

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 2

Out / Dez 2014

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Eroulths Cortiano Júnior / Guilherme Calmon Nogueira da Gama / João Gabriel Madeira Pontes / Pedro Henrique da Costa Teixeira / José Fernando Simão

Doutrina Estrangeira / Neil Andrews

Pareceres / Arnaldo Wald / Gustavo Tepedino

Atualidades / Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Resenha / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Gustavo Tepedino

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA URBANA INDEPENDENTE DE METRAGEM MÍNIMA: UMA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE¹

Acquisition of urban real property by prescription regardless minimum dimensions: an application of the social function of property

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente estudo pretende cuidar da função social na aquisição por usucapião de imóvel urbano, enfrentando o problema das dimensões mínimas da propriedade previstas nas diretrizes normativas de cada cidade, situando-o, pois, no plano funcional do direito de propriedade, à luz de renovada teoria da interpretação. Dentre os objetivos do artigo inclui-se, igualmente, a identificação da atual crise no tratamento jurisprudencial da matéria, marcada pela contraposição de duas correntes majoritárias, e protagonizada pelo Superior Tribunal de Justiça, em que prevalece a improcedência do pedido aquisitivo, e os Tribunais de Justiça estaduais, favoráveis, em regra, à possibilidade da aquisição independente de metragem mínima – tese defendida neste artigo como resultado da funcionalização das situações patrimoniais aos valores existenciais e da ponderação de interesses em jogo no caso concreto.

Palavras-chave: Função social; Propriedade imobiliária urbana; Aquisição; Usucapião; Metragem mínima; Acesso à moradia; Garantia do domínio; Ponderação de valores.

Abstract: The present article intends to analyze the social function in the acquisition of urban real property by prescription, facing the problems of minimum dimensions predicted in the regulatory guidelines of each city, situating it on the functional plan of property law, illuminated by the renewed interpretation theory. Among the goals of this article it is the identification of the actual crises in the jurisprudential treatment of the subject, well known

¹ O autor agradece a Rafael Sinay, mestrando em direito civil no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, pela valorosa colaboração na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

by the contrast of the two majority understandings and protagonized by the Superior Court of Justice, where it prevails the improcedence of the legal request and the State Courts, most favorable to the acquisition independent of the minimum dimensions thesis. This last doctrine is defended in this article as a result of the functionalization of the patrimonial situations to the existential values and the interests weighting in the concrete cases.

Keywords: Social function; Urban real property; Acquisition; Prescription; Minimum dimensions; Access to housing; Garanty of the domain; Weighting of values.

Sumário: 1. Contornos introdutórios do caso em análise e o digladiar de correntes antagônicas – 2. Funcionalização: para que servem os direitos – 3. Propriedade funcionalizada – 4. Aquisição funcionalizada: hipóteses congêneres – 5. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem, os valores em jogo e o aceso debate na jurisprudência – 6. Considerações finais

1. Contornos introdutórios do caso em análise e o digladiar de correntes antagônicas

Imagine-se que determinada pessoa exerça posse mansa e pacífica, contínua e ininterrupta, sobre uma área devidamente caracterizada de um imóvel, por período de tempo longo o suficiente a assegurar-lhe a conversão de sua posse em propriedade. Posto que preenchidos os requisitos para a aquisição da propriedade imóvel por usucapião, há na hipótese, todavia, uma circunstância peculiar consistente no seguinte fator. É que tendo em vista que a posse se exerce sobre parte da unidade imobiliária formalmente constituída no registro, o possuidor não logra alcançar a metragem mínima do módulo proprietário urbano, estabelecida na legislação municipal competente.

Este aspecto, por assim dizer, quantitativo, suscita verdadeiro nó de interpretação, na busca da melhor solução dos múltiplos casos concretos que deságuam no Judiciário assiduamente, e tem ensejado duas possibilidades de definição antagônicas do problema: (i) improcedência do pedido na ação de usucapião, tendo em vista a impossibilidade de fracionamento do terreno para criação de lote com área abaixo da metragem mínima municipal; (ii) procedência do pedido, com a expedição de ordem judicial para criação do lote a menor, à luz do preenchimento dos requisitos normativos constantes do Código Civil e da Constituição.

O presente estudo pretende cuidar deste assunto, situando-o no plano funcional do direito de propriedade, à luz de renovada teoria da interpretação, como se verá nas próximas linhas. Dentre os objetivos do artigo inclui-se, igualmente, a identificação da

atual crise no tratamento jurisprudencial da matéria, marcada pela contraposição das duas correntes descritas no parágrafo anterior, e protagonizada pelo Superior Tribunal de Justiça, em que prevalece a improcedência do pedido aquisitivo, e os Tribunais de Justiça estaduais, favoráveis majoritariamente à tese da aquisição independentemente de metragem mínima.

2. Funcionalização: para que servem os direitos

Conquanto se revele a funcionalização fenômeno permanente ao longo da história do Direito, a aceitação da ideia de que a ordem jurídica tem e sempre teve um papel de instrumento predisposto à satisfação de determinado interesse espraiou-se recentemente.

Ora explícito ora escamoteado, este papel instrumental tem assumido diversos perfis no curso do tempo, em diferentes sociedades: de manutenção da ordem e da paz social²; de garantia das situações estabelecidas (ou do *status quo*)³; de garantia da vontade livremente pactuada⁴, da propriedade (privada)⁵; da preservação da justiça e da

² A destacar o uso da força, em nome da segurança coletiva, para garantia da paz, leciona Kelsen: “Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se de segurança coletiva – no sentido de que é garantida pela ordem jurídica enquanto ordem social. (...) A segurança coletiva visa a paz, pois a paz é a ausência do emprego da força física.” Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 40-41.

³ Norberto Bobbio apresenta a evolução do aspecto funcional no Direito: “Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover. (...) o prêmio atribuído ao produtor ou ao trabalhador que supera a norma é um típico ato de encorajamento de um comportamento superconforme, prêmio este que tem a função de promover uma inovação, enquanto qualquer medida destinada a desencorajar a transgressão de uma dada norma serve para manter o *status quo*.” Norberto Bobbio. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela BeccacciaVersiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri-SP: Manole, 2007, p. 13-21.

