



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS – FAJS**

**AMANDA DE SOUZA ALENCAR**

**NOVO INSTITUTO DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA:  
uma análise sobre a ótica da função social da propriedade**

**BRASÍLIA -DF**

**2019**

**AMANDA DE SOUZA ALENCAR**

**NOVO INSTITUTO DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA:  
uma análise sobre a ótica da função social da propriedade**

Projeto de Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Júlio César Lérias  
Ribeiro

**BRASÍLIA -DF  
2019**

**AMANDA DE SOUZA ALENCAR**

**NOVO INSTITUTO DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA:  
uma análise sobre a ótica da função social da propriedade**

Projeto de Monografia apresentada como  
requisito para a conclusão do curso de  
graduação em Direito do Centro  
Universitário de Brasília-UniCEUB.

**Brasília,**

**Banca Examinadora**

---

Msc. Júlio César Lérias Ribeiro  
Orientador

---

Prof.

Examinador

## RESUMO

O presente trabalho teve por objeto o estudo do instituto da legitimação fundiária, trazido pela nova lei de regularização fundiária 13.465/2017, se em suas hipóteses de aplicação no âmbito das REUB-E e REURB-S, é capaz de cumprir com a função social da propriedade e do direito à moradia, garantias constitucionais que devem ser obrigatoriamente observadas no âmbito de qualquer processo de regularização fundiária. À luz da doutrina, legislação vigente e das ações diretas de inconstitucionalidade, a problemática de estudo buscou demonstrar que o supramencionado instituto, em suas hipóteses de aplicação, carece de requisitos que proporcionem mais segurança jurídica aos adquirentes de unidades imobiliárias nos núcleos urbanos informais. A legitimação fundiária, por se tratar de instituto que garante a titularização de propriedade, bastando que o indivíduo habite um núcleo urbano informal constituído desde a data de 22 de dezembro de 2016, sem demais requisitos, em sua aplicação prática, fere as supracitadas garantias constitucionais, eis que a maioria dos núcleos urbanos informais constituídos não garantem direito à moradia digna, e, que, nem todos os que detêm a ocupação destas áreas podem estar fazendo uso de boa-fé do local para moradia ou produtividade, podendo gerar abertura para especulação e grilagem de terras. Neste tocante, se destacam as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5771, 5787 e 5883, de relatoria do Ministro Luiz Fux, até a presente data, no aguardo para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, que questionam a constitucionalidade do instituto objeto deste estudo quanto ao cumprimento da função social da propriedade, bem como da garantia do direito à moradia digna.

**Palavras chave:** Direito Urbanístico, Regularização Fundiária, Função Social da Propriedade, Legitimação Fundiária, Direito à moradia.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>1 A DOCTRINA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE .....</b>	<b>9</b>
1.1 Direito à propriedade.....	9
1.2 Função Social da Propriedade .....	15
1.3 Direito à moradia .....	22
<b>2 ANÁLISE CRÍTICA DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE .....</b>	<b>28</b>
2.1 Legitimação Fundiária.....	28
2.2 Legitimação Fundiária à luz da Constituição Federal de 1988 .....	37
2.2.1 Legitimação Fundiária à luz da legislação infraconstitucional.....	43
2.2.1.1 Lei 13. 465/2017.....	43
2.2.1.2 Lei 11.977/2009 - Minha Casa Minha Vida, Código Civil de 2002 e Estatuto da Cidade.....	46
<b>3 ANÁLISE CRÍTICA JURISPRUDENCIAL DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA: PERSPECTIVAS DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NO STF 53</b>	
3.1 ADI 5771 - Supremo Tribunal Federal – Ministro Relator Luiz Fux .....	53
3.2 ADI 5787 – Supremo Tribunal Federal – Ministro Relator Luiz Fux.....	55
3.3 ADI 5883 - Supremo Tribunal Federal – Ministro Relator Luiz Fux .....	58
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa o estudo do instituto da legitimação fundiária, instituto trazido pela Lei 13.465/2017, de regularização fundiária, que se trata da possibilidade da aquisição originária de imóvel situado em núcleo urbano informal, no âmbito da REURB-E ou REURB-S, desde que o núcleo urbano informal esteja constituído desde a data de 22 de dezembro de 2016 e que desde que quem dela queira se beneficiar não tenha sido contemplado pelo instituto da legitimação fundiária ou qualquer outro instituto proveniente de procedimentos de regularização fundiária.

O instituto vem sendo bastante criticado pela maioria dos juristas e doutrinadores, em razão de consistir em uma nova espécie de usucapião menos burocrática que tem por único objetivo a conferência de títulos de propriedade pelo Poder Público, não importando quem se quem nessas áreas detenha o imóvel faça dele uso compatível com a função social da propriedade, podendo acarretar na facilitação da grilagem de terras, ou que se busque através do instituto a garantia do direito à moradia, proporcionando a população não somente um teto para morar, mas também um local adequado para habitação, capaz de fornecer acesso a infraestrutura à população que dele se beneficiará.

Um dos principais alvos de crítica do instituto é o fato de que este carece de demais requisitos que atestem a probidade e boa-fé, bem como que estabeleçam maior segurança jurídica aos adquirentes dos imóveis. Muito se fala que as diversas modalidades de instituto da usucapião previstos tanto pelo Código Civil como pelo Estatuto da Cidade são parâmetros que o legislador, ao criar o instituto deveria ter observado, para que as propriedades que serão titularizadas cumpram com sua função social bem como que representem uma garantia do direito constitucional à moradia.

Por cumprimento da função social da propriedade, apesar de ser um conceito bastante complexo que demandará do jurista uma interpretação conforme o caso concreto, entende-se que é cumprida quando o proprietário exerce sobre a propriedade os direitos inerentes de proprietário: usar, fruir, dispor e reaver, do contrário a propriedade não cumpre sua função social, podendo, em razão disso ser retirada de seu dono. Já por direito à moradia entende-se que este não se trata da

mera garantia a um teto para habitar, mas a proporcionar ao cidadão acesso a infraestrutura, moradia digna e adequada com o princípio da dignidade da pessoa humana, direito intimamente decorrente do direito à moradia. Também se entende que se trata de um poder-dever, uma prestação positiva do Estado a garantia a este direito.

Todavia, há juristas e doutrinadores que reconhecem que o instituto da legitimação fundiária pode ser benéfico quando de sua aplicação nos processos de regularização fundiária no âmbito da REURB-S, destinada a população carente e de baixa renda, vez que pode garantir a essas pessoas a propriedade do imóvel em que residem, bem como garantir-lhes um local para moradia.

Atualmente, a Lei 13.465/2017, que traz o instituto objeto deste estudo ao mundo jurídico é alvo de três ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Luiz Fux. A Lei 13.465.2017, que aguardam apreciação e julgamento pela Corte Constitucional até a presente data. Em sede das referidas ADIs 5771, 5787 e 5883, fora questionada o inteiro teor da Lei 13.465/2017, dentre os apontamentos de inconstitucionalidade, encontra-se o instituto da legitimação fundiária, cujo questionamento concerne na inobservância da garantia do direito à moradia e cumprimento da função social da propriedade. Para fins do presente trabalho, estes serão os únicos pontos das supramencionadas ações a serem analisados.

Até o presente momento, o instituto bem como a lei que o prevê encontra-se em vigor, sua aplicação pode nos processos de regularização fundiária pode gerar bastantes malefícios em diversos pontos, fato que faz o debate do tema de extrema relevância.

Nesse sentido, a hipótese do presente trabalho consiste em demonstrar que, apesar de reconhecidos alguns benefícios na aplicação do instituto da legitimação fundiária no âmbito da REURB-S, sua aplicação em massa poderá ser mais prejudicial do que benéfica aos processos de regularização fundiária, eis que o supramencionado instituto não observa preceitos constitucionais básicos a serem garantidos em todo procedimento de regularização: a função social da propriedade e o direito à moradia.

O primeiro capítulo do presente trabalho dedicou-se ao estudo dos conceitos de direito de propriedade, função social da propriedade e do direito à moradia, balizas

constitucionais de análise a serem contrastadas a aplicação do instituto da legitimação fundiária.

No segundo capítulo foi realizada uma análise do que se trata o instituto da legitimação fundiária, bem como fora realizada uma análise crítica do instituto à luz da Constituição, bem como da legislação infraconstitucional do Código Civil, Estatuto da Cidade e Lei Minha Casa Minha Vida e nova Lei de Regularização Fundiária, 13.465/2017, que traz, em seu bojo, o novo instituto objeto deste estudo.

Com relação a legislação infraconstitucional, faz-se oportuno o esclarecimento de que fora realizada uma análise comparativa do instituto da legitimação fundiária somente em relação às espécies de usucapião e em face do instituto da legitimação de posse pelas seguintes razões: i) O maior alvo de críticas ao instituto da legitimação fundiária é que se trata de uma nova espécie de usucapião “desburocratizada” e que, carece o instituto de mais requisitos que tragam maiores critérios de boa-fé e justiça, devendo-se ter como parâmetro os requisitos da usucapião; ii) há uma infinidade de instrumentos a serem utilizados para fins de regularização fundiária, todavia, a análise comparativa de cada um destes em relação ao instituto seria impossível para um trabalho de monografia, ademais, caso houvesse esta análise o estudo do instituto face ao cumprimento da função social da propriedade e direito à moradia seria desvirtuado de seu objetivo, o tema do presente trabalho poderia restar bastante amplo e o trabalho inconclusivo; iii) a legitimação de posse é objeto de análise comparativa vez que, como se verá no transcurso do desenvolvimento do tema, é uma opção à aplicação da legitimação fundiária na REURB-E, eis que contem melhores critérios, sendo mais apta a garantir a moradia digna, ao cumprimento da função social da propriedade e à prevenção de ocupações ilícitas.

Por fim, no terceiro capítulo, é feita uma análise das ações diretas de inconstitucionalidade 5771, 5787 e 5883 perante o Supremo Tribunal Federal, somente com relação aos objetos do presente trabalho, vez que as supracitadas ações questionam a constitucionalidade da nova lei de regularização fundiária em seu inteiro teor, deste modo serão objeto de análise somente os pontos que questionam o instituto da legitimação fundiária e violação à garantias constitucionais do direito à moradia e cumprimento da função social da propriedade.



O marco teórico do presente trabalho se baseará em estudos doutrinários, de legislação, artigos científicos e na jurisprudência, consistente nas ações diretas de inconstitucionalidade 5771, 5787 e 5883 perante o Supremo Tribunal Federal.

A metodologia utilizada tem por fundamento a doutrina e análise de artigos científicos com o objetivo de aprofundamento do tema.

## 1 A DOCTRINA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O primeiro capítulo do presente trabalho dedica-se ao estudo dos conceitos de direito de propriedade, função social da propriedade e do direito à moradia, balizas constitucionais de análise a serem contrastadas com a aplicação do instituto objeto de estudo.

