patrimônio do devedor, como na hipótese estudada, em que se pressupõe a existência de bem imóvel adquirido por usucapião (mas em situação de irregularidade registraria), ele deverá se sujeitar à satisfação do direito do credor, seguindo as regras destinadas aos ativos de quem está em situação de inadimplência.

O fato é que há patrimônio e, portanto, o ordenamento jurídico deve proporcionar ao exequente meios pelos quais o crédito seja satisfeito, pois todo direito reconhecido é merecedor de tutela executiva, haja vista o direito fundamental à tutela executiva, extraído do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. (GUERRA, 2003. p. 102) Utilizando os meios que lhes são disponíveis, de forma adequada, o magistrado faz valer, em certa perspectiva, o direito fundamental de acesso à justiça integral, garantia que tem o credor de que o

Estado empregará os mecanismos postos na persecução da satisfação do seu crédito.

Direito fundamental não é de fácil conceituação e consenso doutrinário, mas, numa simplória tentativa de fazê-lo, representa uma gama de direitos relacionados à igualdade e à liberdade, assegurados e reconhecidos, direta ou indiretamente, num determinado sistema jurídico constitucional, com a finalidade precípua de proteger e promover a dignidade da pessoa humana. (NOVELINO, 2010. p. 351-352)

A dificuldade de conceituação advém da ampliação e transformação dos direitos fundamentais na história, atrelado ao fato de ampla conceituação para denominá-los, podendo ser vistos como *direitos naturais*, *direitos humanos*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas* e *direitos fundamentais do homem*. (SILVA, 2005. p. 175-178) Tudo isso para falar, sob enfoques diferentes, sobre os mesmos direitos, que são aqueles que estão garantidos na Constituição, pois, em linhas gerais, direitos fundamentais (termo que será aqui utilizado) são aqueles direitos que nascem, se desenvolvem e morrem com a Constituição. Se não são os mesmos direitos, os referidos termos falam das mesmas espécies de valores. (ARAÚJO, 2015. p. 256)

A opção constitucional brasileira foi pela adoção da expressão “direitos fundamentais”, expressão mais condizente para denominar aqueles direitos consagrados no plano constitucional (afinal, os direitos fundamentais nascem e morrem nas constituições). Pode-se ver, também no texto constitucional brasileiro de 1988, a utilização da expressão “direitos humanos”, mas sempre relacionada a aspectos de proteção em um âmbito internacional de direitos. (ARAÚJO, 2015. p. 256)

Por se tratar de uma criação, os direitos fundamentais estão positivados nas mais diversas Constituições, variando de acordo com a época e o lugar, pois “os direitos fundamentais não são fruto da concessão espontânea do detentor do poder. São as mudanças sociais que fazem surgir outras demandas e necessidades que reclamam novos direitos”. (SANTOS, 2015. p. 53) Significa dizer que o direito positivo indica as situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não realiza suas necessidades fundamentais e, muitas vezes,

sequer sobrevive, assim como garante que os direitos serão materialmente efetivados. (NOVELINO, 2010. p. 351-352)

Para cada Estado e em cada tempo, direitos distintos poderão ser reconhecidos ou não como sendo direitos fundamentais, a nível de direito positivo, garantindo uma convivência digna, livre e igual entre todas as pessoas, pois os direitos fundamentais visam sempre à promoção e à proteção da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, direitos fundamentais, enquanto constitucional, são inseridos como gênero, do qual decorrem os mais variados direitos, como os individuais, políticos, sociais e de nacionalidade, estando delineados “no chamado rol de direitos do título II” da Constituição Federal de 1988, mas também são fundamentais os direitos “decorrentes de princípios ou mesmo de tratados internacionais”, desde que assim previstos. (ARAÚJO, 2015. p. 256-257)

Dentre os direitos e garantias fundamentais está o princípio da efetividade, extraído do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, como corolário do acesso à justiça. Segundo este princípio, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a qualquer direito. É o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma das facetas positivas do acesso à justiça - na sua significação, acesso ao Poder Judiciário e à jurisdição.

O exercício da jurisdição é função de soberania do Estado (CHIOVENDA, 1998. p. 8), e, no Brasil, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, todo e qualquer possível direito poderá ser levado ao manto do Judiciário, cabendo ao Estado promover meios pelos quais o cidadão possa acessar, na literalidade do termo, o Poder Judiciário, eliminando ainda as barreiras que impeçam esse acesso, viabilizando, por fim, formas para que ele extraia do Judiciário todas as possibilidades para a realização da justiça, que somente assim será efetiva. “O Estado não deve constranger indevidamente o acesso à justiça, e lhe cabe criar canais adequados para que a tutela jurisdicional buscada disponha de efetividade”. (DOUTOR, 2019. p. 36)

O art. 5º, XXXV, da CF não assegura apenas o direito de acesso à justiça. De nada adiantaria possibilitar o ingresso à justiça se o processo judicial não garantisse *meios e resultados*. Por isto, especialmente após o acréscimo, pela

Emenda Constitucional 45/2004, do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF, a exemplo da interpretação do art. 6º, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Cidadão, o inciso XXXV da CF deve ser interpretado como um direito fundamental a tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva. (CAMBI, 2009. p. 219)

O acesso à justiça é igualmente garantido no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica<sup>5</sup> - (tratado relativo a direitos humanos), ocupando, portanto, lugar diferenciado dentre as normas brasileiras - mesmo estando hierarquicamente abaixo da Constituição, está acima da legislação infraconstitucional.

Desse modo, o direito fundamental de acesso à justiça é uma garantia constitucionalizada e, dada sua natureza, é insuscetível de superação no sistema jurídico brasileiro, pois é um dos valores que sustentam o Estado Democrático de Direito. (MEDINA, 2016. p. 81) Referida garantia é prevista na Constituição do Brasil como cláusula pétrea e expressamente como um direito individual e coletivo fundamental, pois compõe a gama dos mais importantes temas guarnecidos pela Carta Magna, que tem os direitos fundamentais como eixo, segundo Marcelo Labanca Corrêia de Araújo (2015, p. 255).

Além de garantia, enquanto direito fundamental, o acesso à justiça é princípio que determina ao Estado a criação e utilização de mecanismos para superar as barreiras apresentadas no sistema jurídico, capazes de gerar inefetividade:

O acesso à justiça, da forma prevista na Constituição Brasileira, trata-se de uma norma jurídica de natureza principiológica, a qual impõe ao legislador e aos intérpretes do Direito que seja garantido aos cidadãos, da melhor maneira fática e jurídica, acesso ao Poder Judiciário, seja pela redução de barreiras econômico-financeiras, seja por uma ampliação democrática dos atores processuais. (BORELLI; SOARES, 2012. p. 8-9)

---

<sup>5</sup> Art. 8, CADH. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Sistematicamente, portanto, a interpretação do dispositivo constitucional que tem o texto “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” deve ser no sentido de que é direito do jurisdicionado não apenas pedir, se defender e ter analisado o seu pedido, o que seria mero acesso formal à justiça (na definição acesso ao Poder Judiciário), pois a promessa da Constituição é de uma justiça completa, efetiva, que entregue o bem da vida tutelado, ou seja, que faça valer as suas próprias decisões. Para isso, são utilizados todos os meios que estejam disponíveis ao poder estatal, culminando em acesso material à justiça, este representando o acesso à jurisdição integral.

Os enunciados normativos dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF/88 reúnem a base de sustentação do direito fundamental de acesso à justiça. O resultado do processo interpretativo de tais enunciados – ou seja, a norma jurídica deles deduzida – só será fiel à dogmática contemporânea dos direitos fundamentais se proporcionar, pela potencialização semântica dos seus termos, uma eficácia ótima do direito de acesso à justiça. É esse o espírito que deve orientar o intérprete na captura do sentido dos direitos fundamentais. (DOUTOR, 2019, p. 36)

Acompanhando a evolução do direito, sobretudo do Direito Constitucional, ao longo do tempo, a metodologia do direito processual sofreu grandes mudanças, até o alcance da fase em que se encontra, do mais pleno atendimento às normas constitucionais. Passou-se, de mero componente do direito material, à instrumento de efetivação dos direitos, uma das finalidades a que se propõe.

Nesse sentido, a Sociedade, que é o motivo existencial do Direito, e sua constante mutação exigem que o direito processual civil, e o “sistema orientado” ao qual pertence, evolua suas técnicas, adequando-as à realidade social, mantendo, porém, o mesmo objetivo de sempre: garantir e entregar, pelo meio jurisdicional, o bem/direito àquele que o pertence. (MIOTTO, 2012. p.3)

Destaca-se que, “até a primeira metade do Século XIX, é corrente a afirmação na doutrina de que não havia direito processual como ciência



autônoma”. (CARVALHO, 2020. p. 13) Nesta primeira fase, chamada sincretismo ou praxismo (DIDIER JR, 2015. p. 44), a figura do aplicador do direito (do julgador) era enaltecida, e o processo não se distinguia do direito material que se pretendia aplicar, embora se tratar de uma mesma realidade. Segundo Donizetti (2017, p. 65), o sistema processual era visto como simples fração do direito privado, como mero compartimento do direito civil, não passando de uma projeção deste, desprovido de qualquer autonomia, sendo, inclusive, concebido apenas como simples procedimento físico de sucessão de atos, perceptível aos sentidos.

Num segundo momento, inúmeras teorias foram desenvolvidas em vários países, todas destinadas à análise do processo sob às luzes da ciência. Demarcadas estavam, portanto, as fronteiras entre o direito material e o direito processual, o que culminou no desenvolvimento científico das categorias processuais (DIDIER JR, 2015. p. 44), ou seja, na formulação delineada de princípios, métodos, conceitos, estruturas e institutos do processo. Era a fase autonomista do processualismo.

Embora já fixadas as balizas dogmáticas delimitadoras entre o direito material e o direito processual, a autonomia científica por este adquirida tomou contornos tais que acabaram por limitar e encapsular seus conceitos internamente, distanciando o processo civil da realidade e do contexto social, chegando a um ponto de se imaginar como um fim em si mesmo, o que lhe rendeu justas críticas e a necessidade de uma autoavaliação.

Nesse contexto dogmático, os processualistas notaram necessidade de direcionar o processo para resultados substancialmente justos, superando o exagero do tecnicismo até então dominante. A partir dessa evolução de paradigma, portanto, deu-se início ao período metodológico denominado instrumental ou instrumentalismo.

Com a natural evolução do pensamento jurídico, a partir da década de 1970, há uma mudança de enfoque acerca do processo em quase todo o mundo ocidental, inclusive no Brasil, ficando superado o momento em que o processo era visto unicamente como método para realização do direito material, passando ele a ser estudado como o caminho para obtenção de resultados. Este movimento foi liderado pelo italiano Mauro Cappelletti, autor que incluiu o acesso

à justiça como um dos principais objetos da ciência do direito. (GOMES NETO, 2005. p. 19-20)

Ultrapassadas as primeiras fases metodológicas do processo, especialmente com o reconhecimento de sua autonomia em relação ao direito material, momento este marcado pelas grandes teorias processuais e pela descoberta da natureza jurídica de vários de seus institutos, o Direito Processual foi afirmado enquanto ciência. A partir de então, o processo passa a ser visto sob a perspectiva do acesso à justiça. (GOMES NETO, 2005. p. 50)

Explica José Mário Wanderley Gomes Neto que, tendo em vista o reconhecimento da autonomia do processo e consolidação da técnica processual, “as mentes dos estudiosos começam desmascarar as falhas do sistema processual em cumprir sua missão, qual seja, promover a resolução concreta dos conflitos de interesses e satisfazer as demandas sociais por justiça.” (GOMES NETO, 2005. p. 51). Em síntese: buscou-se identificar os problemas e obstáculos no sistema para que estes fossem superados, cumprindo as finalidades máximas do processo: de promover acesso à justiça.

Essa é a fase instrumentalista, que representou grandes avanços para o direito processual, especialmente de cunho social, mudando o foco da ciência do processo a partir do acesso à justiça, pois “arraigadas posturas formalistas dão lugar a estudos centrados na materialização dos direitos fundamentais por via de um adequado funcionamento do aparelho processual” (GOMES NETO, 2005. p. 54), buscando sempre as condições para efetividade e justiça das decisões.

Há diversas formas de compreender acesso à justiça; dentre elas, se vislumbra o acesso à justiça traduzido como acesso à um ordenamento jurídico justo; como requisito fundamental de um sistema jurídico que busque garantir os direitos de todos; que supra as expectativas da sociedade, como defendido por Cappelletti e Bryant em sua obra clássica “Acesso à justiça”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988. p. 12) O acesso à justiça passa a ser visto na perspectiva do jurisdicionado, de modo a elidir os empecilhos que o cercam para chegar à ordem jurídica e ao próprio Poder Judiciário, barreiras como falta de igualdade de armas, despesas processuais e de custos com advogados, além da demora na solução dos litígios, por exemplo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988. p. 28)

Para Kazuo Watanabe, acesso à justiça é direito de acesso à ordem jurídica justa, o que pressupõe direito à informação e conhecimento do direito material; direito de acesso à justiça organizada e formada por juízes que estejam inseridos na realidade social e com o compromisso de realizar a ordem jurídica justa; direito aos instrumentos processuais que efetivem a tutela de direitos; assim como o direito à remoção dos obstáculos no acesso efetivo à justiça, abarcando com isso várias dimensões. (WATANABE, 2019. p. 10)

No momento atual, o acesso à justiça, na concepção da Constituição brasileira, é influenciado pelo pensamento utilitarista do processo (ou fase neoprocessualista). Acesso à justiça, já na visão de acesso ao Poder Judiciário e à jurisdição, deve ter ampla interpretação e não visto como algo meramente formal, pois direitos fundamentais não podem ser utopias positivadas. Eles devem ser fielmente cumpridos, e, sem a garantia de um efetivo acesso à uma jurisdição efetiva, estão passíveis de violação.

Ao largo da discussão doutrinária acerca de estar-se (ou não) inserido numa quarta fase metodológica, fato é que o fenômeno da constitucionalização dos direitos e das garantias processuais, além de suprimir do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual vigente, restou por enaltecer o caráter publicístico do processo, que deixou de afigurar-se como um instrumento de mera utilização individual, sendo alçado a um mecanismo disponível pelo Estado para a realização e efetivação da justiça.

A utilidade das decisões está intimamente ligada ao acesso à justiça, na medida em que envolve efetividade do provimento jurisdicional. Não basta que a parte tenha pleno acesso ao Poder Judiciário, que lhe seja garantida paridade de armas e igualdade material, alcançando ao final do processo uma sentença justa. Isso não é suficiente, pois a decisão deve ser também útil, proporcionando sua realização ao vencedor da demanda, sob pena de deixar insatisfeitas as partes, culminando em resíduos indesejáveis de injustiça.

São ao menos três as dimensões de acesso à justiça: a primeira diz respeito ao acesso ao Judiciário, sendo a situação pela qual aquele que se sente lesado ou ameaçado terá acesso (ou não) ao Poder Judiciário; também significa acesso à jurisdição, quando se relaciona com a efetividade; ou ainda representa acesso a um sistema jurídico justo, contemplando situações que ultrapassam os

muros do Poder Judiciário. Sobre as diversas possibilidades de significação do acesso à justiça, leciona Mauro Vasni Paroski:

O acesso à justiça há algum tempo tem figurado nos catálogos de direitos fundamentais, assim reconhecidos pelas constituições e por declarações de direitos nacionais e internacionais, em sentido bastante amplo, e não como mero direito de acesso ao Poder Judiciário. Pode ser visto de mais de um ângulo e seu significado certamente sofrerá variação conforme o ordenamento jurídico constitucional em concreto em que o tema for situado. (PAROSKI, 2006. p. 227-228)

As duas primeiras perspectivas, das três abordadas, é que são objeto deste trabalho, o acesso à justiça como sendo acesso ao Poder Judiciário e o acesso à justiça como sendo acesso à jurisdição.

Dito isto, se acesso à justiça é inafastabilidade da jurisdição, do Poder Judiciário, e nessa visão tendo por objeto de análise as barreiras que impedem o *efetivo acesso* ao Estado-Juiz, por outro lado, também, é acesso à justiça a efetividade, em que o centro de atenção deve ser os obstáculos presentes para o *acesso efetivo*. O foco passa a ser a prestação em si da jurisdição, traduzida na “porta de saída” dos serviços do Judiciário, com o fiel cumprimento do que foi julgado, cabendo ao Estado criar e utilizar mecanismos que superem os empecilhos da execução civil.

Exatamente neste ponto se encontra a circunstância do credor que pode conseguir provar a existência de propriedade imóvel do devedor, bem adquirido por usucapião, mas estando em situação de irregularidade registrária por omissão do proprietário em propor ação para reconhecimento desta usucapião. A grosso modo, possivelmente, o exequente esbarrará em questões procedimentais para satisfazer seu crédito naquele bem. Estes empecilhos devem ser superados em favor do direito fundamental de acesso à justiça completa, integral, portanto, efetiva.

Desse modo, firmado está que um dos significados de acesso à justiça é a efetividade, que nos dizeres de Luís Roberto Barroso significa “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais”. (BARROSO, 2000. p. 85) Efetiva é a decisão que entrega materialmente o que o Judiciário decidiu

formalmente, “diz respeito ao resultado do processo”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 157)

É justamente a concretização da decisão judicial o que mais importa ao jurisdicionado. Não basta um efetivo acesso ao Poder Judiciário, com rompimento dos obstáculos na “porta de entrada”, pois este efetivo acesso, para cumprir o papel integral conferido ao Judiciário, deverá ser à uma justiça efetiva, completa, capaz de entregar o bem da vida.

Tamanha importância tem o acesso à justiça, nos aspectos abordados, que, sem ele, os demais direitos e garantias fundamentais podem ser ameaçados, revelando ofensa à dignidade da pessoa humana. Se o Estado não garante efetividade à justiça, direitos fundamentais podem tornar-se letra morta. Isso porque, em caso de violação, carecerá o poder público de força suficiente para realização das referidas promessas. Enfim, de nada adianta ter um direito reconhecido se não é possível concretizá-lo. Neste sentido:

Acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados, pela imposição de sua observância pelos órgãos estatais encarregados da jurisdição. (PAROSKI, 2006. p. 228)

Ao jurisdicionado deve ser garantido acesso à justiça completa, pois, na grande maioria dos casos, o cidadão não quer apenas uma decisão. Ele deseja ver a realização do que determinou a sentença. (MINAMI, 2019. p. 48) Quer receber o bem da vida. Como bem aponta Marcelo Guerra (2003, p. 103), de toda sorte, há um direito fundamental ao crédito pelo credor, traduzido num “direito fundamental à tutela efetiva”, este decorrente do princípio constitucional de acesso à justiça.

Partir da premissa de que existe um direito fundamental à tutela executiva, ora ratificado pelo CPC, é indispensável para a solução de diversos problemas oriundos do procedimento executivo, principalmente aqueles relacionados à aplicação das regras de proteção do executado. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 66)

A bem da verdade, a efetividade, voluntária ou forçada, é a revelação mais acabada do acesso à justiça, na perspectiva ora abordada. Sem efetividade não há pleno acesso à justiça do ponto de vista material. O direito subjetivo à jurisdição traduz garantia a uma justiça completa. É a promessa da Constituição Federal, pois estará protegido o direito à jurisdição na medida em que garantida for a efetividade da decisão judicial. (SILVA, 2005. p. 189) Sem essa segurança - garantia -, a decisão judicial pode significar apenas um texto normativo que de nada servirá àquele cidadão que buscou o Poder Judiciário.

Os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal no rol expresso dos direitos fundamentais. É que, além do princípio da inafastabilidade, Fredie Didier Jr. explica que o princípio da efetividade decorre do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição da República, igualmente na condição de cláusula pétrea. Pois processo devido é o processo que garante “ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir dele uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva” (DIDIER JR, 2015. p. 281), ou seja, uma justiça completa, incluindo aí a concretização de suas decisões, pois “os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados”. (DIDIER JR, 2015. p. 113)

O resultado de todo processo judicial, em célebre assertiva de Chiovenda (1998, p. 67), deve ser “dar quanto for possível praticamente a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”, e não somente de certificar o que lhe cabe. Quem tem direito e vê isso certificado em decisão estabilizada quer ver a materialização do julgado com o bem da vida entregue por completo.

Concretizando o dispositivo constitucional em análise, na condição de norma fundamental do processo civil brasileiro, o legislador ordinário previu, no artigo 4º do Código de Processo Civil, o direito à efetividade, “à *atividade satisfativa*, que é o *direito à execução*” (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 65), disposto ao lado do princípio da duração razoável do processo e do inovador princípio da primazia da decisão de mérito. Na parte final do mencionado artigo, foi codificado, pela primeira vez, o princípio da efetividade, notadamente quando o texto fala em “incluída a atividade satisfativa”. É o direito à efetividade previsto expressamente no Código de Processo Civil.

Não só no artigo 4º, mas também no artigo 6º, do Código de Processo Civil (igualmente no capítulo que trata das normas fundamentais do processo civil), novamente está previsto o princípio da efetividade, pois todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha decisão de mérito justa e *efetiva*.

O princípio da efetividade é norma fundamental do Processo Civil; portanto, de observância obrigatória na interpretação dos seus demais dispositivos, compondo um conjunto que “estrutura o modelo processual civil brasileiro e serve de norte para compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis” (DIDIER JR, 2015. p. 61), realizando assim o mandamento da Constituição, de entregar uma justiça completa.

Muito embora seja uma dependência que pareça como decorrência lógica, é importante destacar que, antes de se buscar o acesso à justiça *efetiva*, ou seja, aquela que entrega a atividade jurisdicional por completo, igualmente imperioso se faz ter *efetividade no acesso à justiça*, esta verificada quanto ao momento de ingresso ao Poder Judiciário.

Repete-se: aqui, neste trabalho, acesso à justiça está sendo estudado na perspectiva do acesso ao Poder Judiciário e à jurisdição. Acesso ao Poder Judiciário, tendo por objeto de análise os meios e empecilhos acerca do acesso da pessoa ao órgão do Estado, enquanto que acesso à jurisdição se relaciona com a própria efetividade, pois tem como conteúdo de estudo os meios e as barreiras encontradas no exercício da atividade jurisdicional para cumprimento do seu mister.

Enfim, *efetivo acesso à justiça* e *acesso à justiça efetiva* são situações e momentos distintos decorrentes do gênero acesso à justiça. São faces da mesma moeda do acesso à justiça, estando cada um deles numa das extremidades do acesso. Enquanto o acesso ao Poder Judiciário é vislumbrado na porta de entrada, a justiça efetiva é o final dele, visto na porta de saída, com a jurisdição sendo plenamente exercida.

Nessa visão, a falta de efetividade no acesso à justiça – ingresso, pode comprometer o acesso à justiça efetiva, na medida em que as distorções havidas no acesso mitigado geram grande risco de decisões injustas. Adverte Calmon de Passos que, nesses casos, a execução da decisão sequer deveria ser proposta, pois a “efetividade do injusto é, na verdade, a consagração da

inefetividade do processo e da tutela jurídica”. (PASSOS, 2014. p. 395) O tema é interessantíssimo, mas caberia apenas noutra trabalho, dado os limites ora propostos.

Efetividade representa admissão em Juízo, partindo de uma avaliação crítica acerca do grau de dificuldade que o cidadão tem para poder ingressar com alguma ação judicial buscando a defesa dos seus direitos, assim como proposituras de superação destas barreiras. E é nesse ponto a que o trabalho se refere como “a porta de entrada”, no acesso ao Órgão do Poder Judiciário.

