

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

PAULO ROBERTO TONDOLO CONTERATTO

**USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE RECONHECIMENTO DA
MATERIALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COM RESPEITO À
DIGNIDADE HUMANA.**

São Leopoldo/RS

2018

PAULO ROBERTO TONDOLO CONTERATTO

**USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE RECONHECIMENTO DA
MATERIALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COM RESPEITO À
DIGNIDADE HUMANA.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Gerson Neves Pinto

São Leopoldo
2018

C761u Conteratto, Paulo Roberto Tondolo

Usucapião extrajudicial como forma de reconhecimento da materialização da função social da propriedade com respeito à dignidade humana. / Paulo Roberto Tondolo Conteratto-- 2018.

138 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Neves Pinto.

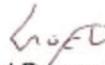
1. Direito constitucional - Propriedade. 2. Direitos fundamentais. 3. Dignidade (Direito). 4. Celeridade. 5. Propriedade - Função social. 6. Usucapião extrajudicial. I. Título. II. Pinto, Gerson Neves.

CDU 347.23

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE RECONHECIMENTO DA MATERIALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COM RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA**" elaborada pelo mestrando **Paulo Roberto Tondolo Conteratto**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 16 de novembro de 2018.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Gerson Neves Pinto

Membro: Dr. Marciano Buffon

Membro: Dr. Éderson Garin Porto



Dedico essa humilde obra àqueles dois que moram em meu coração: minha esposa Gabriela e meu filho Artur.

AGRADECIMENTOS

Agradeço de forma muito especial ao Prof. Dr. Gerson Neves Pinto, que gentilmente concordou em me orientar na elaboração da presente monografia, o que fez de forma sempre pronta e atenciosa, nos dispensando a atenção e a paciência necessárias para, suprimindo nossas não poucas deficiências, nos iluminar com seu conhecimento nessa jornada acadêmica, o que fez com a sensibilidade que lhe é peculiar.

Agradeço também o Prof. Dr. Marciano Buffon, pela cuidadosa análise do projeto de pesquisa e pela valiosa colaboração quando de sua avaliação.

Não posso deixar de agradecer também à minha amada família, pelo incentivo e apoio que recebi, pedindo minhas desculpas pelo tempo precioso de convívio que a dedicação ao presente trabalho lhes tomou.

O homem é a medida de todas as coisas.
Protágoras¹

¹ PLATÃO. *Obras completas de Platón*. Buenos Aires: Anaconda, 1946.

RESUMO

O presente trabalho tem como foco o direito de propriedade para, sob uma perspectiva histórica, afastá-lo do seu aspecto patrimonial estático, e visualizá-lo no processo dinâmico de concretização de sua função social em direção à dignidade humana através do usucapião extrajudicial. Tal procedimento é analisado como meio de acesso à propriedade, perpassando tal análise pela evolução histórica de tal direito, relacionando-o com a função social a ele inerente e, por fim, com a evolução social do estado brasileiro e os princípios que o fundam, com enfoque na dignidade da pessoa humana. Assim, pretende-se demonstrar que o usucapião extrajudicial pode ser considerado uma ponte entre a lei e a concretização da função social da propriedade através da posse, respeitando a dignidade da pessoa humana, através de suas características básicas de celeridade e de baixo custo financeiro, verificando de que forma está se dando a concretização desse objetivo e o que pode estar dificultando. Para tanto, primeiramente é traçada a evolução histórica da dignidade da pessoa humana e a inclusão da celeridade como requisito ao seu respeito. Em seguida, é tratada a relação estabelecida pelo homem com o mundo ao seu redor, tratando da detenção das coisas pelas pessoas para suprir suas necessidades básicas; da posse como a apropriação fática dos objetos obtidos e construídos pelas pessoas; do direito de propriedade como o reconhecimento estatal da posse, e o exercício da função social da posse e da propriedade como resultado do trabalho humano. Por fim, o usucapião é tratado como reconhecimento da propriedade para quem exerce a posse de forma a cumprir a sua função social e é apresentado o usucapião extrajudicial como fruto da desjudicialização para poder ser verificada a hipótese dele ser uma forma das pessoas alcançarem a propriedade com respeito à sua dignidade.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Celeridade. Função social da propriedade. Usucapião extrajudicial.

ABSTRACT

The present work focuses on the right of property, from a historical perspective, to remove it from its static patrimonial aspect, and to visualize it in the dynamic process of concretizing its social function towards human dignity through extra judicial usucaption. This procedure is analyzed as a mean of access to property, passing through this analysis by the historical evolution of this right, relating it with the social function inherent to it and, finally, with the social evolution of the Brazilian state and the founding principles, with a focus on the dignity of the human person. Thus, it is tried to demonstrate that the extra judicial usucaption can be considered a bridge between the law and the accomplishment of the social function of the property through the possession, respecting the dignity of the human person, through its basic characteristics of celerity and of low financial cost, verifying how the achievement of this objective is being achieved and what may be hindering it. In order to do so, the historical development of the dignity of the human person and the inclusion of celerity as a requirement for its respect are first outlined. Next, the relationship established by man with the world around him is dealt with, dealing with the detention of things by people to meet their basic needs; of possession as the factual appropriation of objects obtained and constructed by people; of the property right as the state recognition of possession, and the exercise of the social function of possession and property as a result of human labor. Finally, usucaption is treated as recognition of property for those who exercise possession in order to fulfill their social function, and extra judicial usucaption is presented as a result of disjudicialization in order to be verified the hypothesis that it is a way for people to reach property with respect to their dignity.

Key-words: Dignity of human person. Celerity. Social function of property. Extra judicial usucaption.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	13
2.1 O desenvolvimento da noção de dignidade da pessoa humana	14
2.2 A dignidade da pessoa humana no direito brasileiro.....	28
2.3 Dignidade da pessoa humana na concretização dos direitos fundamentais	39
2.4 A celeridade na concretização de direitos subjetivos como requisito para o respeito à dignidade da pessoa humana	43
2.5 A desjudicialização como forma de obter celeridade	48
3 A RELAÇÃO DO HOMEM COM OS BENS EM BUSCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL	51
3.1 A detenção das coisas pelas pessoas para suprir suas necessidades básicas	53
3.2 A Posse como uso dos bens com exclusividade	57
3.3 Direito de propriedade como reconhecimento estatal da posse	68
3.4 O exercício da função social da posse e da propriedade.....	79
4 USUCAPIÃO: DA POSSE À PROPRIEDADE	92
4.1 Perspectiva histórica da origem do usucapião	93
4.2 O desenvolvimento do usucapião no direito brasileiro: em defesa do mínimo existencial	99
4.3 A via judicial da usucapião	111
4.4 A via extrajudicial da usucapião	118
4.5 A usucapião extrajudicial como forma de concretização da função social da propriedade com respeito à dignidade da pessoa humana.....	123
5 CONCLUSÃO	131
REFERÊNCIAS.....	135

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa contribuir para o estudo jurídico do direito de propriedade para, sob uma perspectiva histórica, axiologicamente legitimada pelo trabalho e pela moradia, afastá-lo do seu aspecto patrimonial estático, e visualizá-lo no processo dinâmico de concretização de sua função social em direção à dignidade humana através das inovações trazidas pelo usucapião extrajudicial.

Tal estudo se mostra relevante pela possibilidade de vislumbrar o usucapião extrajudicial como uma forma de atender às demandas da população brasileira de baixa renda respeitando a sua dignidade, revelando não só os benefícios desse novo procedimento, como também os entraves nele encontrados para a concretização da função social da propriedade através da efetivação da regularização fundiária.

A necessidade de tal regularização salta em importância no cenário brasileiro atual, onde o estado social e democrático de direito vive uma crise econômica grave e seus fundamentos estão sendo contestados por defensores do neoliberalismo, que pregam o 'estado mínimo' como solução para a necessidade de redução das despesas públicas. Isso seria alcançado através do corte de gastos com a oferta de serviços públicos relacionados com a concretização de direitos sociais, os quais não mais seriam prestados ou seriam reduzidos expressivamente, prejudicando as camadas mais necessitadas da população, privadas da propriedade dos meios necessários à sua subsistência.

Procurar-se-á analisar então o usucapião extrajudicial como meio de acesso à propriedade, perpassando tal análise pela evolução do próprio direito de propriedade, procurando identificar os fatores históricos que o originaram e as teorias filosóficas que o legitimaram, relacionando-o com a função social a ele inerente e, por fim, com a evolução histórica e social do estado brasileiro e os princípios que o fundam, com enfoque na dignidade da pessoa humana.

Defender-se-á que a função social da propriedade se concretiza pelo seu exercício, e este se apresenta na forma da posse materializada por uma pessoa. Não se deve extrair daí o esfacelamento das linhas que demarcam os conceitos de *posse* e de *propriedade*, mas o reconhecimento de que o proprietário materializa a sua condição através da posse e, conseqüentemente, é assim que dará corpo à função social, cumprida por meio de um exercício da posse que corresponda às exigências constitucionais em cada caso concreto.

Além dos benefícios de ordem social, se procurará explanar como o usucapião extrajudicial vai ao encontro de uma nova perspectiva de composição de conflitos de interesses mediante procedimentos extrajudiciais através da desjudicialização. Através de tal movimento pretende-se, a par de diminuir a carga de trabalho e o custo de manutenção do aparato físico e humano do Poder Judiciário, obter celeridade e baixar o custo financeiro em procedimentos direcionados ao reconhecimento de direitos pelos cidadãos, como efetivado recentemente em relação ao inventário e partilha e a separação e divórcio extrajudiciais, na forma prevista pela Lei 11.441/2007.

Assim, busca-se demonstrar que o usucapião extrajudicial é uma inovação que pode ser considerada uma ponte entre a lei e a concretização da função social da propriedade através da posse respeitando a dignidade da pessoa humana. Para isso, será analisada a previsão legal que trouxe o usucapião extrajudicial ao direito positivo nacional desde a apresentação do respectivo projeto de lei, verificando se tal inovação legislativa pode possibilitar a popularização do alcance do direito de propriedade através do exercício da posse de uma forma célere, desburocratizada e de baixo custo financeiro.

Finalmente, se verificará se esse processo pode ser exercitado concretizando hipótese de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pesquisando de que forma está se dando a concretização desse objetivo para então descobrir o que pode estar dificultando na prática que o mesmo seja alcançado. Será almejado definir quais os requisitos para que a dignidade do usucapiente seja respeitada; em qual medida isso pode estar sendo realizado e quais medidas devem ser adotadas para a consecução desse desiderato.

Procurar-se-á verificar, enfim, se o usucapião extrajudicial pode de fato representar a convergência entre o exercício da posse e o reconhecimento do direito de propriedade respeitando a dignidade da pessoa humana por ser um procedimento célere, simplificado, eficaz e de baixo custo financeiro.

Assim, se buscará demonstrar que o usucapião extrajudicial, dentro da nova perspectiva de desjudicialização da composição de conflitos, é uma inovação legislativa que pode ser considerada uma ponte entre a lei e a almejada concretização da função social da propriedade, pesquisando até que ponto esse objetivo está sendo alcançado, para então descobrir os fatores que podem estar dificultando a sua efetivação.

Também não se olvida dos aspectos jurídico-projetivo e jurídico-propositivo da pesquisa, visando detectar as tendências futuras do instituto jurídico para propor mudanças legislativas concretas, o que se pretende fazer em relação à atual regulação legislativa do usucapião extrajudicial para que o mesmo possa atingir seus objetivos e não se limitar a ser uma mera alteração do condutor do seu procedimento, do juiz de direito para o registrador de imóveis, sem no entanto alterar seus característicos fundamentais.

Para tanto, no segundo capítulo da dissertação, almeja-se inicialmente caracterizar e traçar a evolução histórica da dignidade da pessoa humana para, no item seguinte, buscar a inclusão da celeridade como requisito ao respeito da dignidade humana a ser buscado pelo Direito, indicando a desjudicialização como forma de alcançá-la. O desenvolvimento da noção de dignidade da pessoa humana será abordado com base nas principais ideias filosóficas e nos fatos históricos que se destacaram ao longo do tempo na contribuição de sua formação no plano internacional. Em seguida, tal desenvolvimento caminha pelo direito pátrio, com ênfase no papel da dignidade da pessoa humana em relação aos direitos fundamentais, procurando-se verificar se a celeridade é de fato requisito para a sua concreção e de que forma a desjudicialização pode mostrar-se como forma útil para alcançá-la ao aproximar temporalmente os cidadãos do reconhecimento de seus direitos.

No terceiro capítulo da dissertação, dividido em quatro partes, busca-se tratar da relação estabelecida pelo homem com o mundo ao seu redor para a sua subsistência através do trabalho. Para isso, na primeira parte, é tratada a detenção das coisas pelas pessoas para suprir suas necessidades básicas através do trabalho, o que predominou nos primórdios do desenvolvimento da raça humana, num período onde o instinto guiou o homem na busca pela sobrevivência num mundo selvagem. Na segunda parte, cuida-se da posse como a apropriação fática dos objetos obtidos e construídos pelas pessoas através de seu labor, procurando mostrá-la como forma de domínio dos bens nos períodos históricos onde prevaleceu o pluralismo jurídico. Na terceira parte, o direito de propriedade é destacado como o reconhecimento estatal da posse dos frutos do trabalho de uma pessoa, isto é, como uma forma de domínio privado dos bens que é admitida e protegida por um ente político, e, na última parte do capítulo, é trazido o exercício da função social da posse e da propriedade como

resultado do trabalho humano aplicado sobre os bens objeto de domínio pelas pessoas.

No quarto capítulo, o usucapião é tratado como reconhecimento da propriedade para quem exerce a posse de forma a cumprir a sua função social para, então, apresentar o usucapião extrajudicial como fruto da onda de desjudicialização presente no cenário brasileiro face o atual quadro de falência do Poder Judiciário para poder ser verificada a hipótese de o usucapião extrajudicial poder ser uma forma de, no atual cenário brasileiro, as pessoas alcançarem a propriedade com respeito à sua dignidade, com a proposição da necessidade de inclusão de prazo legal para a conclusão do procedimento extrajudicial que visa ao reconhecimento do domínio pelos usucapientes.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Assim como o atleta que, para dar um salto à frente, retrocede alguns passos para tomar impulso, nas ciências sociais, especialmente na jurídica, quando se pretende evoluir no trato de algum instituto, cremos que deve ser buscado num retrospecto histórico-filosófico a sua linha evolutiva², alcançar os pontos principais de seu conceito atual e identificar seus paradigmas para, então, ser possível progredir com alguma segurança, como se tentará fazer no presente capítulo no que tange à dignidade da pessoa humana.

Para ser possível chegar à concepção atual de dignidade da pessoa humana é necessário, antes de mais nada, ter em conta que, antes de ser um valor, um princípio, ela é um atributo ou característica do próprio ser humano,³ e que o seu desenvolvimento “iniciou com o pensamento clássico e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial”⁴, chegando ao entendimento atual baseado nos pressupostos básicos de que “cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”⁵ e que ela é também “alteridade na projeção sociopolítica tanto quanto é subjetividade na ação individual”⁶, como se procurará demonstrar de forma resumida nos próximos itens.

Em outras palavras, no presente capítulo objetiva-se apresentar a dignidade da pessoa humana inicialmente sob uma perspectiva histórica, buscando conceituá-la filosoficamente, e tentar alcançar sua natureza jurídica e fixar seu conteúdo mínimo, na medida do possível e do aconselhável dentro dos limites do escopo do presente trabalho. Em seguida será analisada a dignidade da pessoa humana no Direito, com destaque para o papel a ela proposto constitucionalmente e os efeitos de tal enquadramento no direito pátrio, principalmente no que tange à concretização dos

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 31.

³ PROULX, Daniel. Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles. n. especial, p. 485-542, Québec, 2001. p. 496.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 14.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 14.

⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 72.

direitos fundamentais, para o que procurar-se-á incluir a celeridade como um dos requisitos para o seu respeito e a desjudicialização como forma de alcançá-la.

2.1 O desenvolvimento da noção de dignidade da pessoa humana

Atualmente, a dignidade da pessoa humana aparece em destaque no cenário jurídico constitucional mundial, tendo se tornado uma parte importante do vocabulário transnacional do constitucionalismo e dos direitos humanos, como afirma Jackson⁷. Para Barroso, ela se tornou um dos “maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, sendo mencionada em incontáveis documentos internacionais, em constituições nacionais, leis e decisões judiciais”⁸, isto é, ela “entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do direito”⁹, como será visto adiante.

Barroso adverte, no entanto, que a dignidade da pessoa humana “como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores”¹⁰. Isso pode dar margem à citação da dignidade da pessoa como justificativa para entendimentos opostos sobre um mesmo tema, como em relação ao aborto, de forma que a amplitude de seu significado e uso poderia impedir ou tornar inútil sua utilização para a solução dos casos concretos levados a juízo.

Com ciência disso, abaixo buscar-se-á compreender a evolução da dignidade da pessoa humana para alcançar o sentido jurídico no qual será utilizada no presente trabalho, especialmente para permitir ao usucapião extrajudicial tornar-se uma arma contra o seu desrespeito pelas autoridades conducentes do procedimento pelo qual as pessoas visam a declaração da propriedade de sua moradia.

Pode-se afirmar que houve um ressurgimento da dignidade da pessoa humana após a Segunda Guerra Mundial, através do qual ela passou do campo filosófico para o jurídico. Esse ressurgimento cobrou o preço muito elevado de milhões de mortos

⁷ JACKSON, Vicki C. Constitutional dialogue and human dignity: states and transnacional constitucional discourse. *Georgetown Law Faculty Publications*, Georgetown, v. 65, p. 15-40, 2004. p. 15.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 9.

⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 72.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 9.

por quase todo o globo terrestre. Verificou-se que muitos dos criminosos de guerra, quando do seu julgamento no Tribunal de Nuremberg, levantaram em sua defesa a tese de estarem apenas *seguindo a lei* ao contribuir para ceifarem vidas humanas, justificando seus atos “sob a invocação de razões de Estado”¹¹. Percebeu-se, portanto, que o Estado totalitário se serviu do Direito positivista como instrumento para produzir a morte das pessoas.

Pode-se defender que o erro histórico que levou a esse quadro de desumanidade foi a crença de que as pessoas, as populações dos países envolvidos eram apenas um meio para a construção de impérios. A solução encontrada para que aquilo tudo não se repetisse foi a introdução da dignidade da pessoa humana na dogmática jurídica, através de sua positivação nos tratados internacionais entabulados e nas constituições promulgadas após o encerramento da 2ª Grande Guerra, dentro dos quais buscou-se fixar sua natureza como “direito fundamental, valor absoluto ou princípio jurídico”¹².

Dessa forma, o primeiro passo importante para o estudo da dignidade humana é ter em conta que não se trata de instituto de origem jurídica, isto é, ela não é fruto da positivação do direito, e sim mais um dos empréstimos do social e filosófico ao jurídico¹³. Bem por isso, sua compreensão deve ser buscada no devir histórico, no qual a sua significação foi sendo construída ao longo do tempo, com destaque para a contribuição da filosofia para a sua formação, como se pretende demonstrar nas próximas linhas, sem incorrer de forma alguma na tentação de apresentar um quadro completo de sua evolução.

Uma análise etimológica da palavra dignidade revela que ela provém da palavra latina *dignitas*, utilizada desde o século XI para designar “cargo, honra ou honraria, título, podendo, ainda, ser considerado o seu sentido de postura socialmente conveniente diante de determinada pessoa ou situação”¹⁴. Nesse sentido, na antiguidade clássica, a dignidade da pessoa estava relacionada à posição social do indivíduo e ao “seu grau de reconhecimento pelos demais membros da

¹¹ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998. p. 89.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 11.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 31.

¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 80.

comunidade”¹⁵, isto é, à sua posição política, de forma que ela dependia da posição que o indivíduo ocupava no seio social a que pertencia e, além disso, estava relacionada “às ações humanas e seu respectivo resultado, como algo, portanto, que deve ser constantemente posto à prova, e não como uma constante antropológica”¹⁶.

Ela estava associada, portanto, ao “status pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas profissões”¹⁷ e a ela correspondia “um dever geral de respeito, honra e deferência”¹⁸. Tal concepção da dignidade, de cunho sociopolítico, ainda está presente em nossos dias quando há referência à dignidade de certos cargos ou posições sociais ou na imagem de uma pessoa devido à sua posição¹⁹.

Já para o estoicismo, com base na liberdade pessoal que cada indivíduo goza e que o faz responsável por seus atos, a dignidade humana passou, num aspecto moral, a ser considerada uma qualidade que “por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade”²⁰, fruto de sua natureza. É nesse sentido que foi citada pela primeira vez a dignidade humana, pelo filósofo romano Marco Túlio Cícero em seu tratado sobre os deveres do ano 44 a.C., no qual ele fez constar que os animais não estavam à altura da dignidade do homem, explicando que “é essencial a todas as investigações sobre o dever, que nós mantenhamos diante de nossos olhos o quão superior o homem é, por natureza, do gado e de outros animais”²¹.

Essa noção era associada basicamente com a “razão e com a capacidade de tomar livremente decisões morais”²². A dignidade humana, nesse passo, passou a ter dois sentidos:

“por um lado, o homem possui uma dignidade que decorre de sua posição mais alta na hierarquia da natureza, já que é o único ser racional dentre os animais, o que lhe assegura uma posição especial no universo

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 33.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 33.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 34.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 33.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 15.

²² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 16.

(sentido absoluto da dignidade), ao passo que, já em outro sentido, relativo, a dignidade está vinculada à posição social do indivíduo, posição esta que poderá ser alterada ao longo de sua existência”²³.

O cristianismo, por sua vez, na época em que ainda estava se tornando a religião oficial do Império Romano, sustentou, pelo pensamento de Leão Magno, que “os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança”.²⁴ Assim, tratados como filhos de Cristo, todos, homens livres ou escravos, judeus ou bárbaros, passaram a gozar de uma mesma dignidade, como cita Bernard.²⁵ Essa origem divina é que emprestava dignidade às pessoas, de forma que ela permaneceu “entrelaçada com a religião”²⁶. Na Idade Média, em seu período inicial, Boécio formulou o clássico conceito de pessoa como “substância individual de natureza racional”²⁷ que influenciou decisivamente no desenvolvimento ulterior da noção de dignidade da pessoa humana.

O Renascimento, para o pensamento de Della Mirandola, reafirmou ser a dignidade humana fruto da origem divina do homem, aditando que lhe foi “outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja”.²⁸ Nos dizeres de Urbano Zilles, citado por Sarlet, o pensamento humanista de Della Mirandola nos apresentou a dignidade do homem como um ser inacabado, que “modela-se definitivamente pelo uso que fizer de sua liberdade de escolha”²⁹.

O passo seguinte no desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana, já o aproximando do seu entendimento atual, foi dado pelo teólogo Francisco de Vitória no início do século XVI quando, referindo-se ao tratamento exploratório e escravagista dispensado aos índios através da expansão colonial espanhola, afirmou que eles, em face de sua natureza humana e do direito natural “e não pelo fato de

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 34.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35.

²⁵ BERNARD, Guillaume. L'évolution de la notion de dignité em droit. Intervenção no 7º Seminário de Peritos, Paris, 2007. Dalloz, p. 09-18, 2008. p. 11.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 16.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 36.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 36.

serem cristãos, católicos ou protestantes – eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos”.³⁰

Entretanto, é importante notar que “até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos”³¹, como ilustra a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu artigo 6º, no qual lê-se que ‘todos os cidadãos são iguais aos olhos da lei e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos’, revelando aí um descompasso com seu “conceito no âmbito da moral”³², pois tal uso ainda estava entrelaçado a “ocupações e posições públicas”³³ em tal previsão normativa, de forma que se pode concluir que os primeiros documentos jurídicos sobre os direitos fundamentais ainda não continham nenhum traço explícito do concepção atual da dignidade da pessoa humana.³⁴

O primeiro passo dado nesse sentido de ligação da concepção filosófica para a noção jurídica de dignidade humana o foi pelo jusnaturalismo, nos séculos XVII e XVIII, período no qual ocorreu um processo de racionalização e laicização da noção de dignidade da pessoa humana, chegando-se à “noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade”.³⁵ Resumidamente, Sarlet defende que a dignidade da pessoa humana

seguiu tendo uma vinculação com o status social ocupado pelo indivíduo, mas também como sendo o valor próprio e intrínseco de determinadas coisas e/ou instituições, sem prejuízo da evolução e consolidação da noção de dignidade humana como valor igualmente atribuído a todo e qualquer ser humano³⁶.

O jurista alemão Pufendorf defendeu ainda no século XVII que a dignidade humana está na liberdade moral e não na natureza humana em si, como ensina

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 12.

³² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 80.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 14.

³⁴ PROULX, Daniel. Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles. *Revue du Barreau*, n. especial, p. 485-542, Québec, 2001. p. 491.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 37.

Becchi.³⁷ O ápice da secularização da dignidade humana, entretanto, está personificado em Immanuel Kant³⁸, que, no século XVIII, baseou-a na natureza racional do ser humano, assinalando que o fundamento da dignidade da pessoa humana está na autonomia da vontade, já que a faculdade que tem cada pessoa de “determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais”³⁹.

Sob essa perspectiva, a dignidade “entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”.⁴⁰ Para Kant, a conduta ética das pessoas está “baseada nas noções de razão e dever, na capacidade do indivíduo dominar suas paixões e interesses próprios e descobrir, dentro de si mesmo, a lei moral que deve orientar sua conduta.”⁴¹

O conceito de dignidade constante em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* está relacionado, pois, com uma questão de valor; a dignidade em Kant tem a ver com aquilo que não pode ser precificado⁴², que não pode ser barganhado ou negociado por outra coisa. Para Kant, a dignidade é um valor que algo tem em si mesmo:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como

³⁷ BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 7, p. 191-224, 2008. p. 195.

³⁸ “Por otra parte, Kant piensa que la ley moral puede movernos con tanta fuerza como para llegar a sobrepasar a todas nuestras inclinaciones naturales, incluso el mismo amor a la vida (KP 5:30). Lo que piensa, pues, es que las tres formulaciones, tomadas en conjunto, presentan más claramente la ley moral y nos revelan sus orígenes en nuestra persona, todo ello de tal modo que podemos sentirnos fuertemente motivados a obrar según dicha ley. De alguna forma, las tres formulaciones colaboran en la tarea de acercar una idea de la razón a la intuición mediante cierta analogía. Nuestro cometido es mirar la tercera formulación desde esta perspectiva para intentar entender cómo se acerca a la intuición una idea de la razón (aquí la ley moral) e identificar la analogía que Kant tiene en mente.” RAWLS, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2009. p. 220.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 40.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998. p. 91.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 68.

⁴² Como afirma Rawls, “Kant distingue entre las cosas que tienen un precio de mercado (las que responden a las inclinaciones y necesidades humanas) y las que tienen un precio de afecto (las que dan satisfacción al juego, sin fin alguno, de nuestras facultades mentales). Entonces introduce el concepto de dignidad. Únicamente la personalidad moral tiene dignidad (II:70): ‘La moralidad es la única’ condición bajo la cual un ser razonable y racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el dominio de los fines”. RAWLS, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2009. p. 228.

equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.⁴³

Concluiu o filósofo de Königsberg em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* que “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”⁴⁴. Ele distinguiu as noções de preço e finalidade para comparar o homem e as coisas. Resumidamente, Kant “distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade”⁴⁵ pregando uma “distinção entre dignidade (como valor não mensurável economicamente) e coisas, passíveis de quantificação econômica”⁴⁶.

Dessa forma, como afirma José Afonso da Silva, “todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores”⁴⁷. Nesse contexto, a humanidade não pode ser tomada como “um meio para a produção de resultados e desconhecer ou desprezar a condição do homem de ser que é fim em si mesmo e digno pela sua própria natureza”⁴⁸.

Sob esse aspecto, tendo em conta o desenvolvimento tecnológico atual, torna-se interessante analisar as implicações das pesquisas relacionadas ao desenvolvimento da robótica e à inteligência artificial, na medida em que máquinas – que são coisas - são programadas para possuírem uma certa *vontade própria*, e poderiam assim desviar-se da finalidade de servir às pessoas, podendo no limite até tornarem essas instrumentos daquelas. Tal tema, apesar de premente em vista do atual estágio de desenvolvimento tecnológico, obviamente foge ao escopo do presente trabalho.

Essa visão kantiana da dignidade da pessoa humana que “repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”⁴⁹ vem sendo utilizada até os dias atuais pela doutrina jurídica na condição de “princípio e

⁴³ KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 82.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 40.

⁴⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 77.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998. p. 90.

⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 78.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 44.

fundamento de direitos fundamentais”,⁵⁰ pois foi verificada a necessidade de, “especialmente a partir da experiência do Holocausto, proteger o homem, não apenas garantindo que ele permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver em dignidade”⁵¹.

A dignidade humana foi então revitalizada e universalizada após a “profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade”⁵² na primeira metade do século XX, como um contrabalanço aos “horrores do nacional-socialismo e do fascismo e a reação que eles provocaram após o fim da Segunda Guerra Mundial”⁵³.

A necessidade de proteção ao meio ambiente, a seu turno, pode ser utilizada como exemplo de situação em que a dignidade da pessoa humana aparentemente perde sua primazia. Contudo, é possível concluir que a preservação dos recursos naturais e de todas as formas de vida constituem, “em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade”⁵⁴. A vida humana só pode ser digna se vivida num meio ambiente saudável ao seu desenvolvimento. Nesse sentido um meio ambiente saudável pode ser considerado como pré-requisito à vida humana com dignidade.

Portanto, a “posição especial da condição humana não autoriza arrogância e indiferença em relação à natureza em geral, incluindo os animais irracionais, que possuem a sua própria espécie de dignidade.”⁵⁵ Aliás, como lembra Buffon citando Ladislau Dowbor, os principais objetivos da humanidade hoje são exatamente “um desenvolvimento socialmente justo, economicamente viável e ambientalmente sustentável”⁵⁶. Objetivos esses não por acaso coincidentes com os aspectos básicos da dignidade da pessoa humana, cuja concretização clama por justiça social, garantia ao mínimo existencial e respeito ao meio ambiente no qual o homem está inserido.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 41.

⁵¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 72.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 54.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 18.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 42.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 76.

⁵⁶ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

Sarlet baseia-se em Dworkin para resumir muito bem esse entendimento com as seguintes palavras:

O próprio Dworkin, por sua vez, acaba reportando-se direta e expressamente à doutrina de Kant, ao lembrar que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para realização de fins alheios, destacando, todavia, que tal postulado não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância de suas próprias vidas.

Existe ainda um aspecto intersubjetivo da dignidade da pessoa humana que é relevante, conforme Sarlet afirma, agora com base em Gonçalves Loureiro, pois ele “implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos”⁵⁷. Sob esse ponto de vista, a “dignidade de cada pessoa pressupõe a de todos os outros”⁵⁸, conforme citação de Jorge Miranda trazida por Buffon. Esse aspecto intersubjetivo, sob o qual brota cada pessoa, aparece e tem sentido somente no “âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, [no qual] o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade”⁵⁹, conforme lição de Sarlet tomada de Habermas.

Por isso, em sendo compreendida como uma qualidade integrante da própria condição humana, a dignidade da pessoa deve ser objeto de reconhecimento, respeito, promoção e proteção pela sociedade, pelo Estado e por cada cidadão; e jamais poderá ser considerada mero objeto de uma criação, concessão ou como algo passível de ser retirado por quem quer que seja⁶⁰.

É possível ser concluído, então, que ela não foi constituída pelo sistema normativo, que faz apenas reconhecê-la⁶¹, já que a dignidade “é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito”⁶². Aliás, não sendo um fruto da ciência jurídica, a dignidade da pessoa humana “não existe apenas onde é reconhecida pelo

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 64.

⁵⁸ BUFFON, Marciano. *Tributação e Dignidade Humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 120.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 64.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998. p. 91.

⁶² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. *Jurisprudência Catarinense, Florianópolis*, v. 35, n. 117, 2009. p. 76.

Direito e à medida que este a reconhece”⁶³, pois preexiste a ele. Por outro lado, é inegável que o Direito pode ter importância crucial em sua promoção e proteção através da força de suas imposições.

Aliás, um ordenamento jurídico sem dignidade, pode-se usar uma metáfora, é como um barco à deriva, o qual, por mais moderno, eficiente e bem construído que seja, não poderia levar o homem a seu destino. Ele só terá utilidade se guiado pelo homem, a quem deve servir e que justifica sua existência, lhe dando utilidade, pois ele não tem vida própria, assim como o Direito, por mais elaborada que seja a sua teoria, não a tem.

Dessa forma, antes de procurar chegar a um conceito exato do que seja a dignidade da pessoa humana, é necessário ter em mente que ela é a própria dignidade humana em si e, mais do que isso, é tudo o que ela significa para a espécie humana, tudo pelo que já se lutou e ainda se luta em seu nome. Essa história de lutas para se alcançar o mais sublime que se pode encontrar na espécie humana certamente não caberia de forma satisfatória em nenhum conceito científico, que a limitaria dentro de um molde, com uma ilusão de totalidade deformante, pois o papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana “é diversificado e impreciso, sendo elemento em construção permanente mesmo em seu conteúdo”⁶⁴.

Sob esse aspecto que, bem por isso, não é estático como uma mera definição, mas sim um conceito que está em “permanente processo de construção e desenvolvimento”,⁶⁵ não se poderia dizer que a fotografia de um pássaro voando explanaria de maneira aceitável o que é o voo das aves. Assim, defende-se que a questão primordial no trato do princípio da dignidade da pessoa humana é admitir a dificuldade na “própria definição da amplitude do seu significado e, por decorrência, de sua eficácia jurídica”⁶⁶. Ela não se resume a algum aspecto específico da existência humana, como a vida, a liberdade ou a intimidade, mas sim é tida como uma qualidade inerente, “definida como o valor próprio que identifica o ser humano como tal”⁶⁷.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 52.

