



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL SOB O FILTRO DA PROPORCIONALIDADE

Anna Beatriz Espínola de Souza Almeida Aranha

Rio de Janeiro
2017

ANNA BEATRIZ ESPÍNOLA DE SOUZA ALMEIDA ARANHA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL SOB O FILTRO DA PROPORCIONALIDADE

Artigo científico apresentado como exigên-
cia de conclusão de Curso de Pós-
Graduação Lato Sensu da Escola da Magis-
tratura do Estado do Rio de Janeiro. Profes-
sores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A INCONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB O FILTRO DA PROPORCIONALIDADE

Anna Beatriz Espínola de Souza Almeida Aranha

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo - A usucapião extrajudicial é regulada pela lei que criou o incipiente Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), na parte final, que por meio do artigo 1.071 alterou a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), para nela incluir as disposições do referido instituto. Contudo, trata-se de um procedimento que confere uma acentuada insegurança jurídica, tendo em vista que retira o controle judicial da demanda e exige que usucapido e usucapiente estejam de acordo, o que é algo que não se verifica recorrentemente na prática, a menos que haja má fé entre os requerentes ou se esteja diante, em verdade, de simulação de um negócio jurídico subjacente. Assim, analisa-se que o instrumento da usucapião extrajudicial promove a razoável duração do processo de maneira muito ínfima e com pouca efetividade ao mesmo tempo em que não assegura a adequada segurança jurídica conferida nas demandas judiciais, exigida em relação ao uso de um instituto sobre o qual paira forte interesse público. Dessa forma, ponderando-se a razoável duração do processo com a segurança jurídica promovidas, compreende-se que o instituto não atende ao critério constitucional da proporcionalidade e, por essa razão, deve ser declarado inconstitucional.

Palavras-chave – Direito Civil e Processual Civil. Usucapião Extrajudicial. Razoável Duração do Processo. Acesso à Justiça. Segurança Jurídica. Ponderação. Proporcionalidade. Inconstitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. A ausência de efetividade significativa no escopo da promoção da razoável duração do processo. 2. A insegurança jurídica que emerge do instituto da usucapião extrajudicial. 3. A proporcionalidade como filtro constitucional para a usucapião extrajudicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico visa a discutir sobre o vício de inconstitucionalidade existente na possibilidade de reconhecimento da usucapião de maneira extrajudicial, da forma como veio regulamentada pelo Novo Código de Processo Civil, perquirindo se esse instituto atende ao princípio da proporcionalidade. Essa análise é feita a partir de uma ponderação entre a razoável duração do processo que o instituto visa a promover e a segurança jurídica que pode ser colocada em cheque.

A usucapião extrajudicial é regulada pela lei que criou o incipiente Código de Processo

Civil (Lei nº 13.105/2015), na parte final, que por meio do artigo 1.071 alterou a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), para nela incluir as disposições do referido instituto.

A possibilidade de se declarar a usucapião administrativamente não é inteiramente uma novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil, porquanto já era prevista pela Lei do Programa Minha Casa, Minha Vida (Lei nº 11.979/09). Contudo, era aplicável a uma hipótese muito restrita, qual seja, para aqueles que detivessem o título de legitimação de posse conferido pelo ente público com o intuito de promover a regularização fundiária.

A novidade é que tal instrumento deixou de ser possível apenas para essa hipótese e foi expandido para que qualquer usucapião que possa ser reconhecida judicialmente passe também a poder ser declarada pela via extrajudicial, atendendo aos mesmos requisitos, mediante requerimento do interessado representado por advogado ao cartório.

Não obstante, trata-se de um procedimento que confere uma acentuada insegurança jurídica, tendo em vista que retira o controle judicial da demanda e exige que usucapido e usucapiente estejam de acordo, o que é algo que não se verifica recorrentemente na prática, a menos que ambos estejam de má fé. Dessa forma, a preocupação com a utilização prática do instituto é o que move este artigo, pois trata de um instituto que gera fortes dúvidas sobre a sua efetividade e seus benefícios.

Nessa esteira, no primeiro capítulo, busca-se analisar até que ponto o instrumento da usucapião extrajudicial promove a razoável duração do processo e pode ter efetividade, uma vez que exige o consenso das partes. Objetiva-se tecer uma análise acerca do procedimento da usucapião extrajudicial dada a realidade prática.