Mas efetividade também envolve uma avaliação da adequação dos instrumentos processuais às necessidades dos operadores do direito, ou seja, se há aptidão das ferramentas previstas na legislação processual para atender às necessidades do sistema, sobretudo se existem mecanismos aptos para que as decisões judiciais sejam fielmente cumpridas, revelando a concepção de acesso à jurisdição completa, com entrega de toda atividade jurisdicional possível para satisfação do direito reconhecido, contexto em que se encontra o credor que tem convicção de que o devedor é proprietário de imóvel pela consumação da usucapião, mas que se omite na regularização para não submetê-lo à satisfação da dívida. O sistema jurídico deve apresentar meios para correção desta distorção, uma grave violação do direito, em especial das normas que tratam da responsabilidade patrimonial.

Para dar efetividade aos direitos garantidos (assegurados), há no Brasil uma cláusula geral executiva, característica do neoconstitucionalismo, permitindo ao magistrado fazer uso de toda e qualquer medida executiva que esteja ao seu alcance, ainda que não esteja prevista para esta finalidade, o que, evidentemente, poderá representar abuso.

O *efetivo acesso à justiça efetiva* não pode ocorrer a qualquer custo, mitigando de forma injustificada outros direitos fundamentais, mas deve se ter em mente que o processo só serve se foi útil para dar o bem da vida, até porque “o processo se desenvolve para a composição justa do litígio” (CARNELUTTI, 2000, p. 373), e é justo que o credor satisfaça seu crédito nos bens do devedor. Além de outras funções, o processo tem que produzir resultados; tem que gerar satisfação das obrigações, mas não de qualquer forma e por qualquer meio, e sim como um caminho de restabelecimento da segurança jurídica advinda do cumprimento das decisões judiciais.



#### 4.2 Acesso à justiça efetiva como elemento da segurança jurídica

Se por um lado há no Brasil uma cláusula geral executiva, segundo a qual resta autorizado (melhor dizendo, determinado) ao juiz fazer uso de qualquer meio para efetivar as suas decisões, típico ou não, por outro lado, como toda cláusula aberta, caso não seja bem aplicada, a segurança jurídica dá lugar ao abuso do Judiciário, sendo este um ponto sensível na aplicabilidade da justiça efetiva. Pois efetividade, como toda norma constitucional, não é absoluta, devendo ser ponderada com segurança jurídica e com garantias constitucionais do executado.

É inegável que efetividade tem estrita ligação com segurança jurídica, no seu aspecto confiabilidade; isso, porque “a efetividade compõe o princípio da segurança jurídica – um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização do direito que se reconhece”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 157)

Para que haja pleno acesso à justiça efetiva devem estar à disposição do magistrado (que deverá fazer uso) os procedimentos necessários à satisfação da obrigação, pois, ainda que exista o processo executivo, a falta de procedimento adequado para entrega do bem da vida ou a existência de empecilhos/barreiras para concretude da sentença é atentar contra o acesso à justiça. O acesso à fase executiva e aos meios executivos compõem o direito fundamental de ação, também fruto do acesso à justiça, principalmente na perspectiva ora estudada. (MINAMI, 2019. p. 78)

Segurança jurídica é valor supremo da sociedade brasileira, segundo norma constitucional expressa. O Estado Democrático de Direito é destinado a tornar seguro os direitos. Assim como cabe ao Estado assegurar os valores contidos na Constituição, dentre os quais a própria segurança jurídica. (ÁVILA, 2019. p. 49-50)

Para José Afonso da Silva (2005. p. 433) segurança jurídica é “o conjunto de condições que tornam possíveis às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”, estando sempre atrelada à determinação, estabilidade e previsibilidade do Direito (ÁVILA, 2019. p. 50), caracteres sem os

quais o cidadão não saberia como pautar suas condutas. É a tranquilidade do cidadão, por meio da estabilidade. (ROSAS, 2011. p. 215)

Várias facetas tem a segurança jurídica, podendo ser vista como condição estrutural de um ordenamento jurídico. Neste aspecto, é um elemento do próprio Direito; segurança jurídica também pode ser um fato, passível de constatação, ou seja, a possibilidade de previsão de consequências de fatos ou comportamentos concretos; na condição de valor, segurança jurídica é algo a ser buscado, um ideal, sem imposição normativa específica; por fim, segurança jurídica é também um princípio, norma jurídica, que determina algo como permitido, proibido ou obrigatório. (ÁVILA, 2019. p. 124-127)

Enquanto norma, segurança jurídica “diz respeito a um estado de coisas que deve ser buscado mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuam para a sua promoção”. (ÁVILA, 2019. p. 127) Promover segurança jurídica, portanto, é eliminar os aspectos da insegurança. Impõe a busca das prescrições no ordenamento jurídico capazes de afastar a insegurança, pois segurança jurídica, em sua concepção normativa, é o dever de fazer valer o direito posto, aspecto evidenciado quando o Estado faz cumprir a decisão judicial.

A segurança jurídica também está no rol direitos fundamentais, previsto no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Neste aspecto, apresenta três vertentes: enquanto garantia constitucional, destinada a assegurar direitos; como tutela, quando trata da irretroatividade (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada); e como proteção (social, política e jurídica). (SOUZA, 1996. p. 84-87) Neste trabalho, a segurança jurídica é adotada e abordada como condição de garantia ao acesso à justiça efetiva, norma-princípio que representa um dos pilares do Estado de Direito, pois este seria impensável fora da garantia da segurança jurídica. (BORGES, 2019. p. 341) De nada serviria ter direitos justos, decisões igualmente justas, mas com um sistema incapaz de assegurar sua efetividade, no qual os magistrados estariam engessados por mecanismos de insuficiência executiva ou, existindo meios adequados, deles não fizessem uso.

Também decorre da segurança jurídica a necessidade de controle do acaso, na medida em que as decisões judiciais devem ser minimamente previsíveis, pois “de nada adianta uma eficiente legislação processual se as

decisões variam ao sabor do dia, do julgador”. (ROSAS, 2011. p. 216) Este ponto é sensível quando se trata de medidas executivas atípicas, aquelas necessárias à efetivação das decisões judiciais, mas sem previsão específica no sistema. A falta de previsibilidade em certo ponto ameaça a segurança jurídica.

O ato de criação das possibilidades executivas fora do rol trazido na lei, em tese, vai de encontro à previsibilidade, aspecto da segurança jurídica; isso, porque ao juiz cabe utilizar “qualquer medida” para efetivar o direito certificado na decisão. Caso não haja concretização adequada da cláusula geral executiva, o sistema será falho, por violação à segurança jurídica e à própria justiça. Todo esse risco está na falta de previsibilidade do conteúdo da medida que o juiz pode adotar, pela falta de elementos concretos relativamente ao que é permitido, proibido ou obrigatório, em se tratando de medidas executivas atípicas.

Isso é natural diante da abertura constitucional brasileira para que o cidadão possa, em tese, tudo pedir, desde que violados ou haja ameaça à violação de quaisquer de seus direitos, constitucionais e infraconstitucionais. A gama de respostas às demandas é imprevisível; logo, como consequências, as medidas executivas cabíveis também o são, já que estas devem servir àquelas.

Surge então um dilema e que deve ser enfrentado, qual seja: para fazer valer a decisão e, por conseguinte, dar acesso à justiça efetiva, a segurança jurídica é ameaçada, em especial pela falta de previsibilidade, em algumas situações? A resposta é não, pelo contrário. A segurança jurídica é restabelecida, reafirmada.

Segurança e justiça são valores que se completam e se fundamentam, pois “não há Justiça materialmente eficaz se não for ‘assegurado’ aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a ‘cada um o que é o seu’, aquilo que, por ser justo, lhe compete”. (SOUZA, 1996. p. 18) Reconhecer o que é seu traduz efetividade, pois não basta a certificação do direito, se o sistema processual não consegue apresentar meios capazes de transmutar a sentença do gabinete do juiz para a realidade fática. Nessa situação, não houve acesso à justiça, pois não foi assegurado o direito em sua plenitude. O direito foi apenas certificado, e isso não tem utilidade prática ao cidadão, na maioria dos casos.

O direito deve ser “cognoscível, estável, confiável e efetivo” (BORGES, 2019. p. 341), apesar disso, quando se fala em cláusulas abertas, como na cláusula geral executiva, o fator previsibilidade é, de certa forma, mitigado. Para que haja segurança, tem de haver proteção à confiança do cidadão no próprio sistema - a denominada certeza do direito -, pois se reflete naquilo em que se pode confiar, o que é válido, e isso geralmente decorre do conhecimento antecipado das consequências da norma. De saber que a força do Estado é capaz de garantir, de assegurar, a concretização da sentença. Isso transmite confiança.

A lei somente será segura se os cidadãos confiarem nela de modo que possam cumpri-la, assim como exigir que os outros a cumpram. De igual forma, as decisões judiciais só serão seguras se os cidadãos confiarem nelas, sabendo que o Judiciário tem mecanismos capazes de fazer valer suas próprias decisões. Caso contrário, não há segurança, tampouco efetividade. É assim o magistério de Carlos Alberto Mota de Souza:

A Segurança dada pela coisa julgada é superior à da Lei, porquanto esta, tendo caráter genérico e abstrato, deve concretizar no caso singular; então, a Lei geral é particularizada pela interpretação, e a decisão, afirmando o que é certo, o que é justo, aplica corretamente a Lei e restaura a Segurança. (SOUZA, 1996. p. 37)

Neste aspecto, está justamente no cumprimento das decisões judiciais a certeza do direito, pois é aí onde o jurisdicionado vai buscar pautar seu comportamento, pois saberá se a previsão do legislador, interpretada e certificada pelo juiz, é algo realizável, podendo confiar ou não na garantia de seu direito. (SOUZA, 1996. p. 37) Se as decisões judiciais não são cumpridas, há crise de segurança no direito e, por conseguinte, de justiça e de efetividade. Nesta situação, há incerteza, há insegurança. Por outro lado, quando decisões são cumpridas, forçadamente ou não, o jurisdicionado percebe que pode confiar num Judiciário com meios suficientes para impor suas decisões.

O magistrado, ao utilizar todos os instrumentos possíveis para concretização do direito, restabelece a segurança, pois elimina a incerteza da realização do direito. Resta uma análise sobre os limites, ou falta deles, na

utilização de medidas executivas, em especial acerca da previsibilidade e dos limites de interpretação, caracteres da segurança jurídica.

Repousa na fundamentação mais profunda, verticalizada, das decisões de concretização de cláusulas abertas, a segurança jurídica. Ela está evidenciada no *a posteriori* que é decisão judicial, pois é o juiz quem pode assegurar o direito já certificado. No uso de medidas executivas, quando fugir, em qualquer situação, do caminho ordinário, deve o magistrado fundamentar de maneira mais profunda sua decisão, de modo a compensar a falta de previsibilidade estrita, em atenção do princípio constitucional da motivação. Neste sentido:

O princípio da motivação, tal como consagrado no texto constitucional (art. 93, IX), representa importante garantia processual (MEDINA, 2010, p. 48). Sua observância dá às partes a certeza de que sua causa teve apreciação criteriosa, as razões invocadas foram objeto de exame, os fatos mereceram análise detida e as razões de decidir, se não correspondem à expectativa que formavam quanto ao desfecho da lide, ao menos lhes possibilitam recorrer com segurança. (MEDINA, 2011. p. 174)

A segurança jurídica não estará no procedimento detalhado da lei, mas sim, e especialmente, na fundamentação da decisão que optou por aquele recurso executivo. (MINAMI, 2019. p. 73) Ao magistrado caberá explicar pormenorizadamente as razões pelas quais optou por determinada medida, especialmente quando ela for atípica ou fuja dos padrões amplamente vislumbrados. É que segurança jurídica não advém completamente da lei, ou proeminentemente dela, mas também de sua aplicação, pois o legislador nem sempre transmite plena segurança à sociedade, cabendo ao juiz dar segurança ao direito em questão, notadamente quando efetiva a decisão, devolvendo a certeza e a confiança no sistema. É por esse motivo que o acesso à justiça efetiva reluz segurança jurídica.

O legislador, reconhecendo a incapacidade humana de previsão de todos os possíveis acontecimentos do futuro, optou por deixar com que o juiz crie (ou faça uso de) meios executivos não previstos em lei para tal finalidade. É justamente na atuação do juiz, ao preencher o vazio da cláusula geral, que ele promove segurança jurídica, impondo a realização das prescrições do

ordenamento jurídico; fazendo valer o direito posto, devolvendo com isso a paz e a certeza, pois “especialmente na chamada pós-modernidade, não podemos fugir da atividade criativa dos julgadores, considerando que a mesma é inerente à atividade decisória”. (GOUVEIA; BREITENBACH, 2016. p. 504) No mesmo sentido:

O papel do legislador é importante, a toda evidência, porque deve normatizar a vida e a conduta dos homens em sociedade. E o julgador? O papel do juiz, para muitos autores, e para nós particularmente, sobretudo nestes novos tempos de redemocratização, é, sem dúvida, mais relevante. Enquanto o legislador vê a sociedade como entidade coletiva, sem face, o Juiz trata de pessoas particulares, que têm nome e posição certa na sociedade, como o médico, que não trata de doenças, genericamente, mas de doentes concretos. (SOUZA, 1996. p. 112)

Na atividade interpretativa-criativa do Judiciário, há um espaço a ser preenchido, e a lei prevê que a clausula geral executiva será concretizada pelo juiz, especialmente porque ele estará de frente para o caso concreto, conhecendo todas as nuances do processo. Nas mãos do magistrado está o poder (dever) de dar justiça à fase executiva, fazendo uso de todos os mecanismos que estão a ele dispostos, de modo a assegurar o resultado prático do que foi decidido.

Desse modo, o Judiciário dá segurança jurídica ao sistema à medida que faz valer suas decisões, pois “sem segurança da aplicação, a segurança da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação”. (ÁVILA, 2019. p. 160) Se a sentença não é materializada, o jurisdicionado não confiará no sistema jurídico. Não haverá absorção da insegurança, pois decisão não cumprida é o mesmo que uma lei vigente, mas ineficaz.

Antes de mais nada, lembra-se que “as decisões proferidas pelo órgão judiciário devem guardar consonância com os princípios e as garantias insertas na Constituição Federal, mormente com os direitos fundamentais” (BORGES, 2019. p. 341), o que deverá ser respeitado em toda e qualquer decisão judicial e administrativa. Esse deve sempre ser o ponto de partida: eventual tensão entre direitos fundamentais, do exequente e do executado, mas

tendo-se em mente que no processo executivo há inegável posição de vantagem do credor, que ostenta em seu favor um título de certeza do direito.

Diante disso, em foco estará a atividade judicante, pois “voltam-se as atenções para a aplicação das normas e, sobretudo, para os critérios que norteiam a realização desse ato”. (BORGES, 2019. p. 340) A equação é que seja realizado o direito do credor da obrigação sem que viole garantias do devedor.

De todo modo, é certo que há “proibição de deixar de entregar a tutela ao requerente por não existir procedimento para isso ou porque os meios executivos se mostraram insuficientes”. (MINAMI, 2019. p. 69) Apesar disso, não está autorizado o livre arbítrio do juiz ao utilizar medidas executivas, de qualquer ordem. Muito pelo contrário, visto que, deverá ele ser ainda mais cuidadoso e denso na fundamentação de sua decisão.

#### 4.3 Técnicas executivas típicas e atípicas disponíveis ao Poder Judiciário para efetivar suas decisões

Visando realizar o direito disposto e certificado na sentença judicial e, por conseguinte, dar pleno acesso à justiça ao interessado, quando a decisão determinada pelo Poder Judiciário não é voluntariamente cumprida, as medidas executivas do processo de execução se fazem necessárias, enquanto imposição da vontade do direito, e variam de acordo com a obrigação a que estão relacionadas.

É justamente quando, definida a norma concreta, e se o seu cumprimento sofrer percalços, que se faz necessária a atividade jurisdicional, em continuação, “seja pela inércia do obrigado, seja por sua resistência, seja pelo atendimento insatisfatório da prestação. Nasce, aí, a pretensão à execução forçada”. (ZAVASCKI, 2010. p. 451) É a crise no cumprimento da decisão que autoriza a deflagração do processo executivo, pois são nestas situações que a justiça da sentença ainda não se transmudou em justiça da execução, tendo em vista que o acesso à justiça ainda não é efetivo, notadamente porque o bem da vida ainda não foi entregue a quem faz *jus*.

Nos contornos propostos neste trabalho, necessário se faz um recorte, limitando a análise mais detalhada às execuções cujas obrigações sejam de pagar quantia; isso, porque o estudo se propõe a perquirir a

possibilidade de expropriação de bem, mas que, para provar sua existência formalmente, carece de utilizar procedimentos e medidas que não são vistas comumente, emergido daí a necessidade do sistema apontar solução para este contexto.

Estabilizada a decisão, dando certeza do direito de prestação aos litigantes, quando necessário for, cabe ao juiz impor a atuação prática desse comando (ASSIS, 2018. p. 85) - e ele o faz mediante uso de técnicas inerentes a um procedimento executivo.

Quando se pensa em tutela executiva, pensa-se na efetivação de direitos a uma prestação; fala-se de um conjunto de meios para efetivar a prestação devida; fala-se em execução de fazer /não-fazer/ dar, exatamente os três tipos de prestação existentes.

(...)

A execução forçada dirige-se ao cumprimento de uma prestação. Essa relação entre direito material e processo é fundamental para a compreensão do fenômeno executivo. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 42)

Seja no processo de execução de títulos ou encerrada a fase de conhecimento do processo, com a decisão final já transitada em julgado, para ver concretizada a sentença, deverá o credor promover o processo (ou fase) de execução, pois “conquanto execução possa traduzir adimplemento de prestação, é justamente quando ele não ocorre naturalmente que surge a necessidade de buscar a sua realização”. (MINAMI, 2019. p. 25)

Apenas rememorando uma afirmação já preestabelecida, neste trabalho o termo “execução” está sendo e será novamente empregado como gênero, do qual decorrem tanto a fase de cumprimento de sentença, como também a execução por títulos - judicial e extrajudicial. É que há duas técnicas processuais disponíveis para execução da sentença, que é o processo autônomo de execução, assim como a fase de cumprimento de sentença. Ao lado disso, ainda há a execução de título extrajudicial. Para todas, nesta dissertação, a denominação “execução” se mostra suficiente.

Pois bem, dito isto, para que tenha início a execução, além do ato volitivo do interessado, deve ser observada a natureza da decisão exequenda, acrescida do fato do inadimplemento do devedor da obrigação. Pois, se ele



cumpra à risca o que lhe determinou o Judiciário, não há mais nenhum acréscimo de atividade judicante para que o credor receba o bem da vida que lhe foi certificado. Por outro lado, quando o sujeito não faz o que lhe é determinado, abre espaço para que o seja de modo forçado.

De início, é fato que nem toda decisão judicial necessita ser executada. Araken de Assis (2018, p. 107) explica que demandas de natureza declaratória ou constitutiva são “autossatisfativas”, na medida em que o simples pronunciamento judicial já tem o condão de atender e esgotar a pretensão do autor. Nestes casos, não se têm motivos para promover o cumprimento do julgado, pois a estabilização da decisão já é a própria demanda do autor então certificada. O pedido é de declaração de algo, ou ainda de criação, modificação ou extinção - de mudança - na relação jurídica, situações em que, para que se concretize a pretensão, basta a decisão em si, prescindindo o sujeito de atos seguintes (de atividade posterior advinda do Judiciário), pois lhe é suficiente a sentença.

Doutra banda, para as ações de cunho condenatório, executivo e mandamental - para quem adote a teoria quinária -, em caso de não cumprimento voluntário pelo devedor da obrigação, será imprescindível um complemento prático da atividade jurisdicional, pois as decisões, em si, são insuficientes (ASSIS, 2018. p. 107), não passam de escritos sem força de modificar a realidade dos fatos.

Naturalmente espera-se do vencido, convencido da razão do autor por força da motivação da sentença, o cumprimento (execução “voluntária”). Talvez o condenado pague, o esbulhador restitua a coisa e o destinatário da ordem a cumpra pronta e exatamente, para exemplificar com hipóteses banais de sentença condenatória, executiva e mandamental. Nem sempre o ideal se concretiza. Pode ocorrer, e frequentemente acontece, de o vencido permanecer inerte ou resistir ao comando judicial. Então, tornar-se-á necessária atividade subsequente à emissão do provimento final ou antecipatório, transformando o mundo dos fatos para alcançar ao vitorioso o bem da vida contemplado regra jurídica concreta da sentença de procedência. (ASSIS, 2020. p. 136)

Esta parte continuativa da atividade do juiz traduz acesso à justiça integral; isso, porque, se falta um pedaço (qualquer parte) da atuação do Estado-Juiz que seja imprescindível à realização do direito, inexistirá acesso à justiça efetiva, plena, completa. Se “ainda há algo por fazer” (CARNELUTTI, 2019. p. 149), o acesso à justiça não foi integral até que esse “algo” tenha sido feito, plenamente concretizado.

A função jurisdicional não consiste somente em julgar, ou seja, em emitir sentenças em processos de conhecimento. Ocorrem inúmeras situações em que a efetivação da tutela jurisdicional exige a realização de atos e a imposição de providências destinadas a modificar a situação de fato existente, em conformidade com o direito exibido pela parte e não satisfeito. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015. p. 352)

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, execução é “um conjunto de atos com os quais o Poder Judiciário busca propiciar ao titular de um direito a satisfação deste, à custa de um outro sujeito”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015. p. 352) Chegada a execução, é hora de “tirar do papel” o que foi decidido e materializá-lo no mundo dos fatos, haja vista que a função cognitiva é exercida no gabinete do juiz, enquanto que a função executiva, no trabalho de campo. (ASSIS, 2018. p. 83) Marcos Vinícius Motter Borges traduz execução como sendo a “faceta prática da prestação jurisdicional. É a zona de toque entre o plano jurídico e o plano concreto”. (BORGES, 2019. p. 36) Em síntese, “executar é *satisfazer uma prestação devida*”. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 45)

Araken de Assis assim descreve a atividade executiva:

Seja lá como for, a necessidade de transformação do mundo físico é a matriz da função jurisdicional executiva. Por meio da execução forçada, o órgão judiciário privará o executado imediata ou progressivamente da garantia constitucional de gozar do que é seu (e do que se encontra na sua esfera jurídica), imputando bens à satisfação do crédito do exequente. (ASSIS, 2018. p. 107)

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini concluem:

Há, então, dois tipos distintos de atividade jurisdicional: a cognitiva (ou de conhecimento) e a executória (ou executiva). A primeira é prevalentemente intelectual: o juiz investiga fatos ocorridos anteriormente e define qual a norma que está incidindo no caso concreto. Enfim, é uma atividade lógica, e não material. A segunda é prevalentemente material: busca-se um resultado prático, fisicamente concreto. (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 52)

Notório que há grandes diferenças entre as fases cognitiva e executiva, na medida em que naquela os atos “se destinam a perquirir a verdade sobre os fatos para, então, emanar carga decisória acerca de relação processual ou do conflito em si”, (BORGES, 2019. p. 37) ao passo que, no processo de execução, os atos executivos provocarão alterações concretas no mundo real, pois visam trazer a realidade da decisão à realidade dos fatos, em plena correlação.

É importante salientar que a fase de execução não pode ser pensada como uma extensão da fase de conhecimento do processo. Naquela, o exequente já tem a seu favor um título, com força de certeza jurídica - situação que o coloca em larga vantagem perante o executado, que deu causa à existência da obrigação que lhe está sendo exigida. As questões inerentes à formação deste título estão superadas, *a priori*, indiscutíveis.