⁴ Explicando a evolução dessa liberdade ilimitada para uma liberdade funcionalizada, Lorenzetti pondera: “O direito clássico pensou no indivíduo auto-suficiente. Partia da suposição de que todos os indivíduos têm similar capacidade de decisão e por isso podem optar; nada há que fazer o Direito diante disso. O Direito moderno pensa, ademais, no indivíduo hipossuficiente, em que há uma série de condicionamentos externos que devam se desmontar para melhorar a capacidade de decisão”. Ricardo Luis Lorenzetti. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 504. Para Pietro Perlingieri, a garantia da vontade não pode ser absoluta, mas necessariamente deve atender a fins sociais. “A autonomia não é livre arbítrio: os atos e as atividades não somente não podem perseguir fins anti-sociais ou não-sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico, devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido.” Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 228.

⁵ Sobre a propriedade nos códigos oitocentistas, destaca Luiz Edson Fachin: “A propriedade para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consistiu em direito inviolável e sagrado. Tanto o Código francês quanto o Código italiano de 1865 estatuíam que a propriedade é o direito de gozar e dispor do bem absoluto.” Luiz Edson Fachin. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 16. No campo da economia, Ludwig Von Mises expõe a noção de propriedade segundo a ótica liberal: “A propriedade privada gera para o indivíduo

segurança jurídica⁶; de promoção de valores sociais, solidários e igualitários⁷; de tutela privilegiada da pessoa humana e demais valores existenciais que gravitam ao seu redor⁸; dentre diversos outros.

A noção geral de funcionalização, pode-se afirmar, parte da distinção, tão querida aos filósofos, entre fins e meios⁹. Tudo o que se diz meio para a realização de alguma coisa, se diz instrumento e, na esteira, se diz funcionalizado àquela noção que representa o

um universo no qual ele se vê livre do estado. Ela põe limites à operação da vontade autoritária. Permite o surgimento de outras forças, que se colocam lado a lado e em oposição ao poder político. (...) É no solo em que as sementes da liberdade se nutrem e em que se enraízam a autonomia do indivíduo e, em última análise, todo progresso intelectual e material.” Ludwig Von Mises. *Liberalismo*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p. 9. Em sentido diverso, confira-se o contraponto de Eduardo Espínola ao conceito liberal de propriedade: “O pressuposto de confiança recíproca e boa-fé, que se integra no moderno conceito de obrigação, encontra correspondência na função social, implícita no direito de propriedade, no sentido de consideração à solidariedade social, compreendendo os direitos do proprietário e os deveres que lhe são impostos pela política legislativa”. Eduardo Espínola. *Posse, propriedade/compropriedade ou condomínio/direitos autorais*. Atualizado por Ricardo R. Gama. Campinas: Bookseller, 2002, p. 190.

⁶ Nas palavras de San Tiago Dantas: “(...) o direito de propriedade, tal como se concebe, não pode ser retirado pelo Estado a ninguém. É condição essencial que preceda a esse ato a indenização, depois de ter sido exarado, normalmente, mediante um decreto especial, que aquela desapropriação se impõe por motivo de utilidade pública. Todo ato administrativo, portanto, e até mesmo toda lei ordinária, que tolha a alguém a propriedade particular sem fazer indenização correspondente, está inquinado do vício de inconstitucionalidade. (...) o direito de propriedade figura entre aqueles que a Constituição protege por considerá-lo uma das instituições civis básicas dentro da estrutura social”. Francisco Clementino de San Tiago Dantas. *Programa de direito civil III: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 115, 116.

⁷ Vale destacar a lição de Gustavo Tepedino sobre a superação de uma lógica meramente patrimonialista em benefício de outra, qualitativamente diversa, de precedência dos valores existenciais: “Revisitou-se, pouco a pouco, a partir de então, a metodologia do direito privado, mediante a reconstrução de seus conceitos fundamentais, e procurou-se fazer do compromisso para com a pessoa humana e a justiça social a fonte de inspiração para a produção intelectual, preocupação esta que se refletiria inevitavelmente na jurisprudência. O direito civil, então, procurou superar a perspectiva patrimonialista que o distinguia, e voltou-se para a promoção dos valores constitucionais, especialmente no que concerne à dignidade da pessoa humana, à solidariedade social, à igualdade substancial e ao valor social da livre iniciativa (...)” Gustavo Tepedino. *O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais*. In *Temas de Direito Civil – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 22.

⁸ Maria Celina Bodin de Moraes pontua o advento da tutela da dignidade da pessoa humana como o cerne do Direito: “Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico, de modo que é este o valor que conforma todos os ramos do direito”. Maria Celina Bodin de Moraes. *A caminho de um direito civil-constitucional*. In *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 11.

⁹ Na lição de Aristóteles: “Digamos que a sabedoria filosófica e o discernimento devem ser dignos de escolha porque são a excelência das duas partes respectivas da alma, ainda que nenhuma delas produza qualquer efeito. Ademais, elas produzem algum efeito, não como a arte da medicina produz a saúde, mas como as condições saudáveis são a causa da saúde; é assim que a sabedoria filosófica produz a felicidade, pois, sendo uma parte da excelência como um todo, por ser possuída, ou melhor, por ser usada a sabedoria filosófica faz o homem feliz. Além disso, a função de uma pessoa se realiza somente de acordo com o discernimento e com a excelência moral, porquanto a excelência moral nos faz perseguir o objetivo certo e o discernimento nos leva a recorrer aos meios certos.” Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3º Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, 1992, p. 125.

seu fim. Se assim é, como parece, numa concepção hierárquica, os meios estão abaixo dos fins, uma vez que se curvam aos seus ditames, servem àquelas finalidades¹⁰.

Nesse panorama, o intérprete que se vê diante de uma situação jurídica qualquer, deve perquirir, para além de seus elementos constitutivos (o que ela é), a sua razão teleologicamente justificadora: para que serve¹¹? Ou seja, os institutos jurídicos, partes integrantes da vida de relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também – e principalmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos). Perlingieri exemplifica em tema do direito de propriedade: “a propriedade, de dois pontos de vista distintos, é situação subjetiva e é relação”. E o aspecto funcional prevalece quando se compreende a propriedade como relação jurídica¹².

O presente trabalho encontra na função social da propriedade a um só tempo o seu foco e ponto de partida, tendo em vista as múltiplas acepções que hoje assume o fenômeno da funcionalização. No presente estudo, em particular, cuidar-se-á da função social na aquisição por usucapião de imóvel urbano, enfrentando o problema das dimensões mínimas da propriedade previstas nas diretrizes normativas de cada cidade.