⁶⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 73.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 50.

⁶⁶ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 119.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 49.

Assim, além de ser algo inerente à natureza humana, a dignidade da pessoa também abarca esse “sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente”⁶⁸ segundo critérios que mudam de acordo com a época e o local. A par da liberdade, da justiça e da igualdade, a dignidade da pessoa humana permanece como ideia fundadora da democracia, como um “valor, postulado ou princípio ético que sempre sofrerá de uma relativa imprecisão no nível teórico”.⁶⁹

A possibilidade permanente de reconhecimento de novos direitos fundamentais reflete a infinitude da dignidade da pessoa humana. Tal fato tem servido para a sua crítica, sob a alegação de que a dignidade pode ser utilizada em qualquer situação, para defender qualquer das partes em litígio, por exemplo. Conseqüentemente, na medida em que poderia servir para tudo, em verdade não serviria para nada, já que não seria possível “ignorar a ambiguidade e a porosidade do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana”.⁷⁰

Essa falta de limites, entretanto, talvez não seja um defeito da dignidade da pessoa humana, mas sim uma qualidade, a distingui-la de qualquer outro instituto jurídico. Por essa razão, sua conceituação, ao invés de procurar ignorá-la ou decepá-la, deve necessariamente abarcá-la. Assim, apesar de poder amedrontar os teóricos jurídicos adeptos da dogmática clássica, ainda ávidos por delimitações claras nas quais pretendem prender e encaixar todos os institutos a serem estudados, deve encarar a liquidez de nossa sociedade atual⁷¹ e a necessária inter-relação autopoiética⁷² entre os institutos, onde fronteiras tênues, ao invés de obstáculos, transmudam-se em vias de acesso duplo e interligação entre eles, auxiliando em sua aplicabilidade.

De qualquer forma, na busca de uma definição que contenha um mínimo de objetividade, com o intuito exclusivo de evitar situações limites nas quais a defesa de

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 55.

⁶⁹ PROULX, Daniel. *Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles*. *Revue du Barreau*, n. especial, p. 485-542, Québec, 2001. p. 500.

⁷⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 73.

⁷¹ BAUMAN, Zigmund. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁷² ROCHA, Leonel Severo e outros. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

uma pseudodignidade da pessoa humana poderia significar em verdade a sua ofensa, e em homenagem à segurança jurídica, Sarlet cita a fórmula de Dürig para a qual, seguindo também a concepção de Kant, a “dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa”⁷³, ignorando-se sua condição de real sujeito dos direitos.

Com base em todos os aspectos acima levantados, Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁷⁴.

Barroso, por sua vez, distingue três conteúdos mínimos para a dignidade da pessoa humana, sendo eles o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário. O primeiro deles é o elemento ontológico, o qual estaria ligado à própria natureza do ser humano, correspondendo a todos os caracteres “inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um status especial e superior no mundo, distinto de outras espécies.”⁷⁵ A autonomia, por sua vez, é o “elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa.”⁷⁶

E como a vida de cada pessoa se dá em comunidade, ela se mostra como o espaço para o exercício da fraternidade, a qual baseia-se na “esperança de que a transcendência do homem faz-se no coração do outro, nunca na inteligência aprisionada no vislumbre do próprio espelho”⁷⁷. Nesse passo, segundo o valor comunitário, “os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 68.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70-71.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 76.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 81.

⁷⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 106.

indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor”⁷⁸, de forma que sua autonomia pessoal é “restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva”⁷⁹. Essas interferências, entretanto, “devem ser justificadas sobre as bases de uma ideia legítima de justiça, de um consenso sobreposto, que possa ser compartilhado pela maioria dos indivíduos e grupos.”⁸⁰

Nesse mesmo compasso, Azevedo, por sua vez, após também reconhecer o desacordo existente sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana, distingue duas concepções diferentes para ela, a *insular* e a *baseada em uma nova ética*, sendo a primeira baseada na ideia de homem como razão e vontade, como autoconsciência, e a segunda

fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou a autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem.⁸¹

A primeira concepção de Azevedo associa a dignidade da pessoa humana à autonomia individual e à autodeterminação, enquanto a segunda encara o homem como um ser vivo com as capacidades intrínsecas de dialogar e transcender. O homem isolado da natureza na primeira visão, por ser ele o sujeito cognoscente enquanto ela é objeto, dá lugar ao homem que faz parte da própria natureza, como um elo da cadeia evolutiva.⁸²

Considerando, então, que a dignidade da pessoa humana é uma “qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro”, Sarlet conclui que o seu respeito e a sua proteção “constituem-se (ou ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 87.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 87.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 88.

⁸¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 107-125, 2002. p. 109.

⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 107-125, 2002. p. 109.

humanidade, do Estado e do Direito”⁸³. Essa meta deve ser permanentemente buscada porque historicamente pode-se perceber momentos em que as circunstâncias parecem dirigir em sentido contrário, como na ‘guerra às drogas’ na década de 1980, na qual a Corte Suprema americana “considerou que a dignidade humana deveria ser preterida em nome de interesses relevantes do Estado”⁸⁴.

Tais ocorridos são inadmissíveis, já a pessoa humana é que é o “centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento”⁸⁵, e não o contrário. De qualquer forma, é destacável, relativamente à dignidade da pessoa humana, que ela implica na necessidade dos direitos fundamentais serem devidamente concretizados⁸⁶, isto é, respeitar a dignidade da pessoa é concretizar os direitos fundamentais, já que ela pode ser considerada como a qualidade que faz cada um de nós um ser merecedor do máximo de direitos fundamentais.

Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana deve ultrapassar a ideia de sua ligação apenas com os direitos fundamentais e alcançar os deveres dos cidadãos, como ensina Buffon, apoiado em lição de Gregorio Robles:

Por mais paradoxal que possa parecer àqueles que concebem a cidadania apenas sob a face dos direitos, a própria idéia de dignidade humana está vinculada aos deveres fundamentais, pois ela ‘não consiste em cada um exigir seus direitos’, mas sobretudo, consiste em cada um assumir seus deveres como pessoa e como cidadão e exigir de si mesmo seu cumprimento permanente.⁸⁷

Enfim, como ensinou Paulo Bonavides ao prefaciar obra de Sarlet, a teologia e a filosofia dos períodos clássico e medieval nos herdaram uma dignidade da pessoa humana como um direito natural “cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana” e que hoje foi transformada “numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais”⁸⁸, sendo que a utilização da dignidade da pessoa humana para

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 48.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998. p. 91.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 71.

⁸⁷ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 84.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 18.

esse fim “no mundo do Direito é fato histórico recente”⁸⁹, levado a cabo somente após a Segunda Guerra Mundial⁹⁰. No capítulo seguinte será tratado esse papel exercido pela dignidade da pessoa humana no Direito, com ênfase no direito constitucional brasileiro.

2.2 A dignidade da pessoa humana no direito brasileiro

No presente capítulo objetiva-se tratar do status jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana no direito pátrio, destacando-se para esse desiderato a forma da sua positivação na Constituição Federal de 1988. Para esse fim, será necessário “situar e compreender a posição e o significado da dignidade da pessoa humana como fundamento e elemento integrante da ordem jurídico-constitucional brasileira”⁹¹.

Para tanto, é necessário ter em conta, em primeira mão, o fato de que os constituintes brasileiros deixaram “transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional”⁹². Assim, a dignidade da pessoa humana que, tomada em si, tem um conceito jurídico indeterminado, como acima considerado, passou a exercer a função de princípio jurídico através de sua inclusão entre os princípios fundamentais na Constituição de 1988.⁹³

Como notou Barroso, a dignidade da pessoa humana, por um lado, é um “conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito”⁹⁴ e, por outro, admite ele que existe um consenso razoável de que ela “constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições.”⁹⁵

⁸⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 107-125, 2002. p. 107.

⁹⁰ BERNARD, Guillaume. *L'évolution de la notion de dignité em droit*. Intervenção no 7º Seminário de Peritos, Paris, 2007. Dalloz, p. 09-18, 2008. p. 9.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 73.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 73.

⁹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 107-125, 2002. p. 107.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 63.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 63.

Aliás, apesar de ser perfeitamente defensável a ideia de que a dignidade da pessoa humana prescinde de previsão legislativa expressa para existir, a sua previsão no texto constitucional lhe empresta maior possibilidade de efetivação, principalmente através dos órgãos jurisdicionais⁹⁶, destacadamente tendo em conta a cultura jurídica positivista brasileira de necessidade de embasamento legal exposto para as decisões tomadas nos processos decisórios jurisdicionais.

Ademais, como salienta Barroso, a extensa lista de direitos fundamentais presentes na constituição brasileira, com o detalhamento que a caracteriza como um documento analítico, dispensa a jurisprudência brasileira da necessidade de utilização do princípio da dignidade da pessoa humana em abstrato, de forma que ela tem se dado como “mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico”⁹⁷.

Sob o prisma histórico, é observável que foi após a Segunda Guerra Mundial que, com o objetivo de reconstruir as nações vítimas do genocídio imposto pelo totalitarismo nazista “a dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longamente aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos”⁹⁸.

Enfim, pode-se afirmar que a crueldade nazista levou os Estados envolvidos naquele conflito a confirmarem juridicamente pela primeira vez a existência da dignidade humana, como um postulado baseado na sua posse natural por todos os seres humanos, erigindo-a a alicerce para o reconhecimento dos direitos e liberdades individuais.⁹⁹ Essa adoção da dignidade da pessoa humana baseou-se principalmente na ideia de que é o próprio “Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”¹⁰⁰.

São duas as formas citadas por Barroso para essa importação da dignidade humana para o discurso jurídico, sendo a primeira a sua inclusão em diversos tratados

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 28.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 115.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 19.

⁹⁹ PROULX, Daniel. *Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles*. *Revue du Barreau*, n. especial, p. 485-542, Québec, 2001. p. 491.

¹⁰⁰ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 123.

internacionais e constituições e a segunda o desenvolvimento de uma “cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra”¹⁰¹. Foi dessa forma que a dignidade da pessoa humana “adquiriu status de norma jurídica, motivo pelo qual se constitui agora não só um princípio moral basilar, mas também um princípio jurídico com inequívoca força normativa”¹⁰².

Tendo “suas raízes na ética, na filosofia moral, a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa”,¹⁰³ como defende Barroso. Mais que isso, a dignidade passou da filosofia clássica aristotélico-tomista para a concepção jurídica moderna jusnaturalista e positivista como uma dignidade da *pessoa* que passou que a ser a dignidade do *homem*, pois, sob a visão clássica, ela era diferente para cada pessoa, enquanto sob a visão moderna ela é a mesma para todos os homens, como ensina Bernard.¹⁰⁴

O aparecimento da dignidade da pessoa humana como um conceito jurídico, como defende Barroso, está no Direito Constitucional alemão, cuja Lei Fundamental de 1949 rezou o seguinte: “A dignidade humana deve ser inviolável. Respeitá-la e protegê-la será dever de toda a autoridade estatal”.¹⁰⁵ Para ele, de acordo com o Tribunal Constitucional Federal alemão, a dignidade da pessoa humana “se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado”¹⁰⁶.

Entretanto, em relação à sua aplicabilidade, como Barroso adverte, mesmo admitindo-se que a normalidade seja a prevalência da dignidade da pessoa humana, certamente ocorrem situações nas quais, mesmo que de forma parcial, ela deve ceder frente a outros princípios jurídicos, já que “como regra geral, no direito não há espaço para absolutos”.¹⁰⁷ De qualquer forma, a verdade é que, quando a Constituição

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 19.

¹⁰² BUFFON, Marciano. *Tributação e Dignidade Humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 122.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61.

¹⁰⁴ BERNARD, Guillaume. *L'évolution de la notion de dignité em droit*. Intervenção no 7º Seminário de Peritos, Paris, 2007. Dalloz, p. 09-18, 2008. p. 10.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 21.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 21.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 64.

brasileira coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, ela lhe considera o “valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito”¹⁰⁸.

Para facilitar a compreensão da posição e da necessidade da prevalência da dignidade humana no quadro do direito brasileiro, há que se trabalhar com as distinções necessárias entre as ideias de valor, princípio jurídico e direito autônomo, como o faz Barroso, para quem

Valores, sejam políticos ou morais, adentram o mundo do direito usualmente assumindo a forma de princípios. E embora direitos constitucionais e princípios constitucionais frequentemente se justaponham, esse não é exatamente o caso aqui. A melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com status constitucional, e não como um direito autônomo.¹⁰⁹

A distinção da dignidade da pessoa humana dos direitos autônomos por si já afasta boa parte dos equívocos que levam a críticas quanto à sua aplicação, gerados pela ideia da necessidade de sua ponderação frente aos direitos humanos fundamentais, pois ela em verdade os embasa, e não concorre com eles na sua aplicação concreta. Antes disso, e exatamente por ser um valor fundamental elevado a princípio constitucional, a dignidade humana “funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.”¹¹⁰

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada, nesse sentido, como o “elemento comum, em maior ou menor grau, de todos os direitos fundamentais. Por decorrência lógica, à medida que tais direitos forem concretizados, o referido princípio constitucional alcançará sua máxima eficácia.”¹¹¹ Aliás, é por ser portador de uma dignidade que lhe é inerente que o ser humano é investido de direitos e liberdade individuais.¹¹²

A dignidade humana, seguindo esse raciocínio, não está em posição de concorrer com os direitos fundamentais, mas sim é carregada por eles, isto é, ela não

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998. p. 92.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 64.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 64.

¹¹¹ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109.

¹¹² PROULX, Daniel. *Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles*. *Revue du Barreau*, n. especial, p. 485-542, Québec, 2001. p. 491.

é em si um direito fundamental, mas faz parte de todos eles, em maior ou menor grau. Nas palavras de Barroso:

No entanto, uma vez que a dignidade é tida como o alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial, seria contraditório considerá-la como um direito em si, já que ela é parte de diferentes direitos. Além disso, se a dignidade humana fosse considerada um direito fundamental específico ela necessariamente iria ter que ser ponderada com outros direitos fundamentais, o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como um parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos.¹¹³

É com base no sentido adotado acima que, relativamente à concretização dos direitos fundamentais, no confronto da celeridade com outros direitos presentes no processo, a dignidade ditará os limites para sua aplicação, o que pode ser representado pela necessidade de fixação de prazo para o tempo consumido pelo processo de usucapião extrajudicial, como será visto oportunamente adiante.

Relativamente à sua positivação no direito pátrio, logo no Título I da Constituição Brasileira de 1988, que trata dos princípios fundamentais, em seu artigo 1º, lemos que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e é constituída em Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana.

No capítulo constitucional dedicado à ordem econômica e financeira consta previsão expressa de que, entre outras, ela tem por fim “assegurar a todos uma existência digna”, como consta em seu artigo 170. Também constam referências expressas à dignidade da pessoa humana nos artigos 226 e 227 da Constituição, ao tratar das normas básicas reguladoras das relações familiares.

A forma como prevista a dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 permitiu a Sarlet a conclusão de que o constituinte brasileiro,

além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.¹¹⁴

É igualmente importante para o entendimento do papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana ter em conta a sua localização privilegiada na Carta

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 67.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 78.

Constitucional brasileira, já que os constituintes de 1988 preferiram “não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez no direito pátrio – consoante já frisado – à condição de princípio (e valor) fundamental”¹¹⁵.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana passou ao patamar de fundamento dos próprios direitos fundamentais, considerados esses como “posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais”¹¹⁶. Ademais, como Buffon afirma, a dignidade da pessoa humana tem uma ligação tão forte com o Estado Democrático de Direito que “não se pode sustentar que este exista sem a consagração formal daquele. Outrossim, o homem precisa desse modelo de Estado para ter assegurada sua dignidade.”¹¹⁷

A previsão expressa da dignidade da pessoa humana ocorreu pela primeira vez no texto constitucional brasileiro de 1988, em parte como reação a períodos autoritários anteriores, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, após constar na Declaração Universal da ONU de 1948, como exemplificam as leis fundamentais da Alemanha, Portugal e Espanha¹¹⁸, seguidas pela quase totalidade dos países ocidentais.

No que tange ao cenário brasileiro, uma das razões para a inclusão da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado foi “a tortura e toda sorte de desrespeito à pessoa humana praticadas sob o regime militar”.¹¹⁹ Mais do que isso, ela apareceu como fundamento do nosso próprio Estado democrático de direito¹²⁰. De fato, a dignidade da pessoa humana passou a fornecer o norte aos direitos fundamentais ao responder às questões mais básicas, como a opção pela adoção da democracia, regime político no qual as pessoas é que são colocadas em primeiro lugar na participação e como destinatários da atuação estatal.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 79.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 81.

¹¹⁷ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 74.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998. p. 89.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 73.

Até mesmo a declaração islâmica de direitos humanos expressamente exemplifica esse papel de proeminência das pessoas como objetivo a ser buscado pelos entes estatais através do direito legislado ao ter feito constar em seu prefácio que “os direitos humanos decretados pela lei divina têm como objetivo conferir dignidade e honra à humanidade”¹²¹. Consequentemente, como explica Proulx, os tribunais devem ser guiados em sua atuação por princípios e valores essenciais para a construção de uma sociedade livre e democrática, tendo como base a busca da dignidade da pessoa humana, promoção de justiça social e igualdade, aceitação da diversidade de crenças e culturas e valorização de instituições que promovam a participação dos indivíduos na sociedade.¹²²

Citando Judith Martins-Costa, Sarlet chega a afirmar que a dignidade da pessoa humana constitui atualmente o “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”¹²³. Ela é simplesmente o que “confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional”¹²⁴. Assim, a um só tempo justifica a criação e a própria existência da ordem constitucional e orienta a sua interpretação como um todo.

Voltando à questão da posição da previsão de um instituto jurídico no ordenamento legal, obviamente ela não diz tudo a seu respeito, principalmente tendo em conta que o fenômeno jurídico não se resume ao papel que o positivismo lhe designa dentro do arcabouço legal. Por outro lado, no caso da dignidade da pessoa humana, a localização de sua previsão e a natureza jurídica atribuída a ela dizem muito a seu respeito. Mais que isso, tal trato constitucional servirá para afastar o senso comum que muitas vezes lhe atribui o papel de direito fundamental, com todas as consequências dessa necessária diferenciação, como tentaremos expor abaixo.

A dignidade da pessoa humana é reconhecida expressamente como base do próprio Estado brasileiro, como citado acima. Ela é um dos fundamentos da república brasileira e, bem por isso, de todo o arcabouço jurídico que a regula e, para além

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 76.

¹²² PROULX, Daniel. *Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles*. *Revue du Barreau*, n. especial, p. 485-542, Québec, 2001. p. 492.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 82.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 95.

disso, regula todos os direitos e deveres individuais e as relações familiares e econômicas travadas entre as pessoas.

De acordo com a lição de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana é um princípio, isto é, uma relação estabelecida entre a moral e o direito ou, em outras palavras, a conversão de um valor moral em uma norma legal.¹²⁵ Mais do que isso, ela é o “princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”¹²⁶. Para Barroso, a dignidade da pessoa humana

fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais e exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos – ou entre direitos e metas coletivas -, bem como no caso de desacordos morais.¹²⁷

Como defendido por Ferreira dos Santos nas palavras trazidas por Sarlet, a dignidade da pessoa humana “constitui princípio de feições absolutas, razão pela qual sempre e em todos os casos haverá de prevalecer em relação aos demais princípios”¹²⁸, não se podendo admitir uma “ponderação no sentido de uma colisão entre princípios, já que a ponderação acaba sendo remetida à esfera da definição do conteúdo da dignidade”¹²⁹, concretizada nos direitos fundamentais, estes sim com sua aplicabilidade sujeita à ponderação no casos de colisão entre os mesmos.

Os dois conteúdos mínimos da dignidade da pessoa humana, como exposto no item anterior do presente trabalho, são a importância singular das pessoas e o fato da pessoa ter que estar sempre em primeiro lugar, como objetivo e fim buscado por cada instituto jurídico e sempre em primeiro lugar quando em comparação com objetos ou coisas. Pode-se afirmar metaforicamente que ela deve, em linha reta, ser o destino e, lado a lado, estar no ponto mais alto no pódio, a não ser na comparação com a dignidade de outras pessoas e com a natureza que as mantêm vivas. Assim, quando é moldado um Estado, a dignidade é o que o embasa e os direitos fundamentais que a concretizam são a base do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais ocupam

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 83.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 110.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 85.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 86.

um lugar constitucional de proeminência porque é através da atuação e concretização deles que se estabelece o respeito à dignidade humana.

Para Buffon, a dignidade da pessoa humana é o “elemento comum, presente nos direitos fundamentais, apto a condensá-los dentro de um sistema”¹³⁰. Desta forma, tomando mais uma vez a sábia lição de Paulo Bonavides, pode-se concluir que “se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”¹³¹. Desse modo, os direitos fundamentais não são criados ao acaso, pois eles têm a dignidade humana como finalidade, justificativa e ponto de coesão e coerência entre todos eles, possibilitando que seu conjunto possa ser considerado um sistema.

Aliás, a dignidade da pessoa humana “não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos”¹³², a fim de formar uma “democracia substantiva, e não meramente formal”.¹³³ Dessa forma, “incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio,”¹³⁴ propor as alterações legislativas necessárias a concretizá-la, inclusive “abarcando medidas de natureza organizacional e procedimental”¹³⁵, como se verá no capítulo próprio dedicado ao procedimento do usucapião extrajudicial do presente trabalho.

Como a dignidade da pessoa humana é “o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”¹³⁶, é certo que “nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição”¹³⁷, quanto mais tendo em conta que “o conteúdo em

¹³⁰ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 126.

¹³¹ No prefácio de SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 19.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 90.

¹³³ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 75.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 90.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 93.

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998. p. 92.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 151.

dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais”¹³⁸, de forma ela é densificada exatamente através da “concretização de direitos fundamentais”¹³⁹.

De fato, “não há como olvidar a relação dialética que se estabelece quando da fundamentação – com base na dignidade da pessoa humana – de limites a outros bens fundamentais”¹⁴⁰, o que ocorre, por exemplo, quando se coloca um prazo limite para a conclusão de um procedimento, como se proporá em seguida em relação ao usucapião extrajudicial, no qual a necessidade de respeito da dignidade da pessoa interessada na declaração de propriedade não pode ser ignorada sob a alegação de respeito a direitos do possuidor, com o intuito de evitar que o próprio titular de direitos seja deixado de lado em prol de uma pseudodefesa deles.

Nesses casos, como aconselha Sarlet, deve-se aplicar o brocardo *in dubio pro dignitate*, “por mais que se possa controverter em torno do significado concreto da fórmula, considerada a dificuldade de estabelecer o conteúdo (âmbito de proteção) da dignidade”,¹⁴¹ principalmente tendo em conta que tal dificuldade advém da própria magnitude do papel desempenhado pela dignidade humana no Direito.

A dignidade da pessoa humana ajuda os tribunais a determinarem se uma restrição a um direito ou liberdade constitui um limite razoável à sua aplicação nos casos concretos.¹⁴² Ela aparece aí como o limite prático para a defesa dos direitos fundamentais das partes envolvidas, isto é, numa fórmula: todos os direitos da parte no processo devem ser defendidos até o ponto no qual essa defesa implique em ofensa à própria dignidade da pessoa titular do direito sob exame. Não se pode, por exemplo, em prol da necessidade de averiguação da verdade real dos fatos num processo judicial ou extrajudicial, tomar o tempo da vida toda do usucapiente a investigar tudo aquilo que aconteceu no prazo em que foi exercida a posse, como se verá adiante no capítulo próprio.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 151.

¹³⁹ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 150.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 156.

¹⁴² PROULX, Daniel. *Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles*. *Revue du Barreau*, n. especial, p. 485-542, Québec, 2001. p. 493.

A dignidade da pessoa humana não pode ser deixada em segundo plano nessa situação, como adverte Sarlet, porque devemos partir da

premissa de que a dignidade, sendo qualidade (ou atributo, se assim preferimos) indissociável da condição do humano, se constitui em bem jurídico absoluto, e, portanto, inalienável, irrenunciável e insuscetível de restrição, como sugere (ainda) boa parte da doutrina e da própria jurisprudência¹⁴³.

Ressalvamos que este absolutismo da dignidade da pessoa humana não implica em afastar a aplicação de qualquer dos direitos fundamentais da pessoa, mas sim em aplicá-los segundo os limites impostos pela necessidade de respeito da dignidade da pessoa, sem sacrificá-la. Também nas palavras de Sarlet, um juízo de ponderação

jamais poderá resultar – e esta a dimensão efetivamente absoluta da dignidade – no sacrifício da dignidade como tal, na condição de valor permanente e insubstituível atribuído a cada ser humano que, como tal, sempre deverá ser reconhecido e protegido, sendo, portanto – e especialmente neste sentido – não ponderável¹⁴⁴.

Pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é um valor moral fundamental, utilizado pelo direito como princípio constitucional que funciona como uma “fonte de direitos e liberdades individuais”¹⁴⁵ que nunca seca, pois ela “não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem ela a calma da Justiça e o destemor da verdade”¹⁴⁶, como afirma Cármen Lúcia lembrando Antígona.

Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser levada em consideração em cada caso concreto de aplicação do Direito e em cada inovação legislativa a ser levada a efeito, mesmo que a necessidade de sua aplicação não seja tão premente como nos *hardcases*, onde a falta de outras motivações implica na citação direta da dignidade humana como causa de decidir. Enfim, se nos *hardcases* a dignidade da pessoa humana exerce o papel principal, nos demais ela sempre estará presente, a todo momento, mas exercendo um papel coadjuvante, isto é, ela aparece de forma mais velada, mas com a mesma importância.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 160.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 162.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 42.

¹⁴⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 72.

Assim, por mais destacada que seja a posição dos direitos fundamentais, e visto que os demais institutos jurídicos devem ser sempre interpretados da maneira a lhes possibilitar a maior eficácia em cada caso concreto, ainda assim pode-se afirmar metaforicamente que eles são *servos* da dignidade da pessoa humana, que, se poderia dizer, é a *rainha* do Estado e do Direito. Essa *rainha*, no entanto, não está sentada num trono nem vivendo em um castelo, pois ela vive, isso sim, como uma mãe solteira, semianalfabeta e com filhos subnutridos, que muitas e muitas vezes ocupa um barraco em uma favela qualquer nos subúrbios das grandes cidades e precisa ver reconhecida, respeitada e garantida sua morada humilde.

Sob esse âmago, Barroso cita como exemplo de caso de discussão a respeito da dignidade humana por cortes superiores ao redor do mundo o da “Sra. Grootboom, na África do Sul, [a qual] em situação de grande privação, postulava do Poder Público um abrigo para si e para sua família”¹⁴⁷. De que maneira o Estado deve agir, através do instrumentário jurídico, para servir a essa sua *rainha* da forma que ela merece é o que se tentará demonstrar nos capítulos seguintes, com a utilização do usucapião extrajudicial para possibilitar a declaração da propriedade dos bens objeto da posse concretizadora de sua função social pela forma e fins da ocupação socialmente levada a cabo.

2.3 Dignidade da pessoa humana na concretização dos direitos fundamentais

Como já abordado acima, a dignidade da pessoa humana exige a proteção e a possibilidade de exercício dos direitos fundamentais em cada caso concreto, isto é, em todas as situações vivenciadas por cada pessoa, individualmente considerada. Nas palavras de Paulo Bonavides, resume ele que a dignidade da pessoa humana “depois de ser direito natural, com a teologia e a metafísica, direito positivo com a dogmática e, finalmente, à míngua doutra dicção mais adequada, direito interpretativo com a hermenêutica, ocupa, por derradeiro, o universo dos valores”¹⁴⁸. Nas palavras de Buffon, a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana se dá

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 9.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 19.

exatamente “mediante a concretização de direitos fundamentais”¹⁴⁹. Em outros termos, ela não admite ser limitada ao campo da teoria dogmática, mas sim abarca também o mundo dos fatos, o cotidiano de cada pessoa.

A dignidade humana, por decorrência de sua natureza, necessita não apenas ser reconhecida teoricamente, ela precisa ser exercitada, vivida, como ‘um valor com os pés fincados na terra’, pois ela “não representa um valor abstrato, é vista como a autonomia ética dos homens concretos, das pessoas humanas”¹⁵⁰, como afirma Buffon citando Vieira de Andrade. Nesse sentido é que se buscará tratar da dignidade da pessoa humana para cada um daqueles que necessitam a declaração da propriedade dos imóveis usados como sua morada e dos obstáculos práticos e legislativos opostos a tal desiderato.

Não se está defendendo que a dignidade da pessoa humana seja simplesmente absoluta de forma inconsequente. Ela faz parte dos direitos fundamentais e, se essa parte é ignorada, o direito fundamental não se sustenta, por ter perdido sua finalidade, que é a pessoa humana, e se torna apenas teoria vazia. É nesse sentido que ela se mostra absoluta e retoma as ideias de socialização e concretização dos direitos subjetivos. Buffon também defende a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, principalmente “daqueles que necessitam, substancialmente, de que tais direitos deixem de ser uma parte de uma ‘bela obra de arte literária’ (constituição)”¹⁵¹.

Segundo Barroso, a dignidade da pessoa humana “é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos”¹⁵².

A dignidade da pessoa humana, “na condição de princípio fundamental e geral ilumina a ordem jurídica e especialmente o sistema dos direitos fundamentais”¹⁵³, o que se reflete na “hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do

¹⁴⁹ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79

¹⁵⁰ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 129.

¹⁵¹ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 84

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 58.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 102.

processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma interpretação sistemática¹⁵⁴, mesmo admitindo-se que os direitos fundamentais não tenham seu conteúdo integralmente contido na dignidade.

Como ensina Buffon, se durante os séculos XVIII e XIX se acreditava que “a liberdade era uma exigência da dignidade humana, agora se pensa que a dignidade humana (manifestada nos pressupostos socioeconômicos) é uma condição para o exercício da liberdade”¹⁵⁵, pois a “liberdade está fundada na possibilidade de fazer escolhas, que apenas são factíveis se preenchidos os pressupostos materiais necessários”,¹⁵⁶ os quais formam o chamado *mínimo existencial*.

Assim, a dignidade da pessoa humana efetua uma “redução da margem de arbítrio do intérprete”¹⁵⁷ e implica também no direito a “prestações fáticas ou normativas”¹⁵⁸ pelos cidadãos. Por essa razão, é importante a previsão de um prazo limite para a decisão sobre o usucapião extrajudicial, como defenderemos adiante, sob pena de possibilitar, através da ofensa ao princípio da celeridade, um desrespeito à própria dignidade dos interessados, já que “ao predomínio no plano axiológico e funcional de uma irreduzível dimensão subjetiva há de naturalmente corresponder, no plano jurídico-estrutural, o lugar central da posição jurídica subjetiva”¹⁵⁹, conforme citação de Vieira de Andrade feita por Buffon.

Ocorre que nada impede que “eventual ofensa a determinado direito fundamental não possa constituir, simultaneamente, violação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana”¹⁶⁰ na medida em que a concretização dos direitos fundamentais é “potencialmente eficaz à densificação do princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁶¹ e a falta de concretização, em sentido inverso, pode constituir um desrespeito a ela. A “cláusula geral da dignidade da pessoa humana, em termos

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 103.

¹⁵⁵ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27.

¹⁵⁶ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 118.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 118.

¹⁵⁹ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 129.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 118.

¹⁶¹ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 130.

gerais, acaba sendo viabilizada (concretamente realizada) em termos técnico-jurídicos por meio dos direitos fundamentais em espécie”¹⁶².

Ernst Benda, citado por Sarlet, afirma que “os direitos e garantias fundamentais constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento”¹⁶³, porque de fato a dignidade da pessoa humana é densificada exatamente através da concretização dos direitos fundamentais, como afirma Buffon¹⁶⁴, de forma que, “em regra, uma violação de um direito fundamental estará vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa”¹⁶⁵.

De forma conclusiva a respeito da questão, Sarlet afirma o seguinte:

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa¹⁶⁶.

Com base em D. Rosseau, Sarlet acrescenta que os direitos fundamentais “adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e torna efetiva se não pelos direitos fundamentais”¹⁶⁷. Há aí uma relação teoria-prática muito interessante, na medida em que a previsão teórica de respeito da dignidade da pessoa humana só estará sendo atendida na medida em que for concretizado o direito fundamental em comento, isto é, se na realidade da vida a pessoa puder garantir o seu direito à sua moradia como mínimo existencial nos casos concretos em que pleiteada a declaração de usucapião, por exemplo.

O direito ao mínimo existencial não foi objeto de previsão expressa na Constituição Federal brasileira. Seus fundamentos, entretanto, podem ser encontrados no “direito à vida e no dever do Estado de prover as condições mínimas para uma vida com dignidade, tendo tido ampla receptividade no seio doutrinário e

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 118.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 117.

¹⁶⁴ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 117.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 125.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 125.

jurisprudencial”¹⁶⁸. Buffon, aliás, defende a necessidade de avaliação da “impossibilidade de haver tributação relativamente ao denominado mínimo existencial”¹⁶⁹ face à sua importância para uma vida com dignidade pelas pessoas.