Apesar disso, importante registrar que no processo de execução é comum haver também atividade de cognição, desde o momento de verificação dos pressupostos processuais, assim como na análise de questões de mérito e nos inúmeros incidentes processuais que podem surgir. “Não há atividade judicial que prescindia da cognição. O que se tem de fazer é adequar o grau de cognição à tarefa que se espera ver cumprida pelo Poder Judiciário” (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 59-60), pois:

Se se busca a certeza, a cognição tem de ser tanto mais exaustiva quanto possível; se se busca segurança, uma medida que atenuar os riscos da demora do processo, a cognição não pode ser tão exaustiva, sob pena de comprometer a própria utilidade da medida; se se pretende a execução, a cognição judicial não deve abarcar, ao menos inicialmente, questões que digam respeito à formação do título, mas, necessariamente, envolverá as questões que dizem respeito à efetivação da obrigação, ou

seja, os pressupostos de admissibilidade e a sobrevivência da obrigação executada. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 60)

Também deve se ter em mente, que, por óbvio, existem determinados fatos que inviabilizam a plena entrega do bem da vida, e isso não quer dizer que o acesso à justiça não foi completo. Ao Poder Judiciário, para cumprir seu papel, cabe fazer uso de todos os meios que se mostrem possíveis, do ponto de vista do direito, para fazer valer a decisão – oferecer atividade executiva integral. É natural, contudo, que nem sempre o Judiciário conseguirá entregar o bem da vida, pois não é a deliberação do juiz que tornará realizáveis todas as sentenças. (ASSIS, 2020. p. 141) O magistrado tem diversos poderes, mas isso não é capaz de mudar a realidade de determinados fatos, pois em certas hipóteses é inevitável a frustração do credor na realização da obrigação por parte do devedor, seja por questões de fato ou por impeditivos normativos.

Há diversos fatores que impossibilitam a plena realização da sentença. Por exemplo, nas execuções cuja prestação é complexa, a plena efetivação pode se estender por anos, dada sua natureza; sendo a execução por quantia, o fato de o executado não possuir patrimônio impede a realização do comando do juiz; na prestação de fazer, a “teimosia” do executado será o empecilho. (MINAMI, 2019. p. 130-131)

O acesso à justiça integral, todavia, traduz acesso a toda e qualquer tutela executiva disponível ao jurisdicionado, revelando o mais pleno exercício da jurisdição. É inegável que, quando a execução não for realizada por questões que excedam a atuação do magistrado, não haverá violação do direito de acesso à justiça efetiva, mas o Poder Judiciário não pode se furtar de dar ao cidadão todos os meios possíveis e disponíveis para que isso não aconteça. “Todo modo de atuação da lei (e qualquer meio executivo) que seja praticamente possível, e não seja contrário a uma norma geral ou especial de direito, deve considerar-se admissível”. (CHIOVENDA, 1998. p. 69) Desse modo, há um dever, pelo magistrado, de utilizar todos os meios que lhes estão disponíveis para tornar efetiva a decisão.

Para que o processo seja efetivo, ensina Barbosa Moreira (1995, p. 197-198) que deve haver disponibilidade de todos os instrumentos de tutela adequados para todos os direitos existentes no ordenamento jurídico; garantia

de condições para uma reconstituição dos fatos considerados relevantes; haja uma possibilidade prática de satisfação da obrigação; bem como que esse resultado seja fruto de um mínimo de dispêndio de tempo e de energias.

Não se pode negar acesso à jurisdição se houver meios pelos quais a obrigação possa ser satisfeita. E o Estado tem de apresentar esse caminho, sob pena de violação ao acesso à justiça. Marcos Minami, que batizou a vedação à efetividade, neste aspecto, como *non factibile* (algo não factível), explica que essa proibição é “decorrência lógica do devido processo legal e da própria razão da criação do judiciário”. Pois, como não se pode admitir que o magistrado deixe de decidir, por decorrência lógica, “se o comando do dispositivo não se concretizar por ausência de técnica executiva, ocorrerá, ainda assim, vedação de acesso à justiça”, sendo proibido, portanto, o *non factibile*. (MINAMI, 2019. p. 128-129)

A vedação ao *non factibile* é evitar ausência de prestação jurisdicional na fase executiva, ou ainda impedir que seja ela meramente algo formal, dissonante do direito certificado na fase de conhecimento. É impor ao juiz que faça uso de todos os mecanismos possíveis que estão no sistema jurídico para que o bem da vida tutelado seja realmente entregue a quem lhe cabe. É buscar impedir o “ganhou, mas não levou”, situação inadmissível dentro do ideal de acesso à ordem jurídica justa. (NEVES, 2016. p. 4)

Ora, se existe patrimônio do executado – o imóvel adquirido por usucapião, mas não regularizado –, o sistema jurídico tem que apresentar meios pelos quais haja expropriação daquele bem, que é propriedade do devedor, para que se sujeite à satisfação do débito, direito inquestionável do credor. Dessa maneira, o reconhecimento da usucapião compulsoriamente pode se mostrar uma solução viável.

Como dito, as decisões passíveis de execução são aquelas de cunho condenatório, executivo e mandamental. De maneira simplória, para não se afastar do objeto em estudo, e remetendo o leitor ao tópico 2.4, no qual o tema foi melhor abordado, relembra-se que condenatória é a sentença que declara o direito do autor perante o réu e reconhece exigibilidade de obrigação deste em favor do autor; mandamental será a decisão que declara o direito, e o juiz determinará sua ordem para que alguma autoridade a cumpra; e o ato decisório

executivo é aquele que efetivamente retira patrimônio do devedor para satisfação da obrigação. (ASSIS, 2018. p. 95-104)

Com sustentação em ideais liberais, por bastante tempo, se entendia que, para realizar a sentença, o juiz estava adstrito a utilizar as medidas executivas estritamente previstas na lei, se mostrando essa sistemática uma forma de controlar a atividade do magistrado e evitar abusos. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 99-100)

É por meio da essência do princípio da tipicidade dos meios executivos que, em regra, o próprio ordenamento - a lei - já delineia as medidas apropriadas da execução, de acordo com a natureza da sentença, que são as denominadas medidas executivas típicas. Neste sentido:

Segundo o objeto do direito a ser efetivado, variam as espécies de execução civil (quer em caso de título extrajudicial, quer no cumprimento de sentença), as quais serão (a) execução *por obrigação de fazer ou de não-fazer* (arts. 536-537 e 814-823), (b) *execução para entrega de coisa* (arts. 538 e 806-810) e *execução por quantia certa contra devedor solvente* (arts. 523-534 e 824-920 e arts. 646 ss.). Por disposição expressa de lei, aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento de sentença, no que couber e for compatível, as normas contidas no capítulo do *processo de execução*, inclusive aquelas regentes de cada uma das diversas espécies de execução (art. 513). (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020. p. 512)

Contudo, nem sempre as medidas executivas típicas são adequadas e suficientes à finalidade proposta. A evolução do direito mostrou ser impossível que o legislador consiga prever todas as particularidades necessárias para efetivar o direito certificado (GUERRA, 2003, p. 66), abrindo margem para o princípio da atipicidade dos meios executivos, segundo o qual poderá o juiz fazer uso de medidas não previstas ordinariamente no sistema jurídico para efetivar as suas decisões. Explicam Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 100) que há uma tendência de se conferir poderes ao juiz, de modo que este tenha um “*poder geral de efetivação*, o qual permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto”.

Ampliam-se os poderes do juiz cabendo-lhe utilizar qualquer meio que se mostre apto e adequado para que a decisão se materialize, havendo grande margem de atividade criativa do magistrado, pois há no Brasil uma cláusula geral executiva determinando essa larga atuação.

Para este momento, se mostra necessário outro avanço sem aprofundamento na infinidade de pedidos e de condenações que são possíveis dentro dos conceitos de sentença de eficácia condenatória, executiva e mandamental, isto porque ao presente estudo interessa as obrigações de pagar quantia, pois, em regra, são nessas situações em que há expropriação de bens.

É fato que o acesso à justiça no Brasil é amplo, e qualquer direito ou ameaça de direito podem ser levados ao manto do Judiciário, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, extraído do texto do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Além do mais, isso repercute no processo de execução, pois, para cada certeza da sentença, deve haver um meio executivo capaz de realizá-la, haja vista que “a resposta estatal deve propiciar a realização da prestação devida, pois o acesso à justiça não é apenas formal. Não basta que sentenças sejam proferidas, elas precisam ser realizadas”. (MINAMI, 2019. p. 47) Seja qual for sua natureza, a sentença deve ser lavrada como uma preparação para execução (CHIOVENDA, 1998. p. 230), ou seja, ela tem de ser factível. Não pode ser diferente no processo de execução cuja obrigação é de pagar quantia, em especial quando se têm notícias do patrimônio do devedor, muito embora *escondido* na irregularidade registral, por omissão deliberada.

Chiovenda explica que uma sentença de condenação supõe, dentre outros:

A convicção do juiz de que, baseando-se na sentença, se possa, sem nada mais, imediatamente, ou depois de certo tempo, proceder por meios dos órgãos do Estado aos atos ulteriores necessários para efetiva obtenção do bem garantido pela lei (execução). (CHIOVENDA, 1998. p. 229-230)

As sentenças já devem nascer na perspectiva de serem cumpridas, naturalmente, de maneira voluntária, ou forçadamente, por meio de atuação do Estado-Juiz, em processo de execução, amparado de instrumentos capazes de realizá-la. Caso o Judiciário não disponha desses meios, jamais poderá impor

sua força àquele que foi condenado no processo a uma prestação, qualquer que seja ela, emergindo grave crise de segurança jurídica.

Tendo isso em mente (a importância de ver cumpridas as decisões judiciais), na execução, as possibilidades de atuação do magistrado são amplas, pois, para fazer valer suas decisões, pode o juiz utilizar técnicas executivas, indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, de toda ordem, por previsão do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil. Notadamente porque, havendo inadimplemento, cabe ao Judiciário buscar garantir o resultado prático na execução forçada, de modo que cumpra a promessa constitucional de uma justiça completa.

Mas não é só, o artigo 297 do Código de Processo Civil é no mesmo sentido do artigo 139, IV, mas para as decisões provisórias, enquanto que o artigo 536, §1º, do mesmo Código, determina que, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. Deste conjunto de artigos do Código de Processo Civil, se extrai o princípio da atipicidade das medidas executivas, constituindo cláusulas gerais executivas para decisões definitivas e provisórias, abrangendo todos os tipos de obrigações impostas no comando judicial, dentre elas a de pagar quantia. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 102)

É o poder de *imperium* conferido ao juiz para que concretize as suas ordens. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 284) Existe, portanto, uma verdadeira obrigação do Estado em criar e utilizar dos mecanismos necessários à satisfação da obrigação (MAZZUCA, 2012. p. 29), pouco importando sua natureza, não havendo, portanto, nenhuma distinção na lei entre o uso de medidas executivas típicas e atípicas para o cumprimento de decisões cuja obrigação é de pagar quantia certa, incoerência havida até o atual Código de Processo Civil, já que os meios atípicos eram reservados apenas às prestações diversas das de pagar quantia. (NEVES, 2020. p. 630)

Para Marcos Minami (2019, p. 243-245), a utilização de medidas atípicas na execução também é possível nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial; isso, porque, muito embora os títulos executivos



extrajudiciais não sejam fruto de atividade judicial, culminam de expressa atividade legislativa, a qual não pode ser relegada a um segundo plano. Ademais, nestas situações, há garantia de contraditório e amplo direito de defesa. Sua admissibilidade é verificada pelo magistrado, além de que:

Ao aceitar participar da formação desse documento, o indivíduo sabe que, no caso de inadimplemento, as medidas executivas incidirão no caso, nos termos previstos no Código que, atualmente, principalmente a partir do art. 139, IV, aceita a atipicidade para quaisquer tipos de execução. (MINAMI, 2019. p. 245)

É que, cumpridas integralmente as características formais do título, definidas pelo legislador, não se pode negar-lhe eficácia executiva, o que seria um atentado ao direito de ação (ZAVASCKI, 2010. p. 451-452), que também compreende o direito de uma jurisdição integral (com uso de todos os meios executivos possíveis), inclusive quando se tratar de execução de título extrajudicial. (ZANETI Jr., 2020. p. 884) Por fim, Marcelo de Lima Guerra (2003, p. 152), defendendo igualmente a aplicação das medidas executivas atípicas às execuções de títulos extrajudiciais, explica que tal entendimento é pautado no princípio constitucional da isonomia, na medida em que não há razão para privilegiar credores de certos tipos de obrigações ou com certos tipos de título, garantindo apenas para alguns uma tutela executiva mais eficaz, adequada às particularidades do caso concreto.

No mesmo sentido é o enunciado nº 48 da Escola Nacional de Formação de Magistrados - ENAFAM, que tem o seguinte texto:

O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

Os referidos atos executivos, típicos ou não, têm, em comum, o poder de fazer mudar as coisas no plano fático, deslocando pessoas e coisas, assim como transferindo patrimônio - tudo de maneira forçada e no ímpeto de entregar a prestação jurisdicional integral àquele que tem direito.

E de entre as técnicas disponíveis, estão as mais diversas possibilidades, restando superada a ideia de que “a execução forçada se resolve, como diz a própria palavra, no uso da força para fazer com que as coisas marchem como a lei quer” (CARNELUTTI, 2019. p. 115), pois há instrumentos processuais que dispensam o efetivo uso da força, como os de incentivo ao cumprimento pelo próprio executado - a exemplo, as medidas indutivas.

Araken de Assis (2018, p. 165), assim como Marcos Minami (2019, p. 147), não obstante a literalidade do texto da legislação processual civil, vislumbram apenas a existência de meios sub-rogatórios e coercitivos disponíveis para o processo executivo. Por sub-rogatórios, se entende serem as medidas em que a atuação do devedor é dispensável, pois o juiz irá fazer substituir sua vontade, e a decisão será cumprida independentemente da colaboração do devedor. Os meios coercitivos, por sua vez, são aqueles que buscam fazer com que o executado cumpra a obrigação, sendo coagido - pressionado psicologicamente para tanto. (NEVES, 2016. p. 230-231) No mesmo sentido:

Há evidente excesso nas expressões empregadas ("medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias"), na medida em que as medidas coercitivas são espécie de medidas indutivas (as medidas indutivas podem ser de pressão positiva, quando se oferece uma vantagem para o cumprimento da ordem judicial, ou coercitiva, quando se ameaça com um mal para a obtenção da satisfação do comando). Há também confusão de categorias, já que o efeito mandamental - ao lado do efeito executivo - é o efeito típico das ordens judiciais (que veiculam medidas indutivas e sub-rogatórias). Essa falta de rigor técnico, porém, não compromete a intenção do preceito, que é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de prestações pecuniárias (art. 536, CPC). (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 284)

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira também endossam a crítica à redação do Código.

O texto legal sofre de uma atecnia: medidas mandamentais, indutivas e coercitivas são, rigorosamente,

a mesma coisa. Trata-se de meios de execução indireta do comando judicial. Sem distinções. As medidas subrogatórias são meios de execução direta da decisão. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 101)

Tanto nos cumprimentos de sentença ou nas execuções de título executivo – nos processos executivos -, há um regramento próprio trazido pelo legislador para que seja realizada a sentença ou a força do título. Os procedimentos em questão englobarão, em algum momento, as técnicas executivas, que estão, via de regra, descritas no Código de Processo Civil. De entre elas, o desapossamento, transformação e expropriação – meios executórios de sub-rogação, ou ainda medida executivas de coerção.

Surge relevante problema quando as medidas preestabelecidas estritamente na lei não conseguem atingir a finalidade de impor a vontade do Estado-Juiz representada na sentença (ou no título executivo extrajudicial), pois “se o processo de cognição pretende a construção da norma jurídica do caso concreto – a decisão – a execução vai além, levando esta norma a termo”. (MINAMI, 2019. p. 26)

Não obstante existam meios bitolados pelo legislador para materialização das sentenças, o Código de Processo Civil impõe ao magistrado a utilização de todos os mecanismos disponíveis para fazer valer no mundo dos fatos aquela decisão, do mundo do direito. Logo, disponibiliza-se ao juiz, a depender do direito certificado, dispor do meio adequado à necessidade, ainda que esta forma não esteja prevista expressamente no sistema, ou seja: deve o juiz usar medidas atípicas para alcance do pleno acesso à justiça efetiva, pois a tutela executiva deve ser adequada à plena satisfação do direito. Neste sentido:

Naturalmente, a criação de procedimentos é insuficiente caso não se revelem eles adequados aos fins para os quais projetados e efetivos para a concretização dos direitos. Muito mais que o tracejado aleatório de um iter, incumbe ao processo fornecer técnicas adequadas, uma das quais o procedimento; outra, os meios executivos. Sem as técnicas processuais adequadas, o direito de acesso à justiça ganha contornos de uma promessa constitucional faustosa, mas pouco realista. (DOUTOR, 2019. p. 38-39)

Ademais, o caso concreto é que vai dizer a medida executiva necessária, que deverá ser “instrumentalizada através das técnicas processuais adequadas ao caso concreto”. (MAZZUCA, 2012. p. 32) Frustrado o pagamento voluntário pelo devedor, surgem para o credor mecanismos próprios para buscar a satisfação de seu crédito. Neste ponto, deve o juiz utilizar dos meios disponíveis para realizar o direito. Tudo vai depender do que a sentença certificou. Marcos Minami bem explica:

Sendo infundáveis as possibilidades de procura do Judiciário, também são infundáveis as respostas executivas. Seria inviável determinar, de antemão, qual o procedimento adequado para efetivar cada tipo possível de pedido. (MINAMI, 2019. p. 83)

Muito embora a obrigação de pagar quantia seja praxe nas sentenças condenatórias e quase regra nos processos executivos, se justifica a utilização de medidas executivas no caso em análise, buscando piamente que aquele imóvel usucapido, mas irregular, sirva ao pagamento do débito. Pois ele é invisível aos olhos do direito, na medida em que, deliberadamente, para não satisfazer a obrigação, o executado se manteve omissivo no ato de sua regularização registrária, inexistindo, por isso, o bem nas anotações do registro geral de imóveis.

É impossível imaginar e prever todas as condutas ilícitas que pode praticar o executado para que seu patrimônio deixe de responder aos débitos. Não se pode fechar os olhos para o inegável fato de que é comum determinado sujeito ser proprietário de bens imóveis, não raras vezes, todos já usucapidos, entretanto, sem registro imobiliário dando conta da sua propriedade.

Pelo fato da omissão na regularização deste patrimônio, que fica às escondidas, do ponto de vista formal, o exequente, com simples certidões, não consegue fazer prova de sua existência. O sistema jurídico, apenas por isso, não pode negar a efetividade às decisões judiciais (ou ao título executivo extrajudicial) e ao próprio direito do exequente. Pelo contrário, tem de arranjar formas para expropriação do bem do devedor, sendo mediante meios executivos típicos ou atípicos.

#### 4.4 Garantismo processual e limites das medidas executivas

O acesso à justiça efetiva representa uma garantia constitucional da resposta ao credor no processo executivo, o que confere proteção ao titular do direito que não foi observado naturalmente pelo devedor da obrigação inadimplida. Como o jurisdicionado, em regra, não pode se valer das próprias forças para resolver o conflito, caberá essa função ao Judiciário, última instância a ser perseguida para que o sujeito seja atendido em suas expectativas. (MINAMI, 2019. p. 42-43)

Para uso das medidas executivas típicas ou atípicas, em especial relacionadas às obrigações de pagar quantia, se faz necessária uma abordagem à luz da doutrina do garantismo processual, que tem por objetivo a proteção do cidadão dos abusos do Estado. Na situação das medidas executivas atípicas ou de ajustes procedimentais, com foco na ampliação dos poderes do Estado-Juiz. (DIDIER JR, 2015, p. 124)

A difusão internacional da doutrina do garantismo se atribui à Luigi Ferrajoli, em que o garantismo é visto como uma teoria do direito penal, representada como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, “ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos”. (IPPOLITO, 2011. p. 36) Ensina Dario Ippolito:

O garantismo, portanto, se configura como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais (Ferrajoli, 1993, 1999a, 1999b, 2001, 2006c): para as quais a vitalidade e o desenvolvimento dependem – como nos ensina Luigi Ferrajoli – do empenho civil de cada um de nós, enquanto juristas, enquanto estudiosos e, sobretudo, enquanto cidadãos. (IPPOLITO, 2011. p. 40)

Eduardo José da Fonseca Costa (2019) sugere o garantismo processual como “uma doutrina das garantias no processo e/ou uma doutrina do próprio processo como uma garantia ou como um sistema de garantias”.

Referido autor leciona que diversos são os conceitos de garantia que podem ser empregados. Garantia pode ser tutela contra a frustração, na esteira de Ferrajoli, vista “como proteção contra insatisfação de direitos subjetivos” ou tutela contra o arbítrio, na concepção de que “o dado essencial invariável do fenômeno constitucional é a limitação do poder”. (COSTA, 2019)

Como já visto, garantismo deriva de garantia, que tem dois significados fundamentais: proteção antifrustracional e proteção anti-arbitrária. A corrente ferrajoliana se apega ao primeiro; a não-ferrajoliana, ao segundo. Nenhuma das duas, porém, têm carta-patente para o monopólio do termo. Ambas têm idêntica legitimidade para usá-lo dentro do sentido que cada uma delas lhe atribui. Ademais, o vocábulo já integra o léxico da língua portuguesa, o que lhe democratiza ainda mais o uso. (COSTA, 2019)

O garantismo, seja qual for o sentido adotado, repercute no processo civil. A fase atual do processualismo foi desenvolvida sob o prisma do publicismo, da socialização do processo e do instrumentalismo. Em contrapartida às correntes *hiperpublicistas*, impera a doutrina do garantismo processual, tendo a obra de Franco Cipriani, que teceu duras críticas ao CPC italiano de 1940, como marco deste antagonismo, sobretudo questionando a ampliação dos poderes conferidos ao juiz, sem que, contudo, houvesse alargamento proporcional das garantias das partes (CARVALHO, 2020. p. 75-76), pois, nesta concepção do garantismo, para todo direito subjetivo, deve haver uma garantia que o assegure. (COSTA, 2019)

O processo como “coisa das partes”, privado, intrinsecamente ligado a ideais liberais clássicos “exacerbados”, cede lugar ao processo conduzido e dirigido por um juiz ativo, forte, que tem a função de, representando o Estado, criar o direito para o caso concreto (com Bülow), fazer atuar a vontade concreta da lei (com Chiovenda) e fazer justiça (com Calamandrei). (CARVALHO, 2020. p. 19)

Na concepção publicista, o resultado do processo é de interesse do Estado, que o utiliza como instrumento para garantir sua força e efetividade; isso, porque “a justiça é um ideal da comunidade, devendo o Estado pôr a serviço dos

juízes todos os meios e poderes necessários para que esse fim seja alcançado”. (GRECO, 2008. p. 34) A ideia publicista do processo civil, prometia:

Um processo célere, efetivo, pouco custoso, norteado pelos princípios da oralidade, imediatidade e concentração e instrução probatória de ofício, dirigido e conduzido firmemente pelo juiz em superação à visão do processo como coisa das partes e as experiências negativas do privatismo processual. (CARVALHO, 2020. p. 78)

Para tanto, impunha-se boa-fé excessiva às partes e aos advogados, numa postura moralista de busca da verdade e da justiça; assim como, aos juízes, foram atribuídos muitos poderes, em especial de instrução do processo e em matéria probatória.