3. Propriedade funcionalizada

Atribui-se a Leon Duguit, como se sabe, nas primeiras décadas do século XX, o desenvolvimento da tarefa de incorporar ao direito de propriedade um conceito jurídico de função social. Duguit acreditava que a propriedade, tal como os direitos em geral,

¹⁰ Para Aristóteles, os fins são objetivos que possam ser apreciados por si mesmos – *Ética a Nicômaco*, cit., p. 20.

¹¹ Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 94. Norberto Bobbio também faz referência a essa importante ideia: “Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’”. Norberto Bobbio. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*; tradução de Daniela BeccacciaVersiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri-SP: Manole, 2007, p. 53.

¹² Pietro Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 937-954. Perlingieri explica que a transformação do entendimento da propriedade, que de mera situação subjetiva passa a ser compreendida como relação jurídica, significou não apenas uma metamorfose estrutural, mas principalmente funcional: é a passagem de uma postura individualista para uma postura relacional. “(...) De modo que esta [a função social] concerne ao conteúdo complexo da disciplina proprietária, não somente aos limites” (p.240). E aduz antes que “mudados os parâmetros, os valores de fundo do ordenamento, interpretações redutivas como estas não se justificam mais: a produção, a empresa e seu incremento não representam os fins, mas os meios para realizar interesses não avaliáveis economicamente” (p.939).

devia se adequar à evolução da sociedade e evoluir no ritmo das necessidades econômicas. A partir do momento em que tais necessidades econômicas se transformassem de individuais em sociais, a propriedade individual se transformaria em função social. A imagem de um direito subjetivo absoluto, egocêntrico, é substituída pela figura da “propriedade-função” – uma situação funcionalizada a razões de ser específicas, que atendessem aos interesses não só individuais, mas sobretudo de toda a coletividade¹³.

Dada sua relevância histórica e de seu papel cambiável no tempo, o direito de propriedade constituiu o terreno fértil em que os influxos funcionalistas deitaram suas primeiras sementes. De fato, a propriedade já cumpriu a missão paradoxal de servir desde *fundamento de regime escravocrata*, até servir de *dogma associado à liberdade* do ser humano. Em outro ângulo, por exemplo, a propriedade já foi apontada até mesmo como fundamento do chamado “pacto social”¹⁴.

Se a propriedade pode servir de meio a tamanha diversidade de fins, parecem superados os mitos de sua pretensa neutralidade, ou de sua concepção inata, ensimesmada, decorrente de um direito natural ou plasmada na religião¹⁵, a representar um fim em si mesma. Já se revelou que por trás de aparente neutralidade alojavam-se concepções que remetem às raízes do movimento liberal-patrimonialista.

Hoje, à luz dos fundamentos do direito contemporâneo, os quais alçam a pessoa humana e a sua plena realização existencial a valor supremo, estrutura e função do direito de propriedade devem ser relidas nas múltiplas situações em que se apresentam. Configura-se assim linha de ruptura com os moldes do patrimonialismo e do individualismo e se inicia a construção de um direito de propriedade em harmonia com princípios e valores não patrimoniais¹⁶. A questão ora estudada representa uma face desta temática maior.

¹³ Leon Duguit. *LastransformacionesdelDerecho Publico y Privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975, p. 178 e ss. V., também, José Diniz de Moraes. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94-97.

¹⁴“Fundando-se todos os direitos civis sobre o de propriedade, assim que este último é abolido nenhum outro pode subsistir. A justiça seria mera quimera, o governo uma tirania, e deixando a autoridade pública de possuir um fundamento legítimo, ninguém seria obrigado a reconhecê-la, a não ser constringido pela força” Jean-Jacques Rousseau. *O contrato social*. Tradução: Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

¹⁵“A ideia de propriedade privada, em Roma ou nas cidades gregas da antiguidade, sempre foi intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, que tomava posse de um solo e não podia ser, desde então, desalojado. A casa, o campo que a circundava e a sepultura nela localizada eram bens próprios de uma *gens* ou de uma família, no sentido mais íntimo, ou seja, como algo ligado aos laços de sangue que unem um grupo humano”. Fabio Konder Comparato. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. p.1. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/5/55/Comparato.pdf>. Acesso em 20/06/2014.

¹⁶Este é o magistério de Gustavo Tepedino: “novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os

No plano normativo pátrio, enquanto o caput do artigo 1.228 do Código Civil trata dos aspectos estruturais ou estáticos da propriedade, seus parágrafos, mais precisamente o primeiro, quarto e quinto cuidam de seu aspecto dinâmico, correspondente à sua função social¹⁷.

O conteúdo estrutural do direito de propriedade abrange os aspectos interno (econômico) e externo (jurídico) do direito subjetivo. O aspecto interno, igualmente conhecido como senhoria, constitui-se de todas as espécies de aproveitamento econômico do objeto por parte de seu titular, que se traduzem nas chamadas faculdades de usar, fruir e dispor – também conhecidas como poderes do titular do domínio.

Já o aspecto externo ou jurídico¹⁸ disciplina o momento patológico da situação proprietária, com as ações de defesa da propriedade, bem como o direito de reaver a coisa para si, quando o titular sofre os efeitos da lesão (ou ameaça de lesão) de direito¹⁹.

O ponto de vista funcional põe em jogo o controle de legitimidade da propriedade, a justificativa finalística dos poderes do titular em razão das exigências suscitadas por outros centros de interesse antagônicos – tais como vizinhos, entes públicos, enfim, terceiros proprietários ou não proprietários. Desta compatibilidade entre interesses proprietários e extraproprietários resulta o conceito da função social, que atua sobre a

direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”. Gustavo Tepedino. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p. 22.

¹⁷ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas; (...) § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante; § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

¹⁸ Desenvolve Ricardo Lira: “No seu aspecto externo – o jurídico –, a propriedade, como ensinava Bernardo Windscheid, nada mais é que o direito de exclusão que tem o titular de afastar todos e qualquer um do campo em que se exercita a sua senhoria, manifestando-se inclusive no direito de reaver a coisa de quem injustamente a possua ou detenha.” Ricardo Pereira Lira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 156.