Conforme Sarlet, o direito à habitação também guarda conexões com a dignidade, acrescentando ele que “não se cuida de qualquer habitação, mas sim, da moradia que atenda aos parâmetros da dignidade da pessoa”¹⁷⁰. Nesse sentido o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível 2001.72.05.006640-6/SC autorizando saque de saldo de FGTS para reforma de moradia¹⁷¹. Encontramos na jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça citações da dignidade da pessoa humana relacionando-a com o mínimo existencial (STJ REsp 1.041.197), restrição ao direito de propriedade (IF 91/MT) e direito de moradia (REsp 980.300).¹⁷²

Assim, o momento é de, após constatar a solidez da teoria jurídica desenvolvida, “ressaltar a importância da concretização dos direitos fundamentais para a máxima eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁷³. Entretanto, como adverte Buffon, a “realização dos direitos fundamentais, especialmente aqueles de cunho prestacional, implica a assunção de um significativo ônus financeiro”¹⁷⁴. Esse custo alto, somado à tradicional burocracia brasileira e outros fatores, como o alto índice de judicialização de conflitos, em muitos casos atrasa e em tantos outros casos impede a concretização dos direitos fundamentais, como será abordado no próximo capítulo.

2.4 A celeridade na concretização de direitos subjetivos como requisito para o respeito à dignidade da pessoa humana

Para introduzimos a análise da necessidade de inclusão da celeridade como parte dos requisitos necessários à densificação da dignidade humana, trataremos como

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 121.

¹⁶⁹ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 106.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 106.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 119.

¹⁷³ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81.

¹⁷⁴ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

contraponto uma afirmação de Fredie Didier Jr., lembrada pelo processualista Puccineli Júnior:

não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos.¹⁷⁵

Através do presente trabalho, ousamos defender exatamente o contrário da afirmação acima, por entendermos que essa demora “conquistada ao longo da história” é em certa medida fruto da ignorância do fato de que os conflitos se dão entre pessoas e que a sua solução é para as pessoas em conflito, não havendo como se afirmar que a duração de processos judiciais por longos anos possa ocorrer sem ofender a dignidade das partes nele envolvidas, sob a alegação de que esse possa ser o “tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”.

Em tais casos, pode-se defender que o estudo teórico do direito processual como objeto de conhecimento se sobrepôs ao seu fim, a efetivação dos direitos dos jurisdicionados. A técnica jurídica, por mais apurada e bem intencionada que seja, e apesar de o fazer em nome dos mais altos princípios processuais, não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana. O que pode ser percebido é que, ignorando a sua razão de ser, acabou-se por entender que “o estudo do direito processual civil era voltado para si próprio e para a construção científica e *pura* de seus próprios institutos”.¹⁷⁶ (grifo do autor).

Sarlet ratifica esse entendimento ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana “acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental”¹⁷⁷. Dessa forma, vê-se que Fredie Didier Jr. acaba por sobrepor uma pseudodefesa dos direitos fundamentais do jurisdicionado à própria dignidade de sua pessoa, como dizer que, para que seus direitos subjetivos fundamentais possam ser respeitados, o jurisdicionado não o será, na medida em que for ignorado, deixado de lado.

¹⁷⁵ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

¹⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 149.

É exatamente para evitar situações como essas que a dignidade adentrou ao Direito e, em cada caso concreto, a situação deve ser sopesada para se perceber quem está em primeiro lugar: a pessoa ou não. Enfim, não se pode esquecer da “primazia (na condição de valor superior e princípio fundamental) desfrutada pela dignidade da pessoa humana no âmbito da arquitetura constitucional”¹⁷⁸.

Após frisar que é preferível falar-se em duração razoável do processo ao invés de celeridade, Bueno adverte o seguinte:

eventual celeridade não pode comprometer outras garantias do processo – contraditório, ampla defesa, publicidade e motivação, apenas para citar algumas bem marcantes – e que demandam, por suas próprias características, *tempo* necessário para concretizarem-se.¹⁷⁹

Ora, exatamente um dos conjuntos de “direitos e garantias fundamentais que guarda íntima relação com a dignidade da pessoa humana é composto pelos direitos e garantias processuais”¹⁸⁰. Sarlet cita decisão que serviu de paradigma, prolatada em 8 de janeiro de 1959 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que referenciou que

constitui exigência da dignidade da pessoa humana que o poder público não disponha de forma arbitrária dos direitos da pessoa, ou seja, de que o indivíduo, no âmbito do processo, não pode ser tratado como mero objeto da decisão judicial, mas sim, deve ter assegurada a possibilidade de, como sujeito, se manifestar e exercer influência na esfera do processo decisório¹⁸¹.

Assim, se o Judiciário, por qualquer motivo, considera a pessoa como apenas mais um coadjuvante da relação processual, para quem o prazo para a obtenção do bem da vida pretendido é apenas mais um dado entre tantos, a lei brasileira agora coloca à disposição do usucapiente um procedimento não judicial no qual ele é o *senhor* do processo, e como *senhor* desse processo ele deve ter, através da lei, o direito de impor um limite temporal para que seu pedido de ver declarada sua propriedade seja atendido. De fato, afirmar que uma ordem legal será obedecida apenas quanto o representante estatal o quiser pode significar o mesmo que a não obediência a essa ordem. Desse modo, o usucapião extrajudicial deve ter esse prazo legalmente previsto, sob pena de seu procedimento poder tornar-se indigno.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 149.

¹⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 145.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 146.

É aconselhável ser lembrada aqui uma das três formulações do imperativo categórico de Kant, relacionada à dignidade da pessoa humana, que é a seguinte: “Age de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou a qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca meramente como um meio.”¹⁸² Nesse sentido, a demora no exercício da jurisdição pode representar o esquecimento do seu fim: as pessoas, que são as partes. Elas não podem servir aos regramentos processuais, e sim essas a elas.

A existência de conexão entre a razoável duração do processo, prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e a dignidade da pessoa humana já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em processo no qual foi decidido que “a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana”¹⁸³ tendo sido destacado que “não é o decurso do prazo em si, mas a sua causa (culpa do poder público) e a condição do réu como objeto da ação estatal que justificam a invocação da dignidade da pessoa humana”¹⁸⁴.

Baseado em obra de Cândido Rangel Dinamarco, Bueno defende a *instrumentalidade* do processo para que se possa compreender

não só a razão de ser do direito processual civil como um todo, mas também seus limites e sua vocação de *servir* ao direito material; de distinguir, assim prefiro, o *meio* (direito processual civil como um todo e o processo em específico) do *fim* (a concretização do direito material).¹⁸⁵

Em citação de Günther Dürig feita por Sarlet, lemos que submeter o homem a um “processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (‘rechtliches Gehör’) e fere o princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁸⁶. Assim, considerando que o usucapião extrajudicial é um procedimento, há de se concluir com Sarlet que

não se está a advogar que toda e qualquer regra procedimental guarde relação com a dignidade da pessoa humana, mas sim, que ela implica, por meio da adequada interpretação dos direitos e garantias

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 70.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 146.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 147.

¹⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 147.

fundamentais, a consideração do indivíduo como sujeito e não mero objeto do processo¹⁸⁷.

A extensão da aplicação do conceito da dignidade da pessoa humana a matérias como o prazo para a análise do pedido de usucapião extrajudicial, antes de ser um *perigo* para o próprio instituto da dignidade da pessoa humana, por estender demais os limites de sua aplicação, é um ônus decorrente da magnitude de sua importância para o próprio Direito, como legitimadora de todos os direitos fundamentais.

Esse ônus não deve ser suportado pelo referido instituto, sob a alegação da possível perda de sua cientificidade, com o entendimento de que sua complexidade o tornaria inutilizável, mas sim deve ser considerado um ônus que recai sobre os pensadores e aplicadores do Direito, pois é tarefa da dogmática jurídica conceituá-lo, especificar sua natureza jurídica e fixar-lhe o conteúdo, auxiliando em sua aplicabilidade.

Citando Ronald Dworkin, Barroso afirma que “seria lamentável abandonar uma ideia relevante ou mesmo um nome conhecido pelo risco de malversação” e acrescenta, concluindo, que, “assim sendo, a dignidade humana, não menos do que inúmeros outros conceitos cruciais, precisa de boa teoria, debate público, consenso sobreposto e juízes prudentes.”¹⁸⁸ Portanto, iniciando pela iniciativa legislativa e passando pela resolução de cada caso concreto de usucapião extrajudicial, cada passo deve ser dado na direção de densificação da dignidade da pessoa humana.

Enfim, é necessário coragem aos cientistas do Direito para encarar a situação em sua completude, ao invés de atarem-se à covardia de limitar seu conteúdo para enquadrá-lo num cenário jurídico equivocadamente de forma mais fácil, mas comprometendo sua capacidade de dar concretude a cada regra de nosso ordenamento que preveja direitos subjetivos e o modo de seu exercício.

Por mais hercúlea que possa se mostrar a tarefa proposta dessa forma, é melhor caminhar na direção correta do que parar com a ilusão de ter chegado a algum lugar apenas porque se desistiu do objetivo maior: alcançar em cada caso a concretude da dignidade da pessoa humana, a qual justifica a própria criação e manutenção de todo Estado e de todo sistema jurídico que o ampara, pois, como

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 147.

¹⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 60.

defendeu o professor Clèmerson Merlin Clève, o cidadão nunca é um *acessório* do Direito e os direitos fundamentais nunca são uma *concessão* do Estado¹⁸⁹.

Como a celeridade é reflexo do conteúdo da dignidade da pessoa humana, orientadora de sua aplicação no campo processual ao tratar do período de tempo despendido para a concretização de direitos do usucapiente, o seu desrespeito verificável ao não ser previsto um prazo para a conclusão do pedido de declaração de usucapião pode ofender a dignidade do usucapiente, que deixa de ser considerado o fim do procedimento, para ser coisificado como apenas uma peça, tema que será aprofundado adiante, iniciando pela questão da desjudicialização.

2.5 A desjudicialização como forma de obter celeridade

A década de 1990 foi marcada em matéria processual por um conjunto de reformas legislativas com o fito de buscar a instrumentalidade do processo em direção à efetividade dos direitos pleiteados. Para Araújo, essa tendência reflete a lição histórica de Chiovenda de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.”¹⁹⁰

A tendência apontada pelas reformas processuais levadas a termo e que tiveram seu ápice na promulgação do novo Código de Processo Civil “está voltada para o incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos.”¹⁹¹ Assim, afastar do Estado-juiz situações em que não existe conflito potencial ou atual entre as partes, antes de ser considerada como ofensa à previsão do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, deve ser admitida e até mesmo incentivada.¹⁹²

Araújo lembra o ministro Aliomar Baleeiro, que em voto formulado em julgamento do RE 63.080-MG, datado do longínquo ano de 1967, mostrava-se irresignado com a então vedação de conhecimento de matéria petitória em ação possessória, onde o mestre alertava que “o primeiro objetivo, um dos maiores

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 24.

¹⁹⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 526.

¹⁹¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 441.

¹⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 68 e 477.

objetivos da Justiça no Brasil, em qualquer parte do mundo, é que seja rápida. Se leva 5, 10 ou 20 anos, é uma Justiça injusta.”¹⁹³

Nesse quadro, a fim de enfrentar as mazelas da justiça prestada no Brasil, entre elas a falta de celeridade e efetividade, a desjudicialização passou a ganhar destaque doutrinário e legal, através do incentivo a formas alternativas de resolução de controvérsias, como a arbitragem e a solução extrajudicial de conflitos, essa a cargo de tabeliães e registradores, com o objetivo de otimizar a prestação da tutela jurisdicional.

Essa tendência foi consolidada com a promulgação da Lei 11.441/2007, através da qual foi criada a possibilidade da separação, do divórcio, do inventário e da partilha extrajudiciais realizarem-se diretamente perante notários, levando-se tais escrituras a registro nos cartórios de registro civil e de imóveis, respectivamente.

Tais procedimentos eram todos necessariamente judiciais, isto é, a “satisfação do interesse da parte somente poderia ser obtida pela via judicial. O interesse de agir seria presumido e por isso classificado como *in re ipsa*.”¹⁹⁴ (grifo do autor) Apesar de não ter sido eliminada a via judicial, pela qual as partes ainda podem optar, a remessa de tais questões para a via extrajudicial, já que de fato sua solução é possível sem a intervenção do Poder Judiciário, possibilitou a simplificação de procedimentos e o barateamento de custos.

Segundo notícia divulgada recentemente pela Agência Brasil, desde a promulgação da Lei 11.441/2007 até o início do ano de 2018 foram lavradas mais de dois milhões de escrituras de separação, divórcio, inventário e partilha, o que, segundo cálculo do Colégio Notarial do Brasil, representa uma economia de aproximadamente quatro bilhões de reais pelo Poder Judiciário nesse período.¹⁹⁵ Esse sucesso inicial favoreceu a tendência de desjudicialização com alocação de procedimentos para os serviços de notas e registros extrajudiciais, o que ocorreu recentemente com o usucapião através da previsão legislativa do usucapião extrajudicial, como será visto oportunamente.

Relembrando o já exposto anteriormente, a dignidade da pessoa humana adentrou no universo do Direito após a Segunda Grande Guerra em nível mundial e

¹⁹³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 171.

¹⁹⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 419.

¹⁹⁵ Disponível em: www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTE1MzA=. Acesso em: 16/08/2018.

após o período da ditadura militar em nível nacional porque se viu que o Direito, sem ela, abandonou os homens à morte em campos de concentração nazistas ou nas celas dos serviços de repressão. Agora, a dignidade deve ser utilizada para mostrar que o Direito positivo, sob muitos aspectos, deixou o homem de lado; o processo propriamente dito efetivamente deixou o homem de lado.

Independente das razões, cujo desvelamento foge ao tema do presente trabalho, é importante frisar que o processo judicial se tornou no mais das vezes um evento social de alto custo, moroso e sob vários aspectos imprevisível, causando transtornos os mais sérios para as pessoas e para as empresas que operam em nosso país.

A desjudicialização aparece, portanto, como forma de obtenção da celeridade que os aparatos físico e teórico do Judiciário não estão conseguindo oferecer de forma decisiva, apesar de todas as reformas legislativas levadas a cabo sobre o processo judicial. Assim, desjudicializar acaba por ser considerado como sinônimo de acelerar, baratear e simplificar procedimentos.

No momento, com a desjudicialização, mesmo tendo como preço a ser pago o afastamento do Judiciário de procedimentos dedicados à concretização de direitos fundamentais, o objetivo é retornar o foco às pessoas, isto é, aos sujeitos desses direitos. Uma das ferramentas para isso é o usucapião extrajudicial, com as vantagens da forma de exercício da delegação de serviço público em caráter particular exercida pelos oficiais de cartórios, como celeridade e baixo custo financeiro, desde que o procedimento tenha um prazo delimitado para ser concluído, como defenderemos adiante. Antes disso, faz-se necessária a compreensão da relação entre posse e propriedade, cuja ligação é a própria razão de ser do usucapião, em prol da materialização do mínimo existencial às pessoas, como será abordado no capítulo seguinte.

3 A RELAÇÃO DO HOMEM COM OS BENS EM BUSCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A presente pesquisa tem como foco uma das principais formas de acesso à propriedade: o usucapião; mas, para alcançá-lo, é necessário primeiramente tratar das relações de pertencimento sob um enfoque histórico-sociológico. Tal enfoque permitirá a compreensão do paradoxo do usucapião, que é o fato de que ele cria e destrói, simultaneamente, o direito de propriedade. É que tal direito está associado, como se verá adiante, ao exercício da própria liberdade, ao permitir a “apropriação e a circulação de bens por meio de relações jurídicas que estão na base de formação e sustentação da cadeia econômica e estabilidade social”¹⁹⁶, enquanto as possibilidades de acesso e distribuição dos bens, que são seu objeto, vinculam-se à igualdade.

Sendo o usucapião baseado, antes de tudo, em um fato social, que é a posse, como será procurado demonstrar no decorrer do presente capítulo, se torna importante sua análise exatamente sob esse enfoque sociológico e econômico, historicamente considerado, não o isolando de forma abstrata na Teoria no Direito. Essa análise histórica, com destaque aos fundamentos filosóficos apresentados em cada época para explicar e justificar as relações de domínio, é a linha que une o presente capítulo, permitindo uma compreensão abrangente da realidade brasileira hodierna.

Barroso, ao discorrer sobre o conteúdo em autonomia da dignidade da pessoa humana, discorre que, com a ascensão do Estado de bem-estar social, “muitos países ao redor do mundo passaram a incluir, na equação que resulta em verdadeira e efetiva autonomia, o direito fundamental social a condições mínimas de vida (o mínimo existencial).”¹⁹⁷ Azevedo, no mesmo sentido, afirma que, além da vida e da integridade física, a dignidade da pessoa humana exige o “respeito à condições mínimas de vida (segunda consequência direta do princípio). Trata-se aqui das condições materiais de vida.”¹⁹⁸

¹⁹⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 20/21.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 82.

¹⁹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 107-125, 2002. p. 120.

Barroso defende também que o mínimo existencial “está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos,”¹⁹⁹ cuja existência como direitos fundamentais é negada em alguns países, nos quais são considerados apenas como privilégios, dependentes do processo político. Vaz defende, nesse sentido, que “um mínimo de propriedade torna-se indispensável a todo indivíduo, independentemente de pertencer ou não a uma classe social.”²⁰⁰ Consequentemente, “a obtenção da casa própria e a sua proteção, por exemplo, são decorrência da dignidade humana”²⁰¹.

Sarlet avança nessa mesma linha de raciocínio ao defender que o

ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que – de acordo com Rosendelf – ‘onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados’²⁰².

Como será visto adiante, quando a vida humana é resumida a uma luta incessante por sobrevivência, como na pré-história, perde-se muito do que hoje é associado à dignidade humana, limitando-nos aos instintos primitivos, animais, em busca de alimentação e abrigo. Isso também ocorre quando a condição de miserabilidade priva a pessoa do mínimo necessário. Por fim, Barroso conclui que

O ponto de vista defendido nesse trabalho é que o mínimo existencial está no cerne da dignidade humana, e que a autonomia não pode existir onde as escolhas são ditadas apenas por necessidades pessoais. Desse modo, portanto, aos muito pobres deve ser conferida proteção constitucional.²⁰³

Proteção jurídica existe pelos direitos sociais previstos constitucionalmente no direito brasileiro, o problema que se coloca é a sua concretização, principalmente por falta de recursos públicos. O usucapião extrajudicial pode ajudar a resolver isso. Ele tem a aptidão necessária, como será visto oportunamente, de possibilitar às pessoas alcançarem o mínimo existencial sem necessitar de ação estatal positiva e de alto custo financeiro.

Esse papel desempenhado pelo usucapião é apresentado de forma magistral por Araújo:

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 85.

²⁰⁰ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 3.

²⁰¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 107-125, 2002. p. 120.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 142.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 87.

A conversão de uma situação fática (posse) em título dominial (propriedade) promove autêntica inserção social. A possibilidade de identificação da pessoa em relação ao bem que integra seu patrimônio jurídico consiste na realização do princípio da dignidade da pessoa. Com a matrícula devidamente registrada a pessoa possui não apenas existência jurídica, mas econômica, uma vez que a sociedade consumista e globalizada exige a propriedade como condição de inserção econômica e de participação no mercado capitalista. O acesso à propriedade propicia crédito, identificação geográfica, estabilidade no meio social – fatores essenciais ao crescimento e à melhoria da condição de vida de toda família.²⁰⁴

E é no cenário atual, no Brasil do início do século XXI, que o Direito, através do novo instituto do usucapião extrajudicial, é chamado a atuar, podendo-se perguntar de que forma ela pode contribuir para o acesso à moradia pela população, principalmente daquela de baixa renda, com o respeito que a sua dignidade merece. A busca por respostas a tal indagação será objeto do presente capítulo da dissertação, através de uma análise histórica das relações de pertencimento, passando da mera detenção à posse para ao final chegar ao direito de propriedade e sua função social, sem nos atermos à superfície de sua terminologia, mas sim buscando seu sentido semântico no universo das relações de domínio²⁰⁵.

Essa explanação será subdividida em quatro tópicos. No primeiro será tratado o tipo mais instintivo de relação dos homens com os bens, que é a pré-histórica detenção. O segundo tópico terá por objeto as relações possessórias, características do início do processo civilizatório e do medievo. Na terceira parte será estudado o direito de propriedade, fruto da modernidade e por último será trazida a sua função social contemporânea.

3.1 A detenção das coisas pelas pessoas para suprir suas necessidades básicas

Como já afirmado acima, a presente pesquisa tem por foco a busca pela dignidade humana através do reconhecimento do direito de propriedade, mais especificamente a propriedade de moradias urbanas e rurais, sob o enfoque de uma das formas para a sua obtenção, que é o usucapião, no seu novo formato - o extrajudicial - através do qual a posse leva à propriedade do imóvel que serve de morada e fonte de sustento para o usucapiente sem a necessidade do interessado

²⁰⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 387.

²⁰⁵ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e dimensão jurídica no Brasil. Recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 28.

passar pelo crivo judicial. Enfim, trata-se da importante e imemorial relação dos homens com os bens, com os objetos que os cercam, na sua busca pela sobrevivência e pela felicidade através da sua apropriação e consumo, ou seja, antes de um mero instituto jurídico, trata-se de um “questionamento fundamental da vida, que é a relação das pessoas com as coisas”²⁰⁶.

É necessário frisar aqui que o objetivo proposto não é conceituar de uma forma conclusiva esses institutos ou apresentá-los em detalhes, de uma forma minuciosa e exaustiva, mas captar sua essência no seu devir histórico nos aspectos que se mostrarem mais relevantes para a compreensão da importância do trabalho humano para as novas modalidades de usucapião e para possibilitar a entendimento da celeridade como necessária ao respeito da dignidade humana. Não se objetiva propor, pois, uma discussão teórica que poderia ser considerada estéril²⁰⁷, mas sim possibilitar a verificação da pertinência entre o tema proposto na pesquisa e o mundo fático no qual, em relação a cada cidadão, concretamente considerado, é que se constata a existência ou não de respeito à sua dignidade.

Os grandes temas ligados às relações de pertencimento e domínio, como a detenção, a posse e a propriedade, serão repassados superficialmente desde a sua gênese, sem ignorar alguns pontos polêmicos, mas sem buscar conclusões a respeito das querelas doutrinárias que as envolvem, procurando tratar somente dos pontos que repercutem atualmente no nosso ordenamento, contribuindo para seu aperfeiçoamento. Buscar-se-á captar os valores que contribuíram para a formação dos institutos investigados até chegar ao seu quadro atual e verificar o que se pode esperar do usucapião extrajudicial e o que ele tem a contribuir para a busca da dignidade humana presente no reconhecimento do direito de propriedade.

Tamanha a importância dessa relação das pessoas com os objetos à sua volta, que a forma como isso se dá é que baseia em grande parte até mesmo a própria relação das pessoas entre si, o regime econômico sob o qual vive cada sociedade, caracterizado basicamente como socialista ou capitalista. Antes disso, o que se tentará demonstrar a seguir é que o uso dos objetos pelo homem, a relação de pertencimento que se estabelece, a posse e por fim a propriedade, revelam não

²⁰⁶ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e Dimensão Jurídica no Brasil. Recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 17.

²⁰⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 433.

apenas a evolução de um instituto jurídico, mas antes a própria evolução civilizatória humana, como um reflexo recíproco, numa jornada histórica não retilínea, com muitos altos e baixos, com a fundamentação filosófica de cada época e contexto social e, por fim, com a sua regulamentação jurídica.

Cada homem, concretamente considerado, como todo ser vivo, desde as épocas mais remotas até hoje, reside num determinado habitat ecológico e consome alimentos diariamente, do que depende nada menos do que a sua sobrevivência. Daí a importância ímpar dessa relação estreita do homem com o ambiente à sua volta, no qual ele interage para obter os meios indispensáveis à sua subsistência. O Direito, tomado como forma de regulação social, reserva boa parte da legislação, como não poderia deixar de ser, exatamente ao trato dessa relação das pessoas com os objetos apropriáveis que os circundam.

Nas sociedades pré-civilizatórias, os homens viviam basicamente do extrativismo, da caça e da pesca. Nesse longo período, que vai do aparecimento do homem até a eclosão das primeiras civilizações, aproximadamente de 30.000 anos a.C. até 10.000 anos a.C., ele se apoderava e consumia tudo o que conseguia diretamente da natureza, em uma época na qual a grande abundância, somada ao pequeno número representado pela raça humana, não implicava uma necessária preocupação com o dia seguinte desses homens pré-históricos. Cada dia poderia ser considerado um *round* de uma nova luta num ambiente hostil onde a única preocupação era sobreviver, a cada dia como se fosse o último.

Esgotados os recursos da flora ou da fauna num lugar, a natureza nômade dos primeiros grupos humanos lhes levava ao local mais próximo onde eles não faltassem. Assim, os frutos eram colhidos, os animais caçados e a terra ocupada sem qualquer delongas e, além disso, em quantidades que eram nada a mais e nada a menos do que aqueles primeiros homens, que conviviam em pequenos grupos, precisavam para sobreviver.

E essa sobrevivência necessariamente só poderia ocorrer em grupos, nos quais as pessoas, todas juntas, se protegiam, enfrentando animais ferozes e as mudanças climáticas, à quais viviam diretamente expostas. Nessa época, não faria sentido nem sequer se pensar em uma pessoa isolada, no indivíduo, pois a sobrevivência estava no grupo, formado por poucas famílias, quando não por apenas uma, no qual prevaleceu inicialmente o direito materno, pela impossibilidade de

conhecimento dos pais devido à poligamia, e no qual “qualquer tipo de instrumento ou utensílio, por mais rudimentar, era utilizado em comum.”²⁰⁸

Nesse tipo primitivo de organização social, através do qual se começou a praticar uma agricultura muito rudimentar, acredita-se que inexistia a ideia de propriedade privada, ao contrário do modo de produção de nossos dias. A terra, as matérias-primas e as ferramentas rudimentares de então eram usadas coletivamente, de uma forma em que todos participavam tanto da produção como do consumo dos bens necessários à sobrevivência, de forma que a roça não pertencia exclusivamente a tal membro ou a alguma família, mas à comunidade.

Engels, com base nas pesquisas realizadas por Lewis H. Morgan acerca dos índios norte-americanos, que viviam no estágio da barbárie segundo sua classificação, destacou a simplicidade e a eficiência de sua organização social pela ausência do Estado como órgão público distinto dos cidadãos, bem como de aparatos administrativos, dispensando “soldados, policiais, nobreza, rei, governadores, prefeitos ou juízes, sem prisões ou processos”.²⁰⁹

Os grupos indígenas analisados eram regulados por conselhos de anciãos, realizando-se assembleias com participação ‘democrática’ dos seus membros, homens e mulheres, para a tomada de decisões, de forma que ele se viu admirado “diante da dignidade pessoal, da retidão, da força de caráter e da bravura desses bárbaros”²¹⁰, tendo sido formado aí, portanto, um retrato social que viria a inspirar o comunismo.

Ainda nesse sentido, buscando destacar a relação entre o desenvolvimento da propriedade privada e da própria personalidade humana, em que pesem as dificuldades científicas para prová-lo, há que se destacar, com base na citação feita por Isabel Vaz do ensinamento de Hans Kelsen, uma possível conexão entre o psiquismo dos homens daquelas primeiras tribos nômades e a inexistência da ideia de apropriação privada das coisas:

Uma das averiguações mais significativas é a falta de consciência do ‘eu’, explicada, entre outros motivos, pela completa submissão do indivíduo ao grupo, ordenado segundo formas autocráticas de governo. A forma comunitária de vida, o ‘pensar coletivista’, a posse comum de todos os bens provocaram no homem primitivo ‘una falta notable de

²⁰⁸ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 35.

²⁰⁹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 108

²¹⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 108

consciência del yo, de toda experiência acabada de su individualidad'.²¹¹

Assim, é possível se concluir, com a citada autora, que, se o homem que vivia nesse estágio de desenvolvimento “não se considerava dono sequer de sua pessoa, não se poderia esperar, na verdade, que pretendesse ser proprietário de qualquer utensílio, animais, caça ou terras.”²¹² O trabalho humano, então exercido de uma forma muito diferente da atual devido à insignificância do progresso tecnológico para a produção de ferramentas, era a atividade humana destinada diretamente à produção de alimentos e à habitação. O instinto de sobrevivência e os costumes guiavam a ação de cada pessoa como membro de um grupo, o qual era baseado normalmente nos laços consanguíneos das *gens*, cujas instituições eram consideradas sagradas e invioláveis, e às quais “todo indivíduo ficava submetido sem reservas em seus sentimentos, pensamentos e ações”²¹³.

Se aquele homem detinha algo em suas mãos, portanto, era para consumo ou para uso imediato, seu ou da sua comunidade, num ambiente de sujeição total à natureza, sem a ideia de posse individual sobre os objetos ou sobre a terra, ou até mesmo de domínio próprio, com exclusão dos demais membros da comunidade, o que apareceu somente em estágios superiores de desenvolvimento, como será visto adiante.

3.2 A Posse como uso dos bens com exclusividade

O usucapião, inclusive na modalidade extrajudicial, principal foco da presente pesquisa, tem na posse prolongada no tempo o principal requisito para a configuração da prescrição aquisitiva, em qualquer de suas formas. E a posse é o alvo de análise do presente capítulo, no qual procurar-se-á localizá-la historicamente, analisando sua natureza social e jurídica, admitindo-se que se trata de instituto criado em tempos imemoriais, para então tentar visualizar sua configuração atual.

Na relação dos homens com os objetos à sua volta, através do uso, do consumo, da relação de domínio estabelecida, a posse se destaca por sua presença,

²¹¹ KELSEN, Hans. *Sociedad y Naturaleza - una investigación sociológica*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1945, p. 60. *apud* VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 43.

²¹² VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 45.

²¹³ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 109.

que pode ser contada em milhares de anos, enquanto o direito de propriedade, como o conhecemos hoje, apareceu nos últimos dois séculos, como se procurará demonstrar adiante.

Em primeiro lugar, como alerta Fábio Caldas de Araújo, é preciso consciência de que estudar a posse é uma das tarefas mais difíceis no direito civil face à exacerbada controvérsia doutrinária existente sobre os seus delineamentos, destacando-se entre os obstáculos encontrados em sua pesquisa o surpreendente mistério lembrado por Gentile de ser inadmissível que esse instituto, que é “pautado por uma relação fática, cristalina e visível com o ser humano, possa ser alvo de tantos debates calorosos, bem como posições díspares”²¹⁴, o que justificaria uma visão negativa nos meios científicos sobre aqueles que escolhem a posse como o objeto de sua investigação.

Ruggiero bem resumiu as dificuldades que se enfrenta para traçar o contorno histórico da posse nas seguintes palavras, que merecem ser repetidas aqui:

Não há doutrina que, mais que esta, apresente dificuldades em todos os seus pontos, a começar as que respeitam às suas origens históricas, ao fundamento racional da sua proteção, à própria terminologia, e assim por diante, até a sua construção teórica, aos elementos que a compõem, ao objeto, aos efeitos, aos modos por que se adquire e se perde.²¹⁵

De qualquer forma, como a posse é o elemento principal para a configuração da usucapião, buscar-se-á no presente capítulo trazer alguns dos seus principais traços históricos e doutrinários; ao menos aqueles que, em nosso ponto de vista, e considerando as limitações da presente pesquisa, mais contribuíram para alcançar sua concepção atual. Nesse traço histórico, que passa pela formação das primeiras civilizações antigas até o medievo, buscaremos destacar, além das principais mudanças sociais ocorridas, as instituições jurídicas correspondentes.

Os animais, sem exceções, possuem algumas características que lhes são inatas, isto é, em relação às quais não há necessidade de que lhes sejam ensinadas. Essas características, reveladas pelo instinto, permitem às diversas espécies sua adaptação à natureza para lograrem sua sobrevivência. O homem, porém, no seu evoluir como espécie, não se limitou a usar seu instinto, utilizando-se também de sua

²¹⁴ GENTILE, Francesco Silvio. *Il possesso nel diritto civile*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1958, p. 1-5 *apud* ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 163.

²¹⁵ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 509. *apud* ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 167/168.

criatividade para estabelecer novas relações entre os indivíduos de seu grupo e com o ambiente à sua volta, superando assim as dificuldades de sobrevivência oferecidas pelo meio ambiente. Isso ocorreu porque os homens conseguiram planejar mentalmente as atividades a serem realizadas. Enfim, utilizando a razão, os homens conseguiram se adaptar com mais facilidade ao ambiente ao seu redor, facilitando sua sobrevivência, a perpetuação de sua espécie e a transmissão de seu conhecimento às gerações seguintes.

Assim, se nos primórdios da pré-história ainda não se podia sequer falar em uma relação de pertencimento das coisas em relação às pessoas, isso pode ter começado a mudar quando começou, ainda na Idade da Pedra Lascada, a produção de armas e ferramentas muito rudimentares e uma forma muito incipiente de agricultura, como será visto a seguir.

Uma das maiores proezas da raça humana foi o domínio do fogo na Pré-história, com o qual o ser humano pôde passar a produzir uma série de ferramentas, utilizadas para sua defesa contra animais ferozes e na extração de alimentos da natureza, como também na caça e na pesca, podendo passar a cultivar alguns grãos. Em outras palavras, isso ocorreu devido ao trabalho humano, através do qual os homens expressaram sua capacidade criativa.

A revolução agrícola do Período Neolítico, em torno do ano 9000 a.C. deve sua importância ao fato de ter possibilitado ao ser humano a produção do próprio alimento, lhe concedendo alguma autonomia em relação ao ambiente, pois não se dependia mais somente daquilo que era oferecido pela natureza e passou-se a cultivar, a produzir os alimentos necessários ao consumo humano.