Por outro lado, segundo Leonardo Greco (2008, p. 32), cabe ao juiz liberal e garantista tornar mais efetivo o direito positivo entre os sujeitos envolvidos, e não o de observar o direito objetivo ou a proteção do interesse público. Há limitação dos poderes do juiz, como meio de evitar parcialidade ou arbitrariedades. “O processo não se presta a ser um instrumento da jurisdição, mas sim meio pelo qual os jurisdicionados podem se proteger de eventuais avanços e desmandos do Estado”. (MEDEIROS, 2020. p. 89) Na visão destes garantistas, o demasiado poder conferido aos juízes é, necessariamente causa de violação das garantias das partes, que têm reduzidas as suas liberdades e os seus poderes, “configurando um processo antiliberal e autoritário”. (CARVALHO, 2020, p. 79) Explica Luciana Benassi Gomes Carvalho:

Sob a perspectiva liberal e garantista, a partir do momento em que se permite ao juiz atuar ativamente na instrução probatória, ele passa a agir como se parte fosse, ou seja, praticando atos típicos de parte, desvirtuando o seu papel de terceiro imparcial (subjetivamente desinteressado) e imparcial (que não desempenha papel de parte), que é uma garantia orgânica de todo processo. (CARVALHO, 2020, p. 80)

Leonardo Greco (2008. p. 35) discorda dessa assertiva, explicando que os poderes instrutórios do juiz não devem ser contrapostos às garantias processuais das partes, nem ao poder que estas têm de dispor de seus direitos.

Não existe essa relação de prejudicialidade, na medida em que o juiz pode ser terceiro e imparcial, mesmo quando promove atos de instrução ou de constituição probatória, ou ainda quando utiliza medidas executivas de toda ordem, em atividade criativa, mas desde que haja estrito respeito ao contraditório e ao amplo direito de defesa.

Em detalhado artigo, ensina Barbosa Moreira (2004. p. 196-201) que, segundo os garantistas, enxerga-se, na concessão de poderes ao magistrado, graus elevados do elemento publicístico do processo, assim como uma pujante manifestação do autoritarismo, o que seria típico de governos antidemocráticos e que não respeitam as garantias dos jurisdicionados. O citado autor refuta este argumento, demonstrando que, na vigência de governos autoritários e antidemocráticos, assim como em regimes de democracia, há exaltação do Poder Executivo e ampliação dos poderes do Poder Judiciário, não havendo, portanto, essa correlação entre regimes autoritários e legislações autoritárias. No mesmo sentido, Leonardo Greco conclui:

Cumprir observar que, mesmo em períodos democráticos, são editadas leis processuais autoritárias, que tratam o processo sob a perspectiva do juiz ou do interesse público, e não do cidadão ou do jurisdicionado, pois também os governos podem pretender submeter o acesso à justiça dos cidadãos ao que considerem ser superiores interesses da sociedade. Dois exemplos desse autoritarismo tivemos no Brasil, através da EC 3/93, que criou a força vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade, e da EC 45/2004, que criou a súmula vinculante. (GRECO, 2008. p. 37)

É fato que a reconstrução do Estado de Direito, após a Segunda Guerra Mundial, se deu pautada na primazia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (afastando-se da concepção de supremacia do interesse público sobre os interesses individuais), evidenciando, assim, preponderar o interesse das partes, no processo civil. (GRECO, 2008. p. 42)

Leonardo Greco (2008, p. 42) explica que essa discussão sobre a preponderância publicista ou privatista do processo perde importância, na medida em que a primazia dos direitos fundamentais dá relevância aos ideais



privatistas ou liberais do processo. O processo civil atual serve primordialmente ao interesse das partes, e não ao da coletividade.

Todo o processo civil se reconstrói, através da efetividade e do garantismo.

(...)

É o processo justo, o processo humanista, que serve diretamente aos destinatários da prestação jurisdicional e apenas remotamente ao interesse geral da coletividade ou ao interesse público. (GRECO, 2008. p. 43)

O processo civil do nosso tempo, nos países de direito escrito, tem um fundamento liberal essencial, que é a sua própria razão de ser, qual seja, a função de realizar em plenitude a eficácia dos direitos particulares tutelados pela ordem jurídica. (GRECO, 2008. p. 55)

Há nítidos reflexos do garantismo processual na execução civil brasileira, seja como tutela contra a frustração ou como tutela contra o arbítrio, especialmente porque o conjunto de artigos do Código de Processo Civil, do qual se extrai os princípios da tipicidade e da atipicidade das medidas executivas, deve sofrer controle pelas garantias do executado, bem como deve consagrar as garantias do exequente.

Na época do Estado Liberal clássico, vigorava no processo civil o chamado princípio da tipicidade das formas executivas, que tinha o significado de impedir a utilização, por parte das partes e do juiz, de meios executivos não expressamente previstos na lei. Esse princípio objetivava garantir a liberdade dos litigantes diante da jurisdição. Medindo-se o poder de atuação do juiz pela lei, eram garantidas as formas mediante as quais a atividade jurisdicional poderia ser exercida. Dava-se ao litigante a garantia de que, no caso de eventual condenação, a jurisdição não poderia ultrapassar os limites dos meios executivos tipificados. (GAGNO; BEDAQUE, 2009. p. 225)

É no uso de medidas executivas atípicas, contudo, que se observa, em maior intensidade, possível violação dos direitos fundamentais do devedor, reclamados por certa corrente de garantistas. Apesar disso, essa técnica não é novidade trazida no Código de Processo Civil atual, pois já era estabilizada sua possibilidade nas prestações de fazer e não fazer e de entregar coisa que não

seja dinheiro. Na execução por quantia, a qual interessa ao presente estudo, é que surge esta possibilidade, diante da previsão do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, que tem a seguinte redação:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV- determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Numa análise isolada e descontextualizada, seria possível a conclusão de que há um poder-dever ilimitado do juiz, que a tudo está autorizado fazer uso, para que suas decisões, de qualquer tipo de prestação, sejam efetivadas. Não é bem assim.

Critérios de aplicação de qualquer medida executiva, típica ou não, devem ser observados, resguardando as garantias processuais de ambas as partes. Do contrário, “estar-se-ia admitindo que que o julgador não teria limites para utilização de tais técnicas atípicas”. (VIEIRA, 2020. p. 482) “Parece-nos óbvio isso. Sob pena de pensarmos que o CPC simplesmente disse: se alguém está devendo, o juiz pode tomar qualquer medida para que este pague” (STRECK; NUNES, 2016. p. 1), mas o ordenamento jurídico oferece instrumentos eficazes de controle para que abusos não ocorram. (NEVES, 2020. p. 651)

Não há dúvidas de que nossa execução sempre foi o “calcanhar de Aquiles” do sistema processual, pela praxe do “ganhou (no processo de conhecimento) mas não levou” (na fase de cumprimento ou execução). Todavia, isso não permite uma interpretação que busque, sem maior reflexão, resultados desconectados das balizas constitucionais. Ou seja: partimos da tese – obedecendo a coerência e a integridade do artigo 926 – de que o CPC jamais daria “carta branca” para o juiz determinar quaisquer medidas aptas para que a obrigação fosse cumprida. E nem poderia dar! (STRECK; NUNES, 2016. p. 2)

Numa perspectiva garantista, enquanto meio de evitar abusos do Estado, o processo de execução não é voltado para satisfazer o crédito,

direcionado a tutelar os direitos do credor, pois o processo deve ser algo desinteressado por parte do Estado, que, na hipótese de estar adotando uma postura ativa, pode agir com parcialidade, conforme lição de Luciana Benassi Gomes Carvalho:

O procedimento executivo, à luz do garantismo processual, apesar de desenhado em virtude de um direito acertado em título executivo judicial ou presumidamente acertado em título executivo extrajudicial, não serve – não é servil – à tutela do crédito ou à satisfação do exequente. O procedimento executivo é um campo de proteções para o exercício das pretensões do exequente e também do executado, sofre a irradiação da própria garantia do processo e de todas as demais garantias processuais àquela iminentes; simultaneamente, impõe limite, demarca a atuação do poder jurisdicional na tutela dos direitos do exequente e do executado, de forma que o poder não invada, indevida e arbitrariamente, as esferas jurídicas de ambas as partes. (CARVALHO, 2020. p. 168-169)

Muito embora possa o juiz, de ofício, determinar medidas executivas, “a tendência é de que o exequente, o maior interessado na satisfação do seu crédito, seja o responsável por formular o requerimento a ser analisado pelo juiz no caso concreto” (NEVES, 2020. p. 667); pois, “quanto menos interventivo for o juiz, maior será a aparência de sua imparcialidade, mas me parece que não cabe confundir o ativismo moderado e subsidiário com a perda daquele atributo”. (GRECO, 2008. p. 45)

No processualismo civil brasileiro, há um rigor exagerado no garantismo, sobretudo, na visão enquanto “garantia como tutela contra arbítrio”. (COSTA, 2019) Argumentam escritores desta linha garantista que o processo não é um instrumento de poder, mas sim um meio de garantia de liberdade contrajurisdicional, servindo para proteger o cidadão dos abusos do Estado, de modo que as partes poderão agir livremente de acordo com o direito e estratégia que adotem. (CARVALHO FILHO; SOUSA; PEREIRA, 2020. p. 34) Neste aspecto, há uma diferenciação entre processo e jurisdição, em que aquele é o limite deste, funcionando como a jurisdição como escudo destinado a proteger “os jurisdicionados do magistrado, e que o processo não é um utensílio em suas

mãos, ao seu dispor, para que possa exercer o poder jurisdicional de acordo com valores e conceitos naturalmente subjetivos”. (CARVALHO, 200, p. 152)

Se jurisdição é poder, então o devido processo legal o limita, para ambos os sujeitos, independentemente da posição ocupada, pois o garantismo processual não está a serviço apenas de uma das partes. “A jurisdição não possui lado” (CARVALHO, 2020. p. 120). Para estes garantistas, o devido processo legal atua como uma garantia contra o arbítrio e contra o abuso do poder, permitindo “a todos o acesso à ordem jurídica previamente estabelecida (normativa), independentemente de potencial posição jurídica de vantagem a ser prestada pela atividade jurisdicional”. (VIEIRA, 2020. p. 474) No mesmo sentido leciona Eduardo José da Fonseca Costa:

É devido porque é elo de comunicação obrigatório entre jurisdição e jurisdicionados; é legal porque só se pode regular em lei. Enfim, processo é garantia de liberdade contrajurisdicional, pois é procedimento legal rígido em contraditório tendente a proteger o cidadão contra eventuais excessos e desvios do Estado-juiz. (COSTA, 2019)

Ora, mas não se pode também esquecer que foi a pendência da execução, resultante do inadimplemento da dívida, a causa de o executado encontrar-se nessa situação de desvantagem. (ASSIS, 2018. p. 501) A execução pressupõe a existência de um título executivo, motivo pelo qual “não há que se falar em risco de se entregar a prestação pretendida para um ou outro lado de forma tendenciosa”; isso, porque “as posições jurídicas ativa e passiva já estão determinadas”, cabendo ao Estado dar efetividade ao título, protegendo o direito ao crédito. (MINAMI, 2019. p. 51)

É possível afirmar ser dever do Estado prestar a tutela executiva, ou seja, um dever de proteção, a quem seja portador de um título executivo judicial (direito já acertado) ou extrajudicial (direito presumidamente acertado), e não do processo. O processo, tal qual a atividade jurisdicional, não serve ao interesse específico de nenhuma das partes, já que também há dever de proteção em relação ao executado e aos eventuais direitos materiais e processuais em jogo. (CARVALHO, 200, p. 149)

Óbvio, entretanto, que não há um poder de efetivação desenfreado. Existem limites na execução; dentre estes, de ordem política, que impõem garantia de respeito à incolumidade do executado, dos quais emergem normas de proteção à sua dignidade, pois é inegável que a satisfação do exequente enfrentará direitos fundamentais processuais do executado. O sujeito não poderá sofrer atos executivos senão de forma excepcional e transitória. Deve ainda ser respeitado seu mínimo existencial (ASSIS, 2020. p. 139-141), pois, “mesmo em detrimento do direito fundamental do credor em ter seu direito satisfeito”, deve ser garantido ao devedor um patrimônio indispensável para sua sobrevivência com dignidade. (NEVES, 2020. p. 652)

Efetividade não é princípio absoluto, ou o direito fundamental mais importante previsto na Constituição Federal. Seu temperamento, apesar de isso, deve ser justificado em normas de igual importância, por técnicas de proporcionalidade. (ÁVILA, 2005. p. 116) Usar a celeridade e a efetividade não pode ser pretexto para cercear o direito de defesa do devedor, pois a crise do inadimplemento não justifica a supressão do diálogo, tendo em vista que celeridade não é valor superior aos outros valores humanos em jogo no processo. (GRECO, 2008. p. 48)

A maior garantia que tem o jurisdicionado frente ao Estado é o devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que deve funcionar como uma proteção contra o abuso do poder estatal. (CARVALHO FILHO; SOUSA; PEREIRA, 2020. p. 34) Neste sentido, explica Luciana Benassi Gomes Carvalho, explorando a diferença entre processo (tutela processual) e jurisdição (tutela jurisdicional):

Conforme a concepção garantista da cláusula do devido processo legal, pode-se afirmar que há confusão entre as expressões “tutela processual” e “tutela jurisdicional”, porquanto não corresponde à função do processo a tutela dos direitos materiais, ao menos não se admite que o processo é uma instituição de garantia contrajurisdicional. Tutela significa “proteção”, “amparo”, de acordo com o sentido léxico. A tutela jurisdicional representa a proteção conferida pela jurisdição aos direitos materiais daqueles que exercem pretensões em juízo, disso não há dúvidas. A jurisdição tem como função primordial a aplicação do direito ao litígio, todavia tal proteção se concretiza pela decisão judicial após intenso debate em contraditório e da

análise das alegações e das provas à luz do direito posto. De outro lado, a tutela processual (decorrente da cláusula do devido processo legal ou processo-garantia), que não se confunde com a jurisdicional, é a proteção conferida pela instituição-garantia “processo” às partes litigantes. (CARVALHO, 2020. p. 118-119)

Como dito, o ponto sensível do processo de execução, observada a doutrina garantista, está na possibilidade ou não do uso de medidas executivas atípicas, especialmente quando há consequências à pessoa. Araken de Assis (2020, p. 131) leciona que o pano de fundo no entorno das discussões acerca da possibilidade de uso das medidas executivas atípicas é uma discussão ideológica. De um lado, os que defendem maiores poderes para o juiz, em nome da efetividade; do outro, os que encaram as regras do processo como de direito público indisponível, de modo que somente sua plena observância é capaz de garantir às partes proteção contra os abusos do Estado. Sugere que “é preciso recorrer à teoria geral do processo para estabelecer o cabimento e adequação dos poderes executórios atípicos”. (ASSIS, 2020. p. 131)

Para o mestre gaúcho (em posição radical), criar e aplicar meio executório não previsto formal e detalhadamente encontra impedimento no artigo 5º, IV, da Constituição Federal, pois entende que o devido processo legal implica a prévia descrição minuciosa dos atos executórios, por se tratar de norma de direito público, que necessariamente observará o princípio da legalidade estrita. Desse modo, conclui que “é o que basta para pré-excluir criação e o emprego heterodoxo de meios executórios”. (ASSIS, 2020. p. 145) Prevalece, contudo, a possibilidade de técnica executiva por meios atípicos.

Muito embora o juiz possa determinar “todas as medidas” para fazer valer suas decisões, esse poder-dever não é ilimitado. Deve o Judiciário buscar o ideal da duração razoável do processo, que, diga-se de passagem, é um imperativo garantista, enquanto tutela contra a frustração (GRECO, 2008. p. 48), resguardando e atendendo aos direitos do credor, mas pautado em plena atenção aos direitos fundamentais do devedor, dentro da perspectiva da execução. Neste sentido:

É evidente que o Estado de Direito contemporâneo não pode se omitir diante de qualquer situação de opressão.

Daí a necessária condução do processo pelo juiz, para que o seu tempo de duração não seja um castigo para quem tem razão, mas apenas o que necessariamente justifique o intervalo entre a postulação e a solução, apto a assegurar às partes o mais amplo exercício do direito de defesa. (GRECO, 2008. p. 48)

Não obstante as visões garantistas do processo, que nortearão os critérios para uso medido dos meios executivos, especialmente os atípicos, não se pode abandonar a ideia publicista de processo. “Sob o aspecto funcional, a “execução” é o meio adotado a fim de que se atinja a situação a que o direito tende com o comando desobedecido”. (TALAMINI, 2020. p. 781) O direito fundamental de acesso à justiça efetiva, como já foi dito, é base do estado de direito. Todos os escopos do processo jurisdicional perdem o sentido, caso ele, o processo, não seja efetivo.

A realização dos direitos fica comprometida, o que repercute em desconfiança da população nas instituições, principalmente no Poder Judiciário. (PAROSKI, 2006. p. 226) Ora, de que servirá uma decisão judicial não cumprida? E mais, a decisão judicial, ainda na concepção liberal, deveria servir concretamente às partes, em especial, a que teve certificado seu direito. Se ela não é cumprida, sua finalidade não foi atingida. Este tipo de decisão militará contra seus objetivos e contra a própria instituição, pois “não há dúvidas de que a censura expressada na sanção punitiva contra o desobediente também se presta a preservar a autoridade do Estado”. (TALAMINI, 2020. p. 786)

Faz cair em descrédito o Judiciário quando o processo não é efetivo, pois as notórias chicanas são uma vergonha para o sistema e para os juízes (DINAMARCO, 2009. p. 296); isso, porque “não só a classe jurídica, como a população leiga reclamam por uma atuação mais rápida, concreta e efetiva da jurisdição estatal.” (BORELLI; SOARES, 2012. p. 7) É que “tais litígios também repercutem na efetividade da jurisdição estatal, pois é um desprestígio para o Poder Judiciário não realizar praticamente um direito que foi por ele reconhecido”. (MARCACINI, 2017. p. 335.) E mais:

A deslealdade, o abuso de direito e a chicana processual, de fato, descredibilizam a prestação da Justiça, não só porque maltratam a parte adversa que sofre os seus efeitos, mas também porque prejudicam o Estado e a

própria sociedade, que acabam pagando o preço de ter uma prestação jurisdicional que perde tempo e dinheiro com atitudes desarrazoadas e absolutamente despropositadas, deixando-se de atender, nesse momento, pleitos legítimos. (CAPENA, p. 3)

Se o direito da parte, fielmente reconhecido e certificado, não é realizado pelo Poder Judiciário, o processo, para o credor, não terá nenhuma serventia. É justamente na superação das barreiras da efetividade, com atenção ao devido processo legal, que tem relevância o estudo do acesso à justiça para este trabalho, pois o processo executivo demonstra um grande gargalo no Poder Judiciário.

Para fazer valer o princípio da inafastabilidade da jurisdição, não se pode admitir que o Judiciário deixe de decidir (vedação ao *non liquet*). Para que haja acesso à justiça efetiva, o Judiciário deve utilizar de todos os expedientes disponíveis para entrega do bem da vida a quem faz *jus*, além de buscar novos meios para que o direito tutelado seja garantido. Nesse sentido:

O pleno acesso a esses meios também há que ser assegurado pela ordem constitucional, que deve zelar pela criação de instrumentos processuais que tenham aptidão de efetivamente realizar este propósito maior, de atuar pela manutenção da paz social, que se atinge quando se soluciona dentro de certos parâmetros de razoabilidade os conflitos jurídicos individuais e coletivos. (PAROSKI, 2006. p. 229)

Não há dúvidas de que está sendo negado acesso à justiça “quando o sujeito de um direito não alcança as portas dos tribunais” ou “quando a prestação jurisdicional é tardia ou falha” (SOUZA, 1996. p. 272), ou seja, quando o processo não entrega o bem da vida tutelado, pairando a injustiça. Impedir acesso à justiça efetiva por exaltação de direitos fundamentais do devedor não parece ser uma resolução adequada. Alguns de seus direitos básicos, especialmente de cunho patrimonial, devem ser relativizados em favor da efetividade e dos direitos do credor. Ora, a posição de devedor impõe contra si as medidas constritivas do processo executivo. Esta é a regra do jogo.



No sentido de refrear intuitos protelatórios, e coibir abusos do direito de defesa no processo executivo, deve-se buscar a efetividade da execução em detrimento da velha “cultura da procrastinação”, de modo que os meios de defesa do executado devem ser vistos com cautela. Não se está aqui a defender a supressão ou mesmo mitigação do direito ao contraditório e à ampla defesa no âmbito da execução, mas tão somente a alertar que não se devem tolerar abusos também – e principalmente – na via executiva. (LEONARDO, 2013. p. 174).

Sob este prisma, é possível dizer que o acesso à justiça efetiva, prevista na Constituição do Brasil, contempla a atividade satisfativa, determinando a entrega do justo ao jurisdicionado. Pois, justo, na perspectiva da execução, é quando o comando normativo da decisão é fielmente realizado ou, ao menos, quando o Estado faz uso dos mecanismos que lhe são possíveis. Para que se materialize o denominado direito fundamental à tutela executiva, ou ao acesso à justiça efetiva, Marcelo Lima Guerra propõe um sistema processual que tenha capacidade de entregar, integralmente, “qualquer direito merecedor de tutela executiva”. (GUERRA, 2003. p. 102) Desse modo, cabe ao Estado promover meios de superar as barreiras da inefetividade para que o acesso à justiça seja integral, proporcionando às partes o resultado desejado pelo direito material. (BEDAQUE, 2010. p. 49)

É nesse dilema, e na busca de espaços de interesses antagônicos, que devem ser respeitados os direitos do credor, assim como os do devedor. Quais, então, são os direitos fundamentais do executado que devem ser observados/garantidos, na perspectiva da execução, e sob o prisma do devido processo legal, já que não há indicativos expressos no Código de Processo Civil? A dificuldade é natural, decorrente da técnica adotada pelo Código, de uso de cláusulas abertas, mas diversos são os critérios apontados pela doutrina e por julgados de tribunais, quase todos relacionados à proteção da pessoa do devedor e ao uso das medidas executivas atípicas.

Eduardo Talamini (2020, p. 28), em acertado posicionamento, alerta que, se o Código estabelece diversos procedimentos executivos específicos, de acordo com a modalidade de execução, estes não podem ser desprezados. Não são meras sugestões de itinerário para o juiz. Parece soar mais definido, dentre os escritores que admitem a possibilidade de uso de medidas executivas atípicas

que, sem dúvidas, representa preponderância na doutrina, que estas têm caráter subsidiário em relação àquelas já previstas pelo legislador, para que se evitem abusos, notadamente em atenção à segurança jurídica.