¹⁹ “O direito romano dá ao proprietário o meio de recuperar a posse de todo indivíduo em cujas mãos acha a sua coisa, seja qual for o modo por que este adquirisse a posse. Esse meio, que antigamente consistia num ato solene de recorrer-se à força privada, e que não conduzia a uma instância judiciária senão no caso de resistência, é a *reivindicatio*.” Em outro momento de sua obra, Ihering aborda a ação possessória: “A ação possessória mostra-nos a propriedade na defensiva, e a reivindicação na ofensiva.” Rudolf Von Ihering. *Teoria simplificada da posse*. In Ruy Barbosa. *Posse de direitos pessoais / Rudolf Von Ihering. Teoria simplificada da posse*. Apresentação de Orlando Gomes; edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 70 e 86, respectivamente.

senhoria da propriedade e remodela, em sua essência, os poderes do titular. Assim sendo, diversos interesses dignos de tutela passam a compor o núcleo do direito de propriedade, permeando seu aspecto interno. São exemplos disso os interesses ambientais, trabalhistas, culturais, dentre outros, que se tonam relevantes e oponíveis ao proprietário.

Com efeito, a função social parece exercer papel de controle de merecimento de tutela, garantindo e promovendo os valores cardeais do elenco axiológico do ordenamento. Segundo Perlingieri:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel do tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.²⁰

De mais a mais, tecnicamente a propriedade deixa de ser estudada como mero direito subjetivo, tendencialmente pleno, a respeitar apenas certos limites externos, de feição negativo, tornando-se, isso sim, situação jurídica subjetiva complexa, a abranger também deveres (positivos) ao titular, além de ônus, sujeições etc.²¹

Não deve, igualmente, ser referida como gênero, formal e abstrato. Cabe aqui o alerta fundamental de Salvatore Pugliatti, no sentido de não mais ser desejável se referir à propriedade no singular, mas sim no plural, haja vista a enorme diferenciação entre

²⁰Pietro Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 940.

²¹ “Não se pode sustentar que os limites e as obrigações não fazem parte do direito de propriedade; fatos externos são o ônus real, a servidão, o peso imposto pelo exterior e que, portanto, não fazem parte da estrutura da situação subjetiva-propriedade. (...) A propriedade é, ao revés, uma situação subjetiva complexa.” Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 224. Compartilhando do mesmo ponto de vista, Ricardo Lira: “(...) contemporaneamente, a propriedade não sofre apenas as limitações exteriores decorrentes do poder de polícia, consubstanciando a função social da propriedade, mas ela própria é uma função social, sobretudo quando cria poderes inerentes a um bem de produção.” Ricardo Pereira Lira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 313. Anota ainda Anderson Schreiber que “na concepção individualista do direito de propriedade, definido como o direito de usar e dispor das coisas ‘de lamanièrèplusabsolute’, parece evidente que a função do domínio correspondia unicamente à proteção dos interesses do proprietário. O titular do direito de propriedade era dotado de um direito quase absoluto, cuja amplitude esbarrava apenas em limitações de caráter negativo, obrigações de não fazer que lhe eram impostas pelo poder Público. E mesmo essas obrigações negativas eram consideradas excepcionais e estranhas ao instituto da propriedade”. Anderson Schreiber. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Funcao_Social_da_Propriedade_na_Pratica_Jurisprudencial_Brasileira.pdf p. 4-6. Acesso em 18/06/2014.

os diversos estatutos proprietários existentes nas distintas situações subjetivas que se revelem em concreto²².

Em termos constitucionais, a função social da propriedade no Brasil passou por processo de evolução e amadurecimento. A Constituição Federal de 1946, em seu artigo 147, já tratava a função social da propriedade como princípio da ordem econômica²³. Na Carta Magna de 1988, além de alicerce da ordem econômica, a função social da propriedade ganha ainda mais prestígio, passando à categoria de direito fundamental, com implicações hermenêuticas evidentes²⁴. Hoje se pode afirmar que a perspectiva funcionalizada decorre mesmo da força dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana (Constituição, artigos 1º, III, e 3º, I e III)²⁵, situando-se o núcleo do conceito de função (social) da propriedade no

²² Salvatore Pugliatti. *La proprietà e le proprietà*. In *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 148, 149. Gustavo Tepedino, em sentido análogo, registra a passagem da noção abstrata do instituto para sua concretização: “De fato, a variedade e relatividade da noção de propriedade (...) corroboram a rejeição (...) da propriedade como noção abstrata. (...). Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário. (...). A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, reflete, na realidade, a superação da própria concepção tradicional de direito subjetivo, entendido como o poder reconhecido pelo ordenamento ao sujeito para realização de interesse próprio, finalizado em si mesmo. (...) Referida construção aplicada à propriedade permite concebê-la não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada (...), mas como ‘*una situazione giuridica soggettiva tipica e complessa*’, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.” Gustavo Tepedino. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*, v.14; coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 241-243. No mesmo sentido, Ricardo Lira disserta: “Consequentemente, a rigor, não há que falar só em redefinição da propriedade, mas em diversificação do direito de propriedade, no seu conteúdo, conforme o bem de vida que esteja em jogo, visando à função social da propriedade, como um dos instrumentos da Justiça Social. Assim, o direito de propriedade, assegurado na Constituição da República pode variar, como verdadeira função social, nos termos e limites fixados pela lei, como expressão da vontade coletiva, desde que não seja ele esvaziado no seu conteúdo essencial mínimo.” Ricardo Pereira Lira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 161.

²³ Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

²⁴ Ao analisar o sentido e o alcance da função social da propriedade, Luiz Edson Fachin defende que não devem ser atendidas as pretensões possessórias do proprietário não cumpridor da função social de sua propriedade, mesmo que em tese tais pretensões sejam garantidas pelo Código Civil. Confira-se: “(...) é defensável concluir que é incongruente com a norma constitucional e a *mens legis* deferir proteção possessória ao titular de domínio cuja propriedade não cumpre integralmente sua função social, inclusive (e especialmente) no tocante ao requisito da exploração racional. A liminar que seja deferida concedendo a reintegração de posse de imóvel nessa condição pode até atender a dogmática do Código Civil, mas se choca de frente com o novo texto constitucional. (§) Com base neste ponto de vista, torna-se possível não atender as pretensões de defesa possessória do proprietário que deixa de imprimir à sua propriedade uma função social, não obstante possua título de domínio. É aqui valorizado, acima do direito abstrato da propriedade, um fato concreto que se baseia na posse agrária legitimando a propriedade”. Luiz Edson Fachin. *A justiça dos conflitos no Brasil*. In: *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 285.

²⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir

condicionamento da tutela do direito do proprietário à realização dos valores constitucionais, e ao atendimento de interesses não proprietários considerados socialmente relevantes²⁶.

Conclui-se, com Gustavo Tepedino, que a propriedade constitucional “não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário”, mas, “ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa”²⁷. Em definitivo:

A disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precisamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não-proprietárias. De tal compatibilidade deriva (não já o conteúdo mínimo mas) o preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação concreta²⁸.

A função remodela a estrutura e o conteúdo do direito²⁹. Não há espaço, hoje, à luz do projeto constitucional, para o exercício do domínio em moldes apartados do elenco axiológico do ordenamento jurídico.

4. Aquisição funcionalizada: hipóteses congêneres

Se é verdadeiro que a funcionalização projeta suas luzes sobre a situação proprietária e as relações jurídicas a ela subjacentes, como visto acima, parece lógico que o momento aquisitivo não escapa de tal espectro, muito especialmente quando o processo se mostra permeado por valores especialmente socializantes.

Por outras palavras, quando entram em cena situações tais como a usucapião especialíssima (CC, art. 1240-A)³⁰ ou a aquisição onerosa decorrente do exercício

uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

²⁶Art. 5º - (...), XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

²⁷ Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil*. 3ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.323.

²⁸ Ob. cit., p. 323.

²⁹ Neste rumo, Pietro Perlingieri, ao afirmar ter se tornado a função social “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito”. Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

³⁰ “Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade

da exceção de posse socialmente qualificada (CC, art. 1228, pars. 4º e 5º)³¹, o elenco de valores supremos do ordenamento incide diretamente e de modo privilegiado sobre o caso concreto, permitindo o acesso dos mais vulneráveis ao uso e fruição dos bens jurídicos que a ordem constitucional fez tutelar. Assim, devem ser repelidas todas as tentativas de interpretação que causem embaraços ou que criem obstáculos à eficácia desses dispositivos.

Afinal, impedir o exercício do direito previsto no parágrafo quarto do artigo 1228, por exemplo, por conta da ausência de recursos, do estado de miserabilidade dos possuidores ou por exigência de legislação urbanística municipal quanto à metragem mínima é verdadeiramente atentar contra os valores constitucionais que conferem precedência da pessoa sobre o patrimônio. Essa precedência é justamente o que identifica o marco axiológico do ordenamento jurídico na dignidade humana e na solidariedade³², bem como a constatação da prevalência, nas situações de conflito, dos valores não-patrimoniais sobre os patrimoniais, do interesse da coletividade sobre o individual, por opção (democrática) do Poder Constituinte.³³

Quadro semelhante se verifica quando se enfoca a usucapião especialíssima, no que tange ao percentual de frações ideais que detém o condômino beneficiário do expediente, e que remanesce no imóvel. Basta a situação da comunhão para que seja deflagrado o mecanismo *ad usucapionem* em relação à fração remanescente, ainda que a razão original de divisão entre as cotas seja desfavorável ao adquirente. O raciocínio, tal como apresentado, para além da aparente consagração do antigo brocardo interpretativo – onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete fazê-lo –, encontra justificativa última nos valores constitucionais da tutela da pessoa humana no ambiente familiar.

divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. [\(Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011\)](#)

³¹ “§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

³² Gustavo Tepedino esclarece a profunda transformação do direito de propriedade: “Desse modo, (não já o conteúdo mínimo, mas) o preciso conteúdo da situação jurídica de propriedade, inserida na relação concreta, deriva da compatibilidade da (situação jurídica de) propriedade com situações não proprietárias. Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) se transforma em instrumento para a realização do projeto constitucional (acesso a garantias fundamentais).” Gustavo Tepedino. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*, v.14; coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 249.

³³ Ricardo Lira compactua desse espírito: “Nesse caso a riqueza social aumenta, a distribuição da riqueza se faz mais justamente, na medida em que, visando ao bem de todos, o interesse protegido do *dominus* define-se diante do interesse subordinado da comunidade”. Ricardo Pereira Lira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 313.

Simplifica o acesso ao domínio pleno do bem, reunindo as frações sob a titularidade do responsável que permanece na residência, em benefício da segurança jurídica do núcleo³⁴.

Para além de corresponder à noção de garantia³⁵, o direito de propriedade, hoje, representa igualmente a ideia de acesso. Valoriza-se, funcionalmente, o dito *direito à propriedade* – nas palavras de Luiz Edson Fachin: “passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser um direito à propriedade. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso”.³⁶

O acesso, por seu turno, no quadro social de escassez em que vive a sociedade brasileira, vincula-se a alguns dos valores fundamentais do ordenamento, ilustrados nos incisos I e III do artigo 3º da Constituição, segundo os quais constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, em nome da tutela privilegiada da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, a teor do art. 1º, III, da Constituição. Por isso mesmo a posse cumpridora de sua função social goza de autonomia em relação à garantia do direito de propriedade, podendo prevalecer mesmo contra o domínio³⁷. E a prioridade axiológica dos valores existenciais em jogo (moradia, trabalho) aponta para a *prioridade finalística da acessibilidade ao estatuto dominial por via da usucapião especial independente da restrição de metragem, oriunda da legislação municipal*, tema melhor desenvolvido a seguir.

5. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem, os valores em jogo e o aceso debate na jurisprudência

Ao retornar-se à questão objeto específico deste ensaio³⁸, verifica-se a ocorrência de uma (apenas aparente) colisão entre princípios e valores, protegidos pelo ordenamento.

³⁴ Seja consentido remeter a Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. *Usucapião especialíssima: um olhar sobre o novo instituto*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*; coord. Gustavo Tepedino, v.49, janeiro/março 2012, Rio de Janeiro, Padma, 2000, p. 242.

³⁵ Constituição da República, art. 5º, caput e incisos XXII e XXIII.

³⁶ Luiz Edson Fachin. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 289.

³⁷ Permita-se a referência a Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. *Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje*. In *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Org. Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008, p. 275 a 277.

³⁸ Cf. item 1, supra, em especial os parágrafos iniciais.