O cultivo das plantações possibilitou um abandono do ambiente totalmente natural das florestas e da vida nômade em busca de comida, permitindo uma maior fixação ao solo, em volta das plantações, chegando-se a formar vilas, mesmo que muito pequenas, próximas aos rios. A fixação ao solo através das gerações, dos pais para seus filhos, possibilitou o abandono das migrações constantes e possibilitou a criação da ideia de lar, em volta do qual os ancestrais poderiam ser sepultados, e que seria herdado pelos descendentes das famílias.

Nesse último degrau antes da formação das primeiras civilizações, o homem já poderia pensar na relação de pertencimento das coisas, como em relação à ferramenta obtida com a quebra e depois com o polimento das pedras e que ajudava a cavar a terra, ou de uma pequena arma obtida da mesma forma e que facilitasse a

caça, como o arco e flecha, ou ainda as primeiras lavouras, quando apercebidos de que as sementes lançadas ao chão, após o cultivo das plantas, trariam os cereais, que poderiam pertencer a quem, com seu trabalho, os plantou, cultivou e colheu.

Esta agricultura rudimentar produziu como conseqüências um favorecimento à fixação do homem a porções de terras férteis e, além disso, poderia ser formulada a partir desse momento a pergunta sobre a quem pertenciam aquelas ferramentas que passaram a ser produzidas e as colheitas, que poderiam ser detidas em mãos daqueles que contribuíram diretamente com seu trabalho para a sua produção. Antes disso, como visto no subcapítulo anterior, os bens pertenciam à comunidade.

O desenvolvimento da agricultura, além disso, começou a dar azo à sobra dos frutos colhidos, isso é, o homem pôde produzir algo além daquilo de que necessitava para sobreviver. Esse excesso de mercadoria poderia ser trocado por bens em carestia. Já se pode falar aí, então, da troca daquilo que pertence a alguém por algo que pertence a outrem.

Entre as principais mudanças decorrentes do desenvolvimento da agricultura podem ser citados o aumento populacional decorrente da maior oferta de alimentos, o desenvolvimento tecnológico através da criação de sistemas de irrigação e a produção novos instrumentos para o trabalho com a terra. Além disso, podem ser relacionados com esse desenvolvimento a utilização da força animal para o plantio e o escoamento da produção agrícola; a produção de excedentes, que precisavam ser armazenados para poderem ser trocados futuramente; o desenvolvimento da escrita para possibilitar a organização dos estoques formados e o controle das relações comerciais estabelecidas.

Acentuou-se também a divisão do trabalho, com o aparecimento das figuras do agricultor (que cultivava a terra), do artesão (que manufaturava as ferramentas) e do comerciante (que realizava as trocas das mercadorias). Até mesmo o aparecimento de um poder centralizado, responsável pela organização do sistema de irrigação, como na civilização egípcia, também é creditado ao desenvolvimento da agricultura, com o que as pessoas alteraram consideravelmente seu modo de vida e formaram relações sociais mais complexas, baseadas a partir desse momento na posse das terras cultiváveis, das ferramentas e da produção agrícola, podendo se falar nesse ponto numa espécie de competição, que substituiu a necessária colaboração total dos primeiros agrupamentos humanos em busca da sobrevivência.

Nesse mundo civilizado já se pode visualizar um pertencimento qualificado e excludente, quando os bens passaram à posse de alguém em detrimento das demais pessoas daquela comunidade. Essa passagem da mera detenção das coisas pelas pessoas na era coletivista para uma primeira noção de posse é ilustrada por Locke como a transição do ‘primeiro povoamento do grande comum do mundo’, no qual os alimentos eram fornecidos pela natureza e a terra existia em abundância.

O homem, ao usar a terra e se apropriar de seus frutos apenas na medida de suas necessidades, mantinha uma relação natural com o meio ambiente, sem causar prejuízos aos seus semelhantes. Quando, entretanto, no passo seguinte, o homem passou a produzir com o seu trabalho mais do que podia consumir, o equilíbrio foi interrompido. Por fim, aconteceu a ‘invenção do dinheiro e o acordo tácito dos homens no sentido de lhe acordar um valor’ permitindo aos homens posses maiores do que necessitavam estritamente, e um direito a elas.²¹⁶

A origem histórica da posse como instituto jurídico, a seu turno, é usualmente atribuída ao Direito Romano, onde apareceu na Lei das XII Tábuas, nas quais não constava contudo como *possessio*, mas como *usus*, que era um modo de aquisição da propriedade, isto é, uma forma antiga de usucapião. A palavra *possessio*, na realidade, “provém da acepção de alguém estar *sentado sobre o solo*. Esta noção é posterior à de *usus*, estando ligada à concepção de terras públicas (*ager publicus*) para o uso da população.”²¹⁷ (grifo do autor).

As terras públicas que eram fruto de conquistas do Estado Romano não podiam ser adquiridas pelos particulares, aos quais só era concedido um direito de uso, sendo que elas podiam ser retomadas por ato unilateral do Estado a qualquer momento. Os abusos cometidos nessas retomadas, feitas à força, constituíram o motivo da criação de interditos, para proteger os usuários dessas porções de terras. Esta proteção aos poucos foi aplicada também aos possuidores de terrenos privados. Nessa fase inicial, entende-se que não havia distinção entre a posse e a mera detenção. “Os romanos identificavam na *possessio* uma relação fática com a *res*, onde sobressaía um elemento objetivo, a *possessio corpore*, e outro subjetivo, o *animus possidendi*.”²¹⁸ (grifo do autor).

²¹⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 407-418.

²¹⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 168.

²¹⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 168/169.

Já no período medieval, após a queda do Império Romano do Ocidente, o modo de produção feudal passou a ser o predominante, principalmente no ocidente europeu. Ele foi caracterizado por uma economia essencialmente agrária, sem a utilização de moeda em larga escala e sem um comércio significativo. Em outras palavras, a população abandonou as cidades e se dirigiu ao campo, de forma que as vilas romanas, com o colapso do mundo escravista, acabaram por se tornar unidades autônomas, isoladas e autossuficientes, denominadas feudos.

A sociedade era então formada por apenas duas camadas, que formavam um quadro estático. Uma delas era privilegiada, formada pelos senhores feudais, oriundos do clero e dos antigos chefes tribais germânicos, que formaram a nobreza, e de outro lado os servos, que deviam se submeter completamente ao seu senhor, de quem não eram considerados escravos por não poderem ser vendidos, já que estavam ligados à terra, o que os fazia ter um novo amo no caso do senhor entregar suas terras a outrem, mantendo os servos o pequeno pedaço que podiam utilizar para o sustento de sua família, o que lhes dava alguma segurança.

Cada feudo era formado basicamente por um manso senhorial, pertencente exclusivamente ao senhor; um manso servil, dividido em lotes destinados ao uso de cada servo; um manso comunal, de uso comum, além do moinho, forno, igreja e cemitério, tudo cercado por bosques. Essa organização social e econômica permitia que cada feudo formasse uma unidade autônoma e independente. Além disso, merecem destaque as várias obrigações a que os vassalos estavam sujeitos, como o trabalho gratuito no manso senhorial, a porcentagem da produção nas tenências, o tributo pelo uso das ferramentas do senhor e a contribuição para a manutenção da igreja.

Essa posse, que foi predominante no regime feudal medieval ocidental, como atestou Mercier²¹⁹, podia ser cedida aos servos na forma acima descrita possibilitando a exploração de sua força de trabalho e era caracterizada pelo poder de fato exercido pelos senhores feudais, excludente do poder de terceiros. Ela era traduzida por um poder físico sobre as terras do feudo, garantido militarmente pela cavalaria, e não pela lei, num cenário político em que prevalecia o pluralismo jurídico. Esse caráter expropriatório do regime feudal desestimulava o aumento da produção pelos servos e o uso de novas tecnologias, já que as obrigações certamente fariam com que o

²¹⁹ MERCIER, Guy. Prémises d'une théorie de la propriété. *Cahiers de géographie du Québec*, Québec, v. 30, n. 81, 1986. p. 320.

resultado do trabalho extra fosse parar nas mãos dos senhores, cuja riqueza e poder provinha exatamente da posse territorial, formadora de um quadro geral de estagnação social e econômica que se manteve por séculos.

A partir do século XVI o desenvolvimento das ciências naturais principalmente nos campos da Física, Matemática e Medicina se acelerou e acabou por modificar o modo de visão do homem moderno, com destaque para a corrente filosófica do racionalismo, que colocou o ser humano, agora tomado individualmente, como o centro da realidade social, base do liberalismo que lhe seguiu.

Nesse novo ambiente teórico, aquelas dificuldades relatadas acima para justificar, compreender e formular juridicamente a posse deram azo à formulação de dezenas de teorias diferentes. A chamada Teoria Subjetiva da posse, atribuída a Friedrich Karl von Savigny, elaborada nos primeiros anos do século XIX, sintetizou a produção jurídica feita até então sobre o tema²²⁰. Seu posicionamento, baseado em autores medievais, “sofreu grande influência de Kant, o qual se notabilizou por uma análise jusnaturalista do direito de propriedade, repousando a base da posse na *consciência* e na *vontade* de ser proprietário.”²²¹

Savigny buscou o fundamento da natureza jurídica da posse no Direito Romano. Para ele, a posse seria em essência um fato, o qual recebia uma tutela jurídica, que era fornecida através dos interditos, e sua existência era baseada em dois elementos: o *animus* e o *corpus*.

“O *animus* é representado pela vontade de ser proprietário (*animus domini*), não existindo necessidade de que o possuidor tenha a crença de ser proprietário (*opinio domini*).”²²² (grifo do autor). Por conseguinte, sob esse ponto de vista, mesmo tendo causa ilícita, como no caso de um objeto furtado, os elementos *corpus* e *animus* bastam para a caracterização da posse, porque o que mais importa para sua caracterização é a vontade do possuidor.

O *corpus*, a seu turno, é representado pela disponibilidade de usar a coisa, para o que não é necessário um contato físico direto, mas, tão-somente a mera proximidade com ela. A presença isolada do *corpus*, por sua vez, demonstra caso de mera

²²⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: Centro editorial de Gongora, 2004.

²²¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 178.

²²² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 178/179.

detenção, de forma que a proteção da posse, que é necessária à paz social, não é prestada aos meros detentores de acordo com a teoria subjetiva.²²³

Já a Teoria Objetiva de Rudolf von Ihering²²⁴ revelou uma superação do formalismo pelo realismo, ultrapassando a influência do subjetivismo presente na Teoria Subjetiva. A Teoria Objetiva foi montada sobre a Subjetiva, com o intuito de superar suas falhas. De acordo com a Teoria Objetiva, sempre que houver a sujeição de um objeto haverá posse, cabendo ao interessado a prova de que a situação é de mera detenção, não sendo a proximidade que revelaria a posse, sob pena do prisioneiro poder ser considerado o possuidor das correntes que lhe prendem. Isso não ocorre por não estarem presentes aí a *finalidade* e o *interesse*, os quais são elementos de exteriorização da posse.

Dessa forma, enquanto Savigny considerou a detenção como elemento primário que, somado ao *animus domini*, chega à posse, Ihering, ao contrário, partiu da posse para chegar à definição de detenção, afirmando que sempre haverá posse, exceto quando o ordenamento jurídico estabelecer uma restrição, criando uma hipótese de mera detenção, destacando que a análise da posse em cada caso deve ser feita sob um ponto de vista prático, facilitando para o juízes a decisão dos problemas a serem enfrentados no dia a dia forense.²²⁵

O maior mérito da Teoria Subjetiva foi precisar os elementos que fazem parte do poder de disposição das coisas, pois, para a descrição metafísica da posse formulada por Savigny, antes de se possuir algo é preciso querer possuir, isto é, o *animus* há que preceder sempre o *corpus* sob um ponto de vista lógico.²²⁶ Por outro lado, questões jurídicas práticas, como o exercício da posse por um incapaz, por exemplo, ou ainda da posse adquirida através da sucessão, nas quais a vontade ou é viciada ou nem mesmo está presente, ficavam sem explicação teórica.

Em situações assim, a Teoria Objetiva se sobressai à Subjetiva, por levar em conta apenas a exteriorização da posse e também o contido nos textos legais. Assim, na sucessão, o sucessor receberá a posse porque simplesmente existe uma previsão legal nesse sentido, o que simplifica as coisas para os aplicadores do Direito na prática

²²³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 179.

²²⁴ IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

²²⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 185.

²²⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 180.

diária, pois o texto legal é um dado objetivo através do qual são estabelecidos os casos de posse, isto é, nos quais deve ser conferida a proteção possessória.²²⁷

O estudo da posse deve ser realizado então pela análise de seu principal elemento constituinte, que é o poder de fato, cuja análise auxilia no seu entendimento e na sua distinção frente à detenção e à propriedade. A posse se mostra no exercício do poder de fato por um sujeito sobre um objeto.²²⁸ Esse poder de fato é formado pelo senhorio e pelo poder de disposição, reveladores de uma posição de supremacia sobre o bem²²⁹ e da conseqüente sujeição da coisa, sendo portanto físico, e discutível a necessidade de estar presente o vínculo econômico ou social, como será detalhado adiante, sendo é claro desejável que ele esteja presente, mesmo que juridicamente possa ser ignorada sua existência.

Isso ocorre na modalidade extraordinária de usucapião, onde não se cogita do fim econômico ou social da posse, com a conseqüência de o prazo ser mais longo do que nas situações em que o fim econômico ou social é levado em consideração, como no caso da posse para fins de moradia do artigo 1.240 do Código Civil brasileiro. A posse, entretanto, não pode ser confundida com a propriedade, que é “poder jurídico e que depende do título dominial para conferir o poder de disposição ao titular”²³⁰, como veremos na seção seguinte, enquanto “a posse é um fato jurídico.”²³¹

As vantagens apresentadas pela Teoria Objetiva, no entanto, não afastaram a aplicação da Teoria Subjetiva em muitos sistemas jurídicos, inclusive no nosso, principalmente em negócios jurídicos negociais, onde atualmente prevalece uma tendência à transmissão da posse de forma imaterial, apenas pelo consentimento das partes, sem a entrega física do bem. Nesses casos, o *animus possidendi* acaba assumindo o papel principal, por não haver qualquer alteração fática em relação ao corpus, já que a mesma parte perde a posse do bem sem alteração na sua detenção, como ilustram os negócios em que ocorre o *constituto possessório* e a *traditio brevi manu*.

É de se destacar que, à pessoa que exerce a posse, o direito reconhece uma série de poderes, os quais, antes de reconhecidos juridicamente, já o eram

²²⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 180.

²²⁸ Esta é a definição assumida pelo art. 1.196 do CC brasileiro para definir a situação jurídica que é reconhecida como posse em nosso sistema.

²²⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 186.

²³⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 186.

²³¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 189.

socialmente: uso dos interditos para a sua proteção (art. 554 do novo CPC), autotutela (art. 1.210, § 1º, do CC brasileiro), percepção dos frutos da coisa (art. 1.214 do CC) e o direito de retenção (art. 1.219 do CC).²³²

Como uma das consequências da adoção da Teoria Objetiva em nosso sistema jurídico destaca-se a perda da posse no momento em que termina o poder de disposição, já que se entende que a posse está exatamente neste exercício do poder fático de disposição, conforme previsão do artigo 1.233 combinado com o artigo 1.196 do Código Civil. Em nosso país, a própria redação desse artigo é reveladora da adoção da Teoria Objetiva: 'Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade'.

De acordo com tal disposição, é descartado o ponto de vista subjetivo da posse, isto é, o *animus domini*, o qual só será levado em consideração quando por possível a verificação dos efeitos práticos da manifestação da vontade do possuidor. Isto desloca a análise para o campo objetivo, para o comportamento demonstrado pelo possuidor, o qual, deve se portar como proprietário. Isto é, a vontade do possuidor não é de todo ignorada, mas o que interessa ao direito é a exteriorização dessa vontade. Consequentemente, "aquele que cuida, conserva e pratica atos de posse, como se proprietário fosse, deve ser reconhecido como possuidor".²³³

Criação jurídica também é a classificação da posse no âmbito vertical, distinguindo a posse direta e a posse indireta, a qual, provindo do direito alemão, foi positivada em 1896 no BGB por influência de Ihering. Aplica-se tal classificação nos casos de locação, onde a posse indireta permanece com o locador-proprietário e o locatário fica com a posse direta do bem, a qual pode ser defendida, e até mesmo oposta ao locador, mas não é apta ao usucapião porque o ânimo do locatário, aí, não é o de proprietário, mas somente o de detentor do bem, usando e gozando dele durante o período de locação, tendo-o para si, mas não como seu.

É de se crer, pois, que, apesar no ordenamento jurídico pátrio ter eleito como sua base a Teoria Objetiva da posse, rendendo-se em alguns momentos à Teoria Subjetiva, uma análise completa desse fenômeno obrigatoriamente deve ter em conta o *animus* e o *corpus*. Mais que isso, na sua visualização devem aparecer os aspectos econômico e social, objeto das teorias desenvolvidas por Silvio Perozzi, Francesco

²³² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 197.

²³³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 163/164.

Carnelutti, Raymond Saleilles e Antonio Hernandez Gil, que se distanciaram do aspecto estritamente técnico- jurídico das Teorias Objetiva e Subjetiva da posse.

Para a Teoria Social de Silvio Perozzi, a posse é a plena disposição de fato de uma coisa, caracterizada pela ausência de resistência por terceiros em relação à manifestação da intenção do possuidor de a usar de forma exclusiva, com liberdade de ação, acompanhada da necessária abstenção por toda a sociedade. Ela é, portanto, um fenômeno social e espontâneo, de origem consuetudinária, isto é, um produto social, e não uma relação de direito, garantida juridicamente pelo Estado, como a propriedade. Assim, Perozzi criticou a Teoria Objetiva de Ihering, que reduziu a posse à exteriorização da propriedade, afirmando a prioridade temporal da primeira em relação à segunda, como censurou também a Teoria Subjetiva de Savigny, muito centrada no poder de disposição do homem sobre a coisa, ignorando o necessário elemento social de respeito à posse.²³⁴

A teoria da posse como Composição Econômica, encabeçada pelo jurista italiano Francesco Carnelutti, por sua vez, destaca o elemento econômico ao afirmar que a posse é um instrumento de composição econômica espontânea dos conflitos de interesses sobre os bens, em que prevalece um cálculo de utilidade, visando à tranquilidade social, à qual pode ser eventualmente necessária uma garantia jurídica.²³⁵

Segundo a Teoria da Composição Econômica de Raymond Saleilles, a defesa da posse é justificada pelo interesse econômico nela, manifestado socialmente, distinguindo-a e até a opondo à propriedade, para fugir do absolutismo dos direitos reais e da severidade do domínio, avistando-a como uma apropriação suficiente dos bens perceptível exteriormente através da sua utilização econômica pelo possuidor.²³⁶

Para o mestre espanhol Antonio Hernandez Gil, a posse é, entre todos os institutos jurídicos, o que tem uma maior densidade social, sendo sua importante função social revelada pela necessidade primária do homem de apropriar-se das coisas das quais necessita para viver, finalidade refletida nas relações sociais de interdependência, axiologicamente formadas, pois a manifestação dos homens com o mundo exterior se dá através desse contato com cada bem, o que é, portanto, indispensável. Em nossa sociedade capitalista, a posse tem a função de se contrapor

²³⁴ PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. Roma: Athenaeum, 1928.

²³⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 1948.

²³⁶ SALEILLES, Raymond. *La posesión*. Madri: Libreria General, 1909.

à propriedade, que se concentrou em poucas mãos, para harmonizar tal direito subjetivo com o fato social do seu efetivo aproveitamento para a satisfação social, que é da sua essência, e a para a qual a forma do uso, a habitação e o trabalho exercido pelo possuidor são essenciais para a sua configuração.²³⁷

3.3 Direito de propriedade como reconhecimento estatal da posse

A propriedade, segundo Caio Mário da Silva Pereira, expoente da teoria jurídica clássica nacional, “é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”.²³⁸ A trilha histórica percorrida para chegar até esse conceito, a ideologia que ele reflete, bem como as consequências sociais de sua aplicação são o objeto de investigação no presente capítulo, com vistas a facilitar sua compreensão e possibilitar a sua crítica, o que será feito com a advertência de Grossi de que “talvez nenhum discurso jurídico seja tão permeado de bem e de mal, tão temperado por visões maniqueístas quanto o que versa sobre a relação homem-bens.”²³⁹

As origens do direito de propriedade, assim como da posse, são assunto que despertou o interesse dos historiadores, mas também de sociólogos, filósofos, juristas, economistas e até mesmo de religiosos, cada um deles contribuindo para a visualização do objeto estudado sob um determinado ângulo, dos quais nenhum pode ser desprezado, como será visto adiante. Por essa razão, como o foi em relação à posse, tendo em conta o objeto da presente pesquisa, tentar-se-á apresentar o direito de propriedade somente naquilo que for essencial para possibilitar o entendimento do usucapião como a ligação social que ele é desses dois institutos, sem qualquer pretensão a uma análise completa do tema.

Tratar da propriedade no mundo paleozoico, nas sociedades primitivas, ou até mesmo nos primórdios das primeiras civilizações, é como tentar enquadrar uma pintura na moldura de outra. As relações de domínio e pertencimento não se enquadram em quadros pré-definidos, pois evoluíram juntamente com as próprias mudanças sociais, inicialmente de uma mera relação de detenção para uma de posse e, somente no final da Idade Clássica e, após o período medieval, no início da Idade

²³⁷ HERNANDEZ GIL, Antonio. *La posesión*. Madri: Espasa-Calpe, 1987.

²³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 71-72.

²³⁹ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10.

Moderna, o Direito a vestiu como propriedade, o direito exclusivo de uma pessoa sobre um bem, garantido por um ente estatal.

De início merece destaque como pressuposto lógico para o aparecimento do direito de propriedade o Individualismo ou, antes disso, a possibilidade de visão do homem isolado, abstratamente considerado, não mais visto apenas como uma mera parte do todo, como apenas mais um membro da sociedade. Para esse 'indivíduo' foi criado o direito de propriedade, com a exclusividade e a oponibilidade a terceiros que hoje lhe são inerentes.

De fato, nos primórdios do desenvolvimento humano, como já exposto no capítulo anterior, a vida só era possível em grupo e para o grupo, do que provinha a única possibilidade de sobrevivência, não sendo possível, assim, a existência de um 'indivíduo', tomado isoladamente, podendo-se concluir, pois, não haver ainda naquela época nem a consciência do 'eu'. Esse cenário psico-social impedia o aparecimento da propriedade enquanto instituição jurídica que “pressupõe não apenas uma certa condição econômica, mas também uma condição psicológica muito precisa, a saber, um mínimo de consciência do eu.”²⁴⁰

Como já destacado acima com base na obra de Kelsen, *Sociedad e Naturaleza*, há verdadeira conexão entre a personalidade dos indivíduos, sua mentalidade, e a propriedade, isto é, é necessário partir de um espírito individualista para chegar ao espírito proprietário.²⁴¹ O passo seguinte, como defendeu Tierney, baseando-se em escritos de Francisco Suárez datados de meados do século XVI, foi a “ideia de domínio de si mesmo compreendida como uma liberdade psicológica interior, liberdade de escolha, associada com outra ideia de liberdade, significando estar livre de dominação externa”²⁴². Com base em tais premissas, seria necessário, pois, garantir economicamente a cada pessoa um mínimo de propriedade, como “condição para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, significando essa evolução a capacidade para adquirir direitos e assumir responsabilidades.”²⁴³

No período pré-civilizatório da história humana, sob uma perspectiva econômica trazida por Locke, enquanto muito homens ainda viviam da coleta, da caça

²⁴⁰ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 44.

²⁴¹ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 07.

²⁴² TIERNEY, Brian. Dominion of self and natural rights before Locke and after. *The new synthese historical library: Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, Dordrecht, v. 59, 2006. p. 189.

²⁴³ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 45.

e da pesca, uma grande parte das pessoas passou a subsistir dos produtos provenientes da agricultura. Nesse estágio, “não é tanto a terra que pertence ao homem, mas antes o homem à terra”.²⁴⁴ Em outras palavras, vivia-se inicialmente apenas dos frutos que eram obtidos da terra através do trabalho braçal diretamente empregado sobre ela, sem a necessidade de grandes inovações tecnológicas e sem recorrer ao comércio. Evoluindo as técnicas agrícolas, apareceu o excedente da produção, que começou a ser permutado apenas na proporção das necessidades da comunidade.

Num momento seguinte, entretanto, quando as permutas começaram a ser realizadas com o intuito de enriquecer, e não o de saciar necessidades imediatas, aparece o comércio, com a importação e a exportação, utilizando-se a moeda para facilitar o intercâmbio. Assim, além da riqueza que provinha diretamente do trabalho da pessoa, passou a existir outra maneira de conquista-la, através da ‘arte de adquirir’, que não conhece limites, pois resulta da ‘inteligência’.²⁴⁵ Locke destacou, pois, o trabalho como o elemento que legitimou inicialmente a apropriação individual da terra e daquilo que ela produz.

No período medieval, a seu turno, com a desurbanização e o feudalismo, o domínio da terra foi concentrado pelos senhores feudais, os quais em verdade só exploravam diretamente uma parcela muito pequena de sua gleba, mas eram responsáveis pela proteção de todo o feudo. Aos demais moradores dos feudos cabia então apenas a mera detenção de porções do solo, cuja utilização só era permitida mediante contraprestações de caráter vitalício sobre a área, como a antiga enfiteuse, numa espécie de locação de caráter perpétuo mediante o pagamento de uma prestação ou pensão.²⁴⁶

Analisando os primórdios do direito português, especificamente os séculos XII e XIII, Moreira Alves defende que, à época, afastando-se da legislação romana e aproximando-se do direito germânico medieval, não existia uma distinção nítida entre posse e propriedade, palavra essa que só passou a ser citada após o século XIV, relacionada aos bens de raiz.²⁴⁷ Para ele, citando Cabral de Moncada, “o conceito

²⁴⁴ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 07.

²⁴⁵ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 405-429.

²⁴⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 74.

²⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. Evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 312.

romano de *dominium* dificilmente encontra uma aplicação rigorosa, nessa época, às diferentes situações das pessoas em relação às coisas.”²⁴⁸

O pluralismo jurídico então vigente, de base consuetudinária, com ausência de um ente estatal garantidor de direitos, implicou na inexistência do direito de propriedade na configuração atual do instituto, na qual é imprescindível sua garantia pelo Estado. As palavras de Grossi sobre esse reinado da posse e o conseqüente retrocesso da propriedade no mundo medieval merecem citação:

A alta idade média é uma grande civilização possessória, em que o adjetivo possessório deve ser entendido não em sentido romanístico mas na sua acepção finziana de conotação de um mundo de fatos nem formal nem oficial, porém munido de efetividade e de incisividade. Sem presenças estatais estorvantes, sem hipotecas culturais, a oficina altomedieval reduz a propriedade a mero signo cadastral e constrói um sistema de situações reais fundado não no *dominium* e tampouco nos *dominia* mas em múltiplas posições de efetividade econômica sobre o bem.²⁴⁹ (grifo do autor).

Fustel de Coulanges, por sua vez, afirma que os gregos e romanos antigos, entretanto, já conheciam uma ‘propriedade privada’, a qual estava ligada à figura do *pater familias* através da religião e foi garantida pelo Império Romano. Segundo ele, a ‘propriedade privada’ estava fincada na religião porque cada família tinha seu lar e seus antepassados, em relação aos quais só essa família adorava e só eles eram protegidos, com exclusão dos demais membros da comunidade. Para cultuar seus deuses, a família erguia um altar, um lugar fixo, portanto, onde o fogo era mantido aceso por sinal de fé e por sacrifício. Os membros da família nasciam e deveriam morrer ali, onde seriam sepultados, o que era vedado aos estranhos, que não podiam sequer assistir às celebrações. Isso originou a necessidade do estabelecimento de limites, isto é, de muros e cercados.²⁵⁰

De qualquer modo, apesar de todas as divergências quanto à origem da propriedade, esta tese da sua forma inicialmente familiar é bem aceita, principalmente em relação ao mundo ocidental. Assim, considerando ter existido um germe da propriedade antes das primeiras codificações, temos que ter em mente que ela ainda não era individual, mas sim relativa ao lar da família, considerado sagrado. Aliás, é de

²⁴⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. Evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 312

²⁴⁹ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 14-15.

²⁵⁰ GOULANGES, Fustel de. *A cidade antiga. Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 78-91.

se concluir que, antes do reconhecimento estatal, se tratava de uma espécie de posse familiar, controlada pelo *pater familias*.

Ainda sobre o aspecto ‘religioso’ das relações de domínio, entre as mais antigas referências escritas à propriedade da terra podem ser encontradas algumas na Bíblia. Lê-se no Velho Testamento que Deus, após ter criado o céu e a terra, o homem e a mulher, lhes disse: ‘Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra e sujeitae-a’ (Gênesis, XIII, 15). Nessa sujeição não se pode ainda ver indício de propriedade individual, nem mesmo coletiva, nem sequer de posse, podendo ser vista aí uma mera detenção, com o uso e o consumo daquilo que a natureza oferece a todos os homens. Já de acordo com o Livro dos Números, Moisés deveria, após entrar em Canaan, repartir a terra entre as doze tribos de Israel: ‘Aos que forem em maior número, dareis maior porção, e aos que forem menos, porção mais pequena. Cada um receberá a sua herança, conforme o que lhe cair por sorte e a repartição se fará por tribos e por famílias’ (Núm., XXXIII, 51-54). Nessa passagem já podem ser visualizadas características de uma espécie de domínio reconhecido socialmente e que poderia ser objeto de herança.

A respeito da origem do direito de propriedade para a teologia medieval, Mäkinen afirmou o seguinte, em tradução livre:

Entre os teólogos medievais, a propriedade comum era considerada a forma de exercício da posse no estado de inocência antes da expulsão de Adão e Eva do Jardim do Éden. Falando das origens da propriedade, eles usualmente defenderam que sob a lei natural tudo era comum. Os direitos à propriedade privada, para eles, eram baseados no direito positivo desenvolvido após a referida expulsão, já que o homem então poderia dividir a propriedade. Citando Aristóteles, eles afirmaram que a propriedade poderia ser adquirida privativamente para proporcionar uma vida social pacífica e harmoniosa.²⁵¹

Com o objetivo de justificar a propriedade individual, Locke toma como base a origem divina do legado concedido a Adão e aos seus descendentes, o qual constituía uma sociedade comum, mas que passou à apropriação privada através do uso da razão, também fornecida por Deus, explicando assim a apropriação dos frutos e da caça, bem como da terra. Segundo Locke, a terra e os animais são comuns a todos, sendo que o homem tem apenas uma propriedade, a qual é a sua própria pessoa, sobre a qual só ele mesmo tem direito. “O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode dizer-se, são propriedade dele.”²⁵²

²⁵¹ MÄKINEN, Virpi. Rights and duties in late scholastic discussion on extreme necessity. *The new synthese historical library: Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, Dordrecht, v. 59, 2006. p. 45.

²⁵² LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 409.

Consequentemente, aquilo que o homem retira da natureza com seu trabalho torna-se automaticamente sua propriedade, porque o homem soma a ela algo que pertence a ele. O homem, ao aplicar em algo o trabalho, que é sua propriedade exclusiva, como colher um fruto, abater uma caça ou cultivar um pedaço de terra, adquire sobre estas coisas um direito privado, excludente de qualquer outro, ao menos enquanto houver bens em comum suficientes para terceiros.

Locke destaca, assim, que a propriedade privada tem por fundamento o trabalho que o homem emprega sobre a natureza. Na etapa seguinte, ele afirma que o uso do dinheiro para facilitar a permuta dos produtos excedentes e o início do desenvolvimento industrial permitiram uma acumulação diferenciada das riquezas. Assim, o valor intrínseco das coisas, que dependia da sua utilidade para as pessoas, passou a depender cada vez mais do interesse que as pessoas tinham em possuí-lo. Por outro lado, a desigualdade de posses também foi ajudada pela procura de novos mercados para a venda dos excedentes.²⁵³

De fato, séculos antes da exposição da tese de Locke sobre o trabalho humano como sendo o fundamento do direito de propriedade, já havia regulação jurídica sobre ela no Direito Romano, encontrada no Digesto. Nele, constou norma jurídica prevendo em abstrato que, na hipótese de ocorrer um certo fato, dela iriam decorrer reflexos jurídicos com aptidão para conferir direitos subjetivos a alguém. Assim, uma norma jurídica, regulando as relações de domínio particular, atribuiu pela primeira vez o direito de propriedade sobre o produto da terra cultivada, do objeto da caça e da coleta.²⁵⁴

O professor José Carlos Moreira Alves analisou o seguinte fragmento do Digesto (I, parágrafo, 1.D. XLI, 1): *Omnia igitur animália, quae terra, mari coclo capiuntur, id est ferae bestiae, et volucres, pisces, capientium.* (Todos os animais que são apreendidos na terra, no mar, no ar, isto é, as feras, as aves e os peixes, passam a ser dos que deles se apoderam). Trata-se de uma norma jurídica, proveniente do Estado Romano, que garantiu a todo indivíduo que se apoderasse de um animal, abatesse uma ave ou pescasse um peixe, estaria vivendo uma situação de fato à qual seria atribuído o efeito jurídico da aquisição do direito de propriedade.²⁵⁵

²⁵³ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 411.

²⁵⁴ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 30.

²⁵⁵ *Direito Romano*, 1º vol., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 177.