### 1.1 Direito à propriedade

O direito à propriedade tem como marco histórico importante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e tem origem a partir dos Direitos Humanos de primeira geração. Associados ao contexto da Independência dos Estados Unidos (1787) e da Revolução Francesa, em que o ideal que impera é o da liberdade individual e abstenção do controle estatal, a fim de que este não interfira na liberdade do indivíduo. (BONAVIDES, 2018, p. 576-577)

É um direito que integra a primeira geração dos direitos fundamentais, originados a partir dos direitos civis e políticos. (BONAVIDES, 2018, p. 577)

Com relação aos direitos de primeira geração, dos quais o direito à propriedade integra, Paulo Bonavides ensina que esses direitos entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a sociedade e o Estado, (2018, p. 578)

Para José Afonso da Silva, o regime jurídico da propriedade tem fundamento na Constituição, que, inicialmente, fora concebido como uma relação entre uma pessoa e um objeto, teoria que, com o decorrer dos tempos não prosperou, vez que só é possível a configuração de uma relação jurídica entre seres humanos. Deste modo, afirma (2016, p. 273):

Um passo adiante, à vista desta crítica, passou-se a entender o direito à propriedade como uma relação jurídica entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito à propriedade se revela como um modo de imputação jurídica de uma coisa à um sujeito

Também ensina que a Constituição consagra tese a desenvolvida na doutrina italiana, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias

instituições diferenciadas em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades. (2016, p. 276)

Nessa linha intelectual, afirma o doutrinador (2016, p. 276):

Em verdade, uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social e outra a privada; uma coisa é a propriedade agrícola, outra a industrial; uma, a propriedade rural, outra a urbana; uma, a propriedade de bens de consumo, outra, a de bens de produção; uma, a propriedade de uso pessoal, outra a propriedade/capital.

Por fim, explica que todas as espécies de propriedade supramencionadas, não são conceitos difíceis de se entender ou de causar alguma confusão se se tem em mente que a propriedade não é uma função do Direito Civil, mas um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais e civis, sob fundamento das normas constitucionais.

Ante a diversidade de espécies de propriedade, cumpre salientar que a propriedade objeto do presente trabalho é a propriedade imóvel, rural ou urbana, regulada pelo direito privado sendo observados os ditames constitucionais quanto a sua regulação.

Carvalho Santos ensina que a propriedade é reconhecida desde a Constituição de 1890 e que o Código Civil aceita o direito à propriedade como um dogma a necessidade social e a legitimidade do direito à propriedade (1956, p. 269).

Na concepção de Clóvis Beviláqua a propriedade possui dois conceitos :jurídico e econômico, sendo que o segundo envolve o primeiro a fim de adequá-lo à organização social existente e adaptá-lo conforme a evolução da sociedade (1956, p.111):

Economicamente, é a utilização das forças naturais, e depois também das psíquicas, para a satisfação das necessidades humanas, reduzidas, nos primeiros tempos, e variando, infinitamente, com o envolver da cultura [...]

[...] Juridicamente, é a segurança, que o grupo social oferece a essa utilização. A utilização assim assegurada é o poder atribuído a um sujeito e cuja extensão e intensidade variam. As coisas utilizadas são bens.

A ideia jurídica envolve a econômica para contê-la, dirigi-la, e adaptá-la, adequadamente, à organização social existente. Estabelece o

regime da propriedade, que se modifica acompanhando a evolução da sociedade.

Orlando Gomes ensina que o direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais – “*plena in re potesta*” e que a sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: Sintético, analítico e o descritivo (2009, p.109):

[...] Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei [...]

Pontes de Miranda conceitua a propriedade quanto a sua amplitude, nos seguintes termos (1955, p.9):

Em sentido amplíssimo, propriedade é domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desdobra o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas (cp. Arts. 485, 524 e 862). Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística, industrial. Em sentido estritíssimo, é só domínio [...]

Para Caio Mário (2004, p.89), a propriedade mais se sente do que se define, vez que a ideia de meu e teu, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de conhecimento ou do desenvolvimento intelectual.

Em 1988, com o advento da nova Constituição Federal, a Constituição Cidadã, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o direito à propriedade como um direito fundamental, estatuidando-o no art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988.

O Código Civil, em seu art. 1.288, não traz o conceito de propriedade, mas define os atributos que a caracterizam.

Nesse sentido, Tartuce e Simão (2008, p.111) ensinam:

Direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam no Código Civil de 2002 (art. 1228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional.

Idem ensinam Chaves e Rosenvald (2012, p.262-263):

A propriedade é um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio. Este, como substância econômica da propriedade, possibilita ao seu titular o exercício de um feixe de atributos nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto (art. 1.228 do CC). A referida norma perfaz uma descrição analítica dos poderes dominiais nos moldes tradicionais.

De qualquer forma, uma vez reunidos em uma só pessoa os elementos constitutivos enunciados no supracitado art. 1.228 do Código Civil, esta será titular da propriedade plena (GONÇALVES, 2013, p. 230).

Quanto às suas características, o art. 1.231 do Código Civil preceitua que “a propriedade se presume plena e exclusiva até prova em contrário”, em relação aos caracteres de plenitude, Gonçalves ensina (2013, p. 242):

Encontrando-se em mãos do proprietário todas as faculdades inerentes ao domínio, o seu direito se diz absoluto ou pleno no sentido de poder usar, gozar e dispor da coisa da maneira que lhe aprouver, podendo dela exigir toda a utilidade que esteja apta a oferecer, sujeito apenas a determinadas limitações impostas no interesse público.

Nesses termos, verifica-se que o proprietário – aquele que reúne em sua pessoa os atributos de usar, gozar, dispor e reaver- tem plenitude sobre o domínio de um bem, ficando a seu critério o que dele fará, pois sobre este reúne plenitude e exclusividade de poderes.

Cabe ainda salientar que, com relação aos supramencionados caracteres, a propriedade também é considerada ilimitada, vez que o direito do proprietário estende-se sobre a totalidade da coisa, tendo-se presente, todavia, os limites dentro dos quais a ordem jurídica define a própria existência possível do direito de propriedade (GONÇALVES, 2013, p.243).

Ou seja, o proprietário que reúne em si todos elementos constitutivos para assim o ser, tem poderes totais sobre o bem em sua integralidade e não somente sobre parte deste, ressalvados os casos em que o ordenamento jurídico limita este poder sob toda a extensão do bem/objeto, uma dessas limitações legais se trata da função social da propriedade, que será exposta em um momento posterior, em tópico específico.

Ainda quanto aos seus caracteres, a propriedade também se diz irrevogável ou perpétua, isso porque esta não se extingue por sua não utilização, de modo que, o proprietário somente perderá seu domínio por meio de alienação ou caso ocorram algum dos modos de perda de propriedade, tais como: desapropriação, perecimento, usucapião, etc. (GONÇALVES, 2013, p. 243)

O proprietário que reúne em si os atributos constitutivos da propriedade, pode adquiri-la de diversas maneiras, de modo que cabe fazer uma breve síntese de seus modos aquisitivos, quais sejam: Transcrição do título de transferência no registro do imóvel, ocupação, especificação, confusão, comistão, adjunção e tradição, acessão, usucapião e por meio de direitos hereditários.

Por fim, quanto aos estes caracteres analisados, referentes à amplitude do direito à propriedade, Carvalho Santos ensina (p. 270, 1956): “O direito de propriedade é direito real por excelência, sendo o mais amplo dentre todos eles, o que constitui a sua qualidade fundamental, o traço típico que o caracteriza”.

Os modos de aquisição de propriedade se classificam em aquisição originária e derivada. É da primeira espécie quando não há transmissão de um sujeito para o outro, já a aquisição é derivada quando resulta de uma relação negocial entre o anterior e o proprietário e o adquirente, havendo, pois, uma transmissão do domínio em razão da manifestação de vontade (GONÇALVES, 2013, p. 254).

Transcrição do título de transferência no registro do imóvel se trata de modo aquisitivo peculiar, vez que somente se aplica à bens imóveis, já com relação aos bens móveis, estes podem ser adquiridos por meio de ocupação- tomada de posse de coisa sem dono, com a intenção de se tornar seu proprietário (GONÇALVES, 2013, p. 325) -, especificação – obtenção de espécie nova de matéria prima, através do trabalho anterior com uma matéria prima-, confusão- mistura de líquidos-, comistão- mistura de sólidos-, adjunção- justaposição de uma coisa à outra (GONÇALVES, 2013, p. 329) e tradição – entrega da coisa.

O instituto da acessão se trata de aquisição daquilo que vier a se incorporar a se incorporar à sua propriedade/bem que pode ocorrer por meio da formação de ilhas, aluvião – acréscimo de terra ocasionado pelos rios-, avulsão-decréscimo de parte da terra ocasionada pela força da corrente-, álveo abandonado- leito do rio que secou-,

construções e plantações. Já a usucapião é forma de aquisição pela ocupação prolongada ao decorrer do tempo, também denominada prescrição aquisitiva, este instituto possibilita que alguém se torne proprietário de um bem móvel ou imóvel pela sua ocupação ao decorrer do tempo, caso o real proprietário não tome a atitude de reaver o bem tempestivamente, dentro dos prazos estabelecidos por lei.

Os direitos hereditários também é um modo de aquisição de propriedade pois o inventário será feito em função do princípio da continuidade do registro de imóveis, para que o herdeiro ali figure como titular do direito de propriedade (GONÇALVES, 2013, p. 254).

Não obstante a presunção de perpetuidade da propriedade, o proprietário também pode perder o bem/ objeto do qual possui o domínio, de modo voluntário ou involuntário, ou seja, na primeira situação o proprietário decide alienar o bem, na segunda situação este o perde por força de situação externa à sua vontade.

As hipóteses de perda da propriedade encontram previsão no rol do art.1.725 do Código Civil, que traz hipóteses meramente exemplificativas (GONÇALVES, 2013, p. 331), que são: Alienação, renúncia, abandono, perecimento da coisa e desapropriação.

A perda por alienação se dá por meio de negócio jurídico, em que é celebrado um contrato bilateral, em que o titular transfere a propriedade à outrem à título oneroso ou gratuito. Em se tratando de alienação de propriedade imóvel, seus efeitos estão condicionados ao registro do título transmissivo.

A perda pela renúncia ocorre quando o titular abre mão de seus direitos sobre a coisa de forma expressa, o ato renunciativo deve ser registrado no Registro de Imóveis competente, por meio de escritura pública, tal como estabelece o art. 108 do Código Civil.

Assim como ocorre na renúncia, a perda por abandono também se trata de ato unilateral em que o titular abre mão de seus direitos sobre a coisa, no entanto, o abandono não exige manifestação expressa, vez que o que ocorre neste caso é a intenção de não ter mais a coisa para si.

A perda de um bem/ objeto por seu perecimento se dá por ato involuntário, ocorrendo, portanto, por fatos externos à intenção do proprietário, em regra, esses atos involuntários são fenômenos da natureza como terremotos, incêndios, raios, etc. Ou seja, ocorrem em virtude de força maior.

A última forma de perda de propriedade prevista pelo supracitado art. 1.275 do Código Civil é a desapropriação, que se trata de um instituto de Direito Público, é um modo involuntário de perda do domínio.

Quanto ao instituto, Cretella Júnior ensina (1980, v.1, p. 11):

Desapropriação é o procedimento complexo de direito público, pelo qual, a Administração, fundamentada na necessidade pública, na utilidade pública ou no interesse social, obriga o titular de bem móvel ou imóvel, a desfazer-se desse bem, mediante justa indenização paga ao proprietário.