Em seguida, passa-se a uma reflexão sobre a ausência de meios para se assegurar no procedimento de usucapião extrajudicial a mesma segurança jurídica conferida nas demandas judiciais, tendo em vista que o tabelião de cartório não possui os mesmos poderes de fiscalização que o magistrado. O escopo é comprovar que o instituto da usucapião extrajudicial promove uma acentuada insegurança jurídica, identificando os malefícios e o modo como a má-fé está sendo facilitada.

Por fim, no terceiro e último capítulo, alcança-se a conclusão sobre se o instituto, então, atende ao princípio da proporcionalidade, ponderando-se a razoável duração do processo com a segurança jurídica promovidas. Com isso, o propósito é comprovar a inconstitucionalidade do instituto, uma vez que a opção legislativa não atende à proporcionalidade em sentido estrito,

tendo em vista que não confere uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados.

O presente trabalho aborda o tema a partir da análise da pouca doutrina que se tem acerca do tema até o momento, com a finalidade de entender qual o procedimento que deve ser seguido para o reconhecimento cartorário da usucapião. Bem assim, considera alguns elementos que são notórios para que se possa estabelecer a ponderação entre a razoável duração do processo e a segurança jurídica na questão em tela.

Assim, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, considerando que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, a fim de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora se vale da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina, jurisprudência e artigos jurídicos) – para sustentar a sua tese.

1 A AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE SIGNIFICATIVA NO ESCOPO DA PROMOÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Desde a década de 1970, existe uma enorme tendência de uso cada vez mais recorrente das técnicas alternativas de resolução de conflitos como opção ao sistema jurisdicional tradicional¹. Um dos principais intuitos é certamente desafogar o Judiciário que se revela cada vez mais incapaz de atender às crescentes demandas por “justiça”. Desenvolve-se, assim, na atualidade, um movimento de desburocratização e desjudicialização do Direito, com o escopo de se conferir maior agilidade e efetividade da prestação jurisdicional por meios alternativos.

É certo que a ineficiência e o assoberbamento do maquinário estatal no âmbito do Poder Judiciário importa em grave violação do princípio da razoável duração do processo e, consequentemente, do acesso à justiça. Esse dilema moveu os operadores do direito a se depararem com a

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 244.

obrigatoriedade de repensar o processo civil brasileiro e instituir novas formas de solução de litígios que fossem igualmente eficazes, porém mais eficientes, fugindo da necessidade de incidência do Poder Judiciário.

É nesse contexto fático e jurídico que se insere o instituto da usucapião extrajudicial (ou administrativa), como um instrumento que se apresenta, dentro de um sistema multiportas², como alternativa para que os cidadãos tenham facilitado o exercício do seu direito de acesso à justiça e possam efetivar com maior celeridade o direito fundamental à propriedade, insculpido no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.³

Sobre o acesso à justiça, Mauro Cappeletti⁴, em 1978, já sugeria que:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios.

É exatamente nessa esteira de se reconhecer a importância dos métodos alternativos de solução de conflito, ao mesmo tempo em que não se deve deixar de lado a preocupação com o impacto e os efeitos da criação de um instrumento como a usucapião extrajudicial, que se questiona em que proporção o instituto é apto a promover a razoável duração do processo e facilitar o acesso à justiça. Ademais, deve-se sempre primar para que um mecanismo que vise a solucionar um problema não cause outros maiores, orientação básica do critério da proporcionalidade.

Importa, então, tecer uma breve síntese e análise sobre o procedimento da usucapião administrativa. O NCPC⁵, como dito, por meio do seu art. 1.071, alterou a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973)⁶, acrescentando-lhe o art. 216-A, no qual é regulamentado o instituto. Nele está previsto que o procedimento deve ter início com o pedido fundamentado do interessado

² Ibid., p. 248.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017.

⁴ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12-13.

⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017

⁶ Idem. *Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017.

dirigido ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da localidade da situação do bem, acompanhado de determinados documentos listados no referido artigo.

Em seguida, caberá ao Oficial proceder à intimação das pessoas titulares de direitos reais registrados sobre o imóvel e dos confinantes que não apuseram a sua assinatura no pedido, para que se manifestem no prazo de 15 dias, sendo o silêncio dos intimados interpretado como discordância (art. 216-A, §2º, do CPC). Bem assim, deverão ser cientificados a União, o Estado e o Município e publicado edital em jornal de grande circulação para que terceiros interessados possam tomar conhecimento do requerimento e também se manifestar no mesmo prazo.