Essa relação do homem com os bens não se dá somente no sentido sujeito-objeto, mas também no nível sujeito-sujeito, já que não vivemos isoladamente, mas em sociedade, na qual praticamente toda relação jurídica que é estabelecida contratualmente contém um bem sobre o qual, direta ou indiretamente, recairá o interesse das partes. Esses bens acabam pertencendo a uns e não a outros, dependendo desse inter-relacionamento a rotina vivida pelas pessoas e o progresso econômico e social de cada sociedade humana, de forma que as relações de domínio são consideradas o instituto jurídico mais visado quando se trata de transformações sociais.

Transformações essas que literalmente fizeram, ao longo da história, surgirem e ruírem os impérios. E fizeram também com que os mais variados sistemas econômicos fossem adotados e seguidos, e, por outro lado, que os seus defensores fossem perseguidos como ‘inimigos da pátria’, em cenários onde o que está em jogo é o poder, econômico e político, disputado entre as diversas classes sociais.

Esse quadro de disputa do poder por classes sociais distintas pode ser ilustrado, por exemplo, com a independência dos Estados Unidos, onde se pode dizer que elas promoveram uma integração entre o poder político e o poder econômico. Já na Revolução Francesa, pode-se afirmar que o poder político foi desintegrado, pois ele foi retirado da nobreza e atribuído à classe burguesa, já detentora do poder econômico, com base na valorização da propriedade. Na Revolução Russa de 1917, por sua vez, os ‘proletários’ aniquilaram o direito de propriedade privada dos meios de produção ao assumirem o poder político.²⁵⁶

Karl Marx, por sua vez, afirma que a história da humanidade é marcada exatamente pela luta de classes entre proprietários e não proprietários. Segundo ele, no modo de produção escravista, o trabalhador pertencia ao seu ‘proprietário’. No modo de produção feudal, os servos não pertenciam, mas deviam obediência ao ‘proprietário’ da terra em troca da possibilidade do seu uso, terra essa que era o bem mais valioso à época. O modo de produção capitalista, a seu turno, libertou os servos dos vínculos de honra que os prendiam ao feudo e ao seu senhor, marcando uma nova fase onde convivem o trabalho livre e a propriedade privada dos meios de produção. Parece, portanto, que, também para Marx, a única forma de propriedade privada admissível é a “propriedade pessoal, fruto do trabalho e do mérito”.²⁵⁷

²⁵⁶ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 65.

²⁵⁷ MARX, Karl. *Manifesto comunista*. São Paulo: Unitas, 1934. p. 41.

Locke presenciou o modo de produção capitalista se desenvolver na Europa na época em que desenvolveu seus escritos. Na primeira etapa, as mercadorias eram produzidas artesanalmente, e o trabalhador que as produzia, que participava de todas as etapas de produção, era dono dos meios de produção e dos produtos resultantes do seu trabalho, isto é, do lucro pela sua venda. No passo seguinte, houve um aumento da demanda por produtos gerada pela sua importação por novos mercados e um conseqüente aumento da competitividade entre os artesãos, aparecendo então as primeiras manufaturas, que eram fábricas ainda primitivas.

O trabalho passou a ser exercido por vários artesãos sob a direção de um empresário, sendo que esse empresário passou a ser o dono dos meios de produção, bem como do produto final do trabalho, e não os artesãos. Como obstáculos que eram à autonomia da vontade, verdadeira restrição à liberdade de contratação, também tombaram as corporações de ofício, que intermediavam a relação entre a classe burguesa e os trabalhadores.²⁵⁸

Engels, por sua vez, referiu-se às riquezas duradouras, como a criação de rebanhos de gado que se reproduziam em proporções cada vez maiores. Elas pertenciam inicialmente à toda a *gens*, mas, com o passar do tempo, os rebanhos, produtos de saques, utensílios de metal e até mesmo os escravos passaram a pertencer ao chefe da família. Segundo ele, por uma subversão da antiga instituição da *gens*, as famílias monogâmicas, com submissão da mulher e dos filhos ao chefe da família, nasceram para garantir a acumulação de riquezas e a sua manutenção no seio familiar através da herança.²⁵⁹

Essa acumulação de riquezas passou a destacar-se socialmente, passando-se a serem toleradas até mesmo a violência e o roubo para a sua aquisição. Mas havia a necessidade de criação de uma instituição para assegurar essas novas riquezas individuais contra o comunismo das tradições gentílicas, consagrando esse domínio privado e as formas adotadas para sua aquisição. A divisão da sociedade em classes, de acordo com a riqueza acumulada, com a exploração de umas por outras, deveria ser perpetuada por esta instituição. Assim, para Engels, esta instituição foi o Estado,

²⁵⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 26.

²⁵⁹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 108.

um aparelho a serviço das classes dominantes destinado a assegurar seu poder através do constrangimento e da força.²⁶⁰

Macpherson tratou desse papel estatal em relação ao direito de propriedade ao traçar um retrato ímpar do individualismo inglês do século XVII, que qualificou como ‘possessivo’:

Achava-se que o indivíduo é livre na medida em que é proprietário de sua pessoa e de suas capacidades. A essência humana é ser livre da dependência das vontades alheias, e a liberdade existe como exercício da posse. A sociedade torna-se uma porção de indivíduos livres e iguais, relacionados entre si como proprietários de suas próprias capacidades e do que adquiriram mediante a prática dessas capacidades. A sociedade consiste de relações de troca entre proprietários. A sociedade política torna-se um artifício calculado para a proteção dessa propriedade e para a manutenção de um ordeiro relacionamento de trocas.²⁶¹

De acordo com essa ideologia, é compreensível o fato de que, enquanto “a Declaração de 1789 não trazia referência expressa ao direito à vida, o direito de propriedade encontrava-se definido como ‘inviolable et sacré’ no art. 17.”²⁶² De acordo com o individualismo liberal, a proteção à propriedade passou a ser considerada como condição necessária à proteção da liberdade das pessoas no novo pacto social do regime liberal, o que ocorreu não apenas como uma criação legislativa, mas sim como fruto de um processo histórico iniciado antes da Revolução Francesa. Assim, esse direito deveria ser absoluto, não podendo sofrer quaisquer limitações, passando a ser considerado um direito fundamental.²⁶³ Paralelamente, a consideração da propriedade com um Direito natural lembrava a propriedade que Deus havia concedido ao povo judeu, como lido na Bíblia.²⁶⁴

Após o sono feudal da propriedade, o Direito, traduzido então na Lei, emanada do Estado Moderno, com embasamento no individualismo liberal, tratou de tirar todas as amarras qualificadoras da posse do medievo, dando a possibilidade até mesmo, no limite, da destruição do objeto de domínio pelo seu proprietário. O bem já não valia pela sua utilidade para alguém ou para a comunidade. Valia como objeto de domínio de alguém, abstratamente considerado, independentemente de todos os demais

²⁶⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Lafonte, 2017.

²⁶¹ MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p. 15.

²⁶² VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 2.

²⁶³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 23.

²⁶⁴ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 58.

membros da comunidade. Nas palavras de Grossi, a propriedade passa a ser “a situação de poder direta e imediata sobre o bem tutelado pelo ordenamento na maneira mais intensa.”²⁶⁵

Sob o aspecto econômico, François Quesnay e os demais representantes da doutrina fisiocrata destacaram a produção agrícola em detrimento do mercantilismo e defenderam a propriedade privada como um bem sagrado e inviolável. Conseqüentemente, o desenvolvimento dos povos e o aumento das riquezas dependeria da inexistência de qualquer ingerência estatal. Para essa doutrina, o absolutismo do poder estatal deveria ser repassado aos indivíduos para, através da propriedade, poderem administrar seus bens livremente.²⁶⁶

Duguit, representante da doutrina do Liberalismo, analisando a regulação dada à propriedade pela Declaração Universal e pela Constituição Francesa de 1793, afirmou que os legisladores retomaram o “conceito romano de propriedade, na medida em que conferiu um poder exclusivo e absoluto ao proprietário.”²⁶⁷ Tal afirmativa corrobora a defesa do direito de propriedade como o reconhecimento estatal das situações fáticas de posse, de forma que a sua existência depende do Estado, que historicamente pôde ser encontrado no ocidente nas civilizações da antiguidade, tendo desaparecido na Idade Média e ressuscitado na Idade Moderna, quando o pluralismo jurídico voltou a retroceder frente à concentração do poder político nas mãos do Estado.

Cada Estado organiza legislativamente as relações de domínio, em razão do que depende em grande medida o seu próprio poder, em função do número das propriedades sob seu jugo, utilizadas tanto para a produção ou a circulação de bens e serviços. De fato, o direito de propriedade sempre esteve ligado a ideia de poder. No século XVIII, por exemplo, a burguesia francesa se utilizou do direito de propriedade para fugir da opressão que sofria do absolutismo estatal, tendo ela representado uma afirmação do poder privado perante o poder público com base nos ideais de liberdade e igualdade. Por outro lado, a supressão da propriedade privada foi pressuposto para a implantação da ditadura do proletariado pela Revolução Russa de 1917, pois, para os bolchevistas, só isso permitiria a igualdade. A conseqüente

²⁶⁵ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 39.

²⁶⁶ HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. Rio de Janeiro: Campus, 1989. p. 56-61.

²⁶⁷ DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1923. p. 292. apud ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 24)

nacionalização da propriedade dos meios de produção terminou por aniquilar o poder privado.²⁶⁸

O novo regime liberal marcou um repúdio ao absolutismo real com base na ideia de liberdade plena e igualdade absoluta entre os homens, que na ordem econômica basearam-se na consideração da propriedade como um direito pleno e na autonomia da vontade. Nesse cenário, o indivíduo foi considerado abstratamente, e não como uma parte que integra um grupo social. A sociedade, a seu turno, passou a ser considerada apenas uma “justaposição de indivíduos, regulada pelas leis da Natureza.”²⁶⁹

O artigo 544, situado no Título Segundo, do Código Civil Francês, promulgado a 15 de março de 1803, é normalmente considerado o símbolo do absolutismo do direito de propriedade, no qual ela foi conceituada como o direito de gozar e dispor das coisas de forma absoluta, ressalvando-se apenas usos proibidos por leis ou regulamentos. Tal regulação da propriedade foi reprisada em praticamente todos os códigos legislativos do mundo ocidental.

No Brasil, acerca do domínio da terra, foi criada uma tradição de legitimação da posse de terras públicas incultas logo após o Descobrimento, com as capitanias hereditárias, a qual foi mantida com as sesmarias no período colonial, como um prolongamento da tendência possessória do medievo europeu. Esse quadro permaneceu inalterado mesmo após a Lei de Terras e o Decreto 1.318, já no ano 1854, cujo teor poderia fazer pressupor que não seria mais possível a ocupação de terras públicas.

Isso porém ainda continuou a ser concretizado através de leis estaduais que, utilizando por analogia os prazos da usucapião previstos no Código Civil de 1916, legitimaram a ocupação de terras públicas estaduais, como ilustra a Lei paulista 6.473/1934.²⁷⁰ Como lembra Grossi, situações assim fazem com que o historiador do direito, acostumado a relacionar as relações de pertencimento ao evoluir dos fatos sociais, às vezes se depara com um cenário em que “mudam as paisagens agrárias, passam as ordens sociais mas a mesma mentalidade às vezes persiste”.²⁷¹

²⁶⁸ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 60/61.

²⁶⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 26.

²⁷⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 347.

²⁷¹ GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31.

Como a imprescritibilidade dos bens públicos era um princípio relativizado constitucionalmente, esses diplomas, com o fim de organizar a legitimação do domínio através do regime de ocupação de terras públicas só teve fim com a promulgação do texto constitucional de 1988. Nele, a perda do direito de propriedade só acontece quando há demonstração efetiva do interesse público e social, através de processo administrativo ou judicial, pois o Estado brasileiro considera a propriedade “um direito fundamental, que decorre do trabalho ou da sucessão, como expressão do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF de 1988).”²⁷²

No Código Civil de 2002, o direito de propriedade permaneceu caracteristicamente individualista, na sua delimitação moderna inicial, mas acabou por ultrapassar o âmbito particular de seu titular. O art. 1.228 ilustra tal quadro com a previsão de que o uso do direito de propriedade deve ser racional, social e ambiental, de forma que o interesse individual não prejudique o coletivo. A propriedade, por conseguinte, não consiste mais no exercício ilimitado dos direitos de usar, fruir e dispor, como será visto no subcapítulo seguinte.

Ademais, a dignidade da pessoa humana, segundo Barroso, tem duas dimensões, sendo “uma interna, expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros. A primeira dimensão é por si mesma inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações.”²⁷³ Relacionando tal afirmação à propriedade, é possível concluir-se que a propriedade pode ser limitada ou restringida; mas não aquela que represente o mínimo existencial.

3.4 O exercício da função social da posse e da propriedade.

As relações de pertencimento acompanham cada paço da raça humana desde a era das cavernas até os dias atuais. A partir da segunda metade do século XX, no entanto, a indagação sobre as relações de domínio passou de ‘o que ou como é’ para ‘a que e a quem ela serve’, isto é, o direito de propriedade passou a ser questionado

²⁷² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50.

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 62.

e investigado cientificamente não mais sobre a sua estrutura, mas sim sobre a sua função, como o afirmam Guilhermino e Cunha Frota²⁷⁴.

A função de algo é a sua ‘serventia’; é a sua ‘utilização com um propósito específico’.²⁷⁵ Ademais, a palavra “função expressa uma conotação de dinamismo, de atividade voltada para um fim”²⁷⁶. E com base na premissa de que “somos parte de uma estrutura social provida de um sentido e de uma função”, devemos concluir com Fachinni Neto que “os diversos institutos jurídicos, portanto, também são providos de uma função que leve em conta sua repercussão na sociedade.”²⁷⁷ Andrade e Ehrhardt Júnior chegam a afirmar, com base em Ferraz Jr., que a própria dogmática jurídica tem uma função social.²⁷⁸

Nesse sentido, afirmar que um direito subjetivo tem uma função social é dizer que ele deve ser exercitado em prol da sociedade, em oposição à utilização exclusiva no interesse do seu titular. Portanto, em paralelo ao direito subjetivo de propriedade existe uma função social, “termo que se liga ao poder conferido ao sujeito para a satisfação de um interesse alheio.”²⁷⁹

Ao considerar a posse e a propriedade como relações de domínio, isto é, como direitos reais, nos quais o elemento interno do poder do sujeito sobre a coisa é destacado de seu elemento externo, que se projeta sobre os terceiros não titulares do domínio, aparece de forma clara o aspecto sobre o qual se mostra a sua função social, como bem explicitam Guilhermino e Cunha Frota com base em Facchin e Aronne.²⁸⁰

Acerca desse aspecto social, nota-se que a humanidade passou do estágio de desenvolvimento social primitivo, onde o ser humano não conseguia sequer reconhecer a si mesmo como um indivíduo, por visualizar apenas o todo social, do

²⁷⁴ GUILHERMINO, Everilda Brandão; CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. Novos arranjos jurídicos ligados ao pertencimento: uma análise sobre o princípio da função social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 236.

²⁷⁵ BORBA, Francisco S. *Dicionário Unesp do português contemporâneo*. São Paulo: UNESP, 2004. p. 654.

²⁷⁶ FACHINNI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 112.

²⁷⁷ FACHINNI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 156.

²⁷⁸ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. A função social na experiência brasileira e seu impacto na ressignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, 2018. p. 126.

²⁷⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 33.

²⁸⁰ GUILHERMINO, Everilda Brandão; CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. Novos arranjos jurídicos ligados ao pertencimento: uma análise sobre o princípio da função social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 236.

qual era somente uma parte, ao extremo oposto da época do liberalismo, no qual o indivíduo abstratamente considerado era o único titular de direitos e a sociedade já não passava da mera soma desses indivíduos.

Tornou-se necessário, pois, através da ideia de função social, achar o meio termo no reconhecimento dos direitos subjetivos, aos quais se soma o dever de seu exercício em prol da sociedade, num cenário de coexistência harmônica entre indivíduo-sociedade, baseada nos valores da solidariedade e cooperação. “Não se trata mais, porém, do indivíduo abstrato dos séculos XVIII e XIX, mas sim do sujeito concreto, situado, com suas carências e necessidades, por vezes dilacerado pela desigualdade social e econômica”²⁸¹.

A função social da posse e da propriedade mereceram uma maior atenção da doutrina jurídica e previsão constitucional recentemente,²⁸² mas a preocupação com a finalidade do seu exercício é imemorial. No Brasil, não é exagero afirmar que ela esteve presente desde o Descobrimento, pois a regulação das sesmarias já poderia ser considerada resultado de uma preocupação com a forma de exercício do domínio das terras rurais.

No longínquo ano de 1375, D. Fernando, então rei de Portugal, se viu com a necessidade de enfrentar uma escassez de alimentos em seu país. Ele viu, por um lado, grandes extensões de terras rurais improdutivas e pessoas ociosas nas cidades, e enfrentou o problema com a criação do instituto das sesmarias, através do qual obrigou os proprietários de terras a produzir e os desocupados a trabalharem para eles. A lei das sesmarias, em que pese sua dissociação com a situação brasileira, na qual não se tratava de terras abandonadas, mas sim de terras nunca antes ocupadas, já trazia uma obrigação, que era a de cultivar a terra.²⁸³

No século XVIII, na época em que Locke formulou sua teoria para a justificação da propriedade, ainda se acreditava na abundância de recursos naturais e de terras, razão pela qual ela não levou em conta o conceito econômico de escassez, o qual apareceu mais recentemente, com o aumento populacional. Ele vivenciou a transformação da economia de subsistência do medievo em uma economia capaz de

²⁸¹ FACHINNI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 117.

²⁸² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. A função social na experiência brasileira e seu impacto na ressignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, 2018. p. 126.

²⁸³ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e dimensão jurídica no Brasil. Recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 124.

proporcionar uma acumulação de riqueza de forma gradativa, com base no trabalho, na indústria e no uso da moeda. A derrocada do Estado Absolutista, no final do século XVIII, possibilitou o surgimento do contexto social no qual o direito de propriedade passou a ser considerado um direito natural.

A política econômica decorrente da Revolução Francesa, entretanto, foi caracterizada pela ausência estatal na regulamentação do mercado e acabou por, antes de fomentar a acumulação de riqueza almejada, gerando uma enorme crise. A igualdade formal propalada transmutou-se em desigualdade material entre as pessoas no século seguinte, com o surgimento de problemas conjunturais sérios a par do fortalecimento dos proprietários rurais e da burguesia industrial.

Os camponeses haviam abandonado o campo em grande número para fugirem dos jugos que os prendiam aos senhores feudais, mas a liberdade alcançada em relação aos seus antigos senhores acabou os tornando 'escravos' dos burgueses industriais, a quem venderam sua mão de obra, e passaram a viver sob péssimas condições, em volta das grandes cidades, as quais se formaram de forma desorganizada, e não dispor de condições mínimas de saúde, habitação ou seguridade social.

A análise histórica do período que teve como centro a Revolução Francesa acaba por revelar, dessa forma, que o trinômio 'igualdade, liberdade e fraternidade' acabou por não representar um verdadeiro desenvolvimento sob o ponto de vista social. Com a afirmação clássica da igualdade perante a lei e com a consideração da propriedade como um direito natural, ela apenas se manteve consolidada nas mãos dos que já a detinham anteriormente.

Politicamente, é forçoso reconhecer que a Revolução Francesa foi idealizada e levada a cabo pela classe burguesa, de onde provinha a maior parte dos revolucionários, que compuseram a Convenção. O primado da liberdade e a proteção irrestrita ao direito de propriedade não miraram em nenhum momento a distribuição da riqueza, isto é, a garantia de meios de acesso à igualdade material.²⁸⁴

As consequências sociais adversas advindas do uso irrestrito da propriedade, pregado pelo Estado Liberal, acabou por fortalecer os conceitos de necessidade e utilidade pública, a par do enfraquecimento do abstencionismo fruto da política do *laissez faire*. Essa quebra dos mitos da igualdade formal e da liberdade sem freios foi

²⁸⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 27.

catapultada por diversos movimentos filosóficos e sociais, já a partir do século XIX, merecendo destaque o Cooperativismo galês, por Owen; o Socialismo francês, por Babeuf, Saint Simon e Proudhon; o Comunismo prussiano, por Marx e Engels; o Sindicalismo; o Anarquismo e o Socialismo Cristão.²⁸⁵

É revelador destacar que os dissabores advindos do modelo econômico baseado no absolutismo do direito de propriedade também ocorreram onde aplicada a ideia inversa, isto é, da sua supressão. Nesses porque a ditadura estatal acabou por isolar a população das riquezas e naquele porque “ao permitirem uma concentração exacerbada de rendas, chegaram, através de um regime dominial distinto, a resultados semelhantes de supressão do direito à propriedade.”²⁸⁶ É observável que os modelos econômicos do comunismo e do capitalismo, em seus extremos, acabam por negar à população a possibilidade de acesso a um mínimo de propriedade, tomada como aquele conjunto de bens necessários à satisfação de suas necessidades vitais.

O fracasso na aplicação social dos ideais liberais, a seu turno, deu azo ao aparecimento da política intervencionista no século XX, com o objetivo de corrigir as distorções advindas da ausência do Estado, que deixou de ser um mero vigilante. Ao invés disso, o Estado surgiu como um protagonista nesse novo cenário, ajudando àqueles que não conseguiam condições mínimas de bem-estar social através da prestação efetiva de serviços e na interferência na distribuição de bens.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, surgiu como a superação do poder imposto pela força e revelado através do puro arbítrio dos governantes, substituindo-o pelo exercício de ‘funções’, com vistas à melhor organização da vida social, já que o poder, agora, provém do povo.²⁸⁷ Assim, o Estado não tem mais poder, e sim funções; e o próprio Direito muda seu papel de ‘controle social’ para o de ‘direção social’, já que suas normas “dirigem efetivamente a coletividade para o alcance de metas determinadas”.²⁸⁸

A função social da propriedade passou a ser fortalecida a partir do momento em que o Estado assumiu esse papel intervencionista, já que, simultaneamente à sua definição como garantia fundamental, ela foi inserida na ordem econômica como um

²⁸⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 35-36.

²⁸⁶ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 3.

²⁸⁷ FACHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 115.

²⁸⁸ FACHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 114.

instrumento de equilíbrio social, revelando uma preocupação que caminhou do setor público para o privado durante o decorrer do século passado.²⁸⁹ Como afirma Buffon, baseado em García-Pelayo, no “Estado Social não se nega importância aos valores da liberdade e da propriedade, mas pretende-se torna-los mais efetivos, dando-lhes uma base e conteúdo material”.²⁹⁰

Função social, sob esse aspecto, é a visualização social de um direito ou instituto jurídico, e a evolução do direito de propriedade através do desenvolvimento de sua função social é fruto desses acontecimentos de natureza política e econômica que tiveram lugar nos últimos dois séculos, de forma que se pode afirmar que ele continua sendo pleno, mas já não é mais absoluto.²⁹¹

De fato, as contingências históricas fizeram com que, paulatinamente, o direito de propriedade perdesse seu caráter absoluto e inviolável, o que se deu “através da teoria do abuso de direito, do sistema de limitações negativas, seguidas de imposições positivas, deveres e ônus, culminando com a concepção da sua função social”.²⁹²

Na evolução do Estado Liberal para o Estado Social, vê-se que é premente a necessidade de observar os direitos fundamentais, independentemente de sua geração, como condição para a densificação da dignidade da pessoa humana “na medida em que não basta o respeito à propriedade, liberdade e igualdade jurídica; é necessário saúde, educação, trabalho e meio ambiente ecologicamente equilibrado”.²⁹³

Merece citação *ipsis litteris* o célebre ensinamento de Léon Duguit ao tratar da função social da propriedade:

Ella es y ella debe-ser; es la condición indispensable de la prosperidade y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie. Pero la propiedad no es um derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de uma riqueza, tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumpla esta misión, sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra, o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es letítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste em

²⁸⁹ FACHINNI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 114.

²⁹⁰ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27.

²⁹¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 28.

²⁹² ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. A função social na experiência brasileira e seu impacto na ressignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, 2018. p. 128.

²⁹³ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 118.

assegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.²⁹⁴

Sob o panorama jurídico positivado, o século XIX foi marcado pelas grandes codificações privadas, que trouxeram um ressurgimento do Direito Romano, com a adaptação dos antigos institutos aos novos usos, não revelando nenhuma preocupação dos legisladores em relação à proteção dos cidadãos, o que ocorreu também constitucionalmente. Perceba-se que limitações ao uso nocivo da propriedade já existiam, como na parte final do artigo 504 do Código Civil napoleônico, mas o enfoque era outro, ligado às limitações naturais ao uso dos bens, como no direito de vizinhança. As constituições promulgadas no século passado iniciaram uma mudança nesse quadro ao incluírem a função social em seus textos.

Essa nova fase, inaugurada juridicamente pelo artigo 153 da Constituição de Weimar, e presente no nosso ordenamento desde a Constituição de 1946, foi marcada pela vinculação da propriedade à sua função social, marcando a intensão de formar uma nova ordem econômica e social, que, apesar de composta por normas de caráter meramente programático, com baixo grau de efetividade, marcou o surgimento dos direitos de segunda geração, de índole social, no nível constitucional, rompendo o nível individualista e limitando a ingerência dos proprietários sobre os bens.

Andrade e Ehrhardt Júnior explicaram esse cenário, no qual a sociedade alemã apresentava sua reação aos efeitos da Segunda Guerra Mundial, ao preverem que “direitos subjetivos não se encaixam no âmbito individual de seus titulares, projetando-se no âmbito social” e que “o lugar e o tempo são elementos determinantes para a compreensão de função social”.²⁹⁵

No mesmo sentido, a promulgação da Constituição Federal brasileira em 1988 foi fruto da luta pela redemocratização personificada pela campanha das ‘Diretas Já’, que empolgou a sociedade na busca pela restauração das liberdades políticas e pelo reconhecimento de novos direitos. “Mas a democracia política sem a democracia econômica é uma democracia capenga”, como alerta Vaz, acrescentando de forma contundente que, “sem as condições mínimas de sobrevivência, qualquer

²⁹⁴ ALLENDE, Guillermo L. Panorama de los derechos reales. Buenos Aires: La Ley, 1967. p. 372. apud ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 28/29.

²⁹⁵ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. A função social na experiência brasileira e seu impacto na ressignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, 2018. p. 129.

manifestação das liberdades políticas torna-se um arremedo do exercício da cidadania.”²⁹⁶

No Estado de Direito inaugurado pela Carta Constitucional de 1988, a par da delimitação da esfera de atuação do poder público, orienta-se também a esfera de atuação dos poderes privados, ao mesmo tempo em que se “procura assegurar melhores condições de vida a todas as camadas da sociedade”, sendo que para isso aparecem as limitações à propriedade baseadas no interesse social e nas necessidades públicas.²⁹⁷

É indubitável que, no cenário constitucional brasileiro, o direito de apropriação privada é assegurado a todos, inclusive ao próprio Estado, sendo que essa proteção “leva em consideração a necessidade de balizamento da *função social* e do *interesse público*, que representam vetores de orientação da legislação infraconstitucional.”²⁹⁸ (grifo do autor).

O direito de propriedade foi de fato redimensionado com o objetivo de concretizar os demais direitos reconhecidos nas Declarações do século XVIII, dentro da ideia de democracia econômica e social, revelando uma correlação entre a propriedade e a ideologia revelada pelos textos constitucionais, pois foi reconhecido que os bens econômicos, enquanto suportes da posse e do direito de propriedade, devem ter seu uso submetido à sua função social.²⁹⁹

Como a proteção do direito de propriedade como um direito fundamental tinha se dado apenas sob a perspectiva vertical, de forma negativa, através do absentéismo estatal, tornou-se necessária a previsão da função social como uma restrição jurídica ao uso indiscriminado da propriedade. Por outro lado, a função social do direito de propriedade possibilita uma proteção positiva sob a eficácia horizontal, transformando socialmente a ordem privada nas relações entre os particulares, às quais fornece segurança jurídica e liberdade.

Assim, o *usucapio pro misero*, previsto nos artigos 183 e 191 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1.240 do Código Civil, que ajustam a função social em relação às categorias que necessitam de proteção social, revela a eficácia horizontal do direito fundamental de propriedade.³⁰⁰

²⁹⁶ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 15.

²⁹⁷ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 60.

²⁹⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 35.

²⁹⁹ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.3-8.

³⁰⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 30-31.

A propósito, o parágrafo segundo do artigo 182 da CF/88, no qual lê-se que a propriedade cumpre sua função social na medida em que atende as exigências de ordenação da cidade contidas no plano diretor é por demais vago e deixa um limbo a ser enfrentado pela doutrina jurídica nacional e pelos legisladores municipais no caminho a ser trilhado na direção da cidadania e da dignidade da pessoa humana.³⁰¹

Esse desafio de ordenação das cidades para possibilitar a concretização da dignidade humana através das regras contidas em seu Plano Diretor se torna ainda maior atualmente porque, a par da possibilidade de conformação das exigências da função social das propriedades às especificidades de cada localidade aparecem as dificuldades relacionadas a uma época em que a globalização e o avanço da tecnologia, refletidas em mudanças nas relações sociais e principalmente de trabalho, revelam um “reino de racionalidade instrumental, em que também o indivíduo se revela adjetivo, subalterno”³⁰².

Desse modo, a instrumentalização da função social da propriedade “pressupõe, não a sua supressão, mas a sua utilização conformada à Ordem Econômica e Financeira e à Ordem Social.”³⁰³ A própria posse, mesmo sendo considerada direito pessoal, nas hipóteses em que é qualificada pela moradia, isto é, por sua função social, pode prevalecer sobre o direito real de propriedade, tendência acolhida pelo Judiciário nacional hodiernamente.³⁰⁴

Aliás, como lembra Moutinho, cabe ser esclarecido que, apesar de textualmente a Constituição de 1988 citar sete vezes a função social referindo-se à propriedade, há de ser compreendida como referindo-se também à posse, já que a função social “se extrai da relação de subsistência do sujeito com a coisa, não havendo imposição estatal de tornar o bem socialmente útil, pois essa utilidade já lhe é natural”.³⁰⁵ Com base em tal afirmação, pode-se entender que é através da forma como é exercida a posse que se expressa concretamente a função social da propriedade.

³⁰¹ RODRIGUES, Hugo Thamir. A função social da propriedade urbana. Santa Cruz do Sul: um caso em estudo. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 1, 1997. p. 39.

³⁰² RODRIGUES, Hugo Thamir. A função social da propriedade urbana. Santa Cruz do Sul: um caso em estudo. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 1, 1997. p. 57.

³⁰³ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 8.

³⁰⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 58.

³⁰⁵ MOUTINHO, Maria Carla G. A desapropriação da posse e sua função social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 267.

É momento de se questionar, então, se a função social faz parte do núcleo do direito de propriedade. Apesar de servir como uma baliza orientadora para conformar o direito de propriedade, Fábio Caldas de Araújo crê que a função social não integra seu núcleo, não alterando sua natureza absoluta, apenas a conformando, pois ela continua representando o conjunto, a totalidade dos “poderes inerentes à utilização da *res* pelo proprietário, o que não significa a inexistência de limitação natural ao seu uso no meio social, pois determinados direitos fundamentais sofrem limitação por outros direitos fundamentais”³⁰⁶, de forma que o direito de propriedade continua sendo pleno, mas não mais ilimitado. Há, pois, que se conformar o direito de propriedade, mas sem mutilá-lo.

Com o devido respeito às duntas opiniões contrárias, entendemos ser possível defender que a função social está no núcleo do direito de propriedade, e que o seu exercício é presumido, isto é, é desnecessário que o proprietário prove a todo tempo que vem exercendo seu direito de forma a cumprir a sua função social, mas é admitida a prova em contrário, que sujeita o proprietário ao pagamento do imposto predial e territorial urbano progressivo e até à desapropriação, ou ainda ao usucapião, se exercida posse por determinado tempo por terceiro.³⁰⁷

Existe um interesse público em que se concretize em cada caso, isto é, sobre cada bem particular, a função social da propriedade, para que se avance em direção à distribuição equitativa das riquezas como forma de justiça social, pois os direitos reais já não são mais intocáveis, o que exige uma nova postura por parte dos aplicadores do direito. A vida social impõe limites ao direito de dispor do proprietário. Exemplificam isso os institutos do abuso de direito e dos atos emulativos, que visam evitar que o titular de uma situação jurídica, no caso da propriedade, utilize seu direito para prejudicar terceiros, impedindo que o bem sob seu jugo cumpra com sua utilidade pública.

³⁰⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 31/32. O referido autor defende seu entendimento acrescentando, à p. 37 da mesma obra: “Se a função social efetivamente pertencesse ao núcleo do domínio seria essencial que a petição inicial de uma ação reivindicatória fosse fundamentada não só no título, mas no exercício do domínio com demonstração da função social. Tal exigência é descabida, inclusive porque o *não uso* é uma das formas de exercício do domínio. Qualquer pessoa pode adquirir um imóvel como opção de investimento sólido e estável, sem a necessidade de demonstrar o exercício de qualquer função social. Isto reflete a liberdade de opção e de alocação da riqueza produzida pelo trabalho. Esta liberdade de opção é essencial como manifestação do próprio bem-estar e realização do ser humano.”

³⁰⁷ FACHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 149.