Já Afrânio de Carvalho afirma (1982, p. 115):

A desapropriação oferece a peculiaridade registral de dispensar o registro do título anterior, por se entender que é um modo originário de aquisição da propriedade, em virtude do qual o Estado chama a si o imóvel diretamente, livre de qualquer ônus. Se o registro existir, a desapropriação será inscrita na folha do imóvel desapropriado para assinalar a perda da propriedade do titular ali nomeado.

Deste modo, verifica-se que a desapropriação se dá por um interesse público que justifique a retirada de um bem de um particular pela Administração, de modo que faz do instituto da desapropriação um modo de aquisição originária pela Administração Pública.

Neste capítulo foi possível verificar, em síntese, que a propriedade possui elementos constitutivos que, uma vez reunidos em uma só pessoa, fazem dela sua proprietária, e que possui também modos de aquisição e de perda. Estas noções, posteriormente, permitirão uma melhor análise do instituto objeto do presente estudo: a legitimação fundiária.

## **1.2 Função Social da Propriedade**

Como visto no capítulo anterior, para que alguém seja proprietário de algo, deve reunir em sua pessoa algumas características que lhe conferem o domínio sobre a



coisa, também foi visto que este mesmo o proprietário pode perder o domínio sobre a coisa em determinadas circunstâncias.

Caso a propriedade não atenda à sua função social, objeto do presente capítulo, o proprietário também pode perdê-la.

No contexto histórico brasileiro, o caráter individualista quanto a propriedade teve seu marco histórico a partir da promulgação da Lei de Terras, no ano de 1850, do Brasil Colônia. (ALFONSIN e FERNANDES, 2001, p. 310-311)

O diploma estabelecia que a única e legítima forma para aquisição de terra-espécie de mercadoria que mais tinha valor e importância para a economia- era a partir da compra e venda, fato que absolutizou o direito de propriedade. Em momento posterior, esse caráter absoluto da propriedade foi reforçado pelo Código Civil de 1916, fato que ocasionou a irregularidade urbanística e social, vez que boa parte da população desprovida do alto poder aquisitivo foi condenada a uma situação de subcidadania. (ALFONSIN e FERNANDES, 2001, p. 311)

A Lei de Terras era um instrumento cujo único objeto consistia na acumulação de riquezas e concentração de rendas na cidade, o que a tornou uma fonte inequívoca de legitimação de uma ordem excludente e injusta. (ALFONSIN e FERNANDES, 2001, p. 311-312)

No século XX, a partir do advento da 2ª geração dos direitos fundamentais, surge a função social da propriedade, que faz cair por terra todo o legado individualista influenciado pela Revolução Francesa (GONÇALVES, 2013, p. 244). O princípio influenciou a legislação de diversos Estados, entre eles a do Brasil, que através de suas diversas legislações passou a adotá-lo, até chegar aos tempos atuais que, como se verá mais adiante, o adotou como direito fundamental.

Os direitos de 2ª geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos e foram introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social e trazem uma ideologia e reflexão antiliberal. (BONAVIDES, 2018, p. 578)

Ou seja, os direitos fundamentais da 2ª geração são aqueles que exigem uma prestação positiva do Estado, que assume um caráter provedor, ante as

desigualdades sociais. Paulo Bonavides assim os define (2018, p.578): “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Carlos Roberto Gonçalves aponta que a origem da função social da propriedade é controvertida, mas que, conforme alguns doutrinadores, o princípio foi formulado por Augusto Comte e postulado por Léon Duguit, que é considerado o precursor de que os direitos só se justificam por sua missão social. Segundo Duguit a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder. (GONÇALVES, 2013, p. 244-245)

Nesse sentido, Duguit assim define a função social da propriedade (*Traité de Droit Constitutionnel*, t.3):

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma cesta tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito à propriedade desde que este atenda à sua função social. (SILVA, 2016, p. 272)

José Afonso da Silva afirma que a dicotomia quanto à natureza da propriedade privada ser de direito público ou privado passou a ser superada a partir do momento em que foi reconhecida a sua função social (2016, p. 275):

A doutrina se tornara de tal modo confusa a respeito do tema, que acabara por admitir que a propriedade privada se configurava sob dois aspectos: (a) como direito civil subjetivo e (b) como direito público subjetivo. Essa dicotomia fica superada com a concepção de que a função social é elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade; é, pois, princípio ordenador da propriedade privada; incide no conteúdo do direito de propriedade; impõe-lhe novo conceito. Por isso, a noção de situação jurídica subjetiva (complexa) tem sido usada para abranger a visão global do instituto, em lugar daqueles dois conceitos fragmentados. Nela resguarda-se o conjunto de

faculdades do proprietário, dentro da delimitada esfera que a disciplina constitucional lhe traça.

Ainda segundo o doutrinador, a função social da propriedade não deve ser confundida com seus sistemas de limitação, vez que estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário, e, aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade (2016, p. 284).

A função social da propriedade não se trata de um preceito constitucional que tem por objeto a simples atribuição de limitações, obrigações e ônus relativamente a propriedade privada e que, portanto, devem ser observados pela ordem econômica, pois estes são correlatos ao simples exercício do direito pelo proprietário. A ordem constitucional, ao estatuir esse princípio socializa o instituto da propriedade, a fim de conferir a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. (SILVA, 2016, p. 284-286)

Neste sentido entende Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 245) ao afirmar que atual Constituição dispõe que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII) ao determinar que a ordem econômica deve observar a função social da propriedade, impondo freios à atividade empresarial (art. 170, III).

Gustavo Tepedino ensina que a partir do advento de sua função social, a propriedade possui mais natureza tendencialmente plena, de modo que o proprietário possui demarcação do seu espaço de liberdade para exercer suas atividades e emanar sua senhoria sobre o bem (1997, p.321-322):

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. [...] Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.

Segundo Carvalho Santos, a Constituição se afastou de concepção romana individualista de propriedade e passou a abraçar a ideia com caráter social. O autor também ensina que a propriedade, tal como a posse, tem o caráter social que somente a sociedade permite a posse como confere à propriedade e os demais direitos reais (1956, p.270):

A propriedade, como a posse, tem, em verdade o caráter social no sentido de que só a sociedade permite esta posse como confere aquela propriedade e os demais direitos reais, não se podendo, por isso mesmo, conceber como possa a propriedade ser exercida contra o interesse social, a não ser que a ponto de sacrificá-lo, exterminá-lo, reduzi-lo a nada, pois se conceba a criatura poder se rebelar contra o criador, ter mais direito do que este, gozar de mais vantagens e regalias, a tanto equivale embaraçar o seu desenvolvimento, o seu progresso, o seu valor.

Essa observação de caráter social se dá em virtude das novas tendências do direito, vez que este deve estar em constante diálogo com a sociedade, tal como observa o doutrinador (1956, p. 271):

Mas, em vigor, e diante das novas tendências do Direito, não se trata de um direito absoluto, no rigoroso sentido da expressão, de vez que, como parte integrante do Direito Privado, está sujeito à submissão aos interesses da ordem pública.

O Direito, em última análise, apresenta uma feição essencialmente social, sendo meio pelo qual se conseguem o equilíbrio, a harmonia, a possibilidade da vida em sociedade, em face dos interesses em conflito, que nesta se apresentam, entre os interesses privados e os interesses coletivos.

Na ordem social, não seria possível que o direito conferido ao indivíduo nunca poderá ser exercido de um modo absoluto, com prejuízo dos interesses coletivos, de um modo, portanto, antissocial.

E por isso mesmo é que também já não se concebe, nos tempos hodiernos, a concepção da propriedade como um direito absoluto, a ponto de conferir a seu titular a prerrogativa de abusar dele, com prejuízo à maioria ou dos interesses gerais.

Orlando Gomes afirma que a função social se trata de um conceito impreciso, com expressiva carga psicológica, mas que, no entanto, apesar da dificuldade para convertê-lo em conceito jurídico, o termo é bastante utilizado nas diversas legislações (2008, p.126):

Apesar de imprecisão da expressão função social e, sobretudo da dificuldade de convertê-la num conceito jurídico, tornou-se corrente o seu uso na lei, preferencialmente nas Constituições, sem univocidade,

mas com expressiva carga psicológica, recebida, sem precauções pelos juristas em geral.

Devido a retrocitada imprecisão do termo, o autor conclui que a função social da propriedade é uma concepção com eficácia autônoma que pode ser equiparada à um princípio a ser observado pelo direito, tal como a boa-fé (2008, p. 128):

A resposta segundo a qual a função social da propriedade é antes uma concepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do Direito Civil, como o princípio da boa-fé nos contratos. É verdade que assim considerada se torna uma noção vaga, que todavia não é inútil na medida em que inspira a interpretação da atividade do proprietário.

Nessa linha intelectual, o autor chega a uma segunda conclusão, de que, por se equiparar a um princípio, a função social da propriedade demanda interpretação do jurista, principalmente do magistrado, que passa a fazer um papel de substituto tanto do legislador quanto da Administração Pública (2008, p.128):

Nessa ótica, a ação do juiz substitui a do legislador, do Congresso ou da Administração Pública. O comportamento profissional do magistrado passa a ser, no particular, "uma ação de invenção e adaptação, como se exprime Lanversin definindo a ação pretoriana como um meio de realizar a modernização do direito. É verdade que, nessa colocação, se corre o risco de um uso alternativo do direito ou de uma resistência empedernida. Como quer que seja, o preceito constitucional que atribui função social à propriedade não tem valor normativo porque não se consubstancia nas normas restritivas do moderno direito de propriedade, mas simplesmente se constitui no seu fundamento, na sua justificação, na sua *ratio*.

Paulo Carmona (2015, p.71) afirma que se trata de um dever-poder que possui o particular-proprietário e não um simples direito de propriedade marcado pelo "*jus utendi, fluendi et abutendi*", já que tais poderes são instrumentos dispostos ao alcance das finalidades sociais. O autor também afirma ser de difícil trato precisar quando uma propriedade atende a sua função social, e afirma que uma das hipóteses, sendo esta a de maior relevância: retenção para fins de especulação. (CARMONA, 2015, p. 71)

Nessa linha intelectual, Carmona que a função social da propriedade é atendida quando atende às exigências do Plano Diretor do Município ou Estado (2015, p. 72):

Para tanto, a CF/88 inova, fixando o conteúdo da função social da propriedade (parágrafo 2º, art. 182), nos exatos termos: "a propriedade urbana cumpre sua *função social* quando atende as exigências

fundamentais de ordenação das cidades expressas no *plano diretor*”, regra esta reiterada no art. 39, *caput*, do Estatuto da Cidade.

A respeito do Plano Diretor, Carmona ensina que se trata do mais importante instrumento de planejamento urbano municipal e instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (2015, p. 72).