Há firme entendimento no sentido de que os meios executivos atípicos são cabíveis apenas depois de esgotadas todas as formas previstas no sistema para efetivar as decisões, de acordo com a natureza da prestação exigida. Neste sentido é o enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - grupo de doutrinadores brasileiros que se reúne periodicamente para pensar o Direito Processual Civil, buscando dar correta interpretação às normas atinentes. Eis o texto:

Enunciado 12 FPPC. A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)

Daniel Amorim Assumpção Neves (2020, p. 645) entende que, para a concessão de medidas executivas atípicas, necessário se faz demonstrar a ineficácia do procedimento típico. Nos casos de execução por quantia, a atipicidade deverá ser subsidiária. Neste aspecto, surgem dúvidas acerca de quais os meios típicos deveriam ser testados para, depois, se fazer uso dos meios atípicos:

Quanto à subsidiariedade e/ou à excepcionalidade da atipicidade, não há explicação pormenorizada sobre o que deve ser compreendido acerca de esgotamento prévio e necessário dos meios executivos típicos, ou sobre a chamada ineficácia dos meios sub-rogatórios legalmente estabelecidos, antes de abrir as portas para a incidência de medidas executivas atípicas. Se por esgotar se deve compreender o uso de todas as espécies de penhora legalmente fixadas; se bastam os meios mais usuais, como BacenJud, RenaJud; se, ao contrário, é suficiente apenas a frustração de apenas um deles, de maneira que remanescem dúvidas quanto ao tema nesta perspectiva. (CARVALHO, 2020. p. 137)

É necessário o esgotamento das vias tradicionais da execução, como penhora, protesto, inscrição em cadastros de devedores, por exemplo. “Somente é possível cogitar a imposição de qualquer medida atípica depois de constatada a ineficiência das medidas típicas” (CAMARGO, 2020. p. 871), pois, “quando estiver diante de um caso em que a solução está expressamente posta no ordenamento jurídico positivado, o interprete/aplicador deve aplicá-la”. (GOUVEIA; BREITENBACH, 2016. p. 505) De modo a preservar em maior escala a previsibilidade das leis, parece crível o entendimento de que as medidas atípicas devem ser utilizadas preferencialmente de forma subsidiária, pois “o próprio legislador compreende a necessidade de se estabelecer previamente os expedientes executivos. Quando isso ocorre, cabe ao juiz seguir esse procedimento”. (MINAMI, 2019. p. 87)

No mesmo sentido, dando interpretação aos artigos 139, IV, e 536, §1º, do Código de Processo Civil, conforme o postulado da integridade, previsto no artigo 926 do mesmo diploma legal, conclui-se que a execução cujo objeto seja efetivação das prestações de fazer, não fazer e dar coisa que não seja dinheiro, em regra, é atípica, ao passo que, nas execuções por quantia, a atipicidade será subsidiária, o que se evidencia pela disposição do Código de Processo Civil de detalhar, em mais de cem artigos, o procedimento da execução por quantia certa. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2020. p. 336)

Outro ponto sensível da discussão envolvendo medidas executivas atípicas circunda a garantia do contraditório. Na visão de Luiz Henrique Volpe Camargo (2020, p. 868), diante das normas constantes nos artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil, não se pode haver, em nenhuma possibilidade, concessão de medida executiva atípica sem abertura do prévio contraditório. Para Eduardo Talamini (2020, p. 791), somente em casos de urgência o prévio contraditório poderá ser dispensado, posição encampada também por Daniel Amorim Assumpção Neves. (NEVES, 2020. p. 667) É neste sentido a parte final do já citado enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que admite a possibilidade subsidiária das medidas executivas atípicas, desde que respeitado o contraditório, ainda que diferido.

A questão mais problemática que envolve o uso de medidas executivas atípicas, arvorando de argumentos os autores garantistas, é a falta de prévia descrição dos possíveis métodos que poderá usar o juiz, havendo o

impedimento de aplicação da medida executiva pela observância da legalidade, do devido processo legal, além do contraditório. Pois medida executiva alguma poderá ser implementada “sem prévia cominação legal e sem que a parte tenha podido de defender adequadamente, bem como tenha tido oportunidade de contribuir para o resultado do processo”. (VIEIRA, 2020. p. 482)

Nessa perspectiva, a segurança jurídica repousa na garantia da previsibilidade, na legalidade estrita, que é inerente às medidas executivas tipificadas; logo, “para tentar evitar abusos de uma parte em relação a outra, detalha-se, quando possível, seu procedimento em lei”. (MINAMI, 2019. p. 53) Isso, porque:

A tipicidade dos meios executivos tem o condão de permitir que as partes do processo saibam exatamente quais os caminhos que podem ser percorridos pelo Poder Judiciário sobre os seus direitos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais. (MEDEIROS, 2020. p. 89)

Daí se extrai a necessidade de subsidiariedade e de prévio contraditório para uso de medidas não tipificadas, pois o executado saberá exatamente a medida que tomará o juiz caso ele não cumpra a decisão.

É fato que vigoram pela sistemática processual civil atual cláusulas gerais processuais executivas (texto normativo composto por termos vagos e efeito jurídico indeterminado, as quais reforçam o poder criativo da atividade do juiz, que decidirá acerca da realização do direito de acordo com o caso concreto), mas, para tanto, caberá à doutrina e aos tribunais elaborar e definir os critérios dogmáticos seguros para sua aplicação. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2020, p. 332-333) Sem dúvidas, recebendo informações de ordem garantista, mas sem afastamento da natureza publicista, ainda que reflexa, que tem o processo e, sobretudo, a jurisdição.

Se o devido processo legal é a amplificação do direito de acesso à justiça, de forma participativa e dialógica, toda medida que visa a promover esse acesso *antes* agrega adesivamente como um reforço da garantia *que* a ameaça em sua integridade. No mais, é a intenção de enclausurar ferramentas de satisfação prática dos direitos em estruturas inflexíveis que parece incompatível com o direito fundamental de acesso à justiça, além de apostar

demasiadamente na capacidade do legislador de antever todas as nuances da vida e regular a forma de resolvê-las. (DOUTOR, 2019. p. 54)

Parece um exagero a alegação, na visão garantista, de que a técnica legislativa utilizada gerou lei inconstitucional, pela falta da estrita previsibilidade da norma, que é de caráter aberto. Ora, a própria Constituição é permeada de cláusulas abertas e abstratas, como o apontado princípio do devido processo legal.

Não obstante, parece mais lógico e mais razoável entender, que o fato de o constituinte ter consignado expressamente em nosso Diploma Político valores como justiça e democracia, e princípios como o devido processo legal em concomitância com o direito de petição e com a cláusula de inafastabilidade do Poder Judiciário, já externa com clareza o seu desejo de oferecer ao povo brasileiro um instrumento profícuo de emancipação e pacificação social com justiça, que, para vingar, não pode depender exclusivamente de regulamentações legislativas. (GAGNO; BEDAQUE, 2009. p. 226)

Explica Glauco Salomão Leite (2007. p. 50-51) que “a presença de princípios jurídicos e cláusulas abertas nas Constituições proporciona uma maior liberdade na interpretação judicial, em razão do considerável grau de indeterminação e abstração dos seus enunciados”. Em se tratando de “normas de textura aberta e dotadas de plasticidade, será necessário definir seu conteúdo por meio de um processo interpretativo” (BARBOSA, 2014. p. 141), cabível ao Poder Judiciário e à doutrina.

Quanto ao artigo 139, IV, como se trata de texto normativo redigido como cláusula geral, contraposta por conceitos jurídicos indeterminados, como critérios abertos, a dificuldade doutrinária e dos tribunais consistirá em densificar esses critérios de forma racional, mediante construções dogmáticas e através de precedentes sólidos que permitam a universalização das exceções ao procedimento de expropriação. (ZANETI Jr., 2020. p. 881)

A cláusula geral executiva é norma que precisa ser concretizada pelo juiz, e isso se dá na aplicação ao caso em si, como em toda cláusula aberta. Assim, no caso das medidas executivas não seria diferente.

A existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 102)

Diante da natureza e das características inerentes às cláusulas abertas, é evidente que a interpretação – e, por consequência, a aplicação dessas normas – compreende a construção de argumento e de raciocínio jurídico mais apurado, “implicará um ônus argumentativo diferenciado para o juiz ao fundamentar e se valer da medida”. (STRECK; NUNES, 2006. p. 1-2) Neste ponto, reforça-se a necessidade de se primar pela fundamentação das decisões judiciais. (BORGES, 2019. p. 345)

Cabe aos juízes e tribunais o ônus argumentativo de demonstrar a respectiva adequação dessas medidas, oportunidade em que deverão fazer juízos concretos, explicitando as razões de decidir e as premissas da decisão, não só quanto ao seu desenvolvimento, mas também quanto à escolha das próprias premissas (art. 489, §§1º e 2º, CPC), com observância da estabilidade, coerência e integridade (art. 926, *caput*, CPC). Somente assim será possível garantir, através de dispositivos do Código, o controle intersubjetivo interno e externo da decisão exarada. (ZANETI Jr., 2020. p. 890)

Os critérios para utilização dos meios executivos são importantes para evitar abusos, especialmente por haver uma cláusula geral executiva, sendo inevitável a aplicação da medida pelo juiz. Apesar disso, não está o magistrado “autorizado a decidir exclusivamente de acordo com a sua vontade, já que o ato de decidir não equivale ao ato de fazer uma escolha”. (GOUVEIA; BREITENBACH, 2016. p. 506) Está no contraditório e na profunda fundamentação a segurança de que foram observadas as garantias processuais

das partes, ainda que seja atípica a medida em uso, como ensina Luciana Benassi Gomes Carvalho:

O contraditório e a fundamentação da decisão judicial que elege e aplica uma medida executiva atípica na execução de pagar quantia, outrossim, são vistos como pressupostos para a sua aplicação, assumindo caráter de verdadeiros critérios legitimadores, onde a decisão jurisdicional se legitima pelo procedimento. Logo, se o juiz, antes de deliberar, ouve as partes, lhes confere oportunidade de participação e influência, e, posteriormente, fundamenta analiticamente o seu pronunciamento, ele pode, no sentido de ter o poder, realizar inclusive o que não está previsto no procedimento legalmente estabelecido, em nome da efetividade dos direitos. O art. 139, IV, do CPC, teria dado carta branca para o juiz determinar as medidas aptas para tanto, mas uma carta branca que deve ser “*devidamente fundamentada*”, o que serve de obstáculo ao arbítrio. (CARVALHO, 2020. p. 147)

Muito embora haja outros parâmetros, como necessidade de contraditório ou vedação ao uso de medidas executivas proibidas por lei (MINAMI, 2019. p. 56), está na fundamentação a sustentabilidade da decisão e, nestes casos, deve ela ser mais profunda, polida, clara e detalhada, enfrentando todas as normas em jogo e justificando a opção pela medida executiva.

É dever do juiz fundamentar adequadamente as suas decisões, por imperativo do artigo 93, IX, da Constituição da República. A adequação da fundamentação está proporcionalmente relacionada à abertura que tem o julgador nas opções de decisão. Quanto mais aberta a cláusula, mais fundamentado deverá ser o ato. Apesar disso, não pode o juiz decidir as indeterminações dos meios executivos apenas pautado em suas convicções pessoais. (GOUVEIA; BREITENBACH, 2016. p. 507) Para evitar o pernicioso decisionismo – e julgamentos autoritários e arbitrários, não comprometidos com qualquer base teórica que os sustentem de maneira racional –, é necessário que “as decisões judiciais possam alcançar um nível de aceitabilidade geral”, pois “a decisão proferida não pode ser satisfatória apenas para quem a dita”. (GOUVEIA; BREITENBACH, 2016. p. 509-510)

Se o juiz elabora um sistema próprio, de verdades pessoais, à sua maneira, “vai obscurecer o sentimento de legalidade e afetar gravemente a

certeza e a segurança jurídica”. (SOUZA, 1996. p. 97) É imprescindível essa densa fundamentação das decisões jurisdicionais, de modo que se limite o poder do juiz (BORGES, 2019. p. 345); notadamente porque, para as cláusulas abertas, a segurança jurídica é “um dever de controle racional e argumentativo”. (ÁVILA, 2019. p. 269)

Marcus Vinicius Motter Borges lembra ainda que devem ser observados “o contexto sistêmico-normativo no qual a norma se encontra e a mensuração dos resultados da aplicação da norma e da verificação de precedentes judiciais acerca da norma”. (BORGES, 2019. p. 347) Não há dúvidas de que a norma em questão se volta à efetividade; logo, a cláusula geral executiva deve ser materializada em favor da efetividade, sem que, contudo, mitigue de forma desproporcional e desnecessária os direitos fundamentais do devedor da obrigação.

De forma menos acalorada, discute-se ainda se há necessidade de correlação entre a medida executiva e o objeto pretendido na execução. Para Luiz Henrique Volpe Camargo, (2020, p. 875) deve haver esta correlação. Em sentido oposto, Daniel Amorim Assumpção Neves (2020, p. 661-662) explica que estabelecer correção pode significar, em várias situações, a impossibilidade material de utilização de medidas executivas típicas e atípicas, em especial quando se tratar de título executivo extrajudicial, caracterizando inconstitucional distinção no tratamento dos exequentes. Exemplifica ainda o caso da prisão do devedor de alimentos e as *astreintes* relacionadas às obrigações diversas de pagar quantia, em que não há ligação entre as naturezas dos débitos e as medidas amplamente aceitas. E Maurício Pereira Doutor arremata:

Quando se pensa em medidas de indução, cuja missão não é gerar, por sua incidência, a satisfação direta do crédito, mas provocar a ação do devedor para a satisfação do crédito. Em outras palavras, o meio indutivo não tem, e nunca teve, o propósito de gerar patrimônio como consequência imediata da sua incidência. (DOUTOR, 2019. p. 99)

As medidas executivas, de nenhuma ordem, podem ter caráter sancionatório. Devem servir como meio para que o crédito seja realizado, de modo que, não havendo patrimônio, elas se mostram inaplicáveis. Com o



adimplemento do débito ou oferecimento de bens penhoráveis em valor suficiente à satisfação do crédito, deve a medida ser imediatamente cessada (CAMARGO, 2020. p. 865), pois “a execução não é um instrumento de vingança privada”. (NEVES, 2020. p. 648) Não deve servir apenas para fazer maldade.

Por essa razão, nos casos de medida executiva atípica, também é necessário que existam “indícios de ocultação ou blindagem patrimonial para não pagar o crédito”. (CAMARGO, 2020. p. 872) Sem a desconfiança de que há patrimônio, a medida seria despropositada (TALAMINI, 2020. p. 49); pois, se não há patrimônio, ao menos com suspeita de ocultação, a medida passa a ter caráter sancionatório.

Além disso, o núcleo essencial dos direitos fundamentais do executado deve ser preservado, não sendo possíveis medidas que proíbam o executado de frequentar cultos religiosos, que exponham o executado ao ridículo, ou que suspendam o direito de o executado trabalhar, por exemplo (CAMARGO, 2020. p. 873). Dessa forma, são vedadas medidas que tenham por finalidade humilhar o devedor pela sua condição. (NEVES, 2020. p. 656)

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2020, p. 368) apontam ainda diversos outros critérios negativos que o juiz deve observar, principalmente quando determinar medida executiva atípica, como, por exemplo, a proibição de que o juiz determine de ofício uma medida atípica, quando a lei determinar que cabe provocação da parte para aplicação de uma medida típica, além da proibição do juiz determinar, na condição de medida típica, uma medida executiva que a lei regule de outra forma.

Muito embora se destine à realização da sentença, “a resposta estatal institucionalizada precisa de controle”. (MINAMI, 2019. p. 69) Os excessos e o arbítrio judicial devem ser combatidos, de modo a preservar os direitos fundamentais do devedor, já garantidos em diversos institutos - como no sistema das impenhorabilidades, por exemplo -, preservando sobretudo a segurança jurídica e a justiça materializada na certeza do comando judicial. Estes últimos no topo de proteção da norma em comento, pois representam o acesso à justiça efetiva.

Cuidar ostensivamente dos direitos do credor, reconhecidos na sentença, não é violar abusivamente direitos do devedor. A posição de

inferioridade do devedor frente ao credor é natural do processo executivo. De fato, não pode haver uma proteção exagerada do devedor chegando a inviabilizar a efetivação do direito, o que caracterizaria impedimento de acesso à justiça completa.

De toda sorte, da mesma forma que os “meios executivos tipificados em lei podem trazer segurança ao jurisdicionado”, os “meios executivos ditados no caso concreto também”. (MINAMI, 2019. p. 169) Do contrário, a inefetividade subsistirá, trazendo consigo insegurança jurídica. Não havendo regramento próprio, especificado para resolução da pendência executiva, é situação que obriga o juiz a descobrir uma resolução para aquele caso, encerrando a incerteza e trazendo novamente a segurança que estava ameaçada. (SOUZA, 1996. p. 101)

Para que haja segurança nas decisões judiciais, é necessário que sejam elas cumpridas, preferencialmente de maneira voluntária. Quando não o são, para restabelecimento da confiança entre o cidadão e a ordem jurídica, e fazer valer o que determina o título, é imperioso que o Judiciário se mostre presente, assegurando a realização daquilo que foi entendido como justo na sentença, de modo a concretizar o mais pleno acesso à justiça efetiva.

Vistos os critérios gerais trazidos pela doutrina, é o momento de ver como se dá sua aplicação de forma ponderada, buscando equilíbrio entre as garantias de ambas as partes, e se a proposta deste trabalho, de utilizar a usucapião compulsória enquanto medida executiva, ultrapassa o filtro geral apresentado.

#### 4.5 O difícil equilíbrio entre o melhor interesse do credor e a menor onerosidade do devedor: a proporcionalidade da usucapião compulsória

Vislumbrada a possibilidade de, em termos gerais, caber ao magistrado fazer o uso de medidas executivas, inclusive atípicas, transcendendo os argumentos garantistas (em especial, de que esta técnica viola o devido processo legal), como visto no tópico antecedente, além dos chamados “critérios de admissibilidade”, se assim podem ser chamadas as garantias processuais gerais do devedor, como a subsidiariedade e o contraditório, deverá ser

observada ainda se é possível, à luz do caso concreto, a utilização da medida proposta.

Sem embargos dos mais diversos empecilhos apontados pela doutrina, em especial de ideologia garantista, pela vedação do uso de medidas executivas atípicas, é fato que tal discussão se esvazia quando se tem a usucapião compulsória enquanto uma medida executiva típica, desenhada, percebida e possibilitada por uma análise interpretativa do artigo 857 do Código de Processo Civil, cujo delineio se dará nos próximos tópicos.

Não existe, portanto, obstáculo, ao menos em tese, para o reconhecimento da usucapião compulsória enquanto medida executiva, à luz da doutrina do garantismo processual. E tal afirmativa é possível pelo fato de ser esta uma medida executiva típica, desmantelando a principal argumentação que sustenta aquela doutrina em sede de execução, em que a garantia da estrita legalidade emerge como expressão máxima do devido processo legal. Os problemas que lá existem (nas medidas executivas atípicas) não existem aqui (nas medidas executivas típicas).

É o momento de investigar se, no caso concreto, o credor poderá impor reconhecimento compulsório da propriedade sobre imóvel do devedor, adquirido por usucapião, mas em situação irregular, assim mantida com a finalidade precípua de afastar o bem da responsabilização patrimonial do proprietário.

É consenso doutrinário que são normas que regem o processo executivo os princípios do melhor interesse do credor e da menor onerosidade do devedor, aparentemente conflitantes, mas que devem ser compatibilizados, de acordo com a proporcionalidade, "impondo ao juiz uma atividade difícil, mas, ao mesmo tempo, indispensável à adequação do processo à complexidade e maturidade atingidas pela nossa civilização" (GAGNO; BEDAQUE, 2009. p. 230). Até porque "a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia". (ÁVILA, 2005. p. 188)

Decorre do direito fundamental de acesso à justiça efetiva o princípio da máxima utilidade da execução (do melhor interesse do credor ou do resultado), segundo o qual o processo executivo deverá dar a satisfação do credor de forma concreta, mediante obtenção de resultados materiais,

fisicamente tangíveis. (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 184) Relaciona-se estritamente com a noção de justiça efetiva apresentada e defendida neste trabalho. É que “o conjunto dos meios executórios tem o único objetivo de satisfazer o credor”, pois “uma execução é bem-sucedida, de fato, quanto entrega rigorosamente ao exequente o bem da vida”. (ASSIS, 2018. p. 125)

De forma expressa, o princípio da máxima utilidade da execução está no artigo 797 do Código de Processo Civil, que tem a seguinte disposição: “ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

Em contrapartida, ao princípio da máxima utilidade da execução há o princípio do menor sacrifício do executado (ou da menor onerosidade do devedor), insculpido no artigo 805 do Código de Processo Civil, segundo o qual “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Como não é finalidade do processo executivo a punição do devedor, a efetividade deverá ser buscada pelo caminho que lhe seja menos oneroso. (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 185-186) O princípio da menor onerosidade do devedor funciona como um temperamento da situação de vantagem que tem o credor, de modo que o impede de utilizar o meio que seja mais gravoso ao devedor. (NERY JÚNIOR; NERY, 2010. p. 1057)

Garantismo não significa meio menos gravoso ao devedor. O atual Código de Processo Civil determina que sejam utilizados os meios mais adequados à satisfação do crédito, em franca atenção ao melhor interesse do credor. O meio menos gravoso, portanto, é residual e pressupõe a existência de mais de uma possibilidade, de igual eficácia, para satisfação da obrigação.

É cláusula geral voltada a evitar abusos do exequente e “incide na análise da adequação e necessidade do meio - não do resultado a ser alcançado” (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 78-79), atributo este vislumbrado no princípio da máxima utilidade da execução.

Esse princípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exequente que, sem qualquer vantagem, possa beneficiar-se de meio executivo mais danoso ao executado - e não deixa de ser

uma concretização do segundo passo da proporcionalidade. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 111)

Se relativizada for a efetividade, este abrandamento deverá ser por motivo relacionado à segurança jurídica ou à dignidade da parte adversa, pois, em regra, “os meios executivos podem trazer desconforto do devedor sem significar, necessariamente, que uma ilicitude está ocorrendo”. (MINAMI, 2019. p. 36) Esse choque entre o princípio da efetividade da tutela executiva e o princípio da dignidade da pessoa humana, com ênfase no executado, é constante e comum, dada a natureza do processo de execução. (NEVES, 2020. p. 651) A bem da verdade, os meios executivos quase sempre botarão o devedor numa situação naturalmente desagradável, notadamente porque já há uma certificação judicial que lhe é desfavorável, servindo a função jurisdicional para fazer valer a força desse título.

Para que seja dada efetividade, portanto, é inevitável que se imponham restrições a direitos fundamentais do devedor que não cumpriu voluntariamente uma obrigação que lhe foi imposta pelo Estado-Juiz, ou pelo legislador, especialmente a direitos de ordem patrimonial. Um equilíbrio deverá ser buscado, mas com ênfase na efetividade.

Já foi visto que os direitos fundamentais não são absolutos, havendo restrições recíprocas entre eles, de modo a se buscar o que é razoável. É difícil de explicar o que é *razoável*, algo mais fácil sentir, sendo este um grande desafio do operador do direito, qual seja: conciliar as normas constitucionais em aparente conflito. A forma mais apropriada de fazê-lo é com base no princípio da proporcionalidade, técnica indispensável para, no caso concreto, validar ou não o uso de medida executiva, observando os interesses de ambos os envolvidos. Explica Hermes Zaneti Jr.:

Uma das maneiras de se reconhecer a inconstitucionalidade da norma é através do teste de proporcionalidade. A proporcionalidade está presente no arco do raciocínio executivo em diversos aspectos. Sem dúvida, contudo, sua maior expressão se dá no equilíbrio entre o princípio de que a execução se fará no interesse do exequente (art. 797, CPC) e o princípio da menor

onerosidade possível (art. 805, CPC). (ZANETI Jr., 2020. p. 888)

A proporcionalidade está intimamente ligada com o Estado de Direito. O exercício do poder, nessa forma de organização política, deverá dar-se sempre de forma limitada, mediante instrumentos de controle. Para alcançar a proporcionalidade, seu estudo deverá se dar sob o prisma da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para saber se a medida é adequada, deve haver uma relação empírica entre o meio utilizado e o fim a que se busca, de modo que se respondam às seguintes perguntas: o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público? (ÁVILA, 2005. p. 114) A medida serve ao credor?