Se houver qualquer impugnação, o Registrador deverá remeter os autos ao Juízo competente, onde seguirá então o procedimento jurisdicional comum, devendo o requerente emendar o requerimento para adequá-la aos requisitos processuais de uma petição inicial. Caso não haja nenhuma impugnação e os titulares de direitos reais sobre a coisa, bem como os confinantes, manifestem expressamente a concordância com o pedido, deverá o Oficial analisar o pedido e se convencido da veracidade das alegações registrar a nova titularidade do bem, reconhecendo a prescrição aquisitiva.

Assim, vê-se que o Código⁷ exige concordância expressa de todos os interessados que possuam direitos reais registrados sobre o imóvel ou sobre os imóveis confinantes, não havendo que se falar em anuência tácita. Caso não haja manifestação em sentido positivo de todos os interessados, a demanda terá que ser obrigatoriamente pleiteada em Juízo, sendo inservível a via extrajudicial.

Entretanto, o que se vê comumente na prática não é uma solução amigável em que os titulares de direitos reais sobre o imóvel concedem o seu consentimento expresso quanto à usucapião que se pretende reconhecer. Ao revés, a experiência prática é clara em demonstrar que, na esmagadora maioria das vezes acontece uma das seguintes hipóteses: (i) ou o proprietário mantém-se silente e inerte quanto ao pedido; (ii) ou o contesta, resistindo à pretensão deduzida em juízo; (iii) ou, ainda, muitas vezes sequer é encontrado para tomar conhecimento da demanda. Nenhuma dessas situações permite a solução da demanda por via cartorária. É, portanto, raro se visualizar na realidade concreta hipóteses consensuais que se adequem aos requisitos do instituto

⁷BRASIL, op. cit., nota 5.

em comento. Nesse sentido, é a seguinte reflexão⁸:

[...] considerando-se o contexto social, político e econômico, em que o direito à propriedade se relaciona intrinsecamente ao direito à moradia e, tendo em vista as dificuldades para a sua realização, a usucapião extrajudicial pode não se apresentar como instrumento de massiva regularização fundiária, ante o caráter eminentemente conflituoso das relações que envolvem esse tipo de demanda.

Como bem observado, “presume-se que a usucapião extrajudicial servirá, sobretudo, aos interesses da parte usucapiente e do titular do domínio do imóvel que negociaram, regularizando e formalizando o acordo fixado entre eles”⁹. Contudo, é cediço que a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, que não tem por base um negócio jurídico firmado entre usucapido e usucapiente, mas tão somente uma relação direta do usucapiente com a coisa (relação de posse) que faz exsurgir um direito de propriedade em detrimento do domínio até então vigente.

A usucapião não se pauta (e não deve se pautar) em acordos firmados pelas partes; não é essa a pretensão legislativa ou mesmo do constituinte. A concordância dos titulares de direitos reais prejudicados deve ser indiferente ao pleito, visto que essa anuência é prescindível, além de ser especialmente incomum. É muito difícil pensar-se em um cenário em que o proprietário de um bem concordará gratuitamente com a perda de sua propriedade em prol de terceiro, sobretudo adotando uma conduta ativa no sentido de se manifestar expressamente perante o cartório. Não que seja uma hipótese impossível de se verificar na prática, mas extremamente insólita.

Nesse norte, não é factível esperar que a usucapião extrajudicial contribua para o descongestionamento do Judiciário, tendo em vista que as demandas consensuais de declaração de usucapião refletem empiricamente uma quantidade muito inexpressiva do volume de pleitos que versam sobre o tema.

Bem assim, não é verdade que considerável número de jurisdicionados serão beneficiados pela rapidez e eficiência proporcionados pelo procedimento a ser realizado na seara administrativa, tanto pelo motivo já exposto, como pelo fato de que não se mostra apto ao atendimento da população de baixa renda. Isso porque, no campo jurisdicional, o hipossuficiente econômico pode

⁸CARVALHO, Verônica Akemi Shimoida de. *O instituto da usucapião extrajudicial no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/veronica-akemi-instituto-usucapiao-extrajudicial-cpc>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

⁹Idem.

obter a assistência judiciária gratuita prestada pela Defensoria Pública, possibilidade que não se vislumbra em tese para a via administrativa. Ademais, para as ações judiciárias existe a oportunidade de obtenção do benefício da gratuidade de justiça, ficando o requerente isento de custas, o que também não tem previsão legal para o procedimento extrajudicial.