Se, por um lado, mostra-se coerente com o interesse público geral de ordenação urbana a solução que preconiza a inviabilidade da usucapião sobre área menor que a metragem mínima das posturas municipais, a fim de atender ao princípio da função social da cidade, evitando-se a degradação do tecido urbano e a consequente favelização, por outro, não se pode negar que o acesso à propriedade imóvel, por meio da usucapião, constitui mecanismo de relevância social de impacto, a bem do acesso à moradia, do princípio da isonomia e da garantia da segurança jurídica.

As decisões dos conflitos pelo Judiciário refletem uma divisão de cenário, em oscilações entre as duas orientações enfocadas.

Em meio a torrencial aplicação do Enunciado número 7 de sua Súmula de Jurisprudência³⁹, parece prevalecer, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a exigência de metragem mínima para aquisição da propriedade imobiliária urbana por usucapião. Em recente julgado, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino retratou a posição do STJ no tema: “o entendimento desta Corte é no sentido de que não é possível a usucapião de terreno com dimensões inferiores ao módulo urbano (ou rural)”⁴⁰. Há precedente da Corte em igual sentido: REsp 402.792/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, julg. 26.10.2004⁴¹.

³⁹ O apontado enunciado, publicado em 3.7.1990, impede sejam conhecidos pelo STJ um sem número de recursos especiais, filtrando a multidão de feitos que assola a Corte. Veja-se seu inteiro teor: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁴⁰ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSENTE. SÚMULA 211 DO STJ. USUCAPIÃO. ÁREA MENOR QUE MÓDULO URBANO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no Ag 1407458/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 07.05.2013).

⁴¹ CIVIL - RECURSO ESPECIAL - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - ÁREA INFERIOR AO MÓDULO URBANO - LEI MUNICIPAL - VEDAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 550 e 552 DO CC/16 - INOCORRÊNCIA. 1 - *In casu*, como bem ressaltado no acórdão impugnado, “o imóvel que se pretende usucapir não atende às normas municipais que estabelecem o módulo mínimo local, para parcelamento do solo urbano.” (fls.168/169), não constituindo o referido imóvel, portanto, objeto legalizável, nos termos da lei municipal. Conforme evidenciado pela Prefeitura Municipal de Socorro, no Ofício de fls. 135, o módulo mínimo para o parcelamento do solo urbano daquele município é de 250m², e o imóvel em questão possui apenas 126m². Ora, caso se admitisse o usucapião de tal área, estar-se-ia viabilizando, de forma direta, o registro de área inferior àquela permitida pela lei daquele município. Há, portanto, vício na própria relação jurídica que se pretende modificar com a aquisição definitiva do imóvel. 2 - Destarte, incensurável o v. acórdão recorrido (fls. 169) quando afirmou que “o entendimento do pedido implicaria em ofensa a norma municipal relativa ao parcelamento do solo urbano, pela via reflexa do usucapião. Seria, com isso, legalizado o que a Lei não permite. Anotou, a propósito, o DD. Promotor de Justiça que, na Comarca de Socorro, isso vem ocorrendo “como meio de buscar a legitimação de parcelamento de imóveis realizados irregularmente e clandestinamente.” 3 - Recurso não conhecido (STJ, 4ª T., REsp 402.792/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezini, julg. 26.10.2004).

Entretanto, em outro acórdão o STJ houve por bem manter decisão de Tribunal estadual que acolheu a tese da possibilidade de usucapião: REsp 150.241/SP, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julg. 02.12.1999, DJ 08.03.2000⁴².

A consideração da existência de uma metragem mínima para constituir o denominado módulo urbano da propriedade imobiliária, imposta por legislação municipal, tem impressionado muitos intérpretes. Apegados à subsunção e acostumados a técnicas legislativas regulamentares, não conseguem superar o óbice urbanístico. Afinal, se há uma dimensão mínima para a concepção da propriedade imobiliária no interior da cidade, qualquer tentativa, seja de que natureza for, de se instituir lote com área inferior àquela do módulo mínimo deve ser, de plano, refutada.

Mais forte se torna o argumento, supõem seus adeptos, diante da ausência, na outra ponta, de metragem mínima para efeito de aquisição por usucapião. A “aplicação” da lei municipal à hipótese, assim, não encontraria opositor e preencheria o vácuo normativo federal, desempenhando papel de integração do ordenamento. Chega a chamar a atenção o apego exasperado à subsunção, a procura de um regulamento legal, de uma solução específica na letra da lei, a servir de “moldura” para “encaixar” o caso concreto.

E não é só. A tal quadro soma-se ainda a motivação da tese. Inspirada no firme propósito de garantir a função social da cidade, em que se inclui a qualidade de vida de seus moradores, e para evitar o risco de favelização, considerada uma chaga oriunda da ausência de regulação dos espaços urbanos, o raciocínio culmina na decisão de impossibilidade jurídica do pedido. Vale dizer, inexistindo respaldo no ordenamento, amparo legal para a pretensão aquisitiva em relação àquela porção de terra que se deduz em juízo, outro caminho não resta ao magistrado senão a extinção do feito sem julgamento do mérito, na forma do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil⁴³.

⁴² CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. PROPRIEDADE RURAL. ÁREA INFERIOR A UM MÓDULO RURAL. SOCIEDADE DE FATO. POSTERIOR REGISTRO. CONTAGEM DO PRAZO DE USUCAPIÃO. DOUTRINA. RECURSO ESPECIAL ENUNCIADO N. 283 DA SÚMULA/STF. RECURSO DESACOLHIDO. I - Nos termos do art. 18 do Código Civil, "começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa". Por outro lado, nada impede que a sociedade de fato, que venha a registrar-se posteriormente, procure valer-se, após a sua constituição legal, de direitos adquiridos anteriormente ao seu registro. II - O legislador de 1973 inovou ao atribuir, no art. 12-VII, CPC, capacidade para ser parte às sociedades sem personalidade jurídica. Assim, mesmo antes de sua constituição legal, é permitido à sociedade de fato postular em juízo os seus direitos. III - Assentando-se o tribunal de origem em mais de um fundamento para ter como possível a aquisição por usucapião de imóvel rural, cada um deles suficiente, por si só, para manter o acórdão, e não havendo impugnação de todos eles, não há como conhecer do recurso especial. (STJ, 4ª T., REsp 150.241/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 02.12.1999).

⁴³ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VI- quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

As posturas municipais, em nítida subversão hermenêutica, são elevadas a patamares superiores à legalidade constitucional, inclusive ao ponto de engendrar a carência das condições da ação de usucapião do possuidor.