O critério da adequação impõe que o juiz considere abstratamente uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 113)

É direito do jurisdicionado ter uma justiça completa, com decisão de mérito, mas que, além de tudo, seja ela efetivada, concretizando o acesso à justiça efetiva. Para essa realização, contudo, deverá o juiz fazer uso das medidas que se mostrem adequadas ao caso. Explica Eduardo Cambi (2009, p. 221) que “a adequação da tutela jurisdicional resulta da sua aptidão para realizar a eficácia prometida pelo direito material, sendo, para, tanto, indispensável conjugar, da melhor maneira possível, os valores da efetividade e da segurança”. Afinal de tudo “o meio há de servir para obter o bem”. (ASSIS, 2020. p. 144)

Respondendo aos questionamentos do teste de adequação, reconhecer a propriedade de um bem imóvel mediante usucapião já consumada parece ser meio adequado para realizar este fim da execução, que é a expropriação do patrimônio “escondido” nas sombras da irregularidade. Adequação significa dizer se a medida postulada serve para realizar os direitos de crédito e de acesso à justiça; se, de alguma forma, a providência que se pede

goza de aptidão para contribuir com a satisfação do crédito. (DOUTOR, 2019. p. 44-45)

Ainda que analisada a relação de adequação meio/fim sob o critério da correlação entre a medida e o que se busca, a usucapião compulsória está de acordo este entendimento, pois a prática destes atos executórios propostos será instrumento necessário para trazer o patrimônio do devedor à responsabilização das obrigações inadimplidas.

Do ponto de vista da necessidade, o trabalho é saber se há meios alternativos para que o fim seja alcançado ou se a medida é realmente necessária. (AVILA, 2005. p. 122-123) “Esse critério impõe um limite à atuação judicial, funcionando como uma espécie de contrapeso ao critério da adequação. Aqui, deve-se levar em conta a posição do devedor”. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 113) É preciso questionar se o devedor precisa passar por esta restrição, tendo à disposição outras possibilidades de realização do direito.

Vencido o primeiro teste, o passo seguinte consiste em verificar se o meio selecionado é *necessário*. E isso se faz mediante o confronto das alternativas para a realização do direito. O meio será necessário se, cotejado com outros igualmente eficientes, proporcionar o objetivo almejado com menor restrição ao direito fundamental oposto. (DOUTOR, 2019. p. 45)

Ora, tendo em vista que as medidas em questão não dizem respeito a punição, se faz necessário que, ao menos em tese, elas sirvam ao fim pretendido. (TALAMINI, 2020. p. 792) E não é só. É preciso ainda questionar, na perspectiva da menor onerosidade, se apenas esta medida serve; se existe apenas esta medida como possível, pois “nada justifica que o devedor sofra mais do que o necessário, em franca consagração do princípio da menor onerosidade, no artigo 805, do Código de Processo Civil”. (NEVES, 2020. p. 648) Não havendo mais de uma possibilidade de realização do crédito, pelo patrimônio do devedor, neste filtro, a discussão é esvaziada, pois não haverá a possibilidade material de equiparação das medidas.

As restrições deverão ser necessariamente no limite do que é indispensável, para que seja realizado outro direito fundamental e desde que

este outro direito fundamental tenha mais peso do que o direito que sofreu afastamento. (GUERRA, 2003. p. 165) No mesmo sentido, leciona Eduardo Talamini (2020, p. 31) que “as providências tomadas devem guardar relação de utilidade, adequação e proporcionalidade com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário”.

Não havendo outro patrimônio penhorável do devedor, de fato, a usucapião compulsória será necessária à expropriação e satisfação do crédito. Na hipótese de existirem mais bens penhoráveis do executado, observar-se-ão os critérios gerais do artigo 835 do Código de Processo Civil, que estabelece a ordem de preferência entre o patrimônio penhorável.

Já por proporcionalidade em sentido estrito, entende-se ser a comparação entre a importância da finalidade a ser alcançada com a restrição que se impõe ao direito fundamental mitigado. (AVILA, 2005. p. 123-124) A medida executiva não pode gerar para os direitos do devedor mais prejuízos em comparação com os benefícios aos direitos do credor. (NEVES, 2020. p. 653) Será proporcional quando as vantagens advindas da medida superarem as desvantagens do seu uso. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 113) “A medida apenas passará na fase final da *lei das colisões* se a importância da promoção do fim compensar a restrição ao direito fundamental”. (DOUTOR, 2019. p. 46)

No âmbito da execução civil, a doutrina extrai da CF/88, como já exposto anteriormente, um direito fundamental à tutela processual executiva efetiva, de modo que, tendo isso como premissa, sustenta que o magistrado não apenas pode, mas deve, com base no princípio da proporcionalidade, afastar toda e qualquer regra que sirva de obstáculo irrazoável à sua concretização, a partir da ponderação entre aquele direito fundamental que ampara o credor e os direitos fundamentais do executado, como patrimônio, liberdade pessoal etc. (CARVALHO, 2020. p. 142)

Não há dúvidas que a restrição natural que o devedor deverá sofrer é a perda do seu patrimônio para saldar seus débitos. Buscar e utilizar o simples reconhecimento judicial de uma situação já consagrada e sacramentada no tempo - a propriedade adquirida mediante usucapião -, não restringe bem



jurídico, senão a propriedade do executado. A vantagem que terá o exequente supera a desvantagem do executado, até porque a usucapião compulsória permitirá, sem grandes transtornos à pessoa do devedor, a realização da sentença, tão somente por meios de sub-rogação, sem imposição de atos a serem cumpridos pelo executado, o que poderia abrir um leque de discussão muito maior.

Acerca do teste da proporcionalidade, merece integral transcrição as explicações de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Tal exame requer juízo a respeito da proporcionalidade da aplicação do meio de indução ou de sub-rogação. Entre a técnica processual aplicável a determinado caso e a tutela jurisdicional objetivada existe uma inequívoca relação de meio e fim. Assim é, por exemplo, que a condenação, seguida de execução forçada, é o *meio* pelo qual se pode alcançar o *fim* tutela ressarcitória pecuniária. Ao fazer a ligação entre condenação, execução forçada e ressarcimento, o legislador infraconstitucional sopesou a adequação entre o meio e o fim, a necessidade do meio e a proporcionalidade em sentido estrito entre a realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais das partes. A mesma atividade se exige do juiz para variação do meio a ser empregado para obtenção da tutela ressarcitória em pecúnia. Tem de demonstrar, na motivação da decisão, as razões pelas quais) naquela circunstância em específico, (a) mostra-se adequado ordenar sob pena de emprego de medida de indução ou de sub-rogação (deve justificar por que esse meio leva à realização do fim), (b) oferece-se necessário ordenar sob pena de emprego de medida de indução ou de sub-rogação (tem de justificar por que esse meio é imprescindível para a ótima realização do fim) e ( c) revela-se proporcional ordenar sob pena de emprego de medida de indução ou de sub-rogação (precisa apontar a razão pela qual o alcance do fim fundamenta uma maior restrição à defesa daquele que deve cumprir a ordem). (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. p. 630-631)

Em linhas gerais, a medida executiva deverá respeitar “os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (art. 8º, CPC) e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução”. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2020, p. 341) De toda sorte, é no caso concreto que caberá ao juiz observar as vantagens e as desvantagens da

utilização daquela medida pretendida, tendo em consideração se a opção adotada criará restrições excessivas ao exercício de algum direito fundamental do executado. (NEVES, 2020. p. 652)

Na situação da usucapião compulsória, porém, todos os critérios são atendidos, notadamente porque o Judiciário utilizará meios para que o bem imóvel do executado sirva ao pagamento dos seus débitos, haja vista que, na execução tradicional, a propriedade consumada pela usucapião, que não foi processada (portanto, irregular na certificação), é invisível aos olhos da grande maioria dos credores. Nada mais necessário, adequado e proporcional do que a expropriação de bens penhoráveis para saldar débitos.

A usucapião compulsória não viola as condições necessárias para que a usucapião ocorra, devendo todos os seus requisitos estarem presentes. Respeita-se, como na regra geral, o mínimo existencial do devedor e as normas de impenhorabilidade e indisponibilidade de bens. O sujeito perde um bem a mais e não tudo o que tem. Busca-se patrimônio penhorável, de modo que não existem garantias que estejam sendo violadas. Essa medida executiva (usucapião compulsória) não vai além do aspecto patrimonial do devedor. Não há consequências à pessoa do devedor. Mostra-se muito menos gravosa do que diversas outras medidas executivas, especialmente as atípicas, podendo representar um importante meio de resolução das execuções.

#### 4.6 A penhora dos direitos de posse como alternativa à usucapião compulsória

Ao propor o estudo acerca da possibilidade de ação de usucapião compulsória, instituto que tem por requisito básico, em qualquer de suas modalidades, o elemento posse, é colocado em xeque se existe necessidade e utilidade deste reconhecimento judicial da propriedade, com o fito de expropriação do bem em favor da satisfação do crédito; isso, porque os direitos decorrentes do exercício da posse, salvo melhor juízo, podem representar valor econômico; logo, tornam-se passíveis de penhora, como qualquer outro direito que integre a responsabilidade patrimonial do devedor. A penhora dos direitos de posse é capaz de esvaziar o sentido de uma possível usucapião compulsória, pela qual o crédito seria satisfeito na propriedade? É a que se presta a análise deste tópico.

Segundo escólio de Araken de Assis (2019, p. 943), a penhora é um ato executivo “que afeta determinado bem à execução, permitindo a sua ulterior expropriação”. Traduz uma sujeição dos bens ao processo de execução (CARNELUTTI, 2000. p. 724), pela qual se “apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo”. (MOREIRA, 2012. p. 237) Enfim, é um ato de apreensão e depósito de bens para determiná-los ao pagamento do crédito. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 801)

Diz-se que o bem é empregado diretamente na satisfação do crédito quando o credor o adjudica ou dele usufrui até a quitação da dívida exequenda; é empregado indiretamente quando é o produto da alienação do bem (por iniciativa particular ou em hasta pública) que satisfaz o crédito. (DONIZETTI, 2017. p. 1287)

A penhora representa o primeiro ato da execução propriamente dita, no caminho da expropriação do bem do devedor em favor da liquidação da dívida frente ao credor. “A penhora, portanto, pode ser conceituada como o ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo”. (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 255-256) Mas não é só. Dos conceitos apresentados, diversos efeitos decorrem da penhora, tanto na seara do direito material, como no âmbito do direito processual.

Em regra, são ineficazes os atos de disposição do patrimônio de bem penhorado, pois, quando o Estado está expropriando um bem, toma do executado o poder que lhe era conferido de alienar, inerente ao domínio. Além disso, com a penhora, quando materializada no depósito, a posse mediata imprópria do bem passa a ser do Estado, podendo a posse imediata continuar sendo exercida pelo devedor ou por terceiro, por imperativo do artigo 840, §2º, do Código de Processo Civil. Por fim, o executado poderá ainda perder o direito de fruição da coisa penhorada, significando evidente limitação ao uso e ao gozo. (ASSIS, 2019. p. 945-948)

Em linhas gerais, são efeitos materiais da penhora:

- a) privar o executado, mediante o depósito, da posse direta dos bens penhorados, ou pelo menos alterar-lhe o título da posse, quando fique ele próprio como depositário (art. 666, § 1º, introduzido pela Lei nº 11.382);
- b) tornar ineficazes em relação ao credor penhorante (não nulos, nem anuláveis) os atos de disposição dos bens penhorados que porventura venha o devedor a praticar, permitindo que a atividade executiva continue a realizar-se sobre eles. (MOREIRA, 2012. p. 245)

Para Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 806), além dos efeitos materiais apontados por Araken de Assis e por Barbosa Moreira, de alteração do título de posse do executado e da ineficácia dos atos de disposição, acrescentam ainda a criminalidade dos atos lesivos ao bem penhorado que dificultem ou que frustrem os resultados da execução. E arrematam:

Os direitos do executado sobre os bens penhorados permanecem intactos, mas, em razão do vínculo processual que os afeta à execução, qualquer ato de disposição será ineficaz em relação ao credor exequente. Em alguns casos, perde o executado a posse direta da coisa penhorada. Se a penhora abranger frutos e produtos gerados pela coisa, o executado ficará despojado, por exemplo, do seu gozo. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 803)

Já do ponto de vista processual, o ato da penhora individualiza o bem no patrimônio do executado, estabelecendo que será sobre ele efetivada a responsabilidade do devedor; além disso, por confiar-se o bem a um depositário, emerge o efeito anexo do dever de sua conservação; faz ainda surgir direito de preferência para satisfação do crédito em favor daquele credor que levou o bem à penhora; e, por fim, permite o desencadeamento das técnicas de expropriação. (ASSIS, 2019. p. 948-950) Pela penhora, determinado bem se sujeita, de forma efetiva e especificamente à execução. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 801) Desse modo, os efeitos processuais da penhora são:

- a) individualizar o bem ou os bens (do devedor ou, excepcionalmente, de outrem) que vão suportar, *in concreto*, a responsabilidade executiva – suscetível de

abranger, *in abstracto*, a totalidade dos referidos bens, salvo as restrições legais (cf. art. 591);  
b) garantir o juízo da execução, assegurando, na medida do possível, a eficácia prática da atividade executiva (função cautelar da penhora, que nem por isso se reduz à condição de providência essencialmente cautelar);  
c) gerar para o credor, enquanto não se verifique a insolvência do devedor (art. 612, princípio), preferência no recebimento do produto da alienação dos bens, em relação a outros eventuais credores que só depois hajam conseguido penhorá-los. (MOREIRA, 2012. p. 245)

Em regra, são penhoráveis todos os bens do devedor, ou do responsável pelo débito, desde que estes representem expressão econômica. É que de nada servirá à execução a penhora de determinado bem que não tenha apreciação econômica. O ato seria inútil, pois numa expropriação nada seria extraído. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 810) Desse modo, é o agregado de bens com valor econômico que representa o patrimônio passível de penhora (CARNELUTTI, 2000. p. 701); logo, a penhora “poderá recair sobre todo e qualquer bem integrante da responsabilidade patrimonial do executado” (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 257), “salvo as restrições estabelecidas em lei (art. 789). Por restrições estabelecidas em lei devem-se entender os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis (art. 832)”. (DONIZETTI, 2017. p. 1287)

Responsabilidade patrimonial consiste na situação de sujeição à atuação da sanção. É a situação em que se encontra o devedor de não poder impedir que a sanção seja realizada mediante a agressão direta ao seu patrimônio. Traduz-se na destinação dos bens do devedor a satisfazer o direito do credor. (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 154)

Carnelutti (2000. p. 702) explica que um bem pertence a uma pessoa quando a esta corresponde-lhe um direito sobre este bem, ou seja, quando há “titularidade de um direito que tem por sujeito aquela pessoa. Este direito pode ser ou não ser o direito de propriedade; pode ser um *ius in re aliena*; pode ser um direito de crédito”. (CARNELUTTI, 2000. p. 702)

Todos os bens que formam o patrimônio do executado, salvo as restrições legais das impenhorabilidades e indisponibilidades, devem servir à

satisfação do crédito exequendo, mas o Código de Processo Civil, em seu artigo 835, estabelece uma ordem de preferência dentre os bens penhoráveis (obviamente quando existe mais de um), dos quais, para este trabalho, recorta-se o inciso V (bens imóveis) e o inciso XIII (outros direitos). Sobre a ordem de preferência, destaca Daniel Amorim Assumpção Neves que:

O art. 835 do Novo CPC regulamenta a ordem de preferência da penhora, de forma que, havendo diferentes bens no patrimônio do executado e não sendo necessária a penhora de todos eles, alguns preferem a outros, conforme a ordem estabelecida pelo legislador. É evidente que a ordem de penhora é tema que só tem relevância diante da pluralidade de bens passíveis de serem penhorados, porque, sendo necessária a penhora de todo o patrimônio penhorável do executado ou só havendo um bem em seu patrimônio, a questão da ordem de penhora torna-se irrelevante. (NEVES, 2016. p. 1329)

Como dito, a ordem é de preferência, não sendo, portanto, obrigatória a sua obediência, salvo a penhora em dinheiro, que é prioritária, nos moldes do artigo 835, §1º, do Código de Processo Civil, revogando com isso o enunciado nº 417 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que tem a seguinte disposição: “na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 917)

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 856-857) discordam de que o enunciado da Súmula tenha sido revogado, pois vislumbram sua aplicabilidade, mediante reconstrução, de acordo com o Código de Processo Civil atual, apresentando quatro situações em que o dinheiro pode ser preterido na ordem de penhora, quais sejam:

- i) o credor escolhe outro bem a ser penhorado - e essa escolha não se revela abusiva, nos termos do art. 805 do CPC;
- ii) há negócio jurídico processual que defina previamente o bem a ser penhorado (típico, como nos casos do art. 835, § 3º, CPC182 - créditos com garantia real; ou atípico, com base no art. 190 do CPC)183;

- iii) o executado oferece fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor 30% superior ao crédito (art. 835, § 2º, CPC) - a lei equipara o dinheiro a essas duas garantias para fim de penhora<sup>184</sup>;
- iv) o credor exerceu direito de retenção sobre um bem, que deve ser o penhorado nos termos do art. 793, CPC.

A despeito da discussão acerca da penhora de dinheiro, em especial de sua preferência sobre os demais bens, o tema não apresenta repercussão neste trabalho, razão pela qual não haverá maior aprofundamento. No que importa ao estudo, explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, na mesma linha de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016. p. 1329), que a ordem estabelecida de preferência de bens penhoráveis somente não deverá ser seguida em casos excepcionais, por motivo justificado. É que “a ordem leva em consideração a maior facilidade de conversão do bem em dinheiro - por isso a penhora em dinheiro é preferencial - e a menor onerosidade da execução (art. 805, CPC)”. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 856)

A parte autora tem direito à indicação de bens à penhora na ordem legal. O direito brasileiro adotou a técnica da execução por grau: ou por ordem (art. 835, CPC), haja vista o fato de que só se passa a cogitar da penhorabilidade de bens de determinada classe para constrição depois de exaurida a possibilidade de penhora sobre aqueles da classe imediatamente precedente. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 917)

Havendo bem passível de penhora, o ato é aperfeiçoado por meio de termo ou auto de penhora, este lavrado por oficial de justiça, enquanto que aquele, através de ato do escrivão, por força do artigo 838, do Código de Processo Civil. Para os efeitos que se esperam do ato, não há diferenciação entre quem o praticou, como ensina Elpídio Donizetti:

A rigor, na essência não se distingue entre penhora por oficial de justiça e penhora por termo nos autos. A diferença reside apenas no sujeito processual incumbido da prática do ato, bem como no lugar onde é praticado. A penhora por oficial de justiça é efetuada no lugar onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou

guarda de terceiros (art. 845) e a documentação se dá por meio de auto (art. 839), lavrado pelo oficial de justiça. A penhora documentada por meio de termo, que é lavrado pelo escrivão, efetiva-se em cartório, nos casos em que não há necessidade de ir ao local onde os bens se encontrem. (DONIZETTI, 2017. p. 1310)

A penhora poderá ainda ser realizada mediante apreensão e depósito de bens, por inteligência do artigo 839, do Código de Processo Civil, devendo ser realizada, em regra, pelo oficial de justiça, “a quem compete, não dispondo a lei de outro modo, realizar, mediante determinação do juiz, os atos executivos”. (MOREIRA, 2012. p. 259) “A apreensão pode ser direta, com a concreta remoção ou desapossamento, ou indireta, com o bem permanecendo com o devedor, embora vinculado à execução”. (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 257) Já o depósito é ato que integra a penhora, “pelo qual se incumbe alguém da guarda e conservação dos bens penhorados, transferindo-lhe a posse (mediata ou imediata) de tais bens”. (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 277) Penhora e depósito, portanto, são atos distintos: “considera-se realizada a penhora com a documentação da constrição (art. 838, CPC). A finalidade da penhora é afetar o bem à atividade executiva. O depósito consiste em ato complementar à penhora” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 921), relacionado aos deveres de guarda da coisa.

Visto um panorama geral acerca da penhora, estabelecem-se duas premissas que permitirão o avanço e especificação do estudo: a primeira delas é que todo bem e qualquer direito que represente valor econômico estão passíveis de penhora, além de que, em segundo lugar, há uma ordem de preferência entre os bens penhoráveis, determinando que os bens imóveis devem ser penhorados primeiro, em relação aos “outros direitos” de titularidade do devedor.

Quanto à primeira proposição, é caso de analisar se os direitos de posse representam valor econômico. Nem sempre a afirmativa será verdadeira. As questões relativas à posse foram tratadas no item 1.3.1., da quais, para este momento, se faz necessário relembrar que nem toda posse induz a aquisição da propriedade pela usucapião. Muito embora a posse seja um direito, como sustentado por Ihering (2004, p. 29), Orlando Gomes (2012. p. 39-40) e Manuel



Rodrigues (1981. p. 37), não é toda posse que traduz valor econômico. Basta lembrar da posse injusta, por exemplo.

Se posse é um direito, é de natureza pessoal, porquanto o legislador do atual Código Civil não a lançou na condição expressa de direito real, motivo pelo qual, em regra, ela não está passível de registro imobiliário. (TREVELIM, 2014. p. 78) Apesar disso, não se pode negar a potencial valoração econômica da posse, notadamente num país em que metade dos imóveis urbanos apresentam situação de irregularidade registrária, sendo *transferidos*, em sua grande parte, mediante contratos verbais e instrumentos particulares, desprezando, portanto, as questões do domínio.

Nesta direção, sobre a possibilidade de penhora dos direitos decorrentes da posse, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 901906, entendeu que, nos casos de condomínio irregular, é possível a penhora de direitos de possuidor, ressaltando que “a penhora não recairá sobre a propriedade do imóvel, mas sobre os direitos possessórios que o devedor tenha”. Segundo o Ministro João Otávio de Noronha, relator do processo, reconhecendo a realidade de irregularidade imobiliária que assola o país:

Não se pode olvidar que os detentores das frações localizadas nessas áreas irregulares possuem direitos sobre elas e as têm negociado, conferindo-lhes expressão econômica. Conquanto não se permita a compra e venda de frações ideais de loteamentos irregulares, os direitos possessórios sobre o imóvel podem ser objeto de negócio jurídico.

A posse que representa valor econômico, por ser um direito, está passível de penhora. Os principais direitos que emergem da posse são o direito à usucapião, assim como o direito de ajuizar ações possessórias. Além disso, a posse exercida com justo título e boa-fé, por sua vez, garante direitos inerentes às benfeitorias e acessões. Pode-se extrair valor econômico também da posse que caminha no sentido de uma usucapião, de boa-fé e com justo título, por exemplo, mas que ainda não tenha sido exercida no tempo legalmente exigido para a aquisição da propriedade. A posse que não transmudou a propriedade pela usucapião terá representação econômica nestas situações.

Se ela já consumou a usucapião, contudo, terá igual importância a qualquer outra situação em que a figura do proprietário e a do possuidor coincidem sobre a coisa. Não há razões para diferenciar a posse do proprietário irregular da posse do proprietário regular, ainda mais quando o motivo da irregularidade é a intenção deliberada de não saldar dívidas.

É fato que posse e propriedade são direitos distintos. Possuidor é aquele que, de fato, exerce algum dos poderes inerentes à propriedade (usar, gozar, dispor e reaver a coisa), na previsão do artigo 1.196 do Código Civil. Logo, posse é conteúdo de exteriorização do exercício da maioria dos direitos reais, destacando-se aqui a propriedade. (VENOSA, 2010, p. 39) Por sua vez, o conceito de propriedade não está expressamente no Código Civil, pois o artigo 1.228 trata das faculdades que tem o proprietário, de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. A posse é a externalização do poder que a lei garante ao proprietário, que é o senhor da coisa. (MELLO, 1964. p. 95) Enquanto a posse é o poder de fato, a propriedade é o poder de direito sobre a coisa. (GOMES, 2012. p. 33)

Pois bem, não faz sentido algum penhorar os direitos de posse do proprietário de um imóvel que esteja registrado em seu nome; de igual modo, por que se penhorariam os direitos de posse do proprietário de um veículo, por exemplo? Não se justifica, portanto, a penhora dos direitos de posse de um proprietário de imóvel, em detrimento da penhora da propriedade, somente pela condição de irregularidade registrária. Poderia até se defender a penhora do direito de receber aluguéis, por exemplo, como medida de emprego direto do bem para satisfazer o crédito, mas isso serviria tanto para imóveis regulares, como também para imóveis irregulares.