2 A INSEGURANÇA JURÍDICA QUE EMERGE DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO EXTRA-JUDICIAL

Embora modernamente alguns autores, como Leonardo Greco¹⁰ e Fredie Didier Júnior¹¹ defendam a ideia de que o exercício da jurisdição não precisa ser, necessariamente, estatal, outros juristas como Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart¹² e Alexandre Câmara¹³ lecionam, seguindo uma concepção clássica, que a jurisdição deve ser compreendida como uma função essencialmente estatal, não podendo ser delegada, posição que parece ser ontologicamente a mais acertada.

Há, ainda, outra importante controvérsia sobre a natureza jurídica da jurisdição voluntária, discutindo-se se é ou não jurisdição. Nesse ponto, entende-se que a lide não é elemento essencial para a caracterização da jurisdição, razão pela qual a necessidade de submissão ao Poder Judiciário de uma demanda pacífica, para fins de fiscalização estatal e de segurança jurídica, não desconfigura o exercício do poder jurisdicional¹⁴. Sendo atividade jurisdicional, o provimento deve ser produzido por meio de um verdadeiro processo, em que sejam respeitadas todas as garantias inerentes ao modelo constitucional do Direito Processual Civil brasileiro.

¹⁰GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70.

¹¹DIDIER, JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 195.

¹²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34. “Dentro de um Estado de Direito, o poder jurisdicional é absolutamente fundamental e este apenas pode ser exercido por juízes.”

¹³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 32. “Equivalentes de jurisdição não têm natureza verdadeiramente jurisdicional. Só pode ser jurisdição o que provenha do Estado.”

¹⁴Ibidem, p. 32-33. “A lide não é elemento essencial à jurisdição, mas um elemento que lhe é meramente accidental. Em outras palavras, até pode haver uma lide subjacente ao processo, mas não é essencial que isto ocorra. É que existem casos de jurisdição sem lide, como se dá, por exemplo, quando é proposta uma “demanda necessária” (assim entendida aquela demanda que se propõe nos casos em que o direito só pode se efetivado através do processo jurisdicional, como por exemplo no caso de anulação de casamento, em que o resultado só pode ser produzido através de um processo jurisdicional, mesmo que não exista uma lide entre os interessados).”

Sendo assim, tem-se que a “Jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado através do processo, aplicando a solução juridicamente correta”¹⁵ e que o exercício da atividade jurisdicional é eminentemente atribuída ao Poder Judiciário, não obstante outros Poderes estatais sejam constitucionalmente autorizados a exercer essa atividade de forma atípica e excepcional.

Com isso, não se deixa de reconhecer o importante papel dos atores extrajudiciais no auxílio à composição de conflitos. No entanto é preciso separar o que é jurisdição do que não é, bem assim, o que deve ser submetido ao poder jurisdicional daquilo que prescinde desse controle para se verificar o (des)acerto da atribuição de reconhecimento da usucapião ao oficial de cartório.

Não é à toa que a jurisdição é um monopólio do Estado. Isso se deve, além de outros tantos fundamentos, ao princípio da segurança jurídica, decorrência direta do Estado Constitucional de Direito. O referido princípio tutela uma ampla gama de direitos, dentre os quais situa-se o da coisa julgada formal e material, que é o corolário do princípio da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais transportado para o campo judicial¹⁶.

De acordo com o art. 6º, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁷, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”, donde extrai-se que somente por meio do exercício do poder jurisdicional é possível o alcance da coisa julgada.

No afã de modernizar o novo Código de Processo Civil e trazer à ordem novos institutos jurídicos que busquem aliviar o congestionamento dos órgãos judiciários, criou-se a usucapião extrajudicial aplicável a qualquer modalidade de usucapião legalmente prevista. Porém, o reconhecimento de um direito como o da usucapião é matéria que não pode ficar sujeita à mera manifestação de vontade das partes perante um órgão cartorário, pois possui diversas implicações jurídicas que escapam da individualidade do interessado e podem atingir a esfera jurídica de terceiros, inclusive do Estado.

¹⁵Ibid., p. 33.

¹⁶TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 638.

¹⁷BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

Em primeiro lugar, a usucapião não decorre de um negócio jurídico. É um direito à aquisição originária que a lei atribui àquele que exerce uma posse de fato segundo os requisitos legais, que muitas vezes são calcados em conceitos jurídicos indeterminados, exigindo valoração da situação concreta pelo julgador. Invariavelmente, demanda uma atividade interpretativa para a aplicação do direito ao caso concreto, de forma a reconhecer com caráter definitivo a ocorrência fática dos pressupostos da usucapião e o surgimento do direito correspondente. Constitucionalmente, esse poder, que em essência é jurisdicional, só é dado aos magistrados e jamais a um agente administrativo, pois não se encaixa em nenhuma exceção de exercício atípico da jurisdição prevista na lei fundamental.