O princípio da proporcionalidade, proposto por Konrad Hesse, pode ser utilizado como critério para a ponderação entre o poder de disposição do titular e a necessidade de cumprimento da função social da propriedade.³⁰⁸ Em nossa Constituição, os interesses individual, social e público aparecem sequencialmente nos incisos XXII, XXIII e XXIV do seu artigo 5º, nos quais são trazidas a propriedade, a sua função social e as possibilidades de desapropriação. Como defende Canotilho, a unidade da Constituição exige a ‘harmonização’ desses interesses, o que pode ser feito limitando-se, à luz do caso concreto, a extensão de cada um desses princípios somente no que for necessário para harmonizá-los, não sendo concebível a exclusão de um deles em prol dos outros.³⁰⁹

Não há que se falar, dessa forma, em exclusão do *ius fruendi, utendi et abutendi*, mas apenas na sua delimitação, possibilitando que o interesse individual do proprietário se dê na mesma direção em que aponta o interesse social. Nesse ponto merece ser citado o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens servir a todos, embora pertençam a um só.³¹⁰

Pode-se dizer, então, que a Constituição Federal de 1988 não procurou conceituar os respectivos institutos jurídicos, mas sim procurou disciplinar o uso da posse e da propriedade, isto é, o exercício desses direitos, temporal e localmente considerados, que de forma concreta poderão possibilitar o atendimento à sua função social. Reconheceu-se a atual complexidade social e um papel constitucional de destaque atribuído à função social da posse, o qual foi projetado pelo usucapião, utilizado para a redistribuição da propriedade urbana e rural, hipóteses para as quais são delimitados os requisitos, com exceção apenas aos bens públicos.

Esses casos representam forma de atendimento à dignidade humana, possibilitado pelo reconhecimento da função social da posse como “instituto jurídico que visa à implementação de direitos fundamentais”³¹¹ como a moradia. Não se trata,

³⁰⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Safe, 1998.

³⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

³¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 46.

³¹¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 381.

no caso, do direito de propriedade, mas sim, como afirma Eugênio Fachinni Neto, “direito à propriedade, como uma das possíveis concretizações do direito fundamental social do direito à moradia (art. 6º da Constituição Federal)”³¹², o que é possível quando ele é exercitado através da posse prolongada e qualificada por sua finalidade, permitindo o usucapião.

Torna-se forçoso atestar, nesse ponto, a veracidade da conclusão de Isabel Vaz de que, em nosso país, com todas as suas potencialidades e carências, nenhum dos institutos jurídicos reguladores das relações de domínio possibilitou o atendimento das necessidades básicas para as populações de baixa renda, de forma que, para atingir a liberdade pela qual todos ansiamos, é preciso antes “suprir carências de natureza econômica, tais como o direito à moradia, à melhoria de salários, ter acesso ao progresso tecnológico. Nossa liberdade é presa de nossas deficiências econômicas.”³¹³

Por fim, é preciso concluir com Eugênio Fachinni Neto sobre a função social:

Ela representa uma mudança de paradigma na compreensão do direito brasileiro, que definitivamente abandona seu tradicional viés individualista e adota uma perspectiva mais social, comprometida com os direitos fundamentais, buscando erigir uma sociedade presidida pelo princípio reitor da dignidade humana.³¹⁴

Para tanto, faz-se necessária uma tomada de consciência dos doutrinadores e operadores jurídicos no sentido de que, assim como a dignidade da pessoa humana, a função social “precisa ser densificada com os elementos do caso concreto que servirão de critério de aproximação da justiça substancial”.³¹⁵

A função social da posse e da propriedade visa, pois, respeitar a dignidade da pessoa humana que ultrapassa a ideia do homem insular, antropocêntrico e subjetivamente fechado para localizá-lo como ser transcendente, aberto ao próximo e ao meio ambiente no qual reside, como o ápice da evolução da natureza, da qual nunca deixou de fazer parte. Para Azevedo, a dignidade da pessoa humana impõe, numa ordem lógica, o respeito à vida humana, à sua integridade física e psíquica,

³¹² FACHINNI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 145.

³¹³ VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 64.

³¹⁴ FACHINNI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 117.

³¹⁵ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. A função social na experiência brasileira e seu impacto na ressignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, 2018. p. 135.

como condições naturais para sua existência, e aos meios materiais mínimos para a sua manutenção, além dos meios culturais aptos ao exercício de sua liberdade e convivência igualitária.³¹⁶

Caminha-se, portanto, para uma nova forma de exercício do domínio sobre os bens, guiado por sua função social, que ultrapassa a visão individualista do direito de exclusão dos demais membros da comunidade para a visão socialista do direito de inclusão dos possuidores na proteção estatal oferecida pela propriedade.

Para a concretização dessa nova forma de relação entre as pessoas e os bens é que o usucapião extrajudicial está sendo chamado a contribuir de uma forma concreta. Almeja-se, portanto, uma propriedade justa, para aqueles que trabalham para garantir a morada e o sustento de sua família, justificada não por sua origem, mas pelo seu uso, já que “é mais importante a atividade do que a titularidade do sujeito proprietário, em função do interesse social.”³¹⁷

³¹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 107-125, 2002. p. 116.

³¹⁷ FACHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 146)

4 USUCAPIÃO: DA POSSE À PROPRIEDADE COM DIGNIDADE

De início, frisa-se que o estudo do tema proposto no presente capítulo não tem por objetivo evoluir no desenvolvimento de sua conceituação dogmática, mas sim observá-lo a partir do ponto de vista de seu âmbito social, com o objetivo de captar sua essência, como um instituto jurídico que é fruto da realidade humana, na qual constituiu-se pela necessidade de conversão de situações fáticas em jurídicas, como será visto adiante.

Essa forma de tratamento de temas jurídicos de origem social, nas palavras de Araújo, deve se dar da seguinte maneira:

Definir um instituto constitui tarefa extremamente difícil. Mestres, como Manuel Garcia Morente, reputam ser comum, ainda que infrutífero, constar no introito de qualquer estudo o conceito do seu objeto. Com razão o grande filósofo, pois conhecer não se resume em definir, mas antes de tudo em vivenciar (*Erlebnis*). Tal observação reflete, de forma lapidar, a essência da *usucapio*, figura jurídica que nasceu não de uma formulação hipotética, mas de uma necessidade social.³¹⁸ (grifo do autor).

Tendo em conta a noção essencial de posse defendida acima como o uso com exclusividade dos bens pelas pessoas, e do direito de propriedade como o reconhecimento estatal da exclusividade desse uso dos bens, buscar-se-á o estudo do usucapião³¹⁹ exatamente como uma forma de obtenção do reconhecimento estatal da posse, buscando sublinhar a sua linha evolutiva desde a antiguidade clássica até o atual cenário jurídico brasileiro, com ênfase no seu papel social.

Nessa linha de desenvolvimento, obviamente analisada de forma não exaustiva, procurar-se-á enfatizar os valores que o usucapião buscou proteger ao longo do tempo e as formas pelas quais se deu essa proteção e como elas influenciaram nos seus requisitos legais e no seu procedimento, a fim de bem situarmos o usucapião extrajudicial e os objetivos que justificaram sua criação e, por fim, poder propor os requisitos considerados necessários para que ele possa

³¹⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 52.

³¹⁹ Quanto ao gênero da palavra usucapião, adotamos o entendimento de que “ambas as formas são possíveis e aceitáveis em nosso vernáculo” (ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 5). Assim, contando que o Código Civil de 1916 adotou a forma masculina enquanto o de 2012, a feminina, optamos por utilizar o masculino quando dos referirmos ao instituto e a forma feminina quando nos referimos à ação de usucapião, respeitando a grafia original nas citações.

realmente alcançar o desiderato para o qual foi designado de forma de concretização da dignidade da pessoa humana.

4.1 Perspectiva histórica da origem do usucapião

A fim de compreender historicamente o usucapião e seu papel social, devemos primeiramente esclarecer, com base no contido no capítulo anterior, que entendemos como posse o uso exclusivo e intencional de um bem pelo possuidor, com o sentimento recíproco de respeito pelos terceiros e, como propriedade, o direito ao exercício da posse de um bem reconhecido pelo Estado, com imposição, por ele, de seu respeito pelos terceiros.

Assim, a primeira consequência do entendimento exposto acima de que o usucapião é o meio de ligação do exercício da posse ao reconhecimento estatal do direito de propriedade é que, nos períodos em que não havia um poder estatal centralizado e aparelhado para garantir o direito de propriedade, isto é, nos quais preponderou o exercício fático da posse, pode-se entender que não há que se falar em usucapião, por não existir um direito de propriedade a ser alcançado.

Há que se esclarecer também, de início, que o direito de propriedade pode ser considerado um direito permanente, como afirma Araújo com base no jurista italiano Galgano, isto é, ele não prescreve de *per sí*, como pode acontecer com outros direitos, apenas porque o seu titular se abstém de exercitá-lo. O titular da propriedade só perderá o seu direito se ao seu não uso “corresponde a posse de outro prolongada no tempo, [pois] assim, também se opera, a favor dele, aquele modo específico de aquisição da propriedade que é a usucapião”,³²⁰ como será detalhado adiante.

O direito romano antigo é comumente considerado a raiz história do usucapião,³²¹ pois os romanos enfrentaram o problema da incerteza do domínio prevendo legislativamente pela primeira vez no mundo ocidental o usucapião como forma de transmutação de situações fáticas em jurídicas. Com vistas a esse propósito, o instituto foi criado como uma forma de aquisição da propriedade para o caso em que o cidadão romano conseguisse demonstrar sua posse por determinado lapso temporal, de acordo com as regras constantes no *ius civile*.

³²⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 158.

³²¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139.

Para Ribeiro, com base no *Corpus Iuris Civile* é possível afirmar-se que no direito romano clássico o usucapião já tinha o papel de levar à apropriação da coisa pela posse prolongada. Em suas palavras:

nesses dois elementos, portanto – a posse da coisa por quem não é proprietário e a sua duração, reside o fundamento da usucapião, pois, aliados esses dois elementos, surge legalmente a aquisição, transformando-se de mero estado de fato num estado de direito: a propriedade.³²²

O que se visava, portanto, era a proteção da posse, pois a “*usucapio* assim como outras formas de tutela da posse (*actio publiciana*, *actio emptio*) demonstram a preocupação, ainda que intuitiva, dos romanos com a tutela da posse de boa-fé.”³²³ A própria palavra usucapião tem sua origem relacionada à forma romana *usus et auctoritas*, a qual, lembra Ribeiro, significa “o primeiro termo, a posse, o segundo, a proteção legal concedida ao proprietário, isto é, de um lado, o fundamento da usucapião, e de outro, o seu efeito”.³²⁴

A sua fonte legislativa mais remota é a Lei das XII Tábuas, remontando aos anos de 451-450 a.C., cuja análise revela o uso prolongado como forma de adquirir a propriedade: “*Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annus est usus*”.³²⁵ O usucapião ocorria no prazo exíguo de dois anos para os bens imóveis e no prazo de apenas um ano no caso de bens móveis, devendo-se a exiguidade de tais prazos principalmente à limitação territorial de Roma à época. Araújo destaca como demais requisitos nessa primeira fase de sua maturação apenas “a proibição da prescrição aquisitiva sobre objetos furtados, sendo discutível a exigência de boa-fé e causa justa para a consumação da usucapião.”³²⁶

É importante sublinhar que, guardadas as peculiaridades históricas, é possível verificar que o usucapião já era um modo originário de aquisição da propriedade, criando um *novo* direito, pois estabelecido com base em uma relação direta com a coisa, e não com o proprietário anterior. Por isso, para Ribeiro, o usucapião se caracterizava “ao mesmo tempo como modo de extinção e de aquisição”.³²⁷ O fim primordial da *usucapio* era a eliminação da certeza quanto à titularidade dominial, mas

³²² RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 154.

³²³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 63.

³²⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139.

³²⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 63.

³²⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 65.

³²⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 155.

ressalvava-se que a “posse não poderia ser obtida mediante atos de violência, pois tal fato contrariava a natureza do instituto.”³²⁸

Outra particularidade nesse seu primeiro estágio de evolução era que os estrangeiros não poderiam ser o sujeito ativo do usucapião, mas somente os cidadãos romanos, os quais sempre podiam “reivindicar a posse de sua propriedade caso a mesma estivesse em mãos de um estrangeiro.”³²⁹ Isso se devia ao fato do Estado romano proteger somente os seus cidadãos, com exclusão dos estrangeiros, os quais “não gozavam dos direitos preceituados no *ius civile*”.³³⁰ (grifo do autor). Por consequência, somente a propriedade sob a titularidade de cidadãos era reconhecida por aquele ente estatal.

Mesmo nessa fase mais primitiva do usucapião, ele já apresentava soluções aplicáveis a problemas atuais, como em relação à alienação *a non domino*, apesar de se poder acreditar que Gaio não tenha visado exatamente a isso. É que “ao dispor sobre a consolidação da propriedade quirítária (Gaius, II, 41), o jurista demonstra a existência da propriedade formal (quirítária) e da informal (*in bonis habere*), sendo esta última consolidada pela usucapião.”³³¹ (grifo do autor). Foi nesse sentido que o usucapião surgiu como solução para o problema da aquisição *a non domino*, o que “será fundamental para a justificação da usucapião, que será encartada como uma aquisição *pro suo* e justificada pelo título putativo que demonstra a boa-fé do adquirente.”³³² (grifo do autor).

No ano de 528, Justiniano promoveu uma fusão dos institutos da *usucapio* e da *praescriptio longi temporis*, com a previsão de prazos de três anos de posse dos móveis e de dez anos para imóveis na modalidade ordinária, sendo vinte anos entre ausentes, e de trinta anos na modalidade extraordinária.³³³ Assim, durante o período romano clássico, o usucapião manteve suas características principais e adicionou aos seus requisitos a boa-fé e o justo título, entendido este como uma justa causa da aquisição da posse, diferenciando as figuras da usucapião ordinária da extraordinária.³³⁴

³²⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 65.

³²⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66.

³³⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139.

³³¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 67.

³³² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 69.

³³³ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 154.

³³⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 154.

De fato, no século VI o imperador Justiniano introduziu alterações importantes através da fusão da usucapião com a *praescriptio longi temporis*, eliminando dessa forma a “diferenciação entre propriedade quirritária e pretoriana, bem como entre os terrenos provinciais e itálicos”³³⁵ e popularizando assim a aplicação do instituto, o qual foi adotado nos mais diversos sistemas jurídicos desde aquela época até os nossos dias, pela maioria das nações modernas.³³⁶

Outro exemplo de regra válida até os dias atuais refere-se à boa-fé, que já era presumida para os casos em que não fosse identificada a ocorrência de má-fé. Tal previsão em muito beneficia até hoje, na prática, os procedimentos endereçados à declaração do usucapião ao dispensar a necessidade de produção da prova da boa-fé pelos usucapientes. “Na verdade, estando na posse de um justo título, caberia à parte contrária demonstrar a ausência de boa-fé (*presunção iuris tantum*).”³³⁷ (grifo do autor).

Seguindo a linha de desenvolvimento do instituto, ao avançar da Idade Média, com a redução do poder estatal e proliferação do pluralismo jurídico característicos do feudalismo, a diferenciação romana entre posse e propriedade caiu em desuso. Por via de consequência, o mesmo ocorreu em relação à utilização da figura do usucapião, por ter ele de certa forma perdido sua utilidade, já que não havia um título estatal de propriedade a ser perseguido pelos possuidores. Moreira Alves chega a afirmar, citando o autor português Cabral Moncada, que era

impossível concluir do exame dos poucos documentos conhecidos, relativos a questões de propriedade no nosso mais antigo direito (sécs. XI e XII), a existência de qualquer tempo de posse que habilitasse o possuidor a julgar-se, ou a ser julgado, só por ele, pura e simplesmente, como proprietário.³³⁸

O ressurgimento do usucapião na Europa, ao final da Idade Média e início da Moderna, deu-se de forma gradativa em paralelo ao aumento da produtividade agrícola e ao renascimento do comércio. Por outro lado, cabe ser destacado que o Direito Canônico influenciou o usucapião nesse mesmo período, principalmente no que tange à exigência da boa-fé, a qual devia prolongar-se por todo o período da prescrição aquisitiva, e não aparecer apenas no momento da aquisição da posse. Assim, é justificável a afirmação de que o “prescritente que pretender invocar a

³³⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 73.

³³⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139.

³³⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 69.

³³⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. Evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 314.

usucapião abreviada deverá ter exercido a posse de boa-fé durante todo o lapso temporal necessário.”³³⁹

Também é importante retomar, para a compreensão do papel social desempenhado pelo usucapião, que ele “encerra uma dualidade ínsita em sua essência, pois, na medida em que cria um direito, destrói outro, da mesma natureza”,³⁴⁰ pois a prescrição que se dá é aquisitiva e simultaneamente extintiva da propriedade³⁴¹. Isso ocorre devido ao escopo primordial do usucapião de ser instrumento de pacificação social no que tange ao exercício do direito de propriedade, revelador de situações que a exigem de acordo a passagem do tempo apto à ocorrência da prescrição.

Araújo ensina com profundidade que

A importância da prescrição como instrumento de pacificação foi apregoada por Bigot-Préameneu na ‘Exposição de Motivos’ do Código Civil francês, o que exigiria sua disciplina como matéria do direito público, *jus publicum pactis privatorum mutari non potest*. [...] Enfim, de acordo com o magistério dos grandes tratadistas franceses Baudry-Lacantinerie e Tissier: ‘A prescrição aquisitiva é um modo de aquisição de propriedade resultante da posse lícita prolongada durante um determinado tempo’. Para Lenine Nequete ela tem como fundamento principal o *bem comum*. [...] Aliás, a introdução e o desenvolvimento do instituto da boa-fé no tocante à prescrição remontam ao Direito Canônico, que deu grande importância a este elemento, não se admitindo, àquela época, o enriquecimento de pessoas inescrupulosas.³⁴² (grifo do autor).

O que se verificou, nos períodos acima tratados, foi a necessidade de uma correção no contido nas tábulas reveladoras da titularidade das propriedades para adequá-las ao seu efetivo exercício através da posse por determinados lapsos temporais, como fenômeno global e permanente, necessário à própria validade dessas tábulas, como sua necessária renovação e controle para os casos em que as palavras nelas contidas não mais refletissem a realidade mundana.

Atento a esse importante papel do usucapião, Araújo afirma com exatidão:

Não há, assim, sistema jurídico que não reconheça a usucapião, pois se trata de instituto que tem como objetivo consolidar situações transitórias, que acompanham o homem desde o momento em que o mesmo se estabeleceu de forma fixa sobre a terra, iniciando a formação de uma civilização. Correta a lição de Planiol, pois segundo o mesmo: ‘Os antigos diziam que a prescrição é patrona do gênero humano.’ Como bem delimitou Kant, em formulação lapidar: ‘Sem a prescrição, a

³³⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 285.

³⁴⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 123.

³⁴¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 8.

³⁴² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 123.

propriedade seria provisória, porque a História não pode levar as suas investigações até o acto de aquisição do primeiro possuidor'.³⁴³

Após acrescentar que a prescrição relaciona-se ao não uso do direito de ação, e não do direito subjetivo em si, Ribeiro ensina que ela é justificada em relação ao seu titular porque, “com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico”.³⁴⁴ Nesse mesmo sentido, deve-se lembrar que “Savigny, com apurada percepção, observou que os institutos da prescrição e da usucapião possuem o claro objetivo de fornecer segurança jurídica e eliminar a incerteza dentro das relações jurídicas.”³⁴⁵ Ribeiro, é bom frisar, lembra a noção de prescrição como um castigo, o qual seria imposto ao “titular do direito que, por negligência, não age, por culpa própria, razão pela qual a lei afasta esse direito, negando-lhe a ação da qual não se valeu na ocasião oportuna”³⁴⁶.

Araújo, a seu turno, com base na doutrina italiana, defende um aspecto importante do direito de propriedade, inserido nas tábulas registrais e que justifica a necessidade prática do usucapião, que é o de que ele se perpetua mesmo sem o exercício prático de atos positivos de disposição do bem, chegando ele à seguinte conclusão:

A lei não obriga ao exercício do direito de propriedade. A lei e a própria Constituição apenas delimitam que a propriedade deve cumprir sua função social; mas mesmo em caso de desapropriação existe a contraprestação pela perda do bem. Outro fator a ser considerado está na própria função da prescrição, ou seja, garantir a ordem e a estabilidade social. A necessidade de assegurar de modo definitivo a existência de relações jurídicas constitui o cerne do instituto, motivo pelo qual o próprio ordenamento jurídico repele a idéia de *res nullius*.³⁴⁷ (grifo do autor).

Ora, cremos que a referida função social, ao invés de simples delimitador do direito de propriedade, tem papel decisivo quando se leva em consideração o usucapião, ao possibilitar que a posse cumpridora de função social acabe por dissolver a propriedade que não a cumpre, como no dito popular de que a água mole em preda dura, tanto bate até que fura.

³⁴³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 124.

³⁴⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139.

³⁴⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 52.

³⁴⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23.

³⁴⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 159

Após tais considerações iniciais sobre a origem e o escopo geral do usucapião, é momento de se voltar ao seu desenvolvimento no território brasileiro, considerando as peculiaridades locais de distribuição da terra, o atual cenário econômico e social e os desafios correspondentes no que concerne ao papel do usucapião, o qual encontra-se dividido em diversas modalidades de acordo com o tipo de bem e a forma de exercício da posse, a revelar uma “proposta social definitiva para pôr fim ao divórcio entre a propriedade e a posse.”³⁴⁸

4.2 O desenvolvimento do usucapião no direito brasileiro: em defesa do mínimo existencial

No tocante ao Brasil, até o ano de 1500 a ausência de um ente estatal nacional capaz de fazer cessar o pluralismo jurídico reinante no mundo indígena impediu o aparecimento do direito de propriedade, e por via de consequência, é impróprio falar de usucapião entre as populações nativas do território brasileiro, no qual basicamente reinava uma forma de vida seminômade, com uma agricultura muito rudimentar, baseada na extração, na qual a relação das pessoas com os bens se dava basicamente através do seu uso comunitário e eventual detenção de armas e ferramentas rudimentares de uso pessoal.

Nos séculos seguintes ao seu Descobrimento, a tentativa portuguesa de colonização do vasto território brasileiro se deu inicialmente através da concessão de vastas extensões de terras através das sesmarias. O sistema, entretanto, não logrou o êxito esperado em seus objetivos. Conforme citado por Smith, José Bonifácio de Andrada e Silva, em suas *Lembranças e Apontamentos do Governo Provisório para os Senhores Deputados da Província de São Paulo*, de 1821, já revelava, entre outras coisas, que a legislação das sesmarias não atendia aos interesses de expansão da agricultura, alertava para a existência de grandes extensões de terras concedidas e incultas e aconselhava que as sesmarias doadas e não cultivadas voltassem novamente à massa dos bens nacionais para serem vendidas em pequenas porções.³⁴⁹ No ano seguinte, em 1822, a concessão de novas sesmarias foi efetivamente suspensa pelo governo imperial.

³⁴⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 201.

³⁴⁹ SMITH, Roberto. *Propriedade da terra e transição*. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 286.

No entanto, conforme trazido por Araújo, “depois da abolição das sesmarias, então a posse passou a campear livremente, ampliando-se de zona a zona à proporção que a civilização dilatava a sua expansão geográfica.”³⁵⁰ Para lidar com a informalidade das posses, visando regulamentar o domínio de acordo com efetiva utilização da terra, na Constituição de 1934 apareceu o usucapião *pro labore*, “mas o requisito da posse-trabalho é anterior – o que demonstra a percepção do legislador do Império da importância da função social da posse.”³⁵¹ (grifo do autor).

Tal previsão já revelava a necessidade da posse ter caráter produtivo, isto é, já se tratava de forma de posse qualificada pelo trabalho, a posse *pro labore*, a qual também havia sido adotada na *Lei de Terras*, a Lei 601 do ano de 1850, em sua tentativa de sistematizar a concessão de terras públicas através de legitimação de posses.³⁵² Assim, de forma rigorosa, a partir de 1850 já não se poderia falar em *ocupação* de imóveis rurais “ante a presunção de que as terras não ocupadas, até este período, foram devolvidas ao domínio público e, deste modo, insuscetíveis até de usucapião.”³⁵³

Entretanto, apesar do Decreto 22.785/1933 e da Súmula 340 do STF vedarem a apropriação de bens públicos, com base no artigo 125 da Constituição de 1934, as terras devolutas foram afastadas dessa restrição. A Lei 6.969, de 1981, “explicitou as terras públicas possíveis de ser usucapidas”.³⁵⁴ Enfim, “tratava-se de tradição inaugurada pela Lei de Terras de 1850, que em seu art. 9º mandava proteger e respeitar a posse dos terrenos que fossem ocupados com cultura efetiva.”³⁵⁵

No que tange às modalidades de usucapião previstas em nosso ordenamento anteriormente à promulgação do Código Civil de 1916, pelas Ordenações e legislação esparsa, Araújo as resume em três modalidades, nas seguintes palavras:

Primeiramente, a prescrição ordinária, que se consumava em 3, 10, ou 20 anos. A seguir a prescrição extraordinária, que se completava em 30 e 40 anos (*longissimi praescriptio temporis*); e, por fim, a prescrição imemorial, a qual, nas palavras de Lafayette, constituía-se em uma presunção de aquisição, e não, propriamente, um modo particular de aquisição.³⁵⁶ (grifo do autor).

³⁵⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 343.

³⁵¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 348.

³⁵² RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 160.

³⁵³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 345.

³⁵⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 165.

³⁵⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 238.

³⁵⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 82.

Para Ribeiro, a prescrição imemorial, prevista pelas Ordenações, “seria aquela cuja posse se perdera na noite dos tempos, de cujo começo não houve notícia na memória dos homens”.³⁵⁷ O autor se refere também à prescrição quarentenária, isto é, com prazo de quarenta anos, aplicável aos bens de uso especial e dominicais como “bens do Estado, das cidades, de vilas (ou Fisco) ou do Imperador (ou Príncipe), imóveis da Igreja e lugares veneráveis (vilas e estabelecimentos pios)”.³⁵⁸

Já o Código Civil de 1916, seguindo uma tendência de encurtamento dos prazos para o usucapião, aboliu a prescrição imemorial, a qual foi substituída pela usucapião extraordinária, com prazo de dez anos para os bens móveis e trinta anos para os bens imóveis. Os prazos para a modalidade ordinária, entretanto, foram mantidos, em três anos para bens móveis ou semoventes e dez anos para imóveis com proprietário no mesmo município e vinte anos com proprietário ausente do mesmo município.

Nesse cenário, verifica-se que a usucapião especial rural constitui a modalidade especial mais antiga de usucapião do direito brasileiro, pois remonta à Constituição brasileira de 1934, onde em seu artigo 125 lia-se que todo brasileiro que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, ocupasse pelo período de dez anos um trecho de até dez hectares de terra, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, no qual morasse, tornando-o produtivo, iria adquirir o seu domínio, através de sentença declaratória, após devidamente transcrita.³⁵⁹

O Estatuto da Terra, de 1964, a seu turno, no seu artigo 98, trazia previsão semelhante à citada acima, repetindo a necessidade de moradia e trabalho e distinguindo-se apenas no que tange ao tamanho da área usucapível, limitando-a ao módulo de propriedade previsto na mesma lei, por considera-lo como suficiente para a subsistência da família do usucapiente e o progresso social e econômico. Com a Constituição de 1967, bem como com a Emenda 1/1969, que nada previram diretamente a seu respeito, o usucapião perdeu o *status* constitucional.

O atual Código Civil brasileiro traz as duas modalidades clássicas de usucapião em seus artigos 1.238 e 1.242. O artigo 1.238 regula a modalidade extraordinária conferindo a todo aquele que, pelo período de quinze anos, de forma ininterrupta e sem sofrer oposições, possuir um imóvel como seu, adquirirá o direito à

³⁵⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156.

³⁵⁸ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 157.

³⁵⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 341.

sua propriedade, o que poderá solicitar que seja declarado por um juiz de direito, possibilitando o registro de tal sentença perante o Ofício de Registro de Imóveis competente.

Esse prazo de quinze anos da usucapião extraordinária foi reduzido para dez anos de acordo com a previsão do parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil de 2002, com a condição de que o possuidor more no imóvel de forma habitual ou tenha levantado obras ou realizados serviços com caráter produtivo no imóvel, isto é, se a posse for qualificada, concretizando sua função social, de acordo com a tendência legislativa atual. É o que Miguel Reale apresentou como posse-trabalho, por ser uma “posse socialmente qualificada, isto é, a posse além do exercício de fato de uma das faculdades inerentes à propriedade”.³⁶⁰ Nesse caso, é ônus do usucapiente “a comprovação da moradia, ou a realização de obra ou serviços com caráter produtivo. Incentivam-se a moradia e o fomento econômico.”³⁶¹

No que tange à segunda modalidade clássica de usucapião, a ordinária, a previsão constante no artigo 1.242 do Código Civil de 2002 é de que a propriedade do imóvel será adquirida por quem o possuir pelo prazo de dez anos, de forma contínua e sem sofrer contestações, desde que apresente justo título e tenha agido com boa-fé.

No parágrafo único do artigo 1.242 do Código Civil de 2002 é trazido um segundo prazo para a usucapião ordinária, reduzido a apenas cinco anos, desde que o possuidor comprove que a aquisição tenha ocorrido de forma onerosa, que tenha sido registrado e posteriormente cancelado o registro do justo título e, além disso, que tenha o possuidor fixado moradia ou realizado obras e investimentos de interesse social e econômico no bem usucapido. Tem-se aí, uma vez mais, “a valorização da posse qualificada pela *boa-fé, justo título* e pela ocupação gravada pela moradia, atividade produtiva ou social.”³⁶² (grifo do autor).

O que se entende que deve ser levado em conta, no que tange aos seus requisitos básicos, é que as duas modalidades clássicas de usucapião acima citadas exigem posse e tempo. A usucapião ordinária acrescenta justo título e boa-fé a tais requisitos. As modalidades mais recentes de usucapião trazem requisitos específicos

³⁶⁰ REALE, Miguel. Visão Geral do projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 752, 1998, p. 24.

³⁶¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 162.

³⁶² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 162.

para sua configuração, especialmente da chamada posse-trabalho³⁶³, além de repetir os dois referidos elementos.

Além disso, deve ser observado que o usucapião “sempre dependerá do exercício do poder fático de disposição sobre o bem, o que exige a posse contínua e pacífica.”³⁶⁴ Ademais, para que a posse seja capaz de gerar a usucapião, ela precisa ser exercida com *animus domini*, o qual possui um caráter objetivo em nosso sistema jurídico, de acordo com previsão do artigo 1.196 do Código Civil, o qual exige que os atos possessórios sejam demonstrados para estar configurada a posse apta ao usucapião. “O possuidor, em outras palavras, precisa se comportar como proprietário.”³⁶⁵

Importante perceber também, com Staut Júnior, que esse aspecto, nas duas modalidades principais, aproxima muito o usucapião da Teoria Subjetiva da posse de Savigny, porque o que caracteriza “a posse na usucapião, denominada posse *ad usucapione*, é exatamente o *animus domini*.”³⁶⁶ (grifo do autor). Enfim, trata-se de um aspecto psicológico do possuidor, mas que deve ser demonstrado objetivamente.

O elemento configurador decisivo da posse apta ao usucapião, entretanto, está na causa dessa posse, pois ela “externará a qualidade da posse exercida, pouco importando o elemento volitivo, que fiz respeito ao foro interno do sujeito.”³⁶⁷ Assim, aquele que tenha posse injusta, pode até mesmo acionar as defesas possessórias contra alguém que invada seu imóvel, “mas não terá direito a formar prazo hábil para a usucapião, pelo menos até a cessação do vício que macula sua posse.”³⁶⁸ A qualificação da justeza da posse é delimitada pelo artigo 1.200 do Código Civil, através do qual afirma-se que ela não pode ser violenta, clandestina nem precária.

Além de ser pública, portanto, a posse deve ser contínua, como exige o artigo 1.238 do Código Civil, pressupondo logicamente um encadeamento dos atos possessórios, o que não pode ser confundido com ausência absoluta de interrupções, devendo ser considerada para sua caracterização a atitude do possuidor, a qual

³⁶³ PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1209.

³⁶⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 140.

³⁶⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 201.

³⁶⁶ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e dimensão jurídica no Brasil. Recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 178.

³⁶⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 201.

³⁶⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 201.

demonstra o *animus possidendi*. Em outras palavras, o que não pode ocorrer é o abandono do bem pelo possuidor.

Assim, a interrupção, se ocorrente, “elimina uma das duas condições essenciais para a configuração da prescrição aquisitiva: a *permanência prolongada na posse* e a *inatividade do proprietário*.”³⁶⁹ (grifo do autor). Aliás, não sendo absoluta, a continuidade admite que os atos materiais de posse sejam realizados em intervalos, desde que esses sejam regulares, destacando-se que ela não exige contato físico constante com o bem, mas sim seu uso ou proveito normal de acordo com a sua natureza,³⁷⁰ alertando que ela não estará presente “em face daquele que possui *solo animo*.”³⁷¹ (grifo do autor).

Apesar da possibilidade de soma de períodos de posse no direito pátrio para a configuração do lapso temporal apto ao usucapião, entendemos que o que interessa no ponto é o seu efetivo exercício, e não a aquisição de seu direito. Em outras palavras, se metade do tempo de posse foi exercido por um primeiro possuidor e este ‘vende o direito de posse a terceiro’, o qual, ao invés de exercer de fato a posse, apenas aguarda a decorrência do prazo de forma inerte, não terá direito à propriedade pelo usucapião, pois o seu justo título para continuar na posse é um pressuposto, mas não substitui o exercício da posse pelo prazo que ainda restava.

Assim, discordamos de Araújo quando este defende que a transmissão da posse poderia ser compreendida sem dificuldades se ela for considerada “um direito, e não um fato. Isto porque estaremos perante uma relação jurídica que admite sua transmissão – aliás, reconhecida pelo nosso ordenamento jurídico.”³⁷² Enfim, apesar de não negarmos a existência jurídica de um direito à posse, cremos que só é apta ao usucapião a posse exercida de fato, pois o direito de propriedade de alguém não poderia ser destruído em favor do direito de outrem que guarda consigo um ‘contrato de compra e venda de direito de posse’, por exemplo, sem nunca tê-la exercido de fato.