Ademais, deve ser lembrado que o fenômeno da usucapião já deu a propriedade ao sujeito, que, como já foi visto, não precisa praticar mais nenhum ato para ser proprietário do bem, dada a natureza declaratória da ação de usucapião, estudada no tópico 2.4. Se ele é proprietário, não há motivos para penhorar tão somente sua posse, que tem valor agregado bastante inferior ao da propriedade.

Poder-se-ia ainda sustentar que o credor sub-rogar-se-ia no direito de possuidor do devedor sobre certo imóvel, somando sua posse à dele e com isso

promovendo, em seu nome, a ação de usucapião (na forma do artigo 1.243, CC), como ocorre nos casos de penhora de direitos:

Recaindo penhora sobre direito e ação (art. 835, XIII, CPC) do executado, e não sendo oferecidos embargos (ou impugnação, no cumprimento da sentença) pelo executado (ou sendo eles rejeitados, com ou sem exame do mérito), o exequente ficará sub-rogado no direito penhorado, até o limite do seu crédito (art. 857, caput, CPC/2015) - o que o autoriza promover contra o terceiro a ação que tinha o seu devedor. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 887)

O credor, nesta hipótese, só poderá agregar sua posse à do devedor se ainda não estiver consumada a usucapião. Depois disso, haverá não só posse, mas também propriedade em favor daquele devedor. Desse modo, um novo prazo para usucapir teria início, para uma nova usucapião em favor do credor, algo que não lhe seria vantajoso, pois o credor não seria proprietário do bem, mas mero possuidor do imóvel, e com prazo para usucapir recentemente deflagrado.

É de se admitir a penhora dos direitos de possuidor; no entanto, as qualidades desta posse são imprescindíveis para viabilizar e precificar sua representação econômica. A posse exercida sem justo título por dois anos parece ter menos valor do que uma posse exercida com justo título há 04 anos, por exemplo. Inevitável é uma detalhada análise das circunstâncias deste direito, sendo indispensável grau mais profundo de cognição nestes aspectos.

E se o imóvel está registrado em nome de terceiro, como ficaria a situação do titular do domínio, no caso da penhora de direitos sobre a posse? Seria outra questão que abriria um grande leque de discussão. A penhora dos direitos de posse não é uma solução simples e que possa substituir a penhora da propriedade de bem imóvel.

A penhora dos direitos da posse só tem utilidade quando não for possível a penhora da propriedade. A ordem de preferência insculpida no artigo 835 do Código de Processo Civil confirma esta afirmação, na medida em que a existência da propriedade pretere a penhora de direitos. Ora, a posse é um dos elementos da propriedade, de modo que, se há penhora da propriedade,

consumada pela usucapião, então a posse, naturalmente, deverá ser transmitida àquele a quem o bem for destinado após a expropriação.

Não é que a penhora dos direitos de posse seja impossível, mas ela só apresenta relevância quando traduz valor econômico dissociado do direito de propriedade, como nas questões inerentes às acessões e benfeitorias, por exemplo, ou então quando ainda não estiver consumada a usucapião, situação em que poderá haver soma da posse do devedor com a que será exercida pelo credor, para cumprir este requisito para aquisição da propriedade.

Além do mais, para a penhora da propriedade de imóveis, não se exige averbação no registro imobiliário, por mais que este ato seja importante, em razão de gerar presunção absoluta de conhecimento da penhora por terceiros, na forma no artigo 844 do Código de Processo Civil. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 805) Havendo matrícula imobiliária, a penhora da propriedade poderá ser efetivada por termo, com apresentação de certidão, “não sendo esta apresentada, torna-se necessária a lavratura de *auto*” (MOREIRA, 2012. p. 241), mas não se inviabiliza o ato.

#### 4.7 Uma análise interpretativa do artigo 857 do Código de Processo Civil

Não é suficiente, nem justificável, (apenas) a penhora dos direitos que decorrem da posse, quando há propriedade adquirida pelo devedor, em decorrência da usucapião. O Código Civil não confere tratamento diferenciado para cada modalidade de aquisição de imóveis, de modo que a penhora deverá recair sobre a propriedade, conferindo maior segurança ao credor na solução da crise do inadimplemento. É que, em termos de domínio, o registro do título, por exemplo, confere ao titular a mesma propriedade que a usucapião o faz. Não há razão, portanto, para nenhuma distinção quanto à penhorabilidade do bem a partir da sua forma de sua aquisição e/ou condição de regularidade ou não. O que está passível de penhora e expropriação é a propriedade, depois de certificada sua aquisição.

Não restam dúvidas de que, havendo bem imóvel de propriedade do devedor, salvo as regras de impenhorabilidade e indisponibilidade, deverá ele servir à satisfação do crédito em eventual execução. A questão ganha uma pitada de complexidade quando o devedor sabe da existência do bem, mas não

consegue prová-la da maneira ordinária, que seria pela apresentação de certidões do registro geral de imóveis; isso, porque a propriedade foi adquirida mediante usucapião não reconhecida formalmente, por omissão do devedor/proprietário.

Apesar da irregularidade na titularidade do bem, se há débito e há patrimônio, o sistema jurídico tem de apresentar soluções para esta questão, pois, se de um lado o executado não poderá ser constrangido à promover ação para reconhecimento da usucapião, mantendo-se omissivo, ainda mais de forma proposital para não saldar a dívida, do outro lado não poderá o credor ser alijado do seu direito de receber o que lhe é devido pela referida omissão do executado, deliberada, no intuito de manter-se inadimplente ou até mesmo por simples comodismo. A situação de irregularidade da propriedade deverá ser superada em favor do direito fundamental de acesso à justiça efetiva.

Deve ser ressaltado, mais uma vez, que é pressuposto deste trabalho a existência de um patrimônio imóvel do devedor, enquanto propriedade, (e não meros direitos decorrentes da posse) e, por essa razão, devem ser buscados, no sistema jurídico, mecanismos pelos quais seja transposta a dificuldade oriunda da omissão na regularização da propriedade pelo devedor que adquiriu o bem através da usucapião. Do contrário, se o Poder Judiciário falhar nessa expropriação, inexistirá acesso à justiça efetiva, pois é como se aquele bem não pertencesse ao devedor, ou como se o imóvel simplesmente não existisse, nos dizeres de Carnelutti:

Não basta, para que o processo executivo tenha êxito, que o patrimônio do devedor ser conserve; é necessário, além disso, que seja *ostensível*, no sentido de que não se oculte a existência ou pertinência dos bens. Se estes existirem e pertencerem ao devedor, mas o órgão judicial não conseguir encontrá-lo em seu patrimônio, é como se não existissem. (CARNELUTTI, 2000. p. 713)

A existência de patrimônio penhorável do devedor é informação suficiente para justificar a realização do ápice da execução e a busca de mecanismos para alcance desta finalidade. Se o bem é *invisível* aos olhos de quem o procura pelos meios mais comuns, por qualquer que seja a razão, não deve o ser perante o sistema jurídico como um todo, que deverá disponibilizar

às partes mecanismos pelos quais a *justiça da execução seja feita*, concretizando integral prestação jurisdicional que, na perspectiva do exequente, se relaciona estritamente com efetividade.

No tópico antecedente, ficou evidenciado que a penhora dos direitos de posse não representa uma solução adequada ao credor quando existe propriedade do mesmo bem recaindo na pessoa do devedor, notadamente porque os direitos que decorrem da posse terão valor econômico passível de penhora apenas quando desatrelados da propriedade, ou seja, somente nas hipóteses em que não for possível a expropriação da propriedade é que se justifica a penhora dos direitos de posse, o que evidentemente não é o caso. A propriedade precede aos demais direitos, em termos de preferência na penhorabilidade, o que também deve ser levado em conta.

O problema da execução frustrada, em boa parte, é um problema de penhorabilidade, quase sempre decorrente de falta de patrimônio. Não é a situação em estudo. Em momento algum pode se afastar da premissa já firmada, de existir bem penhorável do executado. O que está sendo buscado compreende a esfera patrimonial disponível deste devedor. Muito embora, pela condição jurídica em que se encontre o bem, existam dificuldades para expropriação, estas não podem e não impedem a atividade executória. Havendo patrimônio penhorável, mesmo com perturbação ou dificuldade na execução, o bem deve servir à satisfação do crédito, como bem explica Araken de Assis:

Existem certos bens (*corpus* e *genus*) que comportam apreensão e entrega ao exequente independentemente da participação do executado. E isso, porque o meio executório ataca o patrimônio do executado, em razão do princípio da responsabilidade patrimonial (art. 789). Assim, a inércia do executado, ou a respectiva resistência (art. 486), dificultam e perturbam a atividade executória, mas não a impedem, existindo patrimônio (bens corpóreos e incorpóreos). (ASSIS, 2020. p. 143)

Os empecilhos devem ser, portanto, ultrapassados em favor da efetividade, corolário do direito fundamental de acesso à justiça.

Foi abordado no Capítulo 02 que, para o reconhecimento da aquisição da propriedade pela usucapião - certificação -, necessário se faz promover um processo administrativo ou judicial, dando conta do preenchimento de todos os

requisitos inerentes a uma das espécies pleiteadas. Certamente que, nestes casos, de eventual usucapião compulsória, o reconhecimento extrajudicial se mostra incompatível quando houver a natural recusa do executado na existência do patrimônio.

O fato é que alguém terá de promover a ação judicial para, de maneira imposta, forçada, reconhecer a aquisição da propriedade pelo executado, viabilizando a penhora e expropriação do bem em favor do exequente. E está justamente na legitimidade ativa, sem dúvidas, o ponto mais delicado deste trabalho. Cabe estudar se poderá o credor promover ação de reconhecimento da usucapião de imóvel do devedor para ver satisfeito o seu direito no referido bem, cuja propriedade fora adquirida por usucapião, revelando o ato medida executiva típica sub-rogatória, pois haverá substituição da vontade do executado na promoção da ação de reconhecimento de usucapião, que passaria a ser compulsória.

Se o devedor não tem dinheiro, mas tem patrimônio suficiente para responder pela dívida (imóvel adquirido por usucapião), por mais que ele não seja obrigado a transformar seu patrimônio em moeda ou em resolver a certificação da aquisição da propriedade pela usucapião, “essa transformação, mais fácil é providenciá-la diretamente, mediante os vários meios executivos expropriatórios” (TALAMINI, 2020. p. 51), os quais ocorrerão independentemente de qualquer ato advindo do executado, pois este ocupará uma posição de sujeição.

Referida solução, para penhora da propriedade adquirida por usucapião, mas sem a certificação dessa aquisição, pode ser extraída por análise interpretativa dos artigos 835, XIII e 857 do Código de Processo Civil. O primeiro, já estudado, autoriza a penhora sobre qualquer direito do devedor (respeitadas as regras de impenhorabilidade), ao passo que o segundo, o artigo 857, determina que, na hipótese em que a penhora é feita em algum desses direitos do executado, o exequente ficará sub-rogado nestes até a concorrência de seu crédito.

Para superar a questão da legitimidade ativa na propositura da ação para reconhecimento da usucapião compulsória, até porque não se tem certificação da existência da propriedade, o que inviabiliza a quitação do débito, imperioso se faz, ao menos inicialmente, a penhora da situação jurídica do

devedor. O direito que decorre da alegada propriedade, na exata condição em que se encontra, sujeitar-se-á à penhora, sendo conferido ao credor a possibilidade do reconhecimento forçado da usucapião para então ver liquidada a obrigação com a penhora e expropriação do bem imóvel, em caso de procedência do pedido principal no processo de usucapião.

Ensina Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho (2008, p. 42), na esteira de Marcos Bernardes de Mello, que situação jurídica é toda eficácia (potencialidade de gerar efeitos jurídicos) de um fato jurídico, sejam efeitos jurídicos ou consequências jurídicas. O referido autor aponta como exemplos de situação jurídica o fato de alguém ser sujeito de direito, bem como a própria relação processual. Ora, decorre do ato-fato jurídico, que é a usucapião, um efeito, traduzido na aquisição da propriedade imobiliária, garantindo ao seu titular a situação jurídica processual de requerer ao juiz ou ao registrador de imóveis o reconhecimento desta usucapião.

É justamente essa situação jurídica, a posição do executado quanto à alegada usucapião, que deverá ser penhorada, o que é suficiente para autorizar o credor a promover a ação de usucapião que tinha direito o seu devedor (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 887), por imperativo do artigo 857 do Código de Processo Civil, pois, realizada a penhora em direito do executado, o exequente ficará sub-rogado nos direitos daquele, até a concorrência de seu crédito.

Neste mesmo sentido, mas tratando da hipótese de penhora de outro direito sobre imóvel, ensinam Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 887) que, nas situações de penhora de direitos decorrentes de promessa de compra e venda, o exequente sub-roga-se no direito do executado à aquisição do imóvel, sendo-lhe facultado o ajuizamento de eventual ação de adjudicação compulsória no lugar do seu devedor. Explicam os autores que a referida sub-rogação é quanto à legitimação *ad causam*, tendo em vista que o credor então exequente assumirá a legitimação que antes era conferida ao executado.

Tanto é assim que há o § 2º do art. 857. No caso em que o credor exequente *não* recebe o crédito do terceiro devedor - ou o crédito recebido não promove satisfação integral, a sub-rogação não o impede de prosseguir na execução, nos



mesmos autos, penhorando outros bens do devedor executado. (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 888)

Penhorável é a situação jurídica, a potencialidade de gerar efeitos jurídicos, que emerge da alegação da usucapião, embora esta ainda não esteja reconhecida. Com a penhora dessa situação jurídica, o reconhecimento da usucapião poderá se dar incidentalmente à execução. Penhora-se pela mera afirmação de ter o devedor usucapido o bem, sem que haja o reconhecimento, certificação esta que deverá ser buscada pelo próprio credor, a quem é conferida legitimidade para tanto, quando este optar pela sub-rogação no direito penhorado, na forma do artigo 857, §1º, do Código de Processo Civil. Se ordinariamente o devedor tem legitimidade para requerer o reconhecimento da usucapião, na hipótese de haver a penhora e sub-rogação dessa sua situação jurídica, a referida legitimidade passará a ser do credor.

Legitimidade é uma situação jurídica (GOUVEIA FILHO, 2008. p. 42), traduzida no poder conferido pela lei para que alguém possa provocar a atividade jurisdicional (DIDIER JR., 2015. p. 343), tem a ver, portanto, com pessoas. “É a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda” (NEVES, 2016. p. 44), relaciona-se, portanto, à titularidade ativa e passiva da ação. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017. p. 182) No polo ativo, é uma “identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece” (CHIOVENDA, 1998, p. 279), em suma:

a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei (“situação legitimante”; “esquemas abstratos”; “modelo ideal”, nas expressões normalmente usadas pela doutrina); b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida. (DIDIER JR., 2015. p. 344)

Diz-se que a legitimidade será ordinária quando o legitimado é aquele que está em juízo defendendo seus próprios interesses, “quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do juiz” (DIDIER JR., 2015. p. 344), ou seja, quando houver

“coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo” (NERY JÚNIOR; NERY, 2018. p. 128), de modo que, em regra, “somente o titular do alegado direito pode pleitear em nome próprio seu próprio interesse”. (NEVES, 2016. p.44) Será extraordinária, contudo, a legitimidade “quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do órgão julgador”. (DIDIER JR., 2015. p. 345) É quando o sujeito que “tem legitimidade para estar no processo como parte não é o que se afirma titular do direito material discutido em juízo”. (NERY JÚNIOR; NERY, 2018. p. 128)

Na usucapião compulsória, com a sub-rogação da situação jurídica do executado, haverá legitimidade extraordinária do credor para promover demanda visando o reconhecimento da aquisição da propriedade. Em seu nome, o credor promoverá a ação incidental para que seja certificada a aquisição da propriedade em favor do seu devedor, ou seja, terá o exequente a legitimidade para estar em juízo, mas não se afirmará proprietário do bem, condição ocupada pelo executado.

Poder-se-ia discutir, inclusive, que, independentemente da penhora da situação jurídica do devedor, há legitimidade do credor para promover a ação de usucapião.<sup>6</sup> Além disso, o artigo 18 do Código de Processo Civil, que recebeu nova redação, em relação ao dispositivo correlato do código antecedente, determina que a legitimação extraordinária não decorre mais apenas da lei e sim de todo o ordenamento jurídico, no qual se inclui, sem dúvidas, a decisão judicial (DIDIER JR., 2015. p. 350), fato este que viabilizaria outras possibilidades de legitimação extraordinária, até mesmo enquanto medida executiva atípica, tema que caberia noutro estudo.

---

<sup>6</sup> Araken de Assis (2015, p. 88) ensina que essa legitimidade extraordinária decorre de motivos de conveniência, bastando haver alguma ligação entre a relação jurídica a qual pretende o substituto, com a que o atrela ao substituído, podendo obter para este uma vantagem. Quitar a dívida é, sem dúvidas, uma posição de vantagem também para o executado. Por essa razão, a capacidade processual deverá ser apurada de acordo com a relação jurídica em discussão (MARCATO, 2021. p. 15), com o direito material deduzido em juízo - aferível, portanto, de maneira casuística. (DINAMARCO; LOPES, 2018. p. 166) Em demandas declaratórias, como nas ações de usucapião, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2018, p. 110) que o interesse em questão é processual, uma das condições da ação, que configura na necessidade que tem o autor de vir à juízo e na utilidade que a medida buscada poderá lhe proporcionar. Como se não bastasse, o próprio sistema jurídico determina que terceiros, desde que interessados, têm legitimação para alegar prescrições (artigos 191 e 193 do Código Civil), o que se aplicaria às ações de usucapião. (ARAÚJO, 2015. p. 199)

Para usucapião compulsória, a sub-rogação da situação jurídica do devedor, quanto aos direitos inerentes ao imóvel usucapido, se mostra suficiente à sua viabilização, pois conferirá legitimação extraordinária ao credor.

Na usucapião compulsória, todos os atos específicos de um processo de usucapião seriam praticados dentro da fase executiva, revelando-se uma inequívoca medida de economia processual capaz de resolver diversos problemas de inadimplemento, notadamente causados pela enorme quantidade de imóveis em situação de irregularidade registrária existentes no Brasil, dos quais boa parte já foram adquiridos pela usucapião, mas que não vem servindo à execução.

A usucapião compulsória, como qualquer outra ação de usucapião, deverá ser promovida contra um terceiro, que poderá ser o titular do domínio do bem ou eventuais interessados, citando-se confinantes, bem como se intimando as fazendas públicas e o Ministério Público. A petição inicial e documentos necessários à propositura de uma ação de usucapião também não são dispensados. Trata-se literalmente de uma ação de usucapião, mas proposta pelo exequente, que não é possuidor, tampouco titular da propriedade que se diz adquirida, no curso de uma execução.

Ademais, o devedor, novo proprietário, já faz parte do processo, podendo se opor ao pedido, desde que de forma legítima (não abusiva). A medida, de certa forma, não é contrária aos interesses do devedor, que pagará o débito. Desse modo, a sua recusa injustificada no reconhecimento da usucapião poderá caracterizar abuso de direito. A principal particularidade é que o juiz obriga o processamento da usucapião, no curso da execução, contra a vontade do sujeito, mediante alegação fundamentada do exequente de que exista bem imóvel adquirido pela usucapião.

É perfeitamente possível a aplicação das normas do procedimento comum à execução, por expressa previsão dos artigos 318, parágrafo único, e 771, parágrafo único, do Código de Processo Civil; isso, porque “o procedimento comum é o mais completo dentre todos os procedimentos” (NEVES, 2016. p. 532). Como não mais existe procedimento especial para reconhecimento da usucapião, é compatível a processabilidade incidental da usucapião compulsória no bojo de uma execução, seguindo o procedimento comum, com as particularidades formais já delineadas no tópico 2.2. É assim que ensinam Luiz

Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, com fundamento no artigo correlato do código revogado:

Nos termos do art. 598, aplicam-se ao processo de execução, subsidiariamente, as normas do processo de conhecimento. Toda vez que na disciplina específica do processo executivo não houver regra própria para regular o caso, incidirão, na medida do possível, normas do processo de conhecimento. As normas do processo de conhecimento também se aplicam subsidiariamente à atividade executiva que se desenvolve dentro do próprio processo cognitivo em que foi proferida a sentença (fase de cumprimento da sentença). E a regra do art. 598 nem precisaria existir para que assim fosse. Cognição e execução, como formas de atividade da jurisdição, estão sujeitas a princípios e diretrizes comuns. O preceito em questão apenas reflete a existência de uma teoria geral do processo, cujas regras gerais estão previstas justamente no Livro I do Código, que diz respeito ao processo de conhecimento (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 56-57)

Além do mais, somente por meio da referida processabilidade, seguindo o rito próprio e integral da ação de usucapião pretendida, que a decisão acerca do reconhecimento ou não da aquisição da propriedade fará coisa julgada. É que, segundo regra do artigo 503, §1º e §2º, do Código de Processo Civil, a decisão que julgar o mérito da questão prejudicial terá força de lei nos limites que expressamente enfrentar a referida questão. Além disso, não poderão existir restrições probatórias ou limitações à cognição, devendo ser respeitado o contraditório prévio e efetivo perante o juízo competente para julgamento da questão como principal. (GRECO, 2015. p. 250)

Quanto ao juízo competente, para que haja coisa julgada na ação de usucapião compulsória, estando o imóvel situado em comarca diversa, por haver regra de competência absoluta para as ações fundadas em direitos reais sobre imóveis (art. 47, CPC), a solução é a prática dos atos relativos à usucapião compulsória mediante carta precatória, seguindo a regra geral, aplicada inclusive aos atos executórios:

Ressalvada a hipótese do art. 659, § 5.º 62 (v. n. 8.5, a-li, acima), a penhora de bens situados em outra comarca será feita mediante carta precatória. Os atos seguintes do

processo de execução (avaliação e alienação) serão realizados na comarca em que estão os bens (art. 65863). Trata-se de regra de competência funcional e, portanto, absoluta. O juiz de uma comarca é absolutamente incompetente para efetivar a penhora em outra. Consequentemente, o oficial de justiça, que é auxiliar do juiz, não tem poderes para realizar a penhora em outra comarca, em hipótese alguma. Penhora feita por oficial de justiça de outra comarca padece do vício de nulidade absoluta. (WAMBIER; TALAMINI, 2015. p. 257)

Havendo procedência do pedido de reconhecimento da usucapião, na sentença em que diz que o crédito foi satisfeito pela existência de bem imóvel (em caso de adjudicação), em atenção ao princípio da eficiência, o juiz determina a transferência de propriedade diretamente para o credor, pois as condições formais da certificação teriam sido supridas no bojo da execução, sendo uma medida de economia processual. Não havendo interesse na adjudicação, a propriedade será formalizada em favor do devedor, recaindo a penhora sobre o dito imóvel, que estará sujeito às demais formas de expropriação, como qualquer outro bem do executado. O imóvel que formalmente inexistia, passa à condição de regularizado.