No entanto, se o texto da Constituição da República não especificou a dimensão mínima da área em que as espécies de usucapião constitucionais deveriam se dar, ao contrário, restringiu apenas o limite máximo nessas hipóteses – assim como o Estatuto da Cidade e o Código Civil procederam da mesma forma nos modelos de que cuidam –, certamente não faria sentido que o legislador municipal pudesse incluir tal dimensão em regras normativas de aquisição da propriedade imobiliária. Mesmo porque não têm os Municípios competência para legislar sobre direito civil – parcela que se inclui no rol privativo da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição de 1988⁴⁴. Parodiando antigo brocardo interpretativo, poder-se-ia sustentar que onde o constituinte não distinguiu, não cabe ao legislador municipal fazê-lo.

E, pior: eventual aplicação combinada dos dispositivos da Constituição com as posturas municipais, em exercício interpretativo que estendesse as fronteiras da norma municipal para além de suas possibilidades finalísticas, ensejaria modelo absurdamente estreito de eficácia social da usucapião especial no Brasil, restrito a espaço confinado entre a metragem mínima municipal e a máxima constitucional. No caso do Município do Rio de Janeiro, como as regras de zoneamento exigem a metragem mínima de 225 metros quadrados e a Constituição impõe o limite máximo de 250 metros quadrados, conclui-se que o espaço quantitativo para a aquisição por usucapião especial residiria neste intervalo estreito entre um limite e outro, afastando-se todas as demais dimensões. Mais grave ainda: se, como ocorre em muitas cidades no país, o limite mínimo municipal for igual ou superior à metragem máxima constitucional, pronto: estaria inviabilizada, e sem condição de produzir qualquer efeito, a previsão constitucional de aquisição por usucapião, por força da regra de zoneamento municipal⁴⁵.

⁴⁴ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I- direito civil, (...)”.

⁴⁵ Existe previsão na Lei 6.766/79 de metragem mínima do lote urbano em 125 m² e indicação à legislação municipal, em termos vinculantes e cogentes, para que defina as áreas mínima e máxima dos lotes que sejam criados em seu território. Vejam-se as disposições a seguir: “Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: (...) II - os lotes terão área mínima de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes; (...) §1º A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento”. A decisão do STJ mencionada na nota de rodapé nº 41, supra, infelizmente consagra a metragem mínima para a

Com efeito, em atenção à hierarquia das leis e à supremacia da Constituição, há diversas decisões, em segunda instância, descartando a tese da impossibilidade jurídica do pedido, em face de um status inferior das leis municipais em contraposição às normas federais – sejam de termos constitucionais ou infra⁴⁶.

Em rigor, no entanto, não parece haver propriamente conflito entre a norma constitucional e a municipal, a desafiar a tábua hierárquica que constitui o ordenamento. Trata-se, isso sim, de normas com vocações e funções bastante diferentes.

As posturas municipais que determinam o zoneamento urbano destinam-se ao bem-estar coletivo, à ordenação do território da cidade, ao fiel cumprimento de sua função social, com implicações e impactos na rede de transportes, nas relações de vizinhança, na segurança pública, no meio ambiente etc. Daí decorrem a legitimidade e a competência da municipalidade para legislar e administrar, mediante o exercício de seu poder de polícia, o território urbano, por outorga do sistema jurídico constitucional, a bem da eficácia de suas leis e ações administrativas – na regularização de empreendimentos urbanísticos e de parcelamentos urbanos submetidos à aprovação das autoridades públicas da prefeitura. Tais poderes decorrem diretamente do pacto federativo absorvido nas normas constitucionais (artigo 30, incisos I e VIII e artigo 182 da CF⁴⁷), e são regulamentados nos termos do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10.7.2001).

Por outro lado, à normatização da situação específica da aquisição da propriedade imobiliária por conversão da posse, cumpridos os requisitos para tanto, destina-se o comando do artigo 183 da Constituição⁴⁸, do artigo 9º do Estatuto da Cidade, e dos artigos 1.238 a 1.244, do Código Civil.

usucapião em cidade que adota o módulo mínimo urbano de 250 m², fazendo tábua rasa da previsão constitucional da usucapião especial – Município de Socorro, Estado de São Paulo.

⁴⁶ TJRJ, 10ª C.C., Ap. Cív nº 00051742520048190202, Rel. Des. José Carlos Varanda dos Santos, julg.: 19.03.2014. Da fundamentação, extrai-se: “Neste sentido, ainda que o artigo 30, VIII da Constituição Federal e demais normas infraconstitucionais tenham possibilitado aos entes municipais legislar sobre o ordenamento do solo urbano, não se pode perder de vista que estas normas jurídicas não podem, e jamais poderiam inviabilizar a eficácia do artigo 183 da Constituição Federal, hierarquicamente superior (...) Por certo, o comando constitucional, de eficácia plena, apenas delimita o tamanho máximo do imóvel, e não o mínimo, justamente porque qualquer outra ressalva poderia obstar o acesso ao direito à moradia, princípio fundamental decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana”.

⁴⁷ “Art. 30. Compete aos Municípios: I- legislar sobre assuntos de interesse local; (...) VIII- promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”. “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

⁴⁸ “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

A função, aqui, é eminentemente distinta, a promover a conversão da posse em propriedade e permitir o acesso ao domínio por parte do possuidor, fortalecendo o estatuto de sua moradia. Representa a consagração dos anseios por justiça social, além de eloquente exemplo da prevalência dos interesses extrapatrimoniais sobre os patrimoniais, na medida em que antepõe a função social da posse exercida pelo possuidor à propriedade do incauto titular; o direito à moradia à especulação dominial; a dignidade humana ao capital; o desempenho ativo da situação jurídica subjetiva à letra fria do título no Registro de Imóveis; a solidariedade ao individualismo; a substância à forma.

E a forma de aquisição, originária, descaracteriza qualquer relação de transferência, por ato de autonomia privada, com a titularidade anterior – surgindo na verdade uma situação proprietária nova, que não guarda comunicação com a situação antecedente, permitindo a abertura de uma específica matrícula no Registro Geral de Imóveis, independente da cadeia registral existente.