Portanto, para fins de usucapião, pode-se entender que o direito de posse sem o respectivo exercício de sua função social não pode ser considerado como posse *ad usucapionem*, pois a concretização da sua função social ao longo de determinado

³⁶⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 139.

³⁷⁰ PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1208.

³⁷¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 208.

³⁷² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 249.

período de tempo é exatamente o elemento que quebra o direito de propriedade individual do titular do domínio, e não o direito de posse, em si considerado.

Em relação à boa-fé do possuidor, crê-se que é correto o entendimento de que, perante o direito pátrio, a má-fé é que deverá ser provada processualmente por quem ela beneficiar.³⁷³ Como defende Araújo, em se tratando de posse, “a boa-fé deve ser sempre presumida, desde que o possuidor demonstre o poder fático de disposição sobre o bem. Trata-se de uma presunção *hominis*.”³⁷⁴ (grifo do autor).

Assim, conclui ele que somente a posse *justa*, que é aquela “pacífica, pública, contínua, ininterrupta e não precária pode ser considerada apta para a usucapião.”³⁷⁵ Sublinha-se que a boa-fé, para o direito pátrio, deve estar presente durante todo o período da posse, o que se constitui numa herança do Direito Canônico.³⁷⁶ Essa herança canônica “impediu a absorção do princípio *mala fides superveniens non nocet*, de origem romana.”³⁷⁷ (grifo do autor).

A atual Constituição brasileira, a seu turno, prevê duas modalidades especiais de usucapião, uma urbana, em seu artigo 183, e uma rural, através de seu artigo 191. Essa opção constitucional pela valorização de aspectos sociais da posse pelo “trabalho e pela moradia demonstra a criação de tipos específicos que buscam nova conformação social do instituto, incluindo um abrandamento no rigor em relação ao terceiro de boa-fé.”³⁷⁸

É reveladora da proteção ao mínimo existencial a vedação da propriedade de outros imóveis pelo usucapiente rural. Ela visa evitar a utilização do usucapião para mera especulação, por pessoas que teriam condições de adquirir a propriedade através da simples compra, de forma onerosa.³⁷⁹ Ademais, é importante constatar, nesse sentido, que tal vedação se refere a imóveis rurais e também a urbanos, já que o possuidor deve residir e trabalhar na área possuída. Em verdade, “a usucapião especial não pode ser fonte de investimento ou propriedade rural de lazer. Ela se destina àquele que a defina como fonte de seu sustento e atividade.”³⁸⁰

³⁷³ PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1144.

³⁷⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 263.

³⁷⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 211.

³⁷⁶ PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1144.

³⁷⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 214.

³⁷⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 84.

³⁷⁹ PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1216.

³⁸⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 351.

É importante notar que a Constituição Federal de 1988 protege a pequena propriedade rural que serve de residência à família, conforme prova o inciso XXVI de seu artigo 5º, ao lhe afastar da possibilidade de penhora decorrente de débitos oriundos de sua atividade produtiva. Tal previsão é “medida de contenção do homem no campo, fortalecendo, assim, o setor primário de nossa economia e impedindo o crescimento desordenado das grandes metrópoles e o agravamento da crise social que assola nosso País.”³⁸¹ Pode-se ver aí, uma vez mais, uma proteção extra à dignidade humana através da garantia ao mínimo existencial, já que o objeto principal da proteção constitucional no caso não é a propriedade em si, mas sim a família nela residente. Por isso é vedada sua utilização por pessoas jurídicas.³⁸²

Araújo resume esse quadro evolutivo representado pelo Código Civil de 2002 destacando-o como decorrência da valorização da *posse-trabalho*, através do encurtamento dos prazos, se comparados ao Código Civil de 1916, no que tange às suas modalidades extraordinária e ordinária, tendo incorporado as modalidades constitucionais de usucapião. Foi no mesmo sentido a previsão do usucapião entre cônjuges pelo Código Civil, tendo sido ele escalado para a defesa da subsistência do ente familiar, uma *posse-família*.³⁸³

Já de acordo com a redação atual do parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil, o tempo de posse pode ser encurtado desde que a ocupação exercida seja destinada à moradia e qualificada pelo trabalho. Observa-se, assim, que o nosso “legislador incentivou a consolidação da propriedade em situações sociais relevantes pautadas pela moradia e pela atividade econômica de sustento do usucapiente e de sua família.”³⁸⁴

De acordo com a dicção do artigo 1.239 do Código Civil, é exigido que a posse seja de área rural. Sua localização deve ser, portanto, logicamente, fora do perímetro urbano dos municípios.³⁸⁵ É interessante observar que a área rural tem característica que lhe é própria, pois ela propicia não só a habitação do usucapiente, mas também a “criação de uma pequena unidade produtiva, composta pelo usucapiente e sua família. Uma forma de privilegiar a posse produtiva e fixar o homem no campo.”³⁸⁶

³⁸¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50.

³⁸² PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1216.

³⁸³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 328.

³⁸⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 339.

³⁸⁵ PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1217.

³⁸⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 354.

Nesses casos, face a exigência de moradia e trabalho sobre a área do imóvel, o possuidor, mantendo o tradicional *animus domini*, “deverá exprimir de forma mais enérgica seus atos de posse.”³⁸⁷

Em relação à usucapião especial urbana, ela é inovadora no direito pátrio não apenas pela particularidade de seus requisitos, mas também por ser a figura jurídica de criação mais recente no que tange a diferentes espécies de usucapião. A sua previsão apareceu no artigo 183 da Constituição Federal de 1988, a qual, com base no então Projeto de Código Civil, afirmou que o possuidor de área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados pelo período de cinco anos, sem interrupções ou oposições, adquirirá o seu domínio, desde que utilize o imóvel para sua moradia e não seja proprietário de outro imóvel.

Nas constituições brasileiras anteriores não havia constado essa modalidade urbana da usucapião, a qual visou “à regularização fundiária e garantia do direito fundamental à moradia para a população de baixa renda”³⁸⁸. Mas seu aparecimento não se deu ao acaso, mas sim num contexto de crescente valorização da função social da propriedade, conforme Araújo bem contextualiza nas seguintes palavras:

Não existe figura similar nas Constituições anteriores. Todavia, os fatos sociais não puderam ser evitados, o que impôs ao poder constituinte originário o dever de criar mecanismos de acesso à habitação. A função social da propriedade urbana está atrelada ao seu bom aproveitamento, e a necessidade de organização do espaço urbano é vital para o crescimento ordenado das cidades. Este fato transfere ao Município uma parcela importante na atribuição da fiscalização e cumprimento da finalidade social da propriedade, especialmente pelas diretrizes fixadas pelo Plano Diretor. Outra não é a dicção do art. 182, § 2º, da CF de 1988: ‘A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor’.³⁸⁹

O citado Plano Diretor, vale dizer, é a lei municipal que constitui o instrumento básico a ser utilizado para regular e organizar o desenvolvimento e a expansão urbana das cidades com mais de vinte mil habitantes e tem por base o Estatuto da Cidade, trazido pela Lei 10.257/2001, disciplinadora da forma de exercício do direito de propriedade relativamente a imóveis urbanos.

O Estatuto da Cidade regula o usucapião urbano nas modalidades individual, prevista em seu artigo 9º, e também coletiva, no artigo 10. Posteriormente, o Código

³⁸⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 357.

³⁸⁸ PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1219.

³⁸⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 368.

Civil de 2002 também regulamentou a usucapião urbana, em seu artigo 1.240, revogando a disposição estatutária³⁹⁰, mas sem distinções dignas de nota quanto aos requisitos e mantendo todas as previsões o mesmo escopo social.

Percebe-se, pois, que o direito pátrio contém três previsões normativas sobre o usucapião especial urbano. Segundo Araújo, “esta repetição normativa demonstra a importância do instituto como meio de cumprir a finalidade social da propriedade urbana.”³⁹¹ A usucapião urbana, além dos requisitos clássicos de posse e tempo, exige também a ausência de domínio de outros imóveis e a fixação da moradia do usucapiente no imóvel, o qual deve poder ser considerado urbano por sua localização e características. Para tanto, o “critério da localização é fundamental, sendo que a implementação da usucapião tem como alvo legitimar os loteamentos clandestinos dentro dos centros urbanos.”³⁹²

Destaca-se que a usucapião urbana, à semelhança da usucapião rural, exige a comprovação da negativa de propriedade de outros bens imóveis,³⁹³ de acordo com a previsão do parágrafo segundo do artigo 183 da Constituição Federal de 1988. Tal previsão, segundo Araújo,

reforça o caráter social dessa usucapião quando determina que o benefício não será conferido mais de uma vez ao mesmo possuidor. É uma forma de evitar a concentração e o abuso do mecanismo constitucional nas mãos de poucos. A finalidade do instituto não é propiciar o estímulo de ocupações para a revenda comercial, mas estimular a fixação da família em áreas urbanas, com aproveitamento de propriedades ociosas.³⁹⁴

Acrescente-se que a proibição de propriedade de outros imóveis revela que se trata de esclarecer através dessas normas legais que tais institutos visam à proteção do mínimo existencial, isto é, dos bens que realmente formam o essencial para uma vida com dignidade pelos possuidores. E, frise-se, apenas os bens essenciais a tal desiderato. Consequentemente, todas as demais propriedades, por não terem como fundamento a moradia e o trabalho do usucapiente, como aliás defendido há muito tempo por Locke³⁹⁵, não são suscetíveis de usucapião pelas modalidades especiais rural e urbana.

³⁹⁰ PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1219.

³⁹¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 369.

³⁹² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 371.

³⁹³ PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1219.

³⁹⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 370.

³⁹⁵ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 407-418.

A restrição de propriedade de outros bens pelo usucapiente merece ter interpretação extensiva para alcançar a posse de outros bens. Isso porque o registro gerador do direito de propriedade não pode ser considerado o objetivo da vedação. Isto é, não se pretende impedir que o usucapiente seja titular de dois registros, e sim que ele acumule para si o domínio de fato de vários bens imóveis, o que seria possível, bastando para isso não providenciar os registros de propriedade no Ofício de Registro de Imóveis.

O objetivo visado é evitar a utilização do instituto para o acúmulo patrimonial, direcionando-o à proteção do mínimo existencial. A conclusão é idêntica à de Araújo no sentido de que o “título demonstra a existência de propriedade, mas a comprovação de posse sobre outro bem imóvel também constitui fator impeditivo. Do contrário, a finalidade do instituto seria comprometida.”³⁹⁶

Também remete à ideia do mínimo existencial a leitura da previsão constitucional sobre a área ocupada, a qual não poderá exceder os duzentos e cinquenta metros quadrados, pois de forma alguma ele pode ser destinado à proteção da posse de “casas de luxo, mas a permitir moradia simples e digna, concedendo-se esta metragem como a necessária para a construção de um núcleo de habitação.”³⁹⁷

O Estatuto da Cidade, para além da previsão constitucional e do Código Civil de 2002, estende a usucapião urbana para as edificações de até duzentos e cinquenta metros quadrados. O lapso temporal da usucapião urbana, de forma idêntica ao da usucapião rural, é de cinco anos. Ademais, deve ser lembrado que, de acordo com previsões legais de regência, a “permanência contínua sobre o terreno não exige os requisitos da boa-fé ou justo título”³⁹⁸, contanto que seja “contínua, pacífica e com *animus domini*”³⁹⁹. (grifo do autor).

Além disso, há que se concordar com Araújo ao vedar a assunção de posses, pois se trata de garantir o mínimo existencial e não de facilitar o comércio de imóveis urbanos. Em suas palavras:

A possibilidade de *accessio possessionis* durante a vigência do lapso prescricional deve ser vedada. O objetivo do instituto é legitimar a moradia de pessoas necessitadas. A usucapião especial urbana destina-se às pessoas sem moradia, motivo pelo qual denomina-se *usucapio pro misero*. Com o fim de não estimular o comércio da própria

³⁹⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 371.

³⁹⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 371.

³⁹⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 376.

³⁹⁹ PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1219.

moradia, como sói acontecer em assentamentos rurais, a *accessio possessionis* deve ser repelida a todo custo.⁴⁰⁰ (grifo do autor).

Além disso, apesar de haver previsão legal expressa somente para a sua modalidade coletiva, há que se entender que o usucapião urbano exige o estado de miserabilidade do usucapiente, na medida em que ele só será reconhecido às “pessoas necessitadas, as quais não possuam outro imóvel para residência e moradia.”⁴⁰¹ Cremos que, para tal fim, deve ser entendido como *miserável* aquele que não possui bens necessários à formação do mínimo existencial à sua vida com dignidade e que, precisamente por isso, terá à sua disposição o usucapião para ajudar a alcançá-lo.

Por fim, a usucapião urbana ganhou nova submodalidade na usucapião entre cônjuges, também conhecida como usucapião *familiar*⁴⁰² para os casos de rompimento da unidade familiar, nos termos do artigo 1.240-A, trazido pela Lei 12.424 de 2011. A previsão legal é de que, com as condições de não ser proprietário de outro imóvel, aquele que exercer pelo prazo de dois anos a posse de imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados, cuja propriedade era dividida com o ex-cônjuge que tenha abandonado o lar, adquirirá seu domínio integral. Especifique-se que o caso trata de “abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família”.⁴⁰³

O parágrafo primeiro desse artigo prevê que o direito ao usucapião não será reconhecido mais de uma vez ao mesmo possuidor. Além disso, é importante ressaltar que esse “prazo de dois anos representa a menor fração temporal prevista em nosso sistema para a consolidação da propriedade imóvel.”⁴⁰⁴ A exiguidade desse prazo é justificada pela finalidade buscada, que é amparar a família que vive em condições de miserabilidade e que fora abandonada por aquele ente que devia zelar pela sua manutenção, o que justifica o amparo legal da família abandonada nessa situação.

Tais preocupações, reveladas pelas normas legais acima sublinhadas através dos qualificativos citados nas diferentes modalidades especiais de usucapião revelam que a propriedade e os demais direitos reais passam por uma grande mutação no que

⁴⁰⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 377.

⁴⁰¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 383.

⁴⁰² PELUSO, Cezar. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013. p. 1221.

⁴⁰³ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 333.

⁴⁰⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 401.

tange à sua prescrição. “Afiml, a inércia e a inatividade não se coadunam com o exercício da função social da posse e da propriedade no Direito moderno.”⁴⁰⁵

Seguindo tendência pós-moderna de encurtamento dos prazos legais face à possibilidade das pessoas tomarem decisões mais rapidamente,⁴⁰⁶ das breves linhas acima pode-se perceber que a tendência legislativa atual brasileira é pelo encurtamento do tempo de posse e pela valorização de sua função social, exercida através do trabalho e pela moradia da família do possuidor enquanto caracterizadores do mínimo necessário à sua existência com dignidade. Portanto, como afirma Godoy, “por penalizar o proprietário inerte, que não cumpre a função social da propriedade, o usucapião pode ser considerado como um instituto que concretiza a função social e econômica da posse.”⁴⁰⁷

Se a propriedade em si, que é uma coisa, estivesse em primeiro plano de proteção, e não a pessoa que pode ser a titular do direito à sua propriedade, os prazos da usucapião aumentariam. Por outro lado, se a dignidade humana, presente nos direitos à moradia, ao trabalho e ao mínimo existencial, é o que se busca, os prazos do usucapião tendem corretamente a diminuir, como se verifica no plano legislativo nacional atualmente. Em relação a prazos, especificamente com a intenção de encurtamento também do prazo temporal destinado ao procedimento da usucapião, com vista à busca de celeridade, foi instituída a modalidade extrajudicial de usucapião, tratada abaixo, após a sua forma judicial tradicional.

4.3 A via judicial da usucapião

Tendo em conta seu objetivo principal de obtenção da declaração do direito de propriedade sobre bens imóveis, de alta relevância social e econômica, a ação de usucapião tem importância destacada no sistema processual brasileiro, no qual passou por alterações substanciais recentemente, como procurar-se-á expor de forma sucinta no presente item da dissertação.

⁴⁰⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 382.

⁴⁰⁶ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 332.

⁴⁰⁷ GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional. O regime da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 105.

De fato, de acordo com Araújo, “a sentença de usucapião promove autêntica transmutação, ao conferir ao usucapiente o título dominial.”⁴⁰⁸ Para tal desiderato, enquanto o Código de Processo Civil de 1973 guardava um procedimento especial para a ação de usucapião, para o Código de Processo Civil de 2015 a usucapião de terras particulares deve seguir o procedimento comum, perfazendo uma alteração topológica profunda no que tange à sua regulação, o que, para Tartuce, representa verdadeira *revolução* no trato da matéria.⁴⁰⁹

A ausência de um procedimento com regras específicas a discipliná-lo não significa que o autor/usucapiente não tenha mais peculiaridades no procedimento a seguir, as quais derivam do próprio direito material regulador do usucapião. Assim, serão estudadas no presente item essas particularidades da antiga ação de usucapião, que vinha regulada pelos artigos 941 a 945 do Código de Processo Civil de 1973, naquilo em que focadas ao atingimento dos requisitos materiais do usucapião.

A ação de usucapião exige sempre a comprovação pelo autor de dois elementos básicos, previstos pela legislação civil, quais sejam, a posse e o tempo. Não é exagero, pois, a afirmação de Araújo de que, independentemente da previsão de procedimento específico a seguir, a “tangência entre o direito material e o processual se revela intensa neste procedimento.”⁴¹⁰ A própria manutenção da via judicial da usucapião agora passa a ter base na legislação material, como ilustra o caput do artigo 1.241 do Código Civil, ao prever a possibilidade de requerimento ao juiz da declaração de usucapião.⁴¹¹

Araújo disserta da seguinte forma a respeito dessa ausência de previsão específica de procedimento para o pedido de usucapião e suas principais consequências para os operadores do direito brasileiro:

Ao contrário do que poderia se esperar, esta alteração não simplificará o ajuizamento do pedido. Sem dúvida ainda é cedo para traçarmos um esboço dos efeitos desta alteração, mas qualquer operador experiente tem plena ciência de que as dificuldades da ação de usucapião advêm da complexidade do direito material. E mais, aos iniciados, a opção pelo procedimento ordinário exige um conhecimento preciso das leis especiais e uma atenção redobrada na fase de formação da relação

⁴⁰⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 444.

⁴⁰⁹ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 321.

⁴¹⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 444.

⁴¹¹ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 323.

processual. O pedido de declaração de domínio exige amplo contraditório, especialmente pela formação de matrícula registral com eficácia *erga omnes*.⁴¹² (grifo do autor).

Enfim, a eliminação da previsão da ação de usucapião como procedimento especial não altera o tratamento a ser dado ao tema. Em realidade, o que já havia ocorrido foi a eliminação da audiência de justificação da posse, operada pela Lei 8.951/1994, que praticamente eliminara a especialidade de tal ação.⁴¹³ Tal audiência tinha como escopo a comprovação da atualidade da posse, a qual era considerada condição indispensável ao prosseguimento da ação.

De qualquer forma, o Novo Código de Processo Civil traz duas regras relativas à usucapião, uma no parágrafo terceiro de seu artigo 246, exigindo a citação pessoal dos confinantes, e outra no artigo 259, prevendo a necessidade de serem publicados editais para emprestar publicidade à demanda.⁴¹⁴

A sua previsão como procedimento especial, no entanto, apesar de não representar particularidades em relação ao procedimento geral, permitia ao menos uma atenção e um cuidado especial para a prática forense. Agora, com a ausência de normas processuais específicas a seu respeito, como alerta Araújo, “o cuidado há de ser redobrado, pois as falhas quanto à formação do contraditório e correta instrução do pedido podem provocar prejuízos consideráveis às partes.”⁴¹⁵

A complexidade e o caráter multifacetado da posse, como já analisado no capítulo próprio, por ser requisito primordial em qualquer modalidade de usucapião, emprestam à essa ação uma complexidade ímpar no direito processual. Tal ação exige sempre comprovação, análise e avaliação de fatos, pois a posse *ad usucapionem* é um fato social, sem contar a sempre necessária demonstração objetiva do *animus domini* pelo seu autor.⁴¹⁶ Araújo reconhece também que sua “dificuldade advém do direito material, uma vez que a causa de pedir exige que o profissional domine um dos institutos mais difíceis do direito privado, que constitui a posse (art. 1.196 do CC).”⁴¹⁷

⁴¹² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 439.

⁴¹³ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1314.

⁴¹⁴ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 322.

⁴¹⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 444.

⁴¹⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1143.

⁴¹⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 440.

Igualmente colaboram para a complexidade da ação de usucapião a necessidade de obtenção de segurança através de um amplo contraditório e a análise de elementos de formação e concomitante perda do direito de propriedade. Assim, a ação de usucapião “exige provas testemunhal, documental e pericial na grande maioria dos casos, o que torna a fase de instrução imprescindível.”⁴¹⁸

Apesar de não se ignorar o entendimento de que “a ação de usucapião alberga ínsita contenciosidade”⁴¹⁹, só a efetiva ocorrência de eventual conflito entre as partes interessadas implica realmente na necessidade de ajuizamento da demanda perante órgão jurisdicional, “o qual é o único autorizado a dirimir os conflitos com poder de pacificação plena (coisa julgada).”⁴²⁰ A sua competência, que é da justiça estadual, é fixada pela localização do imóvel usucapido.⁴²¹

Em relação à causa de pedir, ela deve ser bem fundamentada, no sentido de apontar qual a modalidade de usucapião pretendida e o cumprimento específico de seus requisitos, eis que seu prazo, por exemplo, pode variar de dois a quinze anos, bem como outras peculiaridades relativas à forma de exercício da posse e o justo título.

Em relação à citação, deve ser observada a necessidade de providenciá-la em relação ao proprietário tabular do bem possuído, dos seus confinantes e até mesmo de réus residentes em locais incertos e eventuais interessados, devendo ser providenciada por edital nesses dois últimos casos.

Também devem ser citadas as Fazendas da União, Estado e Município onde localizado o bem para informarem eventual interesse no feito, como o seria no caso do bem ser público, o que impediria a ocorrência do usucapião. No caso da União manifestar interesse no feito, a competência passa para a Justiça Federal. O Ministério Público também deve intervir no feito, como fiscal da lei, sob pena de nulidade do processo, apesar de inexistir previsão expressa a respeito.⁴²²

Interessante observar, quando tratamos de celeridade, que a demora que costuma ocorrer já na fase de citação de ações possessórias leva réus a alegarem a ocorrência da prescrição aquisitiva de forma intercorrente durante tal fase. A situação

⁴¹⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 155.

⁴¹⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1099.

⁴²⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 495.

⁴²¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1213.

⁴²² TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 323.

foi pacificada com o entendimento de que a demora ocorrida em decorrência de “problemas *interna corporis* do Poder Judiciário não constitui causa para a prescrição intercorrente desde que o interessado tenha realizado todas as diligências que lhe eram cabíveis.”⁴²³ (grifo do autor).

A ação de usucapião é considerada real, já que visa o reconhecimento do domínio do bem pelo autor e a formação de título registrável no ofício de registro de imóveis competente. Entretanto, apesar de visar a declaração da propriedade, na ação de usucapião, o que o autor precisa demonstrar é a posse, isto é, é de posse que se trata, sendo a propriedade somente o reflexo da decisão do pedido posto em juízo. Mesmo considerando que o usucapiente não faz “nada mais do que sustentar a existência de melhor posse, e não do direito de propriedade”⁴²⁴ é possível que ele seja alegado como defesa pelo réu em ação possessória, como reconhecido pela Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal.⁴²⁵

Para Araújo, como a aquisição pela usucapião é originária, independente de transmissão, ocorre a “ultra-atividade do comando sentencial, que retroage até o início da posse do usucapiente, destruindo a matrícula anterior, bem como os gravames e ônus existentes sobre ela.”⁴²⁶ A sentença declaratória de usucapião, portanto, terá efeito *ex tunc*, que retroagirão ao momento em que o possuidor cumpriu os requisitos legais do usucapião.⁴²⁷ (grifo do autor).

Além disso, apoiado em Pontes de Miranda, Araújo afirma que a decisão prolatada “é sentença declaratória. A sentença apenas opera efeitos práticos, na medida em que permite a transmissibilidade deste domínio, trazendo publicidade e aumentando o valor econômico da propriedade pela criação do título.”⁴²⁸ Importante destacar nesse ponto que o próprio Código Civil de 2002 adotou de forma expressa a teoria declaratória ao prescrever que o possuidor pode requerer ao juiz que “seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel”.⁴²⁹

Ricardo Aronne, entretanto, ao distinguir as noções de domínio e de propriedade, assevera que ocorre a “aquisição do domínio assim que implementados

⁴²³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 143.

⁴²⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 136.

⁴²⁵ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 324.

⁴²⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 449.

⁴²⁷ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 913.

⁴²⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 562.

⁴²⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 564.

os requisitos e da propriedade, mediante ação declaratória⁴³⁰. Aronne também vai além ao esmiuçar, de forma ímpar, todos os efeitos da sentença de usucapião ao afirmar adquirida a

respectiva titularidade, mediante a respectiva sentença que reconhece seu domínio (declaratividade), lhe dá titularidade, fazendo-o proprietário (constitutividade), produz a publicidade registral através da nova matrícula que determina registro (mandamentalidade), retirando a oponibilidade do anterior proprietário, o usucapido, em face da baixa da anterior matrícula (desconstitutividade), e apreciando a sucumbência (condenatoriedade).⁴³¹

Por outro lado, ressaltando o caráter social do usucapião, mesmo naquelas situações em que o tamanho do imóvel usucapido está aquém das áreas mínimas estabelecidas pelas diretrizes públicas, Araújo defende que o pedido de usucapião deve ser julgado procedente, justificando-o de maneira que merece ser citada:

A usucapião revela uma situação fática de aproveitamento social do imóvel. Logo, se a pessoa conseguiu edificar, cultivar e sobreviver sobre uma área menor do que a legislação considera como mínima, tal fato não impede a aquisição da propriedade, ainda mais na modalidade de usucapião especial que insere a posse em sua magna função de tutela da dignidade da pessoa. Por meio dela confere-se o mínimo existencial que não pode ser negado àquele que pleiteia a propriedade urbana ou rural. E mais, a posse longeva reflete a inação do próprio Poder Público que sedimentou uma situação fática irreversível em relação ao usucapiente.⁴³²

Além disso, a prática judiciária revela que não é tarefa simples a obtenção da conciliação ou a mediação de conflitos que envolvem a usucapião.⁴³³ Araújo justifica-o da seguinte forma: “O interesse em jogo envolve a disputa pelo direito de propriedade, cuja expressão econômica clama pela litigiosidade.”⁴³⁴ Existe a possibilidade, contudo, de se chegar a bom termo em audiência de conciliação, pondo fim ao conflito, já que “o pedido tem natureza eminentemente patrimonial, e muitas situações podem ser pacificadas com a aplicação da mediação”.⁴³⁵ Nesse mesmo sentido pode ser lembrada a possibilidade de realização de transação pelas partes.⁴³⁶

⁴³⁰ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio. A teoria da autonomia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 71.

⁴³¹ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio. A teoria da autonomia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 192.

⁴³² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 461.

⁴³³ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1099.

⁴³⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 544.

⁴³⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 546.

⁴³⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 889.

Apesar da possibilidade teórica da conciliação, é importante ressaltar as dificuldades práticas para a criação de um ambiente propício à sua obtenção no âmbito do poder judiciário brasileiro, ao contrário do que ocorre no âmbito notarial, historicamente voltado à sua obtenção, como será visto mais adiante. Araújo alerta sobre o seguinte sobre tal situação:

O grande problema na realização desta audiência é que o juiz acabará sendo o responsável pela sua realização, na modalidade de conciliação. A formação profissional de conciliadores e mediadores é escassa e rara em nosso sistema. Até a organização de um quadro e da sua efetiva estruturação, a realização do ato irá acabar sobrecarregando a atividade judicante.⁴³⁷

Trata-se, como defende Ribeiro, da necessidade de o processo de usucapião correr com rapidez e ser capaz de proporcionar justiça, com economia de tempo e de despesas para os litigantes, de forma que ele deve ser estruturado “de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça”.⁴³⁸

Já em relação às modalidades especiais de usucapião, como a rural, que também se sujeitam atualmente ao procedimento ordinário conforme a previsão do artigo 1.046, § 1º, do novo Código de Processo Civil, Araújo defende a necessidade de o legislador estabelecer procedimento diferenciado, o que “seria fato salutar, pela necessidade de celeridade e de agilidade no seu trâmite e pelo escopo social e de proteção à dignidade da pessoa.”⁴³⁹ Justifica ele tal necessidade “não apenas a moradia, mas a produção econômica que visa a fornecer o mínimo existencial para as famílias que cumpram com a função social da posse.”⁴⁴⁰

A ação de usucapião de imóveis, em regra, não pode ser considerada entre aquelas de menor complexidade, tratadas pela Lei 9.099/1995, principalmente face à necessidade de promoção da citação editalícia, vedada pelo artigo 18, § 2º, daquela lei, bem como pela necessidade de produção de prova pericial em muitos casos.⁴⁴¹

Assim, apesar da possibilidade de adoção de procedimento sumaríssimo oferecida pelo artigo 1.063 do novo Código de Processo Civil, orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, as particularidades da usucapião não aconselham o seu trâmite perante o juizado especial. Por tais motivos, mais uma vez Araújo recomenda que “o ideal seria

⁴³⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 545.

⁴³⁸ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1351.

⁴³⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 363.

⁴⁴⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 363.

⁴⁴¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1111.

a criação de um procedimento especial para as formas de usucapião especial urbana simples, coletiva e rural.”⁴⁴²

Não cremos, entretanto, que inovações legislativas poderiam, no atual cenário brasileiro, operar milagrosamente a solução de problemas pelo Judiciário, como a morosidade, principalmente tendo em conta todas as inovações legislativas pelas quais passou o Código de Processo Civil de 1973, principalmente a partir dos anos 1990, que acabaram o transformando em verdadeira ‘colcha de retalhos’, sem se lograr êxito nas finalidades de busca de celeridade e efetividade da jurisdição, as quais acabaram justificando exatamente o nascimento do novo Código de Processo Civil e com ele a criação de institutos inovadores, voltados à desjudicialização de demandas, como o usucapião extrajudicial.

Por fim, é importante ressaltar também a possibilidade de julgamento antecipado do pedido de usucapião nos casos em que “a posse não se tornou controvertida por ausência de contestação dos confrontantes.”⁴⁴³ Essa situação de ausência de oponibilidade por terceiros acerca da posse exercida pelo usucapiente leva ao próximo capítulo, dedicado à via extrajudicial da usucapião e da celeridade que lhe pode ser associada.

4.4 A via extrajudicial da usucapião

Seguindo a tendência atual de desjudicialização em voga no cenário jurídico brasileiro atual, como apresentada no capítulo próprio, a via judicial também não é mais, necessariamente, a única possível para a usucapião, pois a Lei 11.977/2009, instituidora do programa Minha Casa, Minha Vida criou a sua modalidade administrativa, destinada à regularização de pequenas ocupações urbanas mirando a “maior celeridade de sua conversão em propriedade”⁴⁴⁴.

Tal forma de regularização fundiária, segundo o contido no artigo 46 daquela Lei, atualmente revogado, consistia em medidas de ordem jurídica, urbanística e ambiental com o fito de alcançar a regularização de assentamentos irregulares com o fornecimento de títulos legitimadores da ocupação para a garantia de seu direito à

⁴⁴² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 363.

⁴⁴³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 557.

⁴⁴⁴ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 338.

moradia, de acordo com a função social da propriedade urbana, preservando o meio ambiente.

Para além disso, a via extrajudicial também é possível atualmente, na forma prevista no artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015, de modo bem mais abrangente que aquela, como será visto adiante. O procedimento a ser seguido está previsto no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, na redação dada pelo artigo 1.071 do Novo Código de Processo Civil. É bom frisar inicialmente que a usucapião extrajudicial não é uma criação brasileira, pois o “Direito Português já alberga o instituto desde 2002, sendo que sua criação teve como foco a desjudicialização.”⁴⁴⁵

De acordo com o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, a usucapião extrajudicial demanda, de maneira relevante para o procedimento, a atividade de notários e registradores de imóveis desde o seu desencadeamento até a emissão de nova matrícula do bem atestando a sua propriedade pelo usucapiente.

O pedido de usucapião a ser apresentado perante o Ofício do Registro de Imóveis da situação do imóvel deve estar acompanhado de ata notarial na qual esteja certificado o prazo e as características da ocupação, além de outros documentos elencados nos incisos II a IV daquele artigo, como planta e memorial descritivo do imóvel, certidões negativas judiciais e documentos que demonstrem a posse. A par disso, as “intimações e cientificações serão observadas com rigor, sem prejuízo da formulação de suscitação de dúvida para esclarecimentos sobre os documentos apresentados.”⁴⁴⁶

A simplicidade do procedimento dispensa maiores elucubrações. Merece destaque, no entanto, que o prazo da prenotação perante o registro de imóveis, ao contrário da tradição registral brasileira, fica prorrogado automaticamente até a decisão final sobre o pedido. No caso de ser apresentada qualquer impugnação por terceiro ao pedido de usucapião, o procedimento deixa de ser administrativo e passará para a via judicial tradicional.

De fato, a via extrajudicial da usucapião na forma prevista no artigo 1.071 do novo Código de Processo Civil é apta a todos as modalidades de usucapião previstas no Código Civil, bem como daquelas prevista na Constituição Federal de 1988, sem

⁴⁴⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 420.