Por outro lado, sendo caso de improcedência do pedido de reconhecimento da usucapião, a execução deverá continuar (a bem da verdade, não estaria suspensa), por expressa previsão do artigo 857, §2º, do Código de Processo Civil, podendo o exequente apresentar outros bens do devedor e neles ver satisfeito o seu crédito. Neste sentido:

O art. 857, § 2.º, do Novo CPC permite que o sub-rogado, não recebendo o crédito, prossiga na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do executado, sendo também legítimo que mantenha a penhora sobre o crédito, passando a preferir a alienação judicial. (NEVES, 2016. 1364)

Explica-se que a execução não ficará suspensa durante o trâmite da usucapião compulsória, podendo ser buscado outros bens do devedor e apresentados a qualquer tempo. Sem dúvidas, a usucapião compulsória representa uma questão prejudicial à sentença da execução, se existir apenas aquele bem. É uma premissa lógica desta sentença, pois, a depender do

resultado advindo do pedido de reconhecimento da aquisição da propriedade, poderá haver ou não quitação da dívida em cobro.

Muito embora haja prejudicialidade, o artigo 313, V, a), do Código de Processo Civil, exige, para suspensão do processo, que a dependência do julgamento seja de outra causa ou ainda que dependa a sentença da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica compondo o objeto principal de outro processo pendente, ou seja, exige que haja questão prejudicial externa. (NEVES, 2016. p. 522) Como na usucapião compulsória, a prejudicialidade interna não será suficiente para impor a suspensão do processo, pois não há previsão expressa neste sentido, como ensina Leonardo Greco:

Essa situação de crise e paralisia do processo é excepcional e deve estar expressamente prevista em lei, podendo ocorrer porque uma das partes morreu ou perdeu sua capacidade, ou ainda porque foi suscitada uma questão prejudicial que precisa ser decidida em outro processo, ou porque as partes assim convencionaram, visando a uma solução amigável do litígio. (GRECO, 2015. p. 329)

Para viabilizar a usucapião compulsória, portanto, não se exige larga flexibilização de procedimentos ou utilização de medidas executivas atípicas, o que confere aumento de poderes ao juiz, ambos combatidos pela doutrina do garantismo processual. Evidentemente que, para vislumbrar a usucapião compulsória, há necessidade de interpretação das normas processuais, sempre observadas as suas finalidades. Devem ser buscados o significado correto dos textos e as suas intenções, determinando sua força e alcance por meio de técnicas de hermenêutica. (FERRAZ JR, 2018. p. 267)

A interpretação jurídica cria, assim, condições para tornar decidível o conflito significativo, ao trabalhá-lo como relação entre regras e situações potencialmente conflitivas. Aqui é preciso distinguir a atividade argumentativa de advogados, diante de juízes, quando buscam uma decisão favorável ao seu cliente, da tarefa posta ao jurista, quando busca uma significação que possa ser válida para todos os envolvidos no processo comunicativo normativo. É o que se chama de interpretação doutrinária. É nesse contexto que se procura identificar o papel organizador do valor

justiça num conjunto normativo a ser interpretado juridicamente. (FERRAZ JR, 2018. p. 267)

Com os métodos (ou regras) de interpretação, se buscam orientações para solução de problemas de ordem sintática, semântica e pragmática. (FERRAZ JR, 2018. p. 301) Os dispositivos do Código de Processo Civil em discussão compreendem o início da fase de expropriação, pois tratam da penhorabilidade de bens e sub-rogação de direitos para satisfação de dívidas. Buscam, portanto, a efetividade, intenção da qual não se pode afastar quando de sua aplicação (método interpretativo teleológico). A interpretação gramatical dos artigos trazidos é suficiente para viabilizar a usucapião compulsória, na medida em que as palavras como estão escritas autorizam a penhorabilidade de direitos e sub-rogação do credor, assim como a usucapião compulsória.

## CONCLUSÃO

A usucapião compulsória, ou a compulsoriedade na processabilidade da ação de usucapião, contra a vontade do usucapiente, devedor executado, é medida executiva possível a partir de uma análise interpretativa do artigo 857 do Código de Processo Civil.

Se há no Brasil 60 milhões de imóveis urbanos e estima-se que metade destes está em situação de irregularidade registrária, inegável é o fato de que a titularidade do domínio sobre estes bens, quando existente, não corresponde à realidade. O imóvel está registrado em nome de uma pessoa, mas, na verdade, já pertence a outra.

Nesta crise de informalidade, há bens imóveis que mudaram de proprietário pela ocorrência de determinados fatos os quais consumam a usucapião em favor do possuidor, sendo dispensado qualquer processo, judicial ou administrativo, para essa forma de aquisição da propriedade. Apesar disso, esse novo proprietário não promove os atos necessários para certificação e regularização da titularidade do bem, mantendo o imóvel as escondidas, do ponto de vista registrário, situação que, não raras vezes, blinda este patrimônio de expropriação numa execução civil.

Muito embora não se possa obrigar o devedor executado a regularizar a propriedade do bem adquirido pela usucapião, também não se pode afastar da realidade de que existe bem pertencente a este devedor e que referido bem deve servir à execução, como qualquer outro patrimônio penhorável do executado, até porque, em se tratando de penhorabilidade e aquisição da propriedade de bem imóvel, o Código Civil e o Código de Processo Civil não impõem regime jurídico diverso a partir da forma de aquisição ou de situação de (ir) regularidade do patrimônio.

Nesse contexto, a postura omissiva do devedor, seja ou não com o intuito de se manter inadimplente, não pode ser obstáculo para satisfação do crédito a ser realizado na propriedade do executado. Por outro lado, a falta de reconhecimento formal da propriedade causa insegurança para finalização da execução, pois não há certificação da aquisição do imóvel pela usucapião, o que demanda procedimentos próprios. Eis a maior problemática enfrentada no trabalho: a legitimação ativa para propor a ação de reconhecimento da



usucapião, já que o executado, a quem ordinariamente caberia propositura, não poderá ser compelido a fazê-lo.

À luz da efetividade, direito fundamental das partes, deve ser interpretado o artigo 857 do Código de Processo Civil, segundo o qual, dentre outras regras, autoriza que o exequente se sub-rogue nos direitos do executado quando estes forem penhorados.

Desse modo, para superar a aparente ilegitimidade ativa do exequente, para propor a ação que visa o reconhecimento da aquisição da propriedade em favor do executado, imperioso se faz a penhora da condição do devedor perante o bem, a potencialidade, pela usucapião alegada, de gerar efeitos jurídicos. Penhora-se a situação jurídica do devedor executado.

O exequente então sub-rogar-se no direito do executado à propositura da ação de usucapião, incidentalmente no processo de execução, do qual ele já faz parte, revelando-se uma medida de economia processual e segurança jurídica.

Não existe empecilho no Código de Processo Civil para utilização da usucapião compulsória como medida executiva típica, isso porque, além de ser penhorável a situação jurídica do executado, quanto ao bem adquirido pela usucapião, o que confere legitimidade ativa extraordinária ao exequente, o processo de execução comporta, incidentalmente, os princípios e regras do procedimento comum, por expressa previsão dos artigos 318, parágrafo único, e 771, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Segundo o disposto no artigo 503, §1º e §2º, do Código de Processo Civil, a sentença proferida na ação de usucapião, promovida compulsoriamente e incidentalmente, tem ainda aptidão para fazer coisa julgada, desde que observados todos os procedimentos próprios de qualquer ação de usucapião, como se fosse promovida pelo legitimado ordinário, em regra, o possuidor. Neste aspecto, é medida de efetividade e eficiência, no aspecto da economia processual.

Além do mais, não há avanço nos limites do devido processo legal, nem mesmo numa perspectiva garantista, pois todo o delineamento processual da usucapião compulsória encontra amparo no próprio Código de Processo Civil, em simples interpretação gramatical, não havendo flexibilização de

procedimentos, tampouco atipicidade de medidas executivas, de modo que as premissas dos garantismos, já analisadas, são respeitadas.

A usucapião compulsória além de viável, do ponto de vista normativo, pode representar importante instrumento na solução de dois graves problemas de segurança jurídica, a irregularidade imobiliária e a frustração das execuções, servindo, precipuamente à efetividade, mediante prestação de atividade jurisdicional completa, capaz de entregar o bem da vida tutelado nestas demandas.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Primeiras Anotações Sobre os Pressupostos e a Processualização da Usucapião Familiar**. Revista de Processo. n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALMEIDA, Juvencio; GUERRA, Gustavo Rabay. **Usucapião Especial Urbana: análise tópico-problemática da aplicação do instituto em julgados do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba e do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Revista Direito da Cidade. V. 11, nº 1, 2019.

ALMEIDA, Roberto Pereira de. **Sesmarias e Terras Devolutas**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, A. 40, nº 158, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. **O Usucapião e o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis**. Brasília: Revista do Serviço Público, ano 39, nº 1, 1982.

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. **Noções Sobre a Classificação das Ações - Algumas Modalidades de Procedimentos e o Cabimento da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC, nº 2, 2009.

ANDRADE, Calos Drummond de. **Usucapião**. Brasília: Revista do Serviço Público, ano 39, nº 1, 1982.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Usucapião**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêia de. **A Construção Jurisdicional da Pauta dos Direitos Fundamentais no Brasil**. In: ARAÚJO, M. C. L.; ROMBOLI, R. (Org.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade Intelectual e Direitos Reais: um primeiro retomar da obviedade**. In *Perspectivas atuais do Direito da Propriedade Intelectual*. Organizadores: AVANCINI, Helenara Braga; BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

ASSIS, Araken de. **Cabimento e adequação dos meios executórios “atípicos”**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Jus Podivm, 2020.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2018.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. V.1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. V.2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. **Sentença Executiva, Sentença Condenatória e Execução Incidental: diferença segundo a classificação pela força e efeitos**. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Jus Podivm, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALBINOTI, B.; LEONARDO, Cesar A. L. **Litisconsórcio Ativo Necessário: aplicação na relação processual**. Marília: Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM – REGRAD. V. 9, nº 1, 2016.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidade para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. V.1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BORELLI, Rafael de Souza; SOARES, Marcos Antônio Striquer. **Análise Crítica do Reexame Necessário à Luz do Acesso à Justiça e da Razoável Duração do Processo**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 16, nº 24, 2012.

BORGES, Vinícius Motter. **Medidas Coercitivas Atípicas nas Execuções Pecuniárias**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019.

BORTZ, Marco Antônio Greco. **A Desjudicialização – um fenômeno histórico e global**. Revista de direito notarial, V. 1, nº 1, 2009.

BRANDELI, Leonardo. **Fraude à Execução Imobiliária e a Publicidade Registral no Novo CPC**. In: DIP, Ricardo (coord.). Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil e Normas Correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil – Histórico da Lei**. V. 1. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 1974.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. V.1. Campinas: Bookseller, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. V.2. Campinas: Bookseller, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. V.3. Campinas: Bookseller, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Salvador: Jus Podivum, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAMARA FILHO, Roberto Mattoso. **Posse e Ações Possessórias**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **O art. 139, IV, do CPC e os instrumentos e defesa do executado**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Medidas Executivas Atípicas. Org. Fredie Didier Jr. Salvador: Jus Podivum, 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Rosemary Aparecida. **Resistência Indígena na Capitania Pernambuco: estudo sobre o contato através da tecnologia cerâmica na**

**sesmaria Jaguaribe no litoral norte.** Tese (Doutorado em Arqueologia). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Aspectos Processuais da Lei do Usucapião Especial.** *Ajuris*, V. 9, n. 26, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se Faz um Processo.** São Paulo: Semafil, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil.** V. 2. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil.** V. 4. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da (des)lealdade no Processo Civil.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br). Consulta realizada no dia 10 fevereiro de 2021.

CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. **Medidas Executivas Atípicas nas Obrigações Pecuniárias.** Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Internacional, Curitiba, 2020.

CARVALHO FILHO, Antônio; SOUSA, Diego Crevelin de; PEREIRA, Mateus Costa. **Réquiem às medidas judiciais atípicas nas execuções pecuniárias.** Londrina: Thoth, 2020.

CERQUEIRA, Társis Silva de. **O Procedimento Comum e sua Relação com os Procedimentos Especiais: a análise do conteúdo normativo do art. 327, §2º, do novo Código de Processo Civil.** Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** V.1. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** V.2. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVITTI, Ana Paula. **A Boa-fé no Processo Civil e os Mecanismos de Repressão ao Dolo Processual.** Dissertação (Mestrado em Direito). Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

COSTA, Fabricio V.; BORGES, Denise M. **A Natureza Jurídica da Usucapião Administrativa: meio de aquisição originário ou derivado da propriedade?** *Jacarezinho: Argumenta Journal Law*, nº 30, 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Garantia: dois sentidos, duas teorias.** Disponível em <https://emporiadodireito.com.br/leitura/44-garantia-dois-sentidos-duas-teorias>. Consulta realizada no dia 05 de julho de 2011.

DADALTO, Rafael Gaburro. **Desjudicialização por Meio das Serventias Extrajudiciais e Acesso à Justiça: análise acerca da (im)possibilidade de tornar obrigatória a via administrativa.** Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Usucapião Coletivo.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, A. 29, nº 115, 1992.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **A Reforma Agrária e a Usucapião Pro Labore.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, A. 33, nº 131, 1996.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução do Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.** 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução.** 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC.** In: DIDIER JR., Fredie (org.). TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Jus Podivm, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivay; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Usucapião e Posse Perdida**. Revista dos Tribunais, V. 19, nº 74, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático De Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DOUTOR, Maurício Pereira. **Medidas Executivas Atípicas na Execução por Quantia Certa: diretrizes e limites de aplicação**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **O Direito que Foi Privado**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, V. 45, nº 179, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. V.1. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. V.5. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução do Estudo do Direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA FILHO, Adelino Borges; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **A Fraude à Execução nas Situações de Insolvência e a Simulação no Prisma da Lei 13.097/15**. Salvador: Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. V. 4. n. 1, 2018.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **O Ônus da Prova Quanto ao Destaque Válido do Patrimônio Público-privado nas Ações de Usucapião: reflexos do Novo e do Antigo CPC**. Revista Dialética de Direito Processual, V. 150, p. 56-69, 2015.

GAGNO, Luciano Picoli; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **A técnica processual e a instrumentalidade na perspectiva do direito humano de acesso à justiça**. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. V. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.



GIANNICO, Maurício. **Atos Atentatórios à Dignidade da Justiça (Lei n. 11.382/06)**. In: BRUSCHI, Gilberto; SHIMURA, Sérgio (coords.). *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Método, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **A capacidade Postulatória Como uma Situação Jurídica Processual Simples: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2008.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da Recorribilidade ao Recurso: um caso emblemático do movimento processual**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2020.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. **Sistema de Precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Precedentes. Org. Fredie Didier Jr. Salvador: Jus Podivm, 2016.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. V. 1. 5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. **Publicismo e privatismo no Processo Civil**. *Revista de Processo*. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Cumprimento da Sentença**. In: RENAULT, Sérgio; BOTTINI, Pierpaolo (coords.). *A Nova Execução de Títulos Judiciais – comentários à Lei nº 11.232/05*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HOLLIDAY, Pedro Alberto Calmon. **A Usucapião de Bens Imóveis: vertentes materiais e processuais e a sua disciplina no CPC/2015**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). PIAU, Layanna; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Tutela Jurisdicional dos Direitos Reais e da Posse*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 2011.

LANDEIRO, Guilherme Caldeira. **Usucapião Judicial e Extrajudicial (aspectos materiais e processuais)**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). PIAU, Layanna; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Tutela Jurisdicional dos Direitos Reais e da Posse. Salvador: Jus Podivm, 2020.

LEAL, Stela Tannure. **Lealdade Processual, Dever de Veracidade e Estado Social**. Revista Ética e Filosofia Política, nº 15, V. 2, 2012.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifca Universidade Católica, São Paulo, 2007.

LEONARDO, César Augusto Luiz. **Contraditório, Lealdade Processual e Dever de Cooperação Subjetiva**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013.

LIGERO, Gilberto Notário; BELINETTI, Luiz Fernando. **O Litisconsórcio Ativo Necessário no Processo de Conhecimento**. Londrina: *Scientia Juris*, V. 9. 2005.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. **O procedimento sumaríssimo no atual Código de Processo Civil**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, V.12, nº 48, 1975.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

MANDELLI, Alexandre Grandi; CHAVES, Christian Frau Obrador. **O Dever Fundamental do Executado de Nomear Bens Passíveis de Penhora**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 47, 2011.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Fraude de Execução na Jurisprudência e no Novo Código de Processo Civil: perspectivas sobre o uso de novas tecnologias**. Santa Maria: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. V. 12. n. 2, 2017.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZUCA, Débora Bueno. **O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva: a possibilidade de penhora da margem consignável como manifestação do direito à tutela efetiva**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012.

MEDEIROS, Pablo Diego Veras. **Inadimplência de Obrigação Alimentícia e Medidas Atípicas na Execução Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia de. **Litisconsórcio Necessário Ativo - Interpretação e Alcance do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais. V. 777. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. V. 3, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia de. **Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Os Valores Celeridade Processual e Segurança Jurídica no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, V. 48, nº 190, 2011.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. Salvador: JusPodivum, 2016.

MELLO, Henrique Ferraz de. **Ação de usucapião**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Processo Civil. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/173/edicao-1/acao-de-usucapiao>. Consulta realizada em 10 de novembro de 2020.

MELLO, Humberto Haydt de Souza. **O Usucapião**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, V.1, nº 3, 1964.

MENEZES, Olindo Herculano de. **Perfil da Propriedade Contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

MINAMI, Marcos Youji. **Da Vedação ao *Non Factibile*. Uma introdução às medidas executivas atípicas**. Salvador: Jus Podivm, 2019.

MIOTTO, Carolina Cristina. **A Evolução do Direito Processual Civil Brasileiro: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010.** Revista na UNIFEB, V.1., nº 11, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **A Colaboração Como Norma Fundamental do Novo Processo Civil Brasileiro.** Revista do advogado / Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), V. 35, nº 126, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil. Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil – Parte Geral.** V. 1. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil – Direito das Coisas.** V. 3. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Metragem Mínima: uma concretização da função social da propriedade.** Revista Brasileira de Direito Civil, V.2, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito Processual Civil (ensaios e pareceres).** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** Rio de Janeiro: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. V. 09, n. 07, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Neoprivatismo no Processo Civil.** Rio de Janeiro: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. V. 20, n. 26, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 29. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual.** Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: parte geral.** V.1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito das coisas.** V.4. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; ALCÂNTARA, Leonardo Alejandro Gomide; CASTRO, Frederico Carlo Boscaro de. **Inovações em Assentamentos Populares - A regularização fundiária e associativismo na construção de políticas urbanas.** Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, V.15, nº 1, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Jus Podivm, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo – Valorativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Do Direito Fundamental de Acesso à Justiça**. Scientia Juris, Londrina, V. 10, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **Cidadania e Efetividade do Processo**. Obras de J. J. Calmon de Passos. Ensaios e Artigos. V. 1. Org. Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga. Salvador: Juspodivm, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil: teoria geral do direito civil**. V. 1. 30. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Direitos Reais**. V. 4. 25. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **A Análise Histórica da Teoria Quinária e a Alteração da Preponderância Eficacial-condenatória Ante a Superveniência do Sincretismo Processual**. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Jus Podivm, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Desjudicialização Enquanto Ferramenta de Acesso à Justiça No CPC/2015: a nova figura da usucapião por escritura pública**. Revista Eletrônica de Direito Processual, V. 17. nº 2, 2016.

PINTO, Helena Maria Mouta de Resende. **Posse e Usucapião: noções fundamentais e algumas questões controversas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019.

PITTA, Fernanda Pagotto Gomes. **Por uma teoria das medidas executivas atípicas – limites para a concessão.** In: DIDIER JR., Fredie (org.). TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Jus Podivm, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Tomo X. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Tomo XI. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

REALE, Miguel. **O Sentido Social da Usucapião Especial.** Brasília: Revista do Serviço Público, ano 39, nº 1, 1982.

REZENDE, Renato Horta. **Atos Atentatórios à Dignidade da Justiça e a Sanção em Numerus Clausus: interpretação sistemática do atual Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista Prisma Jurídico. V. 16, n. 2, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas.** 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

RODRIGUES, Manuel. **A posse.** Coimbra: Almedina, 1981.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – parte geral.** V. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROQUE, Nathali Campitelli. **Tutela Declaratória.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Processo Civil. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/tutela-declaratoria\\_5b1ebd6dd4862.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/tutela-declaratoria_5b1ebd6dd4862.pdf). Consulta realizada em 28 de dezembro de 2020.

ROSAS, Roberto. **Segurança Jurídica. Efetividade. Jurisprudência.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, V. 48, nº 190, 2011.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Reflexões sobre o Direito à Propriedade.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Leonardo Moreira. **A Relativização da Impenhorabilidade de Bens e o Direito Fundamental à Tutela Executiva Efetiva no Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. **Novas reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais**. [S.l.: s.n.], 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/04/26/novas-reflexoes-em-torno-da-teoria-geral-dos-procedimentos-especiais/>.

SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. **Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais**. Revista de Processo, nº 208. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Blecaute Oliveira. **Coisa Julgada Baseada em Lei Inconstitucional (?) Análise Sob o Prisma da Teoria das Cargas de Eficácia da Sentença em Pontes de Miranda**. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria quinaria da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Jus Podivm, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Bruno di Miceli da. **O Princípio da Cooperação das Partes na Atividade Probatória**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **Usucapião coletiva**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/357/edicao-1/usucapiao-coletiva>. Consulta realizada em 10 de novembro de 2020.

SOBRINHO, Afonso Soares Oliveira; ARAUJO FILHO, Clarindo Ferreira. **Usucapião extrajudicial: um novo incremento na função social dos cartórios**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 22, nº 36. 2018.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência. Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. **Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Consulta realizada no dia 07 de junho de 2021.

TALAMINI, Eduardo. **Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso do whatsApp**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos

Youji (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Medidas Executivas Atípicas.** Salvador: Jus Podivm, 2020.

TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas coercitivas e subrogatórias nas diferentes espécies de execução.** In: DIDIER JR., Fredie (org.). TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Medidas Executivas Atípicas.** Salvador: Jus Podivm, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito de Processual Civil.** V. 1. 60. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito de Processual Civil.** V. 3. 52. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Estabilização da Demanda no Novo Código de Processo Civil.** Revista de Direito Izabela Hendrix. Vol. 16, nº 16, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TREVELIM, Ivandro Ristum. **A posse na Regularização de Assentamentos Urbanos.** Tese (Doutorado em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. **Atipicidade dos meios executivos: da sanha sancionatória à violação de preceitos garantidores do Estado Democrático de Direito.** In: DIDIER JR., Fredie (org.). TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Medidas Executivas Atípicas.** Salvador: Jus Podivm, 2020.

VILLELA, Anna Maria. **A Usucapião Especial no Brasil: evolução ou descaracterização de um instituto jurídico romano?** Brasília: Revista de Informação Legislativa, A. 22, nº 85, 1985.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil – introdução e parte geral.** V. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil – direito das coisas.** V. 4. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** V.2. 15. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. V.3. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa. Processos Coletivos e Outros Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Eficácia Constitutiva da Sentença**. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento. Salvador: Jus Podivm, 2010.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O controle intersubjetivo da decisão que adota meios atípicos: segurança no procedimento a partir do caso concreto**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coord.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Jus Podivm, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Sentenças Declaratórias, Sentenças Condenatórias e Eficácia Executiva dos Julgados**. In: DIDIER JR., Fredie (org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)

[www.enafam.jus.br](http://www.enafam.jus.br)

[www.fppc.com.br](http://www.fppc.com.br)

[www.mdr.gov.br](http://www.mdr.gov.br)

[www.senado.leg.br](http://www.senado.leg.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)