O autor também ensina que, o cumprimento da função social da propriedade trata-se de um poder-dever do Poder Público de exigir do particular o seu cumprimento uma vez não cumprida a função social da propriedade, o proprietário está sujeito a sanções elencadas no art. 182, parágrafo 4º, da Constituição de 1988 (CARMONA, 2015, p. 73):

Verifica-se que do dispositivo mencionado extraem-se diversas ideias importantes:

(1) *dever-poder do poder público local* e não uma mera faculdade como parece estar contido na dicção constitucional (“é facultado”), dando ensejo à interpretação equivocada de que o Poder Público não está obrigado a exigir dos proprietários de bens imóveis inseridos em seu território urbano que promovam seu adequado aproveitamento, o que ensejaria a possibilidade de descumprimento do princípio da função social da propriedade, em total desrespeito ao preceito constitucional inserido no inciso XXIII do art. 5º;

(2) *ao fazer exigência* que se acabou de mencionar, deverá fazê-lo do proprietário do imóvel (particular ou público?), que deve necessariamente ser localizado em área urbana e que descumpra sua função social, ou seja, que esteja não edificado ou esteja subutilizado ou não utilizado

(3) tendo esta exigência como conteúdo a ordem para que *promova seu adequado aproveitamento*, isto pe, para que nos termos do plano diretor da cidade, promova-se sua utilização, edificação ou parcelamento;

(4) sob pena de se ver o proprietário sujeito a penalidades previstas nos incisos do parágrafo 4º do dispositivo (utilização, edificação ou parcelamento compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com títulos da dívida pública);

(5) e que são *penas sucessivas*, nos termos da lei (Estatuto da Cidade), devendo ser aplicadas na ordem disposta, sendo certo que somente será possível a aplicação da penalidade seguinte quando a penalidade anterior, já aplicada, não tiver sido suficiente para gerar o pretendido efeito de forçar a dar à sua propriedade a função que dela a sociedade espera;

(6) tudo mediante *lei específica para a área incluída no plano diretor*, que se trata de uma lei municipal ou distrital.

Por fim, Paulo Carmona (2015, p. 74) entende que a função social da propriedade também se estende às propriedades públicas, não somente aos particulares proprietários, apesar de a ideia soar, em um primeiro momento, como um pleonasma, vez que todo bem público, por sua natureza, cumpre uma finalidade pública. Ademais, o autor assevera que a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da função social da propriedade, não fez qualquer distinção entre aplicação quanto à propriedade móvel ou imóvel, material ou imaterial, pública ou privada, e, por isso mesmo, tal princípio tem aplicação abrangente.

Diante da vasta pesquisa concernente ao conceito e significado da função social da propriedade, elevado hodiernamente ao status de princípio constitucional pela Constituição Federal de 1988, é possível verificar a sua relevância social na diminuição das desigualdades sociais presentes no contexto histórico de diversas nações, principalmente, na brasileira.

### **1.3 Direito à moradia**

Como já estudado em capítulo anterior, a 2ª geração dos direitos fundamentais rompeu com as barreiras do liberalismo durante o século XX, acrescentando ao cenário jurídico direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos. Fundados nos ideais da igualdade e da prestação positiva do Estado na vida do indivíduo, ante as desigualdades sociais.

José Afonso da Silva os conceitua nos seguintes termos (2016, p. 288):

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A primeira Constituição que passou a disciplinar sobre a ordem social e econômica foi a Constituição Alemã de Weimar, em 1917. Em momento anterior à promulgação do diploma constitucional alemão, os demais Estados passaram a adotar em seu ordenamento jurídico esta previsão. No Brasil, a primeira Constituição que

passou a regulamentar os supracitados direitos foi a Constituição de 1934. (SILVA, 2016, p. 287)

O autor ensina que, não obstante a adoção de capítulos separados para a previsão dos direitos sociais, da ordem econômica e da ordem social, as previsões quanto aos supracitados capítulos nos primeiros textos constitucionais não adotou separações radicais em virtude de estarem sempre misturados os conteúdos de cada qual, assim como também em razão de os direitos sociais serem algo ínsito na ordem econômica. (SILVA, 2016, p. 286)

Neste sentido, faz a seguinte observação (2016, p. 286):

Cindindo-se a matéria como se fez, o constituinte não atendeu aos melhores critérios metodológicos, mas dá ao jurista a possibilidade de extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deles tratando aqui, deixando para tratar, na ordem social, de seus mecanismos e aspectos organizacionais.

O autor afirma não ser tarefa simples a realização de distinção entre os direitos sociais e econômicos, todavia, uma distinção básica entre ambos é a de que os direitos econômicos tratam de uma dimensão institucional, já os direitos sociais se tratam de tutela à direitos pessoais. (2016, p. 288)

Por consistir na tutela à um direito pessoal, o direito à moradia integra o rol dos direitos sociais. Sua relevância é perceptível a partir do momento em que se verifica que se trata de um direito que envolve em seu conteúdo não somente outras garantias fundamentais, mas também os Princípios Fundamentais da República brasileira bem como seus objetivos, nesse sentido explica José Afonso da Silva (2016, p. 319):

[...] a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípios que exigem que ele tenha aquelas dimensões. Se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5º, XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido.

[...] está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização - e não há marginalização maior



do que não se ter um teto para si e para a família-, e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente [...]

Além das normas e princípios gerais, Princípios Fundamentais e Objetivos da República Federativa do Brasil, o direito à moradia também encontra previsão no art. 23, IX, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento. (SILVA, 2016, p. 318)

Deste dispositivo, é possível verificar que se trata de um poder-dever do Poder Público que implicava da contrapartida do direito correspondente a tantos quantos necessitem de uma habitação. Essa contrapartida é o direito à moradia que agora a EC 26/2000 explicitou no art. 6º da Constituição de 1988. (SILVA, 2016, p. 318)

Algumas das legislações infraconstitucionais mais importantes, vigentes atualmente, que tem por objeto a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento, obedecendo, desta forma, a previsão do art. 23, IX, são: Lei 10.257/2001 - Estatuto da Cidade-, Lei 11.977/2009 - Minha Casa Minha Vida-, Lei 13.089/2015 - Estatuto das Metrôpoles e a recente Lei 13.465/2017, fora a legislação civil, mais precisamente, o Código Civil de 2002. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p.1)

Quanto ao seu significado o direito à moradia concerne na ocupação de um lugar como residência para neste local permanecer com habitualidade. Não se trata do direito à casa própria, ainda que esta seja complemento indispensável para efetivação deste direito. (SILVA, 2016, p. 318)

O significado e conteúdo deste direito ultrapassa a simples garantia de um direito ao teto, como visto anteriormente, envolve garantias fundamentais, princípios e objetivos da república brasileira tais como a dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do asilo, intimidade e privacidade, entre outros, de modo que consiste na garantia de uma local com condições adequadas para a habitação, tais como: higiene, conforto, privacidade familiar, saneamento básico, etc. (SILVA, 2016, p. 318)

Por fim, com relação à sua eficácia, José Afonso da Silva ensina que o direito à moradia possui duas faces: uma negativa - que consiste na não privação do cidadão

para a obtenção de uma moradia- e outra negativa - consistente no direito à prestação do Estado para a obtenção de uma moradia digna e adequada (2016, p. 319):

Esse é daqueles direitos que têm duas faces: uma negativa e uma positiva. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa prestação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia [...]

Sarlet, Marinoni e Mitidiero ensinam que o direito à moradia só foi expressamente implantado no Brasil no ano de 2000, a partir da Emenda Constitucional nº 26. No entanto, é um direito que, em momento anterior a edição da retrocitada emenda, já vinha sendo bastante defendido e reconhecido como um direito fundamental, vez que tem como consequência a proteção à vida e à dignidade humana, já que vinculado à garantia das condições materiais básicas para uma vida com dignidade e com certo padrão de qualidade (2014, p. 602).

Os professores também ensinam que se trata de um direito que abrange tanto uma natureza negativa, no concerne ao direito de defesa, quanto uma natureza positiva, em seu aspecto de direito prestacional. Afirma que em seu aspecto de defesa se destaca o impedimento de que a pessoa venha adquirir uma moradia, citando como exemplo a impenhorabilidade do bem de família, já em seu aspecto positivo, para que seja efetiva sua prestação cita como exemplo o Estatuto da Cidade como uma resposta do legislador de regulamentar o direito urbanístico, além dos institutos da usucapião previstos no Código Civil e bem como no referido Estatuto. O que o faz nos seguintes termos (2013, p. 603, 605 e 606):

[...] O direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito de prestações). Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares. Nesse contexto, destaca-se a legislação que proíbe a penhora do chamado bem de família, como tal considerado o imóvel que serve de moradia ao devedor e sua família (Lei 8.009/1190, art. 3º), a cujo respeito existem inúmeras decisões judiciais, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, das quais boa parte favorável à proteção do direito à moradia.

[...] Por sua vez, em termos de efetivação da dimensão prestacional do direito à moradia, é preciso lembrar que, na condição de direito positivo, também o direito à moradia abrange prestações fáticas e normativas, que se traduzem em medidas de proteção e de caráter organizatório e procedimental. Um bom exemplo disso é o assim chamado "Estatuto da Cidade", que representou, apesar do lapso temporal bastante longo, uma resposta do legislador ao dever (prestação) de legislar nessa matéria, com fundamento na Constituição Federal.

Com a edição do Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10.07.2001), cuja principal meta é dar efetividade às diretrizes constitucionais sobre política urbana, estando a contribuir para a difusão de um verdadeiro direito à cidade, foi dado um passo significativo para dar vida efetiva ao direito a uma moradia condigna no Brasil. Além de uma série de princípios, o Estatuto da Cidade é rico em instrumentos que objetivam a realização prática do direito à moradia [...]

[...] Também guarda relação com uma dimensão positiva do direito à moradia a previsão, já no plano constitucional, do usucapião especial urbano, onde o que está em causa, na sua essência, é um direito à obtenção do título de propriedade por parte do detentor da posse para fins de moradia, a teor do disposto no art. 183 da CF, bem como nos termos da regulamentação infraconstitucional do instituto, especialmente pela Lei 10.257/2001, arts. 4º, V, j e 9º a 14, bem como pelo Código Civil (Lei 10.406/2002), art. 1.240. No que diz com a regulamentação da usucapião pelo Código Civil, vale destacar também a previsão, em termos similares ao usucapião especial ou constitucional urbano, do usucapião rural, conforme se pode apreender do seu art. 1.239. Mais recentemente, também com forte expressão em termos de assegurar a moradia nas perspectiva familiar, o Código Civil inovou por intermédio da Lei 12.424, de 16.06.2011, ao assegurar, no seu art. 1.240-A, que "aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". À vista do exposto, verifica-se que todo o elenco de usucapiões especiais tem por objetivo e reflete diretamente na proteção do direito à moradia.

Por fim, Guilherme Peña de Moraes adverte que o direito à moradia não deve ser confundido com o direito de propriedade de bem imóvel, vez que este pode ser implantado por normas jurídicas que estimulem a oferta de bens imóveis para a finalidade de locação habitacional, pelo mecanismo do reforço das garantias contratuais do locador, como, por exemplo, a penhorabilidade do bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação, descrito no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, que não contraria o direito à moradia, desenhado pelo art. 6º, *iníto*, da CRFB, com a redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 26/00 (2018, p.-235).

Diante de todo o estudo feito no presente item, é possível concluir que o direito à moradia é essencial para todos, vez que envolve tantas outras garantias e princípios constitucionais, além de fundamentos e objetivos da República Federativa brasileira.