Neste processo, muitas vezes penoso, de obtenção do registro na serventia competente, o fato de se exigir requisito não contemplado no texto constitucional por si só vilipendia a isonomia substancial e obstaculiza o acesso à propriedade por parte das pessoas que mais carecem da tutela social da Constituição. Não se pode perder de vista que, em existindo na localidade eventuais imóveis que por qualquer circunstância tenham sido registrados com dimensões inferiores ao plano urbanístico, com maior eloquência restaria caracterizada a violação ao princípio da igualdade (formal), materializando-se a lesão, per se, na exigência do dimensionamento mínimo, por se atribuir tratamento desigual a pessoas que se acham na mesma situação jurídica⁴⁹.

Além disso, gize-se *ad colorandum* que, em termos dos modos de aquisição de propriedade, a usucapião representa exceção no contexto fático atual, não se podendo alegar risco de favelização generalizada em consequência do reconhecimento judicial pontual de um dos efeitos mais fortes da posse, a usucapião.

Acresceu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em recentíssima ocasião, em sua Súmula da Jurisprudência Predominante, a de número 317, procurando pacificar os entendimentos em torno da concepção majoritária na corte estadual,

⁴⁹ Tal circunstância pode ser demonstrada por meio da apresentação de certidão do serviço registral competente, a atestar a existência de matrículas porventura abertas relativamente a imóveis com metragem abaixo do módulo mínimo.

nos seguintes termos: “É juridicamente possível o pedido de usucapião de imóvel com área inferior ao módulo mínimo urbano definido pelas posturas municipais”⁵⁰.

O teor do novíssimo enunciado interpretativo corresponde igualmente à tese que parece prevalecer no país, em meio à celeuma de decisões judiciais na matéria por todos os tribunais. Há, inclusive, número expressivo de acórdãos a tutelar o interesse do usucapiente, dando provimento, em segunda instância, aos recursos interpostos contra as sentenças terminativas prolatadas por impossibilidade jurídica⁵¹.

A matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal, a quem competirá dar a definição jurisdicional do problema, já tendo sido afeta ao Plenário, por decisão unânime da 1ª Turma⁵². Espera-se, em meio às expectativas de parte a parte, que o Tribunal reflita em sua decisão a prevalência dos valores existenciais e da justiça social, bem como leve em conta os avanços da teoria da interpretação, e caminhe no mesmo sentido da recente Súmula editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

6. Considerações finais

Sob a perspectiva funcional, o contraste das duas vocações (ordenar o território da cidade e garantir acesso à propriedade pelo possuidor que preenche os requisitos da usucapião) permite entrever a concepção de sistema e a ideia de unidade na complexidade de fontes que constituem o ordenamento, dentro do qual ambas as regras podem e devem conviver em harmonia. O reconhecimento pontual da usucapião, em determinadas circunstâncias, passa ao largo da proibição de parcelamento do solo que crie lote com área inferior ao mínimo legal.

Em termos da função de cada instituto, o conflito, que estruturalmente se coloca ao intérprete, acaba por se apequenar, se é que de conflito se possa falar. Insista-se, à

⁵⁰ A publicação da Súmula data de 18.08.2014, a partir do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 001314964.2005.8.19.0202, julgamento em 14.4.2014, Rel. Des. Marcus Quaresma Ferraz.

⁵¹ Assim, TJRJ, 3ª CC, Ap. Cív. nº 0015350-79.2003.8.19.0208, Rel. Des. Elton Leme, julg. 15.1.2014; no mesmo sentido, TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. nº 0062548-25.2010.8.26.0224, Rel. Des. João Pazine Neto, julg. 10.9.2013; bem como TJPR, 18ª Câmara Cível, Ap. Cív nº 692.874-7, Rel. Fabian Schweitzer, julg. 8.6.2011; e, ainda, TJSC, Câmara Especial Regional de Chapecó, Ap. Cív nº 20120219266, Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, julg. 12.08.2013.

⁵² STF, 1ª T., RE 422.349/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 27.04.2010. A decisão foi lavrada nas seguintes palavras: “A Turma, por indicação do Ministro Marco Aurélio, decidiu afetar o processo a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski”. Em decisão mais recente, o Tribunal deu provimento a Agravo para subir Recurso Extraordinário em que se debate o mesmo tema: STF, 1ª T., AI 832718/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 16.12.2013, decisão em que se menciona a expectativa da definição do assunto pelo Plenário da Suprema Corte.

exaustão: uma coisa é a limitação proveniente da legislação municipal para a implantação de lotes autônomos, direcionada ao parcelamento do solo urbano pelos diversos meios negociais; outra, completamente diversa, é a previsão da usucapião constitucional (ou da legislação ordinária federal), voltada à conversão da posse em propriedade, modo originário de obtenção do domínio⁵³. Somente uma exegese que artificialmente forçasse a literalidade da norma municipal em detrimento de sua teleologia e função no sistema permitiria conclusão diversa.

Negar aprovação, na esfera administrativa, a projeto de subdivisão de terra urbana que crie lote com área abaixo da prevista para o módulo mínimo, quando for o caso⁵⁴, e cancelar, no plano jurisdicional, a aquisição (originária, sublinhe-se) por usucapião sobre parcela de terreno que dê origem a lote novo, ainda que inferior às dimensões do módulo mínimo, é o que se espera do Estado, em nome da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, sem que se possa vislumbrar qualquer contradição entre tais medidas.

Recebido em 02/09/2014

1º parecer em 19/10/2014

2º parecer em 18/11/2014

⁵³Do ponto de vista da estrutura, supondo-se o choque entre os princípios e valores no caso, se o resultado da ponderação indicasse a prevalência do módulo mínimo na usucapião, restariam aniquilados os interesses do possuidor, que teria negado seu direito constitucional de acesso à propriedade, mesmo tendo reunido todos os pressupostos aquisitivos cabíveis. Tal aniquilamento não se mostra desejável. A ponderação, ao revés, permite a compatibilização, em certa medida, dos valores em confronto, em detrimento do sacrifício total de um polo.

⁵⁴ O Superior Tribunal de Justiça houve por bem manter decisão judicial que negava a implantação de loteamentos residenciais com área menor que o módulo urbano (STJ, Corte Especial, AgRg em suspensão de liminar e de sentença nº 1.067-SP, Min. Rel. Cesar Asfor Rocha, julg. 18.11.2009). Neste julgado, o Ministro Relator fundamentou seu voto no argumento de que “cabe à administração pública tomar as medidas urgentes cabíveis para evitar criação de favelas, invasões e o aumento do número de família sem residência própria”.