É inteiramente diferente a possibilidade, por exemplo, de o notário poder concretizar de juridicamente a dissolução de um casamento, fazendo registrar nos assentos públicos o divórcio consensual. Isso porque, a partir da Emenda Constitucional n.º 66 de 2010¹⁸, qualquer pessoa casada tem o direito de divorciar-se a qualquer momento, não havendo quaisquer requisitos a serem preenchidos e verificados na situação concreta para a realização do direito. Ademais, sendo o casamento um negócio jurídico, é certo que pode dissolver-se igualmente de forma negocial, cuja manifestação de vontade cabe apenas às partes.

Nesses casos, quando o divórcio é feito pela via administrativa, o delegatário do serviço público apenas cumpre a função de proceder ao registro público da modificação do estado civil das partes. O tabelião não se imiscui na análise do direito, não reconhece ou declara direito algum, apenas faz uma verificação formal de documentos e das declarações e efetua o registro. Com efeito, nessas hipóteses dispensa-se a atuação jurisdicional, sendo certo que caso existam filhos menores de idade, o divórcio, ainda que amigável, tem que obrigatoriamente ser feito em sede judiciária, justamente porque pode atingir a esfera jurídica dos menores (terceiros, no caso) e, assim, existem outras questões que demandam uma análise valorativa que precisam ser decididas.

O notário, assim como outros serventuários auxiliares da Justiça, é dotado de fé pública, atributo que gera a presunção de que o conteúdo do documento seja verdadeiro, até prova em contrário. Isso não quer dizer, certamente, que possa exercer jurisdição. O oficial de justiça goza

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

de fé pública e ninguém discute a possibilidade de eu possa reconhecer e declarar direitos. Do mesmo modo, semelhante raciocínio deveria ser aplicado aos oficiais de cartório. A fé pública é uma autenticação e a autenticidade é a característica de uma coisa cuja exatidão ou verdade não se podem contestar, ou cuja origem é indubitável.¹⁹ Quanto ao preenchimento dos requisitos da usucapião, o registrador não pode ter nenhuma certeza que o permita exarar uma declaração dotada de fé pública de que a pessoa de fato exerceu a posse *ad usucapionem* conforme prescreve o legislador, pois não estava lá para ver.

A usucapião é um direito que para ser reconhecido depende de prova do preenchimento dos requisitos correspondentes, não sendo a manifestação de vontade das partes suficiente para assegurar que o direito existe. Assim como, no processo penal, a confissão, por si só, não é suficiente para fundamentar uma condenação, por dever ser confrontada com outros meios de prova; na seara civil, a concordância das partes diretamente interessadas não basta para a declaração do direito, pois existe um interesse público que recai sobre esses procedimentos.

Também chamada de prescrição aquisitiva, a usucapião “é modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado (entre eles a servidão e o usufruto) pela posse prolongada no tempo, acompanhada de certos requisitos exigidos pela lei”²⁰, como coisa hábil, a posse *ad usucapionem*, o tempo, o justo título, a boa-fé etc.²¹ Cada um desses requisitos requer produção de provas e respectiva valoração, a partir dos quais o julgador dirá se a usucapião se concretizou ou não. Não é requisito para nenhuma modalidade de usucapião a concordância dos titulares de direitos reais que incidam sobre o bem, tampouco essa concordância tem o poder de suprir os requisitos legalmente postos.

Assim, é gravemente temerário que a partir de meras afirmações dos interessados e da juntada de documentos que não cumprem satisfatoriamente a função de demonstrar de forma inequívoca o preenchimento dos requisitos, o tabelião possa registrar a propriedade em nome do requerente.

É certo que, embora a má-fé não se presuma, a usucapião é um modo excepcional de aquisição da propriedade, que requer as devidas cautelas para que o instituto não seja mal utiliza-

¹⁹ SANTIAGO, Emerson. *Fé Pública*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/fe-publica/>> Acesso em: 02 out. 2017.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 256.