## **2 ANÁLISE CRÍTICA DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE**

No segundo capítulo e propõe a realização de uma análise do que se trata o instituto da legitimação fundiária, bem como da realização de análise crítica do instituto à luz da Constituição, bem como da legislação infraconstitucional do Código Civil, Estatuto da Cidade e Lei Minha Casa Minha Vida e nova lei de regularização fundiária, 13.465/2017, que traz, em seu bojo, o novo instituto objeto deste estudo.

### **2.1 Legitimação Fundiária**

Após estudos acerca dos conceitos de propriedade bem como de sua função social e do direito à moradia, que servirão de parâmetros para análise do objeto que se propõe o estudo, este capítulo versará a respeito o novel instituto da legitimação fundiária: objeto de estudo do presente trabalho.

O instituto em estudo surgiu a partir do advento da nova lei de regularização fundiária, Lei n. 13.465/2017, que tem por objetivo a promoção da regularização fundiária por meio da REURB (Regularização Fundiária Urbana), também uma nova forma de demarcação de áreas trazidas pelo supracitado diploma, que dará início a regularização dos núcleos urbanos informais. (TARTUCCE, 2018, p. 4-5)

A REURB consiste na aprovação, pelo Município, de um projeto urbanístico realizado por profissionais especializados na área, que deverão elaborar a planta do perímetro do núcleo urbano informal com demonstração das matrículas ou transcrições atingidas. Para que isso possa ser realizado, é necessária a existência de um cadastro imobiliário prévio além de levantamento georreferenciado para cada assentamento urbano, identificando os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas para o uso público. (SANTIN, COMIRAN, 2018, p. 1611)

A REURB abrangerá medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos informais urbanos ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes, conforme a redação do art. 9º da Lei 13.465/2017. Já o parágrafo 1º do mesmo dispositivo estabelece que tal procedimento deve ser realizado com observância às normas ambientais, econômicas e sociais, bem como que deve ser observado o fim social da medida.

O novo diploma traz duas modalidades de REURB, a REURB- S, que consiste na regularização de núcleos urbanos informais ocupados por população de baixa renda, que encontra previsão no art. 13, I, da Lei 13. 465/2017. Por se tratar de regularização de lotes para população hipossuficiente, o parágrafo 1º do mesmo diploma, estabelece que essas pessoas serão isentas das custas e emolumentos, entre outros atos registrares, no momento da realização do registro do imóvel. (TARTUCCE, 2018, p. 6-7)

A outra modalidade de REURB se trata da REURB- E, que encontra previsão no inciso II, do mesmo dispositivo do novel diploma. A REURB-E consiste na regularização de núcleos urbanos informais não qualificados como de baixa renda, que, por consequência, não serão beneficiados pelas isenções quanto às custas e emolumentos no momento da realização registro do imóvel em cartório. (TARTUCCE, 2018, p. 7)

O art. 15 da Lei traz o rol de diversos institutos jurídicos que podem ser utilizados por meio da REURB, seja esta da modalidade S ou da modalidade E, para fins regularização fundiária, sendo importante destacar que se trata de rol meramente exemplificativo ou *numerus apertus*, vez que na redação do retrocitado dispositivo é utilizado o termo "sem prejuízo de outros que se apresentem adequados". (TARTUCCE, 2018, p. 7)

Dentre os diversos institutos passíveis de utilização por meio da REURB elencados no art. 15 da Lei 13.465/2017, se encontra o instituto da legitimação fundiária, objeto de análise do presente trabalho bem como deste capítulo.

Trata-se de um instituto que pode ser utilizado tanto no âmbito da REURB-S quanto da REURB-E, e que, somente pode ser utilizado no âmbito de ambas as REURBs, para fins de regularização fundiária, como ensinam Antônio Carlos A. de Souza Cardoso e Roberto A. de Souza Cardoso (2018, p. 8):

Exclusivamente no âmbito da Reurb significa que salvo nas hipóteses de regularização fundiária urbana, não será possível o emprego da legitimação fundiária.

Um dos aspectos mais originais da legitimação fundiária é a possibilidade de sua utilização tanto em áreas privadas quanto em áreas públicas, ao menos nos casos de Reurb-S (art. 23, § 4º).

Outras duas observações quanto ao campo de aplicação do instituto no âmbito das REURBs, são: 1) a sua aplicação sobre imóveis públicos está restringe-se às hipóteses de REURB-S, no intuito de que a atuação da Administração Pública estará voltada para a promoção do direito à moradia e observância ao interesse público; 2) Será aplicado em unidades imobiliárias com destinação urbana localizadas em núcleos urbanos informais, cujo conceito legal se encontra da redação do art. 11. I, da Lei 13.465/2017, como assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei no 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural. (CARDOSO e CARDOSO, 2018, p. 8-9)

Ante as observações, vê-se que o instituto também é aplicado em áreas rurais, uma vez que o conceito de núcleo urbano informal, previsto no artigo 11, I, da Lei 13.465/2018, também as engloba na previsão do conceito de núcleo urbano informal. A Lei 13.465/17 abandonou o critério da localização para delimitação de sua aplicação (CARDOSO e CARDOSO, 2018, p. 9).

Dessa forma, as ações de regularização fundiária urbana agora podem ser aplicadas mesmo em áreas localizadas na zona rural, desde que estas assumam características urbanas. Então, parece-nos possível a aplicação da legitimação fundiária em imóveis localizados fora da zona urbana ou de expansão urbana, desde que o núcleo onde se encontrem possua características urbanas (CARDOSO e CARDOSO, 2018, p. 9).

Amadei, Pedroso e Monteiro Filho (2018, p. 52), assim explicam o novel instituto:

A legitimação fundiária constitui modo originário de aquisição do direito real de propriedade (exceção ao princípio da continuidade) conferido por ato do Poder Público, exclusivamente no âmbito da Reurb, mediante Certidão de Regularização Fundiária (CRF), àquele que detiver áreas pública ou privada, unidade imobiliária com destinação urbana integrante de núcleo urbano informal consolidado (núcleo urbano de impossível ou difícil reversão), existente em 22 de dezembro de 2016.

O art. 23 da Lei 13.465/2017 prevê que a legitimação fundiária se trata de forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do Poder

Público, exclusivamente, no âmbito da REURB. O direito será concedido a quem detiver em área pública ou privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado até 22 de dezembro de 2016. (TARTUCCE, 2018, p. 8)

O parágrafo 1º do dispositivo dispõe os requisitos necessários para aquisição, quais sejam: Não ser concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural; Não ter sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que em núcleo urbano distinto e que o Poder Público reconheça o interesse público da ocupação, em casos de imóveis urbanos com finalidade não residencial. (TARTUCCE, 2018, p. 8)

Da leitura do 23 da Lei 13.465/2017, percebe-se que somente o possuidor - ou seja, aquele tem, de fato, o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes a propriedade, nos termos do artigo 1.196 do Código Civil - ou o detentor - que, na definição de Chaves e Rosenvald (2012), se trata daquele que, apesar de identificado pelas características do possuidor, está impedido de assumir essa condição bem como os benefícios decorrentes de seu exercício - são os possíveis beneficiários do instituto da legitimação fundiária. (CARDOSO e CARDOSO, 2018, p. 9)

Deste modo, o ocupante adquire a unidade imobiliária livre de qualquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições que existam em sua matrícula de origem, salvo nos casos em que os mesmos forem referentes ao próprio legitimado, devendo as inscrições, gravames e demais ônus serem transportados para as matrículas das unidades que não tiverem sido adquiridas por meio da legitimação fundiária, conforme previsão do parágrafo 3º do dispositivo. (TARTUCCE, 2018, p. 8)

Por aquisição originária da propriedade entende-se aquela que é feita de forma não negocial, onde o beneficiário adquire a titularidade do bem de forma independente da vontade do antigo adquirente, trata-se, portanto, de aquisição de direito novo, despidido de eventuais vícios ou obrigações que porventura gravaram a coisa. (CARDOSO e CARDOSO, 2018, p. 7)

Nessa linha intelectual ensinam os professores Amadei, Pedroso e Monteiro Filho (2018, p. 52-53):



Na legitimação fundiária, em qualquer das modalidades da Reurb, o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado. Deverão ser transportadas as inscrições, as indisponibilidades ou os gravames existentes no registro da área maior originária para as matrículas das unidades imobiliárias que não houverem sido adquiridas por legitimação fundiária.

Na Reurb-S de imóveis públicos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as suas entidades vinculadas, quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária.

A Lei nº 13.465/2017 em seu art. 23, parágrafo 5º, estabelece que o Poder Público encaminhará a CRF para registro imediato da aquisição de propriedade, dispensados a apresentação de título individualizado e as cópias da documentação referente à qualificação do beneficiário, o projeto de regularização fundiária aprovado, a listagem dos ocupantes e sua devida qualificação e a identificação das áreas que ocupam. Admite-se que Poder Público atribua domínio por legitimação fundiária aos ocupantes que não tenham constado da listagem inicial, mediante cadastramento complementar, sem prejuízo dos direitos de quem haja constado na listagem inicial.

Outra característica do instituto se refere a sua concessão, que será promovida pelo Poder Público mediante ato administrativo, portanto, nota-se que se trata de hipótese extrajudicial de reconhecimento de propriedade, uma vez preenchidos os requisitos exigidos para sua concessão, tal como explicam Antônio Carlos A. de Souza Cardoso e Roberto A. de Souza Cardoso (2018, p. 8):

O direito será conferido pelo poder público mediante ato administrativo. Trata-se de hipótese de reconhecimento extrajudicial/administrativo da propriedade. Dessa maneira, basta que o beneficiário e o poder concedente atendam aos requisitos legais constantes no caput do artigo 23, bem como àqueles presentes para a modalidade de Reurb aplicada (art. 23, § 1º), para que o Poder Executivo possa reconhecer a propriedade do beneficiado sobre a unidade imobiliária.

Por fim, quanto ao marco temporal para aplicação do instituto, que tem estabelecida a data de 22 de dezembro de 2016 para que o núcleo urbano informal esteja comprovadamente consolidado, esta se dá pelo fato de que foi a data em que em que passou a vigorar no ordenamento jurídico a Medida Provisória 759/2016, que originou a Lei 13.465/2017 (CARDOSO e CARDOSO, 2018, p.10).

No âmbito doutrinário, jurisprudencial e legislativo, o instituto divide opiniões, ao passo que recebe tanto elogios quanto críticas que circundam em relação à violação ao direito de propriedade e à vedação de usucapião em terras públicas.

Apesar de não serem parâmetros de análise desta pesquisa, visto que este tem por objetivo a análise do instituto em relação à função social da propriedade e direito à moradia, faz-se oportuna a menção das referidas críticas devido à novidade do instituto no mundo jurídico e a relação que tem com os parâmetros de avaliação adotados pelo presente trabalho, que serão melhores explicitados no item da conclusão.

Flávio Tartucce afirma não haver qualquer problema quando o instituto recair sobre bem público, vez que os bens públicos dominicais estão sujeitos à usucapião. No entanto, quando se tratar de imóveis privados o novel instituto representa atentado ao direito fundamental de propriedade (2018, p. 8-9):

[...] Não vejo problemas quando a legitimação fundiária recais sobre bem público. Porém, em casos relativos a imóveis privados, pode-se sustentar que a atribuição da legitimação fundiária representa verdadeiro atentado contra o direito fundamental de propriedade.