⁴⁴⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 85.

qualquer restrição ao uso de seu procedimento a não ser a falta de consenso entre os interessados.

Comparando os processos de divórcio com os de usucapião no que tange à possibilidade de alcançar a consensualidade na prática, Araújo reflete o seguinte:

muito embora desejável a solução consensual, ela não é facilmente verificada no dia a dia. A disputa pela posse e, conseqüentemente, pelo direito de formação da propriedade dificilmente alcança solução pacífica. No entanto, a experiência judicante indica que muitas causas podem ser solucionadas de modo consensual. A modificação é louvável, e exigirá esforço redobrado dos notários e registradores, ante a importância da matéria.⁴⁴⁷

Observando-se o procedimento contido no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos em comparação com o seu paralelo judicial pode-se perceber que a atividade do juiz na sua condução é substituída pelas atuações do notário e do registrador de imóveis, as quais devem ser integradas para a criação da matrícula do imóvel usucapido, como um “*juiz de fato e de direito* para a apreciação da usucapião, o que representa uma grande evolução na atuação dos Cartórios”⁴⁴⁸. (grifo do autor).

Araújo afirma, com base em sua experiência como magistrado, que

a via consensual é importante. Em muitas situações, especialmente perante possuidores titulados, não existe oposição de terceiros ao pedido. O ajuizamento da ação acaba sendo desnecessário e com custo alto. A via extrajudicial é via preferível pela celeridade, menor custo e pela economia processual.⁴⁴⁹

A ata notarial, elaborada por Tabelião de Notas, prevista no inciso I do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, desempenha papel equivalente ao da petição inicial no processo judicial, apesar de não identificar-se totalmente com ela já que o Notário, como profissional do direito, tem sua ação voltada à busca da verdade real, e não ao convencimento do magistrado, como visado pelo advogado em sua atuação judicial.

A ata notarial deve revelar todas as circunstâncias aptas a identificar a posse do usucapiente como, por exemplo, se ela se mostra mansa e pacífica, o que equivaleria à demonstração da causa de pedir na petição inicial. Em outras palavras, ela tem por objetivo primordial a demonstração da posse e do tempo, que são os dois “elementos essenciais para a formulação do pedido de usucapião em qualquer das

⁴⁴⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 426.

⁴⁴⁸ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 341.

⁴⁴⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 426.

formas previstas pelo Código Civil brasileiro e pela Constituição Federal de 1988”.⁴⁵⁰ Destaque-se que a ata notarial já é, por si, documento público dotado de força probante especial, na forma prevista pelo artigo 384 do atual Código de Processo Civil.

O tabelião de notas poderá se dirigir até o endereço do imóvel possuído para analisar a situação pessoalmente e poderá ouvir testemunhas, pois é da essência da ata notarial a presença dos fatos, *in loco*,⁴⁵¹ sendo que essa proximidade com a realidade é mais uma vantagem decisiva da esfera extrajudicial perante a judicial, pois é notória a escassez de casos em que juízes de direito dispõem de tempo e recursos para realizarem inspeções judiciais.

A respeito das circunstâncias que devem constar na ata notarial, notadamente nos casos das modalidades especiais de usucapião, nos quais ela deverá espelhar a realidade e indicar, por exemplo, se existe residência edificada no imóvel e qual sua área, Araújo ensina o seguinte:

Os elementos circunstanciais são aqueles que ‘colorem a posse’ (*ad colorandam possessionis*). Aquele que pleiteia a usucapião extraordinária com prazo abreviado, mediante a moradia e/ou realização de obras de caráter produtivo no local (art. 1.238, parágrafo único, do CC), precisará demonstrar os elementos que qualificam sua posse como especial.⁴⁵² (grifo do autor).

Além da ata notarial a ser apresentada pelo usucapiente, a necessidade de intimação a ser promovida pelo registrador de imóveis dos titulares de direitos averbados na matrícula do bem, a seu turno, torna necessária até mesmo a intimação de locatários do imóvel, e não somente daqueles titulares de direitos reais sobre ele, a qual é “exigência [que] não existe sequer na ação de usucapião.”⁴⁵³ De qualquer forma, crê-se que tal providência não dificultará nem atrasará o processamento do usucapião extrajudicial.

Sobre o mesmo tema, a notificação válida, mas sem resposta, impedia a convalidação do pedido, pois o silêncio era interpretado como discordância ao pedido.⁴⁵⁴ Apesar da defesa de tal medida ser considerada “correta pela seriedade quanto ao registro, o qual não só cria novo direito de propriedade, mas extingue o domínio do antigo titular,”⁴⁵⁵ ela foi abolida através da Lei 13.465 de julho de 2017,

⁴⁵⁰ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 428.

⁴⁵¹ BRANDELI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 75.

⁴⁵² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 429.

⁴⁵³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 432.

⁴⁵⁴ BRANDELI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 95.

⁴⁵⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 433.

que passou a presumir o silêncio dos notificados como concordância, emprestando ainda mais dinamismo ao procedimento e colaborando para a sua disseminação.

Se os interessados não forem localizados para receberem a notificação, não poderão ser cientificados por edital.⁴⁵⁶ Nesse caso, a usucapião deverá ser feita judicialmente. Os editais citados no § 4º do art. 216-A da Lei 6.015/1973 destinam-se somente à ciência de terceiros eventuais, à semelhança do edital previsto para o processo judicial de conhecimento, pois, como a matrícula imobiliária tem “eficácia *erga omnes*, não resta dúvida de que o edital para terceiros interessados tem como fim obter a eficácia do procedimento em relação à coletividade.”⁴⁵⁷ (grifo do autor).

Já em relação aos entes federados, uma vez providenciada a sua intimação, o seu silêncio implica anuência, e não impugnação ao pedido de usucapião.⁴⁵⁸ Para Araújo, não precisa ser expressa a concordância da União, do Estado e do Município, após esses entes serem intimados na forma prevista no artigo 216-A, § 3º, da Lei de Registros Públicos, pois o silêncio de tais entes “deve ser interpretado como desinteresse pela área usucapienda. Afinal, o interesse da Fazenda Pública é eventual e sua impugnação determina o encerramento da via administrativa.”⁴⁵⁹

Conclui-se, pois, que a modalidade extrajudicial veio em boa hora, como afirma Tartuce, justificando que “as ações de usucapião sempre demoraram muito tempo, chegando a ser até inviáveis em algumas situações concretas”.⁴⁶⁰ Brandelli, a seu turno, salienta a constitucionalidade e recomenda o seu uso como uma maneira de “tirar do Poder Judiciário matéria que não lhe é essencialmente afeta, colaborando assim para reduzir sua sobrecarga, logrando-se maior celeridade com igual nível de segurança jurídica”.⁴⁶¹

Entretanto, refletindo acerca dos cuidados do tabelião de notas ao lavrar a ata notarial com o detalhamento da posse exercida pelo usucapiente, bem como os do registrador de imóveis nas formalidades para a cientificação de todos os interessados e da necessidade de segurança jurídica e estabilidade para a criação de novas matrículas imobiliárias, Araújo adverte o seguinte:

⁴⁵⁶ BRANDELI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96.

⁴⁵⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 433.

⁴⁵⁸ BRANDELI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 98.

⁴⁵⁹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 434.

⁴⁶⁰ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016. p. 342.

⁴⁶¹ BRANDELI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 16.

O procedimento administrativo é positivo, contudo o seu sucesso não será simples. Existem muitas possibilidades de impugnação e, como há possibilidade de suscitação de dúvida por parte do interessado (art. 1.071 c/c 216-A, § 7º LRP), abre-se válvula que pode tornar o procedimento administrativo mais longo que o judicial.⁴⁶²

É tomando como base a advertência acima que, à luz das aptidões e dos possíveis entraves práticos e legais que a matéria apresenta, será analisado no capítulo seguinte o papel que o procedimento extrajudicial de usucapião pode exercer para a concretização da dignidade da pessoa humana.

4.5 A usucapião extrajudicial como forma de concretização da função social da propriedade com respeito à dignidade da pessoa humana

A fim de poder bem analisar a previsão legislativa brasileira da usucapião extrajudicial, cremos ser necessário, antes de mais nada, ter em mente que a dignidade da pessoa humana “tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele pode fazer numa sociedade política”⁴⁶³.

A dogmática jurídica não produz arte, como o artesão ao confeccionar uma estátua, a qual é feita para ser admirada; mas sim produz ferramentas, que devem se mostrar úteis para as pessoas, merecedoras dessa utilidade por força de sua dignidade. Da mesma forma, o procedimento extrajudicial do usucapião deve ser útil para o usucapiente, de forma que tudo o que impede ou atrasa o atingimento desse fim ofende a dignidade da pessoa que o utiliza.

Nas palavras de Araújo: “Em suma, a viabilidade de uma técnica jurídica deve ser avaliada quanto aos resultados que ela provoca no ambiente jurídico e social. Afinal, o direito é ciência social e cultural.”⁴⁶⁴ Além disso, como afirma Buffon com base em Jorge Miranda, “a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta”⁴⁶⁵.

Assim, com base na citação de Paulo Lôbo feita por Guilhermino e Cunha Frota de que “depreende-se da Constituição que a utilidade e a ocupação efetivas são

⁴⁶² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 62.

⁴⁶³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009. p. 79.

⁴⁶⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 535.

⁴⁶⁵ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 124.

determinantes, prevalecendo sobre o título de domínio⁴⁶⁶ é de ser feita indagação sobre qual a ferramenta jurídica a ser utilizada para concretizar essa vontade constitucional.

No caso do usucapião, seu papel é exatamente ser a ponte que liga o exercício da posse ao direito de propriedade do bem. Afora o aspecto econômico, o qual não deixa de ser importante, a posse exercida através da fixação da moradia e do trabalho do usucapiente e de sua família humilde ressalta a importância do reconhecimento da propriedade através do usucapião.

Sarlet ensina de forma ímpar que, em casos tais

a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade. Nesse contexto, poder-se-á falar até mesmo de um direito fundamental à aquisição da propriedade por usucapião nos casos em que a prescrição aquisitiva esteja fundada na função social da posse, o que se verifica especialmente nas hipóteses do usucapião especial urbano e rural, previsto nos artigos 183 e 191 da Constituição Federal de 1988⁴⁶⁷.

A tal respeito, Sarlet também cita caso decidido pela Corte de Apelação de Paris no qual se opunham o direito de propriedade e o de moradia, reconhecendo o segundo através de sua recondução ao princípio da dignidade da pessoa humana para o fim de restringir o primeiro, proibindo o proprietário de abusar de seu direito “notadamente quando configurado o abandono, de tal sorte que, nestas circunstâncias, deverá prevalecer o direito à moradia, já que exigência para uma vida com dignidade”⁴⁶⁸.

Na mesma linha decisão do Tribunal Constitucional de Portugal que, reconhecendo o direito fundamental de habitação, apesar de positivado naquele país como um direito social condicionado à ‘reserva do possível’, na dependência de recursos disponíveis, por ser ele “fundado na dignidade da pessoa humana, implica sempre um mínimo que o Estado deve satisfazer, inclusive impondo restrições aos

⁴⁶⁶ GUILHERMINO, Everilda Brandão; CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. Novos arranjos jurídicos ligados ao pertencimento: uma análise sobre o princípio da função social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 237.

⁴⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 133.

⁴⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 140.

direitos do proprietário privado”⁴⁶⁹. De fato, como afirma Buffon citando Béatrice Maurer, “atualmente, os direitos humanos parecem assumir outra dimensão. Eles não estão mais centrados na propriedade, mas na dignidade.”⁴⁷⁰

O direito à moradia, da mesma forma, mesmo que não seja sinônimo de propriedade, guarda conexões evidentes com ela na medida em que o reconhecimento da propriedade do imóvel que serve de moradia à pessoa protege e dá segurança para a sua utilização. Citando Hegel, Sarlet afirma que “a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa”⁴⁷¹. Assim é defendido o “estatuto jurídico-constitucional do patrimônio mínimo, que em certo sentido, não deixa de guardar conexão com a ideia de um mínimo existencial para uma vida com dignidade”⁴⁷².

Por outro lado, ao tratarmos da celeridade processual e da necessidade de sua observância como condição de obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, estamos falando da passagem do tempo, considerado como o intervalo decorrente entre dois termos, que é ele próprio requisito fundamental para o usucapião “como forma de pacificação dos conflitos que poderiam surgir pela *provisoriedade indesejada* na situação do possuidor com *animus domini* que, após certo tempo, consolida o domínio a seu favor.”⁴⁷³ (grifo do autor).

A importância da passagem do tempo para as relações jurídicas de um modo geral é muito grande. De fato, segundo Araújo,

Há direitos que não podem ser exercidos senão após certo tempo; outros que só podem ser exercidos por determinado tempo. É certo que geralmente o tempo não é o único elemento da relação jurídica, por depender de outros fatores para o afloramento do fato jurídico, como na usucapião, na qual a posse também configura elemento essencial. No instituto da usucapião o tempo assume importância vital, tendo-se em vista que a base da sua concretização depende da inércia prolongada do proprietário, o qual permite a transformação de uma situação fática em jurídica em favor do possuidor. O tempo prolongado é exigido para todas as espécies de usucapião.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 141.

⁴⁷⁰ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 127.

⁴⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 134.

⁴⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 134.

⁴⁷³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 526.

⁴⁷⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 244.

Voltemo-nos agora a outra forma de manifestação da passagem do tempo, a do processo judicial. Todo processo, como desencadeamento sucessivo de atos, logicamente demanda certo prazo para ser concluído. A decisão judicial nunca poderá ser proferida instantaneamente ao pedido, pois para se chegar até ela há um procedimento a ser seguido.

Além do mais, o “procedimento judicial, mais que um mero formalismo, é formalidade essencial, pois permite o acompanhamento dos atos processuais e possibilita a ampla defesa (*due process of law*).”⁴⁷⁵ (grifo do autor). Câmara acrescenta que “um processo rápido e que não produz resultados constitucionalmente adequados não é eficiente”.⁴⁷⁶

O tempo do processo, entretanto, pode assumir duas facetas distintas, como bem explica Araújo:

Com base em clássica lição de Calamandrei, o tempo poderá assumir no procedimento judicial duas facetas: uma *fisiológica* e outra *patológica*. A fisiológica caracteriza o tempo que todo o processo necessita ter para que as etapas do procedimento transcorram, possibilitando a formulação de pedidos e a produção de provas pelas partes (*ne precedat iudex ex officio*), bem como possibilitando a formação do livre convencimento do magistrado. No campo patológico ressalta-se a importância da tutela antecipada. Se todo processo deve durar certo tempo, não há dúvida de que a morosidade e a paralização imotivada do processo traduzem teratologia processual. O processo necessita de uma duração razoável, ou seja, suficiente para permitir o amplo contraditório, e não tão longa a ponto de levar ao perecimento do direito.⁴⁷⁷ (grifo do autor).

É importante observar, entretanto, que as justificativas usualmente levantadas para a demora para a solução dos processos pelo Poder Judiciário, como número expressivo de processos, falta de recursos financeiros, falta de servidores e de infraestrutura, não podem ser alegadas pelos delegatários de serviços de notas e de registros, os quais podem desempenhar sua atividade de forma privada, sem a necessidade de licitação para aquisição de equipamentos e insumos, nem de concurso público para contratação de funcionários, por exemplo.

Isso tudo implica em agilidade e racionalização de procedimentos, os quais se mostram necessários até mesmo para que os cartórios, que de fato são administrados como empresas privadas, possam gerar lucro aos seus titulares, como prêmio por uma atividade prestada com zelo e administrada com eficiência. Enfim, através da

⁴⁷⁵ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 527.

⁴⁷⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 19.

⁴⁷⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 527.

atividade dos cartórios extrajudiciais, os pedidos formulados pelas pessoas podem ser atendidos num menor intervalo de tempo.

De fato, em decorrência dos ditames legais, o delegatário que não presta o seu serviço com presteza, obedecendo a todos os prazos legais previstos para cada ato de sua serventia, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança ao acervo, será penalizado, podendo vir a perder a delegação, obtida através de concurso público.

Dessa forma, a população por regra tem nos serviços extrajudiciais a celeridade, simplificação de procedimentos e a modicidade de custo dos emolumentos, os quais são legalmente fixados anualmente por cada estado da federação segundo os ditames da Lei 10.069/2000, características que não se pode esperar de serviços públicos, entre eles a justiça prestada pelo Poder Judiciário. Ressalta-se que a atividade notarial e registral é naturalmente voltada à mediação, como reconhecido pela Corregedoria Nacional de Justiça, através do Provimento 67, de março de 2018.

É de se ressaltar também o alcance social do usucapião extrajudicial no que tange à regularização de moradias urbanas, face à necessidade de respeito à gratuidade para pessoas de baixa renda, ônus a ser suportado pelos notários e registradores, do qual certamente não se furtarão, como já ocorrera no passado quando isentados de emolumentos os registros de nascimento e de óbito, fazendo jus à sua importância social, pois tão indispensável às pessoas quanto sua certidão de nascimento para exercício da cidadania é a regularidade dominial de seu lar.

Aliás, um dos motivos da atual crise do Estado Social é que “o desequilíbrio orçamentário decorrente da expansão dos gastos sociais do Estado produz déficits públicos, que penalizam a atividade produtiva, provocam inflação e desemprego”⁴⁷⁸. Assim, ao possibilitar o reconhecimento do direito de propriedade à população de baixa renda sem onerar os cofres públicos, o usucapião extrajudicial surge como uma forma alternativa viável de prestar justiça social dentro da atual conjuntura econômica nacional, mudando o paradigma vigente de crença de que ela só poderia ser prestada através de desapropriações, às expensas de uma máquina estatal virtualmente falida.

Por outro lado, do ponto de vista do usucapiente, se é exigido o sacrifício de uma parte da vida da pessoa equivalente a cinco anos para que ela possa alcançar a

⁴⁷⁸ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43.

propriedade de um bem sobre o qual ela exerceu posse e no qual tem a sua moradia e exerce a atividade laboral necessária para garantir seu sustento, a sua dignidade impede a perda de outros cinco anos para a declaração de seu direito, por exemplo.

Isso ocorre porque, em se tratando de usucapião, na prática há sempre dois lapsos temporais a serem considerados: o tempo de exercício da posse e também o tempo necessário para o reconhecimento do cumprimento dos requisitos do usucapião pela autoridade competente, seja ela judicial ou extrajudicial. Cremos que esse segundo lapso temporal não pode ser olvidado porque é na concretização do direito de propriedade do usucapiente que repousa o respeito à sua dignidade.

Se no passado a posse imemorial poderia ser admitida, ou prazos longuíssimos que praticamente impediam o cumprimento do requisito temporal da usucapião, a história revelou primeiramente a necessidade de fixar o tempo da posse para a prescrição aquisitiva e, depois, a necessidade de diminuir esse lapso para valorizar a função social desempenhada pela moradia e pelo trabalho de famílias humildes como benéficas à segurança social.

Agora, o que a época atual clama é pela fixação de prazo para a conclusão do procedimento da usucapião, porque sua demora, ou mesmo a sua indefinição, acaba por ofender a dignidade do usucapiente, da mesma forma como que não é de bom trato que digamos, a quem nos faz uma pergunta, que não sabemos quando lhe daremos as resposta.

Assim, os princípios processuais a serem obedecidos, a falta de recursos financeiros, de recursos humanos e de infraestrutura, não pode significar que as partes não possam alcançar a resposta do judiciário a seu pedido.

Por outro lado, mesmo considerando que a atividade prestada pelos cartórios extrajudiciais em regime privado, por delegação estatal, não padece de tais mazelas, tendo a celeridade como um de seus característicos, se a usucapião extrajudicial continuar sem prazos pré-definidos para todas as etapas de seu procedimento, como é da tradição do direito notarial e registral nacional, é provável que não signifique nenhum avanço social em muitos casos concretos, nos quais o pedido pode 'sair da mesa do juiz e passar para a mesa do registrador'.

Se as regras jurídicas permitem dez anos de espera para que as pessoas possam alcançar o direito de propriedade numa ação de usucapião, quando os seus requisitos de direito material foram cumpridos em dois ou em cinco anos, a dignidade da pessoa humana não o permite. A análise sociológica dessa situação revela que

usucapião sem celeridade no seu procedimento desrespeita a dignidade humana ao dar primazia a formalidades em prejuízo ao usucapiente.

Enfim, talvez uma conclusão possível da pesquisa efetuada é a de que, no nosso momento histórico, talvez não seja hora de se avançar mais um passo em prol do reconhecimento de novos direitos, mas sim de retroceder um passo, para reencontrar o homem, concretamente considerado, em toda sua dignidade, algo que pode ter sido perdido em algum momento do desenvolvimento da teoria do direito e que permitiu que um processo judicial viva enquanto a parte a quem ele aproveita perde aos poucos a sua vida, ou até mesmo encontre a sua morte, numa espera infindável.

Como adverte Barroso sobre as decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos,

a dignidade está na base dos diversos direitos fundamentais e consubstancia parte do núcleo essencial desses direitos. Desse modo, pode haver casos em que os direitos vão colidir e, conseqüentemente, a dignidade humana poderá ser razoavelmente invocada pelos dois lados em disputa. Quando isso acontece, a Corte terá que decidir, em situações concretas, qual resultado melhor concretiza os valores constitucionais e os interesses protegidos⁴⁷⁹.

É bom que seja frisado nesse momento que não se está defendendo aqui o fracasso da dogmática jurídica, ou do direito processual especificamente, mas sim do seu resultado social, campo onde reside a dignidade da pessoa humana. Há que se concretizar os direitos fundamentais num procedimento suficientemente célere e de baixo custo financeiro e social.

A dignidade da pessoa humana, nesse sentido, torna-se o *teste de ferro* pelo qual toda regra legal, por mais específica e moralmente neutra que possa parecer, deve passar. Assim, a alteração da autoridade competente para desempenhar a tarefa de reconhecimento de direito fundamental de um cidadão, sem limitar no tempo a sua realização, muda o problema de lugar e não ajuda na sua concreção pelo destinatário final da norma, razão pela qual ofende a dignidade humana.

Conseqüentemente, em homenagem aos aspectos jurídico-projetivo e jurídico-propositivo da presente pesquisa⁴⁸⁰, detectamos como tendência futura do instituto jurídico do usucapião judicial a necessidade de proposição de mudança legislativa

⁴⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 53.

⁴⁸⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica. Teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 39.

concreta em relação à atual regulação legislativa contida no 216-A da Lei de Registros Públicos para a inclusão de prazo expresso para a conclusão do procedimento, o qual poderia ser fixado entre noventa e cento e vinte dias, tendo em conta a quantidade e a complexidade dos atos a serem praticados.

Como a atividade dos cartórios extrajudiciais, apesar de ser essencialmente pública, é exercida de forma privada, através de delegação, tem mais condições de oferecer serviços com respeito à dignidade de seus usuários através da celeridade no seu procedimento, o que pode ser garantido com a previsão legal de prazo para a sua conclusão, podendo até mesmo ser o mesmo estendido por períodos certos, em hipóteses específicas, mediante justificativa suficiente, não imputável ao registrador condutor do processo.

A passagem do tempo faz parte do próprio conceito de usucapião, para cuja ocorrência se faz necessário determinado período de exercício de posse, de forma que entendemos ser necessário que esse tempo seja controlado também para que o encurtamento dos prazos legais de posse para valorizar a sua função social não sejam sacrificados com um processo de reconhecimento da propriedade que se prolongue por um período até mesmo maior do que aquele. O respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana o exige.

5 CONCLUSÃO

O conceito da dignidade da pessoa humana permaneceu historicamente o mesmo em sua essência, isto é, como o merecimento de uma consideração especial. Foi sendo alargado, contudo, o conjunto dos seres que poderiam ser considerados dignos, de uma determinada classe de pessoas para ao final alcançar todos os seres humanos, em igualdade de condições e colocando-os acima de qualquer coisa, com a necessária lembrança que o Estado e o Direito, independentemente de qualquer justificativa, são meros objetos, criados para servir àqueles que possuem dignidade, que são as pessoas que residem em seu território e que devem cumprir as suas leis democraticamente promulgadas.

A necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana, por sua vez, não se impôs como uma teoria simples e atraente, mas sim através de uma imposição social após o genocídio provocado pela Segunda Guerra Mundial, uma derrota de toda a humanidade que provocou também uma derrota do Positivismo contra a Moral em sua batalha no campo do Direito, e apareceu nele a dignidade humana exatamente como essa ligação necessária do Direito positivado com a Moral, legitimando-o, como um todo e a cada uma de suas regras. A dignidade humana mostrou-se como um farol a apontar a direção correta na produção e na aplicação das regras jurídicas, para que elas não se desviem nem se distanciem do homem. Aliás, de cada homem, em todo caso concreto.

Por essas e outras razões, como a tortura e a censura sofridas durante a ditadura militar, a Constituição Brasileira de 1988 é comprometida com a realização do Estado Democrático de Direito, o qual pauta-se pela observância da dignidade da pessoa humana, segundo deflui da leitura de seu artigo 1º, através da concretização dos direitos fundamentais constantes de seu artigo 5º, com o objetivo de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdade sociais, pois elas se mostram como pressupostos negativos para o respeito aos direitos humanos na medida em que tais mazelas implicam a não formação do mínimo existencial para uma vida com dignidade pelas pessoas.

Com base no trabalho desenvolvido, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é base e também é expressada em todos os direitos fundamentais, mesmo que de diferentes formas e em diferentes graus de intensidade, de forma direta ou indireta. Ela pressupõe em primeiro lugar o direito à vida; em segundo à integridade

física das pessoas, seguida pela liberdade, tanto física quanto moral, como a livre locomoção e a liberdade de crença. Ela exige também, entre outros direitos fundamentais, a igualdade, não só a igualdade formal liberal, mas também a material, com a garantia do mínimo existencial, num meio ambiente sadio e propício ao desenvolvimento humano.

Além disso, a dignidade humana exige não apenas a sua positivação através de uma previsão legal, mas sim a concretização de cada um desses direitos para cada pessoa, e a falta de celeridade nesse processo de concretização pode significar não somente um atraso, mas a sua própria não realização, o que se busca evitar atualmente através da desjudicialização, movimento no qual foi criado o usucapião extrajudicial, como forma de diminuir a distância temporal das pessoas em relação ao reconhecimento do direito de propriedade sobre seus bens, principalmente em relação àqueles que constituem sua moradia e fonte de subsistência como local de desenvolvimento de suas atividades laborais.

Assim, a fim de compreender o usucapião como uma forma de alcançar meios materiais mínimos para uma vida com dignidade, procurou-se, mesmo de uma forma acanhada, tratar do longo e complexo processo civilizatório através do qual a espécie humana se desenvolveu, na ininterrupta busca de sua subsistência, o qual iniciou enfrentando animais ferozes e passou de um estágio de simples uso dos bens para outro no qual buscou a exclusividade desse uso, seguido ainda de outro no qual a força estatal foi utilizada para o reconhecimento e proteção dessa exclusividade, o que tentou-se resumir respectivamente nas ideias de detenção, posse e propriedade dos bens. Chegou-se por fim ao mundo globalizado onde hoje se encara uma nova era, marcada por um sentimento antissocial e tirânico que vem se desenvolvendo patologicamente, inclusive nas crianças, desde a sua mais tenra idade, através da ausência de imposição de limites e desvalorização da solidariedade e da fraternidade, mais relacionadas aos deveres fundamentais de cada cidadão do que com os direitos que lhe são ordinariamente atribuídos.

Essa nova era, chamada cibernética, diferentemente das demais revoluções anteriores da humanidade, é poupadora de mão-de-obra, o que diminui o emprego e com ele a possibilidade financeira de obtenção do mínimo existencial necessário a uma vida com dignidade pelas pessoas, percebendo-se que a tecnologia, em seu atual estágio de evolução, alcança a cada dia um novo patamar de eficácia e, ao invés de servir ao homem, tem em si mesma a sua finalidade, através da robótica, da

nanotecnologia e da inteligência artificial, com máquinas voltadas a si próprias, e não ao homem.

Nesse cenário, deve ser levado em conta que a propriedade dos bens, antes de ser um instituto jurídico, é um instituto econômico, e o direito à vida, à igualdade e à propriedade devem, em conjunto, implicar na possibilidade de apropriação por todas as pessoas do mínimo necessário à sua sobrevivência. A propriedade declarada pelo usucapião é aquela que é fruto da posse exercida no mundo fático, a posse-trabalho, com a consequente propriedade-trabalho, como defendida por Locke, de uma forma apta a garantir o respeito da dignidade humana, como expressão legítima de sua autonomia e primazia, como advogada por Kant.

Os pensadores clássicos, se poderia dizer, *voltam à vida* no presente trabalho, para ressuscitar o verdadeiro fim da usucapião: o possuidor. A finalidade do instituto do usucapião não é a propriedade, como pode aparentar à primeira vista, mas sim a pessoa que exercita a posse de forma a cumprir sua função social. Assim, o procedimento de usucapião que não tem um prazo para ser concluído, que pode demorar muito tempo para sê-lo, é apenas uma forma de defesa de uma propriedade antissocial e não da dignidade daquela pessoa que visa ao reconhecimento de seu direito para o fim de obter segurança quanto à manutenção e proteção do mínimo necessário à sua subsistência.

No que tange à propriedade, a que merece ser reconhecida e respeitada por toda a sociedade é exatamente aquela que, refletindo a dignidade da pessoa humana, tem a sua função social levada a cabo pelo seu titular. Sob esse aspecto, o usucapião extrajudicial, por sua celeridade e baixo custo, pode ser a forma do Estado dar reconhecimento e proteger as condições mínimas para uma vida com dignidade pelos mais humildes através do oferecimento do manto protetivo da declaração de propriedade sobre o imóvel que serve como sua habitação e fonte de seu sustento e de sua família.

Assim, tomando a dignidade da pessoa humana como um limite à aplicação dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que um procedimento extrajudicial de declaração de propriedade através de usucapião que possa demorar anos para ser concluído, como usualmente ocorre com o judicial, sob a alegação de necessidade de respeito a direitos fundamentais de ordem processual, não respeita a dignidade das partes.

Enfim, há necessidade prática de previsão de um limite, e o limite proposto no presente trabalho é o temporal, isto é, a fixação legal de um prazo para a conclusão do procedimento extrajudicial de usucapião, a fim de diminuir a distância temporal que separa os usucapientes do reconhecimento da propriedade dos bens sob sua posse. Sob esse aspecto, em consonância com a tendência de encurtamento do tempo de posse necessário para a declaração do usucapião previsto pelas leis materiais a fim de privilegiar a sua função social, notadamente quanto à moradia e ao trabalho, requer-se um procedimento que possa ser célere e desburocratizado, papel que só pode ser exercido pelo usucapião extrajudicial, servo da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. Evolução Histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. A função social na experiência brasileira e seu impacto na ressignificação da liberdade contratual nos 30 anos da CF/88. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, p. 125-136, 2018.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio. A teoria da Autonomia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 107-125, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo; PINTO, Gerson Neves. *O Direito e suas narrativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BAUMAN, Zigmund. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 7, p. 191-224, 2008.

BERNARD, Guillaume. L'évolution de la notion de dignité em droit. Intervenção no 7º Seminário de Peritos, Paris, 2007. Dalloz, p. 09-18, 2008. Disponível em: <http://www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr/sites/default/files/Dalloz%202008%20p9-18.pdf>. Acesso em 09/09/2018.

BRANDELI, Leonardo. *Usucapião administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 1948.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Lafonte, 2017.

FACHINNI NETO, Eugênio. *A função social do direito privado*. in TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995.

GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional. O regime da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1999.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUILHERMINO, Everilda Brandão; CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. Novos arranjos jurídicos ligados ao pertencimento: uma análise sobre o princípio da função social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 235-261.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica. Teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Safe, 1998

HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

JACKSON, Vicki C. Constitutional dialogue and human dignity: states and transnational constitutional discourse. *Georgetown Law Faculty Publications*, Georgetown, v. 65, p. 15-40, 2004.

KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2011.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MÄKINEN, Virpi. Rights and duties in late scholastic discussion on extreme necessity. *The new synthese historical library: Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, Dordrecht, v. 59, p. 37-62, 2006.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Usucapião extrajudicial*. Curitiba: Juruá, 2017.

MERCIER, Guy. Prémisses d'une théorie de la propriété. *Cahiers de géographie du Québec*, Québec, v. 30, n. 81, p. 319-341, 1986.

MOUTINHO, Maria Carla G. A desapropriação da posse e sua função social. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). *A função social nas relações privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 263-274.

PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2013.

PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. Roma: Athenaeum, 1928.

PLATÃO. *Obras completas de Platón*. Buenos Aires: Anaconda, 1946.

PROULX, Daniel. Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles. *Revue du Barreau*, n. especial, p. 485-542, Québec, 2001.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAWLS, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2009.

REALE, Miguel. Visão Geral do projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 752, 1998.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Hugo Thamiir. A função social da propriedade urbana. Santa Cruz do Sul: um caso em estudo. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 1, p. 39-64, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 35, n. 117, 2009.

ROCHA, Leonel Severo e outros. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SALEILLES, Raymond. *La posesión*. Madri: Libreria General, 1909.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: Centro editorial de Gongora, 2004.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, 1998.

SMITH, Roberto. *Propriedade da terra e transição*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e dimensão jurídica no Brasil. Recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015.

TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2016.

TIERNEY, Brian. Dominion of self and natural rights before Locke and after. *The new synthese historical library: Transformations in medieval and early-modern rights discourse*, Dordrecht, v. 59, p. 173-206, 2006.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.