²¹ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 out. 2017.

do e sua finalidade não seja desvirtuada. Por ser um modo de aquisição originária, o usucapiente recebe a coisa livre de quaisquer ônus, bem como não precisa pagar imposto de transmissão. Além disso, recente julgado do Supremo Tribunal Federal²², com repercussão geral, entendeu que a usucapião especial urbana não precisa respeitar o tamanho do módulo mínimo de lote estabelecido pelo Município²³. Dessarte, paira sobre a ação de usucapião um interesse público na constatação segura do direito a ser reconhecido, pois há diversas consequências jurídicas de interesse público que dele decorrem e é possível que o instituto esteja sendo desvirtuado para obtenção de fins ilegítimos, como, por exemplo, para burla à norma municipal relativa ao parcelamento do solo urbano, por via reflexa.

3 A PROPORCIONALIDADE COMO FILTRO CONSTITUCIONAL PARA A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Fixados como premissas a constatação de que a usucapião extrajudicial não é apta a promover de forma significativa o direito à razoável duração do processo e o acesso à justiça, bem como que o instituto não oferece adequada segurança jurídica, abrindo uma acentuada brecha para fraudes, cumpre ponderar se sob o filtro constitucional da proporcionalidade a norma em tela deve ser considerada válida perante o nosso ordenamento jurídico.

É cediço que ao produzir normas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Dessarte, são fatores presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os

²²Idem. Supremo Tribunal Federal. RE nº 422349/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28M%D3DULO+M%CDNIMO+USUCAPI%C3O%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycccgkdq>>. Acesso em: 16 out. 2017. “Preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).”

²³Idem. Supremo Tribunal Federal. RE nº 422349/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo783.htm>>. Acesso em: 02 out. 2017. “Preenchidos os requisitos do art. 183 da CF (“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”), o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).”

motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios²⁴. No caso concreto, a usucapião extrajudicial é o meio que tem por motivo desafogar o Poder Judiciário de um plexo de demandas com base na desjudicialização e a finalidade de promover a razoável duração do processo e o acesso à justiça.

Cuida a proporcionalidade em sentido técnico-jurídico de um critério de aferição da constitucionalidade de leis, que encontra alicerce nos valores de racionalidade, eficiência, justiça, medida adequada, senso comum e rejeição aos atos arbitrários²⁵, de modo a tornar possível a convivência em abstrato de direitos colidentes.

A proporcionalidade, de acordo com a sua raiz germânica, pode ser extraída do princípio do Estado de Direito (art.1º, *caput* da CRFB/88)²⁶²⁷. Entretanto, para a corrente doutrinária que admite a sua equiparação com o princípio da razoabilidade, para alguns intercambiáveis²⁸, pode a proporcionalidade ser reconduzida ao devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*), deitando raízes no direito norte americano e encontrando espeque no art. 5º, LIV, da CRFB/88²⁹. Indene de dúvidas, portanto, que a proporcionalidade possui estatura constitucional, caracterizando-se como uma norma implícita na Constituição Federal de 1988³⁰.

Há controvérsia jurídica a respeito da natureza jurídica do teste de proporcionalidade, havendo bastante dissenso na doutrina. Paulo Bonavides³¹ entende que se trata de princípio em razão de ser um postulado fundamental do constitucionalismo. Por outro lado, Luís Virgílio Afonso da Silva³² entende que a proporcionalidade encerra uma regra jurídica, porquanto é aplicada na lógica do tudo ou nada, entendendo a proporcionalidade como mandamento definitivo e não como mandamento de otimização, este aplicável em dimensões de grau. Divergindo desses enten-

²⁴BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291.

²⁵Ibid., p. 292/293.

²⁶AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23-50.

²⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

²⁸BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 359.

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 391.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 26.

³¹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 360-361.

³²AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. Malheiros, 2011, p. 168.

dimentos, Humberto Ávila³³ sustenta que a proporcionalidade se caracteriza como um postulado normativo aplicativo, porquanto metanorma, isto é, norma que incide sobre a aplicação de outra norma, a denominada norma de 2º grau.

Cumprido destacar, entretanto, que as divergências nessa seara encontram-se muito mais nas conceituações que cada autor atribui às normas jurídicas do que em relação às questões de cunho prático. Ou seja, se a premissa do autor parte de um critério estruturante bipartite (Alexy³⁴ e Virgílio³⁵), tripartite (Humberto Ávila³⁶) ou não estruturante, de acordo com a importância dentro do ordenamento jurídico (Paulo Bonavides³⁷), tem-se uma abordagem diferente do fenômeno.

Contudo, tal divergência possui muito mais um viés acadêmico do que prático, de modo que neste trabalho se aborda a proporcionalidade como filtro ou teste, com o fito de demarcar o seu viés de aplicabilidade, escapando ao escopo deste ensaio a análise aprofundada da conveniência em se falar da proporcionalidade como princípio, regra ou postulado normativo aplicativo.