No caso dos bens públicos, com o devido respeito, não vejo problemas, pois entendo que tais imóveis também estão sujeitos ao princípio da função social, sendo até possível a usucapião de bens públicos dominicais.

Já o assessor jurídico do Senado Federal, Victor Carvalho Pinto, afirma que o instituto também fere o direito de propriedade, uma vez que a lei confere ao prefeito a faculdade de atribuir à terceiros a propriedade dos imóveis ocupados sem pagamento de qualquer indenização, fora que o instituto representa afronta ao texto constitucional que veda a usucapião de bens públicos (2017, p. 5-6):

[...] a legitimação fundiária (art. 23), que é a principal inovação trazida pela MPV e mantida na Lei, é uma grave violação do direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, pois faculta ao prefeito conferir a terceiros a propriedade de imóveis por eles ocupados, sem indenização aos proprietários e independentemente do tempo e da natureza da posse. No caso de áreas públicas, a legitimação fundiária viola, ainda, a vedação expressa da Constituição à usucapião de bens públicos. Em conjugação com dispositivos que dispensam a alienação de bens públicos em geral e da União em particular, de desafetação, licitação, autorização legislativa e avaliação prévia, a Lei compromete a defesa do patrimônio público, as prerrogativas do Poder Legislativo, a transparência da gestão pública e a responsabilidade fiscal.

O professor Tartucce, em seu artigo intitulado "A lei da regularização fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade", em entrevista pessoal com o assessor jurídico do Senado Carlos Eduardo Elias de Oliveira, afirmou que este definiu do seguinte modo os principais objetivos do instituto (2018, p. 8):

O objetivo do instituto, ao ser tratado como forma originária de aquisição da propriedade, é de plena regularização, por parte do Poder Público Municipal, de áreas populares ou favelizadas. Atribuem-se as áreas a particulares sem que exista a necessidade de pagamento de impostos, notadamente do ITCMD, que os Estados geralmente cobram quando o Município transmite a propriedade a ser regularizada.

Nelson Rosenvald (2017) afirma que o instituto apresenta muitas possibilidades de ser utilizado como instrumento de legalização de grilagens ou regularizações de conjuntos habitacionais destinados à classe média ou alta, vez que a instituição do novel instituto confere aos entes federativos indiscriminada discricionariedade no reconhecimento de propriedade aos ocupantes dos imóveis, bem como que a legislação que o instituiu não estabelece sequer limite mínimo de prazo para ocupação de imóvel público ou define qualquer tipo de natureza para a ocupação, tais como: justa, injusta, boa-fé, má-fé. Ademais, a nova legislação também ignora regras de desafetação, licitação, autorização legislativa e avaliação prévia, que amparam a alienação de bens públicos em geral:

[...] Ressalte-se que o § 4o do art. 23 da Lei n. 13.465/17, atribui a União, Estados, e Municípios uma indiscriminada discricionariedade no reconhecimento do direito de propriedade sobre bens públicos em prol de ocupantes de núcleos urbanos informais regularizados por meio da legitimação fundiária, sem prever um limite mínimo de prazo de ocupação do imóvel público ou sequer a natureza (justa, injusta, boa-fé ou má fé) da detenção originariamente exercida sobre o referido bem. Ademais, a lei ignora óbvias regras de desafetação, licitação, autorização legislativa e avaliação prévia, que amparam a alienação de bens públicos em geral, vulnerando a tutela do patrimônio público e desmoralizando o básico em termos de "accountability". Enfim, por qual razão se cria "pela tangente" um desvio a tradicional regra da inusucapibilidade de bens públicos? Não me surpreende se à legitimação fundiária se tornar a via adequada para a legalização de grilagens de grandes áreas ou de regularização de conjuntos habitacionais destinados à classe média ou alta.

O autor também afirma que o instituto da legitimação fundiária se trata de uma forma de burlar o instituto da usucapião, bem como de burlar a garantia fundamental constitucional do direito à propriedade (2017):

Outrossim, ao versar sobre a aquisição originária de bens particulares na Reurb-S, não se encontra menção na lei ao direito de indenização por parte dos proprietários que perderão a sua titularidade originária, o que presume um aparente “confisco”- que não coincide com as justificadas hipóteses constitucionais de desapropriação-sanção pelo cultivo de psicotrópicos ou recurso ao trabalho escravo. Cria-se uma fuga da usucapião pela via oblíqua, eximindo-se dos requisitos do lapso temporal e do “*animus domini*”. De fato, a legitimação fundiária de bens particulares mais se assemelha a uma desapropriação extrajudicial, na qual, ausentes balizas, o titular de um terreno invadido em 2016 será expropriado sem direito a indenização, caso a municipalidade considere que a ocupação estava consolidada! Fatalmente, vários questionamentos aportarão ao Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do referido artigo 23, sobremaneira em sede da quebra da proporcionalidade na adequação abstrata realizada entre a nova modalidade de propriedade como acesso (direito à propriedade) e a garantia institucional do direito de propriedade como situação jurídica patrimonial, tutelada pela ordem econômica (art. 170, CF). Em outros termos, o que prevalece em termos de adequação principiológica no Estado Democrático de Direito? De um ângulo, a abertura ao estatuto da titularidade, pela concessão do mínimo existencial a quem antes era alijado de um piso patrimonial (segurança jurídica pelo prisma de efetivação de direitos fundamentais). De outro ângulo, a imposição de um limite as intervenções infraconstitucionais excessivas sobre o direito de propriedade, tutelando-se o patrimônio do titular formal (segurança jurídica sob o prisma da conservação de situações jurídicas lícitas).

Segundo Antônio Carlos A. de Souza Cardoso e Roberto A. de Souza Cardoso (2018, p. 16), afirmam que, no âmbito da REURB-E, o novel instituto pode representar uma ofensa à garantia institucional do direito à propriedade, em virtude da discricionariedade excessiva conferida aos entes federativos somada a desnecessidade de comprovação de requisitos temporais ou de justiça e boa-fé. No entanto, no âmbito da REURB-S, o instituto se trata de um garantidor do direito à moradia, vez que quem dele se beneficiará somente deverá comprovar sua condição de baixa renda bem como de não se tratar de concessionário, foreiro ou beneficiário de qualquer outro imóvel urbano ou rural, confira-se:

Na Reurb-E entendemos que a aplicação do artigo 23 da Lei 13.465/17 implica em real ofensa à garantia institucional do direito de propriedade, como questionou Rosenvald (2017), pois a possibilidade de reconhecimento administrativo da propriedade, somada a desnecessidade de comprovação de requisitos temporais ou

comprovação da justiça ou boa-fé da posse acabam por encerrar intervenção excessiva sobre o direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII, CF), posto que neste caso o choque será entre a propriedade do titular registrado em cartório contra o suposto direito de aquisição de propriedade do possuidor/detentor.

Por outro lado, no que diz respeito à Reurb-S, conclusão distinta se impõe. Isso porque, na Reurb-S, salta aos olhos a incidência do direito fundamental à moradia (art. 6º da CF). Este direito se manifesta pela necessária submissão do beneficiário a um duplo filtro de admissão: i) adequação aos critérios de baixa renda indicados pelo Município (art. 13, I), o que denota a presunção de vulnerabilidade social; e ii) enquadramento nas condicionantes do § 1º do art. 23 que evidenciam a presença do direito à moradia, as quais exigem que “o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural” (art.23, § 1º, I). Tais requisitos denotam uma situação fática e jurídica distinta daquela sobre a qual nos deparamos nas hipóteses de Reurb-E, por isso conclui-se que a legitimação fundiária sobre bens particulares constitui instrumento idôneo nas hipóteses de Reurb-S.

Nessa linha intelectual também entendem Oliveski, Allebrandt, Mueller e Oliveski (2018, p. 15):

De fato, há de se convir que, embora a titulação de propriedade para os ocupantes dos núcleos urbanos informais represente um avanço, se faz necessário ainda que se garanta condições mínimas de urbanidade a estes ocupantes, o que, de acordo com a nova lei de regularização fundiária, fica a critério exclusivo dos municípios: exigir mais ou aceitar o mínimo. A regularização da titularidade da propriedade por si só, não resolve o grave problema que os centros urbanos enfrentam na atualidade, notadamente, em relação à ausência de infraestrutura básica que garanta condições mínimas de urbanidade ou habitabilidade a seus moradores tal como preconiza a Constituição Federal de 1988.

Os autores também entendem que, caso não sejam tomadas algumas precauções, tais como critério de renda, tempo de posse, propriedade única e utilização, o novel instituto pode acarretar insegurança jurídica bem como constituir-se como uma nova modalidade de usucapião, atentando contra a probidade administrativa e boa gestão do patrimônio público (2018, p. 15-16):

Portanto, algumas considerações importantes devem ser feitas em relação à legitimação fundiária, tendo em vista que a aplicação deste novo instituto, sem critério de renda, tempo de posse, propriedade única e utilização, pode gerar considerável insegurança jurídica. A sua utilização indiscriminada e sem critérios igualmente pode atentar contra a probidade administrativa e a boa gestão do patrimônio público. Além disso, deve-se atentar para o fato de que a legitimação fundiária se constitui em uma nova espécie de “usucapião” que incide indistintamente sobre terras públicas e privadas, sem qualquer

exigência de tempo mínimo de posse, cujo reconhecimento passa a ser feito no âmbito do Poder Executivo Municipal.

Da detida leitura do presente item, é possível concluir que a legitimação fundiária é um instituto que confere ao ocupante de área em núcleo urbano informal constituído até 22 de dezembro de 2016 a sua titularidade, e, conseqüentemente, a sua propriedade e que se trata de uma aquisição originária, absolutamente livre de qualquer mácula, fato que o assemelha ao instituto da usucapião.

Todavia, o novel instituto aparenta ser um tanto omissivo, vez que somente especifica que o núcleo urbano informal deve ser constituído desde 22 de dezembro de 2016, sem fixar qualquer lapso temporal mínimo de ocupação ou qualquer outro requisito que garanta mais segurança jurídica ou destinação específica para fins de moradia, questões que serão melhores analisadas em momento posterior.

## **2.2 Legitimação Fundiária à luz da Constituição Federal de 1988**

Como estudado no item anterior, o instituto da legitimação fundiária, fruto da Medida Provisória 759/2016, convertida na Lei 13.465/2017, que estabeleceu o novel instituto como forma de aquisição originária de imóvel integrante de núcleo urbano informal, constituído até a data de 22 de dezembro de 2016, foi alvo de diversas críticas, ao passo que também teve reconhecidas algumas qualidades, em específico, no âmbito da REURB-S.

No presente item, será feita uma análise do instituto perante os ditames constitucionais, ou seja, se pretende analisar a conformidade do novo instituto com as normas constitucionais, e, até mesmo, apontar supostas inconstitucionalidades.

A Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 30, I, e VII, ser de competência dos Municípios legislar a respeito do planejamento e controle do desenvolvimento urbano local, o que deve ser feito através de Planos Diretores e Leis Complementares específicas (OLIVESKI, ALLEBRANDT, MUELLER e OLIVESKI, 2018, p. 6), bem como também estabelece a impossibilidade de usucapião sobre bens públicos, conforme redação dos artigos 183, parágrafo 3º e 191, parágrafo único.

A Reurb criada pela Lei Federal de Regularização Fundiária passa a ser o instrumento jurídico de política urbana, do território nacional, que visa à regularização de núcleos urbanos e da situação jurídica de seus ocupantes. Há, ainda, a

determinação de que a aplicação das normas de regularização fundiária nas municipalidades independe de existência de lei local que regulamente a matéria. Deste modo, a REURB visa ampliar as ações do Governo Federal para garantir, aos cidadãos, segurança de moradia, além de condições mínimas para viverem com dignidade. Tal objetivo se justifica no fato de que a Reurb pretende ultrapassar os aspectos meramente jurídicos da titulação daqueles que detêm imóveis públicos ou privados irregularmente, eis que contempla medidas urbanísticas, ambientais e sociais, que visam à regularização dos núcleos urbanos informais e, via de consequência, a reurbanização do país, tal como estabelece o art. 10, da Lei Federal nº 13.465/17. (OLIVESKI, ALLEBRANDT, MUELLER e OLIVESKI, 2018, p. 12)

De certo, a nova legislação observou os ditames constitucionais quanto a atribuição da competência do desenvolvimento urbano aos Municípios e demais entes federativos. No entanto, Rosenvald (2017) entende que foi atribuída a esses entes discricionariedade exacerbada quanto a propriedade dos bens públicos, sem qualquer outro critério de limite mínimo de ocupação ou de justiça e boa-fé, fato que pode acarretar em resultados diversos dos pretendidos pelo novo instituto, e, inclusive, como já foi visto em momento anterior, a representação de uma burla a inusucapibilidade de bens públicos confira-se:

Ressalte-se que o § 4º do art. 23 da Lei n. 13.465/17, atribui a União, Estados, e Municípios uma indiscriminada discricionariedade no reconhecimento do direito de propriedade sobre bens públicos em prol de ocupantes de núcleos urbanos informais regularizados por meio da legitimação fundiária, sem prever um limite mínimo de prazo de ocupação do imóvel público ou sequer a natureza (justa, injusta, boa-fé ou má fé) da detenção originariamente exercida sobre o referido bem. Ademais, a lei ignora óbvias regras de desafetação, licitação, autorização legislativa e avaliação prévia, que amparam a alienação de bens públicos em geral, vulnerando a tutela do patrimônio público e desmoralizando o básico em termos de “*accountability*”. Enfim, por qual razão se cria “pela tangente” um desvio a tradicional regra da inusucapibilidade de bens públicos? Não me surpreende se à legitimação fundiária se tornar a via adequada para a legalização de grilagens de grandes áreas ou de regularização de conjuntos habitacionais destinados à classe média ou alta.

O advento da nova Legislação de Regularização Fundiária, Lei 13.465/2017, ao instituir a regularização de imóveis por meio da legitimação fundiária não observa o comando constitucional quanto a impossibilidade de usucapir imóveis localizados

em áreas públicas ao possibilitar sua aplicação no âmbito de REURB nas modalidades S e E, quando localizadas em terrenos públicos.

Segundo Antônio Carlos A. de Souza Cardoso e Roberto A. de Souza Cardoso (2018, p. 8), a aparente relativização da imprescritibilidade dos imóveis públicos no âmbito da regularização fundiária, no que tange o novel instituto da legitimação fundiária, deve ser descartado, vez que compete ao Poder Público a concessão da titularidade do imóvel, objetivando o interesse público maior de promover o direito à moradia. Deste modo, ao contrário do que ocorre quanto à prescrição aquisitiva que ocorre à revelia do antigo proprietário, a titularidade conferida a partir da legitimação fundiária pela Administração Pública se assemelha à uma espécie de doação:

A legitimação fundiária, aparentemente, relativiza a regra da imprescritibilidade dos imóveis públicos (art. 183, § 3º, CF e art. 191, parágrafo único, CF). No entanto, esse ponto de vista deve ser superado, pois enquanto a prescrição aquisitiva ocorre à revelia do antigo proprietário e/ou contra sua vontade; a legitimação fundiária se assemelha neste ponto à doação, posto que pressupõe a manifestação de vontade da administração, Prefeitura, concedente.

Nesse sentido, Flávio Tartucce (2018, p. 8) também compreende que, com relação aos bens públicos, o instituto não apresenta qualquer inconstitucionalidade, vez que os bens públicos dominicais também estão sujeitos à função social da propriedade: “No caso dos bens públicos, com o devido respeito, não vejo problemas, pois entendo que tais imóveis também estão sujeitos ao princípio da função social, sendo possível a usucapião de bens públicos dominicais”.

Já Oliveski, Allebrandt, Mueller e Oliveski (2018, p. 15-16), no que tange a imprescritibilidade de bens públicos afirmam que a legislação além de ignorar a vedação expressa à usucapião em áreas públicas, também dispensa diversos outros fatores essenciais como desafetação, licitação, autorização legislativa e avaliação prévia, acarretando no comprometimento da defesa do patrimônio público, podendo a lei se desvirtuar facilmente de seus objetivos, beneficiando a quem de seus benefícios não necessita:

No caso de áreas públicas, a legitimação fundiária viola, ainda, a vedação expressa da Constituição à usucapião de bens públicos. Em conjugação com dispositivos que dispensam a alienação de bens públicos em geral e da União em particular de desafetação, licitação, autorização legislativa e avaliação prévia, a legitimação fundiária



portanto, pode comprometer a defesa do patrimônio público, as prerrogativas do Poder Legislativo, a transparência da gestão pública e a responsabilidade fiscal, eis que fica suscetível a manipulações em benefício de interesses diversos daqueles previstos na nova lei.

Como é possível perceber a partir da análise presente item, bem como do item anterior, o principal alvo de crítica do novel instituto se refere ao fato de sua interferência no direito à propriedade vez que a nova legislação sequer apresenta previsão quanto possibilidade de indenização aos antigos proprietários ou define critérios de justiça, boa-fé e destinação social ao imóvel, bastando para a aquisição de titularidade que o núcleo urbano informal esteja constituído até a data de 22 de dezembro de 2016 e que o município assim o considere núcleo urbano informal, tal como leciona Rosenvald (2017):

Outrossim, ao versar sobre a aquisição originária de bens particulares na Reurb-S, não se encontra menção na lei ao direito de indenização por parte dos proprietários que perderão a sua titularidade originária, o que presume um aparente “confisco”- que não coincide com as justificadas hipóteses constitucionais de desapropriação-sanção pelo cultivo de psicotrópicos ou recurso ao trabalho escravo. Cria-se uma fuga da usucapião pela via oblíqua, eximindo-se dos requisitos do lapso temporal e do “*animus domini*”. De fato, a legitimação fundiária de bens particulares mais se assemelha a uma desapropriação extrajudicial, na qual, ausentes balizas, o titular de um terreno invadido em 2016 será expropriado sem direito a indenização, caso a municipalidade considere que a ocupação estava consolidada! Fatalmente, vários questionamentos aportarão ao Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do referido artigo 23, sobremaneira em sede da quebra da proporcionalidade na adequação abstrata realizada entre a nova modalidade de propriedade como acesso (direito à propriedade) e a garantia institucional do direito de propriedade como situação jurídica patrimonial, tutelada pela ordem econômica (art. 170, CF). Em outros termos, o que prevalece em termos de adequação principiológica no Estado Democrático de Direito? De um ângulo, a abertura ao estatuto da titularidade, pela concessão do mínimo existencial a quem antes era alijado de um piso patrimonial (segurança jurídica pelo prisma de efetivação de direitos fundamentais). De outro ângulo, a imposição de um limite as intervenções infraconstitucionais excessivas sobre o direito de propriedade, tutelando-se o patrimônio do titular formal (segurança jurídica sob o prisma da conservação de situações jurídicas lícitas).

Nesse sentido, como já visto anteriormente, Antônio Carlos A. de Souza Cardoso e Roberto A. de Souza Cardoso (2018, p. 16), entendem que, de fato, pode ocorrer ofensa à garantia institucional do direito à propriedade, no entanto, somente no âmbito da REURB-E, vez que a possibilidade de reconhecimento administrativo da propriedade, somada a desnecessidade de comprovação de requisitos temporais ou

comprovação da justiça ou boa-fé da posse acabam por encerrar intervenção excessiva sobre o direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII, CF), posto que neste caso o choque será entre a propriedade do titular registrado em cartório contra o suposto direito de aquisição de propriedade do possuidor/detentor.

Nesta mesma linha intelectual, Oliveski, Allebrandt, Mueller e Oliveski lecionam que a utilização indiscriminada do instituto pode constituir uma nova espécie de usucapião, atentando contra a probidade administrativa e boa gestão do patrimônio público, devendo ser feitas considerações quanto aos critérios de renda, tempo de posse e propriedade única, bem como sua utilização. Ademais, o indiscriminado poder conferido aos entes federativo, principalmente, aos Municípios, pode acarretar em insegurança jurídica (2018, p. 15-16):

Será preciso muito cuidado na aplicação da legitimação fundiária. Incumbe ao Ministério Público a fiscalização de sua efetivação diante das inúmeras deficiências que podem ser apontadas ao instituto da legitimação fundiária, podendo se caracterizar uma grave violação do direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, pois faculta ao prefeito conferir a terceiros a propriedade de imóveis por eles ocupados, sem indenização aos proprietários e independentemente do tempo e da natureza da posse.

Portanto, algumas considerações importantes devem ser feitas em relação à legitimação fundiária, tendo em vista que a aplicação deste novo instituto, sem critério de renda, tempo de posse, propriedade única e utilização, pode gerar considerável insegurança jurídica. A sua utilização indiscriminada e sem critérios igualmente pode atentar contra a probidade administrativa e a boa gestão do patrimônio público. Além disso, deve-se atentar para o fato de que a legitimação constitui-se em uma nova espécie de “usucapião” que incide indistintamente sobre terras públicas e privadas, sem qualquer exigência de tempo mínimo de posse, cujo reconhecimento passa a ser feito no âmbito do Poder Executivo Municipal.

Por outro ângulo, foi estudado anteriormente, a relevância do direito à moradia, direito fundamental conferido à todos pela Constituição Federal de 1988, bem como que a legitimação fundiária, apesar dos pontos controversos, poderia servir como instrumento para promoção deste direito fundamental tão caro a sociedade brasileira.

Como visto em momento anterior, Antônio Carlos A. de Souza Cardoso e Roberto A. de Souza Cardoso (2018, p. 16), reconhecem ser de suma relevância a existência do instituto no âmbito da REURB-S para promoção do direito fundamental à moradia, constitucionalmente garantido a todos:

Por outro lado, no que diz respeito à Reurb-S, conclusão distinta se impõe. Isso porque, na Reurb-S, salta aos olhos a incidência do direito fundamental à moradia (art. 6º da CF). Este direito se manifesta pela necessária submissão do beneficiário a um duplo filtro de admissão: i) adequação aos critérios de baixa renda indicados pelo Município (art. 13, I), o que denota a presunção de vulnerabilidade social; e ii) enquadramento nas condicionantes do § 1º do art. 23 que evidenciam a presença do direito à moradia, as quais exigem que “o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural” (art. 23, § 1º, I). Tais requisitos denotam uma situação fática e jurídica distinta daquela sobre a qual nos deparamos nas hipóteses de Reurb-E, por isso conclui-se que a legitimação fundiária sobre bens particulares constitui instrumento idôneo nas hipóteses de Reurb-S.