Assim, no que concerne à sua aplicabilidade, tem-se razoável consenso na doutrina a respeito dos três critérios de aferição do teste : a) adequação ou conformidade; b) necessidade ou exigibilidade; c) proporcionalidade em sentido estrito³⁸.

Releva destacar que o conteúdo desses critérios ou etapas de investigação será analisado sob o prisma da proibição de excesso e não sob o viés da proibição de proteção insuficiente. Com efeito, a proporcionalidade possui uma dupla face, servindo ao mesmo tempo como critério de controle para a legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção³⁹. No caso em testilha, trata-se de analisar se há excesso numa conduta estatal comissiva, isto é, a criação da usucapião extrajudicial para promover o acesso à justiça e a razoável duração do processo em contumélia de uma restrição da segurança jurídica.

³³ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173.

³⁴ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

³⁵AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.44-46.

³⁶ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.133-135.

³⁷BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 228-229.

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 393.

³⁹Ibid.

Os exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são sucessivos, de modo que respondido positivamente um, passa-se necessariamente à análise do outro para que o ato estatal se repute proporcional. Caso respondido negativamente qualquer deles, o ato é considerado desproporcional. Vale dizer, os exames possuem entre si uma relação de subsidiariedade⁴⁰. Ademais, a proporcionalidade observa uma ordem estrita, que começa pela adequação em primeiro lugar, a necessidade em segundo e a proporcionalidade em sentido estrito em terceiro, de forma que a ordem jamais pode ser trocada⁴¹.

O exame da adequação consiste em indagar se a medida adotada é apta a fomentar a realização do objetivo perseguido. O ato deve ser necessário a promover, estimular ou incentivar o fim almejado, não sendo necessário que efetivamente alcance o fim, o que se dá em razão da fortíssima carga probatória exigida neste sentido⁴².

Já o critério da necessidade é um teste comparativo. Um ato estatal é comparado a outras medidas alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade e eficiência. A medida é desnecessária quando exista medida tão eficiente quanto, porém menos gravosa à proteção do determinado direito fundamental em rota de colisão. Busca-se sempre a medida que restrinja menos direitos⁴³. Em suma, o exame da necessidade envolve duas fases: i) aferição da igualdade de adequação dos meios, significando que o meio comparativo deve ser ao menos tão eficiente quanto o meio adotado; ii) exame do meio menos restritivo⁴⁴. Em suma, somente se passa para a análise do meio menos restritivo se este meio individualmente analisado for ao menos igualmente adequado e eficiente ao meio adotado.

Por fim, caso o meio seja adequado e necessário, deve ser analisada a proporcionalidade em sentido estrito. Consiste esta no denominado “sopesamento” entre os direitos envolvidos⁴⁵. É um juízo de custo-benefício na proteção/sacrifício dos direitos em jogo, tendo como função evitar

⁴⁰ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 169.

⁴¹ Idem. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23-50.

⁴² Idem. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 168.

⁴³ Idem. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 172-173.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 165.

⁴⁵ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 23-50.

que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar⁴⁶.

Nessa moldura, observa-se de acordo com os critérios mencionados que a usucapião extrajudicial é desproporcional. Explica-se.

No tocante ao juízo de adequação, tem-se que a medida estatal de desjudicialização passa no primeiro teste. Isso porque, sem dúvida o meio extrajudicial da usucapião promove ou estimula a razoável duração do processo e o acesso à justiça, ainda que seja bastante questionável se alcança tais finalidades em grau significativo, consoante desenvolvido nos capítulos anteriores.

Passa-se à análise da necessidade. A usucapião extrajudicial é necessária segundo um critério técnico-jurídico, porque não existem medidas alternativas que sejam tão eficazes (primeira dimensão de análise da necessidade) no combate à morosidade do Poder Judiciário em comparação a retirar matérias do âmbito da tutela judicial primária. Ou seja, não há meio igualmente adequado para promover a razoável duração do processo e o acesso à justiça da coletividade de jurisdicionados brasileiros do que a desjudicialização, o que ocorre por motivos óbvios.

A questão central, destarte, reside na proporcionalidade em sentido estrito. E é justamente nessa fase que se verifica que a usucapião viola o teste de proporcionalidade. Isso porque, há uma gigantesca restrição operada sobre o princípio da segurança jurídica, em vista da enorme facilitação de fraudes e desvios do instituto da usucapião, a qual é enormemente favorecida pela forma extrajudicial nos termos positivados pelo legislador ordinário. Em contrapartida, os benefícios de acesso à justiça e razoável duração do processo são extremamente diminutos, dada a baixíssima aplicabilidade da situação abstrata de incidência da norma legal no espectro de ações de usucapião judicializadas no Brasil. Quantos jurisdicionados abrem mão expressamente de defender o seu direito de propriedade em relação ao possuidor que pleiteia o reconhecimento da aquisição do referido direito real via ação de usucapião? Certamente, a quantidade não é significativa para fins de uma restrição desta ordem. É dizer, não há justa medida na malferição da segurança jurídica em larga escala para que se promova o acesso à justiça e a razoável duração do processo em grau tão irrisório.

⁴⁶Idem. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. Malheiros, 2011, p. 172-173.

CONCLUSÃO

Ante o exposto no presente trabalho, conclui-se que a norma que estabelece a possibilidade de usucapião extrajudicial instituída pelo Código de Processo Civil de 2015 deve ser declarada inconstitucional pela Corte Suprema, em sede de controle concentrado, ou pelas instâncias ordinárias, em controle difuso, porquanto não se pode aprová-la pelo critério constitucional da proporcionalidade.

Isso porque, como visto, a usucapião extrajudicial possui uma ínfima aplicabilidade para o motivo fático que a determina ao mesmo tempo em que representa uma patente vulnerabilidade para a segurança jurídica e para o interesse público no controle e reconhecimento legítimo da usucapião constitucional ou legalmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, não se pode conceber que para alcançar um determinado fim inquestionavelmente querido o legislador faça vigorar uma norma cujos efeitos possuem uma potencialidade muito mais danosa do que benéfica ao interesse público. Postos em uma balança, o pêndulo da ponderação inclina-se a apontar que a insegurança jurídica provocada pelo instituto em tela é mais acentuada que as vantagens que potencialmente a novel forma de reconhecimento da prescrição aquisitiva lançada pode realizar. Flagrante está a disparidade entre os fins almejados e a gravidade dos meios escolhidos com altos riscos de danos para a sociedade, razão pela qual, consoante o que foi abordado, deve ser reconhecida a invalidade da norma por violar o requisito da proporcionalidade em sentido estrito.

Não se pode permitir que escolhas extremamente deletérias exercidas pelo legislador surtam efeito vulnerando sobremaneira o interesse público. Casos como este permite o controle judicial como freio e contrapeso da atividade legislativa compatível com a separação dos Poderes. Não se trata de indevida interferência na função legislativa constitucionalmente atribuída aos representantes eleitos do Congresso Nacional, mas de análise de questão jurídica realizada pelo Poder Judiciário ao se reconhecer que um preceito constitucional está sendo maculado pelo legislador. É certo que estes também estão sujeitos e adstritos às normas da Constituição e a elas devem obediência.

A preocupação com o congestionamento de demandas instauradas no Poder Judiciário é legítima e relevante, porém não se pode tentar promovê-la a qualquer custo. É esse o limite im-

posto pelo requisito da proporcionalidade em sentido estrito. O meio só é válido se os seus sacrifícios forem compensados à altura pelas conquistas previstas, o que não ocorre em potencialidade com o instituto da usucapião extrajudicial. Como explicado, embora possa haver um caso ou outro que se beneficie licitamente com o instituto em tela esse contingente certamente será mínimo, de forma que não justifica a restrição da segurança jurídica que deve permear as relações sociais, bem assim do interesse público de que a usucapião seja reconhecida àquele que realmente fizer *jus* a esse direito. Sendo assim, a usucapião extrajudicial é inconstitucional e deve ser retirada do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. *O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Código Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Verônica Akemi Shimoida de. *O instituto da usucapião extrajudicial no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/veronica-akemi-instituto-usucapiao-extrajudicial-cpc>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Reais*. Vol. 5. – 12. Ed. Fortaleza: Editora Juspodium, 2016.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. A Desjudicialização Enquanto Ferramenta de Acesso à Justiça no CPC/2015: a nova figura da usucapião por escritura pública. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.

DIDIER, JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOBO E ORLANDI ADVOGADOS. *Usucapião extrajudicial: Sugestões para qualificação no registro de imóveis*. Disponível em: <<https://www.oficioeletronico.com.br/Downloads/cartilha-usucapiaoadm.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Direito Imobiliário: Teoria e Prática*. 9. ed. São Paulo: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.