Rosenvald (2017), não obstante as diversas críticas a respeito do instituto, reconhece que, apesar delas, o direito a titulação conferido aos ocupantes de imóveis em núcleos urbanos informais por meio da legitimação fundiária possui o condão de resgatar para a legalidade urbana os possuidores e detentores de imóveis urbanos e rurais bem como de incrementar o mercado imobiliário na medida em que o registro da propriedade confere ao seu titular um ativo circulável hábil a proporcionar empréstimos a juros baixos, posto garantidos por hipotecas e propriedades fiduciárias:

Por outro lado, o legislador concebe a titulação como mecanismo capaz não apenas de resgatar para a legalidade urbana os possuidores e detentores de imóveis urbanos e rurais, como também de incrementar o mercado imobiliário e viabilizar a livre iniciativa de milhares de futuros empreendedores, na medida em que o registro da propriedade confere ao seu titular um ativo circulável hábil a proporcionar empréstimos a juros baixos, posto garantidos por hipotecas e propriedades fiduciárias. Nessa senda, Hernando de Soto assume com precisão que “o que falta aos pobres são sistemas legalmente integrados de propriedade que possam converter seus trabalhos e poupanças em capital”. Realmente, conceder titulação em prol de uma massa de excluídos significa liquidar o “*apartheid*”, converter apátridas em cidadãos e transformar capital morto (posse irregular) em capital vivo (ativos). Não negamos a existência de objetivos de interesse geral com a edição da Lei n. 13.465/17. Porém, o que deve ser avaliado em relação à finalidade perseguida pela norma é se há uma intolerável interferência que afeta a substância do direito fundamental de propriedade.

Diante das análises críticas quanto ao instituto da legitimação fundiária à luz do dispositivo constitucional, foi possível averiguar que, não obstante as diversas crítica e pontos controversos apresentados pelo novel instituto, existe também o

reconhecimento, por parte da doutrina, de que o instituto tem o condão de promover a população mais carente o direito à moradia e a propriedade, tópicos que serão melhor analisados no item conclusivo do presente estudo.

### *2.2.1 Legitimação Fundiária à luz da legislação infraconstitucional*

#### *2.2.1.1 Lei 13.465/2017*

Ao editar o diploma de n. 13.465/2017, o legislador teve por escopo o estabelecimento de um instituto com caráter desburocratizante, célere e sem maiores formalidades. O diploma privilegia a questão da regularização fundiária, dispondo sobre mecanismos mais céleres para se formalizar a propriedades irregulares. No entanto, tem recebido diversas críticas, vez que por priorizar as questões de regularização acaba por deixar de lado as demais questões a respeito de moradia digna, como: investimentos em serviços públicos garantidores de transporte coletivo, saneamento básico, água, luz, educação saúde. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p 1608)

Nessa linha intelectual, Santin e Comiram (2018, p.1609), afirmam:

[...] a atual legislação flexibilizou questões, prevendo um procedimento administrativo de regularização fundiária no seu capítulo III. Optou-se por garantir direitos individuais e o reconhecimento dos títulos de propriedade em detrimento do direito social à moradia [...]

[...] apesar da recente legislação flexibilizar o procedimento de obtenção dos títulos dos lotes, ressalta-se que a regularização fundiária é um processo muito complicado, o qual não engloba apenas a obtenção do título, mas também inúmeros investimentos em garantir àquela população o acesso a serviços públicos básicos para uma vida digna [...]

É possível constatar a prioridade na garantia direitos individuais bem como reconhecimento dos títulos de propriedade, conferida pela lei, a partir da leitura de seus objetivos elencados no artigo 10 do diploma de n. 13.465/2017, tais objetivos consistem em: identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior; criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes; ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos

informais regularizados; promover a integração social e a geração de emprego e renda; estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade; garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; garantir a efetivação da função social da propriedade; ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo; prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais; conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher; franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p. 1612)

O novo diploma prevê em seu artigo 28 as fases que o processo de regularização fundiária deve passar até que chegue o momento de sua conclusão, quais sejam: requerimento dos legitimados; processamento administrativo do requerimento, no qual será conferido prazo para manifestação dos titulares de direitos reais sobre o imóvel e dos confrontantes; elaboração do projeto de regularização fundiária; saneamento do processo administrativo; decisão da autoridade competente, mediante ato formal, ao qual se dará publicidade; expedição da CRF pelo Município; e registro da CRF e do projeto de regularização fundiária aprovado perante o oficial do cartório de registro de imóveis em que se situe a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p. 1610)

O artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 13.465/2017 prevê que para que seja instituída uma REURB para fins de regularização fundiária, é necessária a aprovação, pelo município, de um projeto urbanístico elaborado por profissionais especializados, bem como exige-se a existência prévia de um cadastro imobiliária bem como o levantamento georreferenciado de cada assentamento urbano que identifique os lotes, as vias de circulação e as áreas para o uso público, conforme redação dos artigos 35 e 36 da Li 13.465/2017. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p. 1611)

Nesse sentido, a flexibilização dada pelo novo diploma é tanta que, em seu artigo 19, parágrafo 3º, está previsto que a demarcação urbanística acima referida não consiste em condição para o processamento e efetivação da REURB. (2017 (SANTIN e COMIRAN, 2018, p. 1613)

Da leitura do supracitado artigo, constata-se que a nova legislação confere aos municípios - como foi constatado exaustivamente em itens anteriores- uma maior liberdade no procedimento de regularização fundiária, pois estes irão definir qual a modalidade de regularização, dentre as previstas no artigo 15 da Lei 13.465/2017, será utilizada, bem como será o ente competente para proceder com a maioria das fases. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p. 1610-1611)

Conforme observado reiteradas vezes em itens anteriores do presente trabalho, a legitimação fundiária inovou o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo soluções que muito se afastam das formas legais de aquisição da propriedade encontradas em diplomas anteriormente vigentes no ordenamento jurídico infraconstitucional, nesse sentido lecionam Antônio Carlos A. de Souza Cardoso e Roberto A. de Souza Cardoso (2018, p. 2):

A legitimação fundiária traz aspectos próprios, inova no ordenamento por sua abrangência e alcance inéditos, posto que, diferentemente de seus congêneres, incide sobre bens privados e públicos; afastando-se, inclusive, de outras formas legais de aquisição da propriedade, como a usucapião, pois: i) não se submete a lapsos temporais expressos; ii) não exige a observância a verificação da boa-fé e da justiça da posse; e iii) sua declaração é competência administrativa, das Prefeituras.

Além do instituto da legitimação fundiária, objeto do presente trabalho, o novo diploma 13.465/2017 também prevê o instituto da legitimação de posse, instituto que já encontrava previsão no diploma de 11.977/2009 - Lei Minha Casa Minha Vida-. No entanto, a novel legislação revogou a previsão legal encontrada no diploma anterior, prevendo-o de uma forma mais "desburocratizada". (SANTIN e COMIRAN, 2018, p. 1614)

O referido instituto, nos termos dos artigos 25 a 26 da Lei 13.465/2017, abrange a possibilidade de conversão automática ao título de propriedade, livre de ônus, se tratando de uma forma de aquisição originária de direito real após completados os 5 anos do registro de sua legitimação de posse. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p. 1614)

O referido instituto será melhor estudado em momento posterior, em item próprio.

Diante da ausência de tantas precauções para atingir o objetivo de mera concessão de título de propriedade, é perceptível que, talvez o novel dispositivo bem como os institutos nele previstos para executar a regularização fundiária, não se coadunam com o direito à moradia, vez que, como estudado em capítulo específico, este direito não se trata de garantir ao cidadão um mero teto para habitar, mas a qualidade de vida presente naquele ambiente em que se encontre estabelecendo sua moradia

#### 2.2.1.2 Lei 11.977/2009 - Minha Casa Minha Vida, Código Civil de 2002 e Estatuto da Cidade

Como visto no item anterior, a nova Lei de Regularização Fundiária alterou dispositivo importante da Lei 11.977/2009 que versa a respeito do instituto da legitimação de posse.

Apesar de não ser o instituto objeto de análise do presente estudo, faz-se importante observar essa alteração legislativa pela relação que possui com o instituto da legitimação fundiária, uma vez que a legitimação de posse está restrita a áreas privadas, de modo que se confronta com o instituto da legitimação fundiária: objeto de análise do presente estudo. Como se verá, o instituto da legitimação de posse poderia representar uma alternativa à aplicação da legitimação fundiária, a fim de evitar algumas inseguranças jurídicas.

O artigo 59 da Lei 11.977/2009 previa que a legitimação de posse consistia em ato do Poder Público que poderia legitimar a posse de ocupantes de imóveis públicos ou particulares. A legitimação de posse seria concedida aos moradores cadastrados pelo Poder Público desde que não fossem concessionários, foreiros ou proprietários ou coproprietário de gleba, titular de cotas ou frações ideais de outro imóvel urbano ou rural. Após a concessão, passados 5 (cinco) anos do registro, o detentor do título poderia requerer ao oficial de registros de imóveis para a conversão do título em propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião. (TARTUCCE, 2018, p. 9)

A redação da Lei 13.465/2017, em seus artigos 25 a 27 dispõe que a legitimação de posse se trata de instrumento exclusivo para fins de regularização fundiária, constituindo ato do Poder Público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Regularização Fundiária Urbana.

No ato da legitimação de posse, após os 5 (cinco) anos a propriedade é convertida automaticamente ao detentor. (TARTUCCE, 2018, p. 10)

Ou seja, após 5 anos do registro da legitimação de posse, haverá a conversão automática desta em título de propriedade, desde que atendidos os termos bem como as condições do art. 183 da Constituição Federal, independentemente de prévia ou prática de ato registral. Ademais, ainda que não haja o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos pela Constituição, será possível ainda a conversão do título de legitimação de posse em propriedade se satisfeitos os requisitos de usucapião estabelecidos na legislação em vigor, a requerimento do interessado perante o registro de imóveis competente. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p. 1614)

A respeito da possibilidade de conversão nos casos de preenchimento dos requisitos da usucapião a requerimento do interessado, Tartucce leciona (2018, p.10):

A título de ilustração, caso a hipótese fática seja de usucapião ordinária, seja extraordinária, caberá sua conversão administrativa mediante pedido ao oficial do Cartório de Registro de Imóveis, que decidirá sobre o preenchimento dos seus requisitos ou não. Não há mais menção quanto aos documentos que devem ser apresentados, o que depende de regulamentação administrativa pelas respectivas Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, que disciplinam a atuação dos Cartórios. Caso isso não ocorra, a decisão de exigência cabe ao registrador de imóveis.

A principal mudança trazida pelo novo texto da Lei 13.465/2017 quanto ao instituto é a conversão automática do título em título de propriedade, o que significa que não há mais a necessidade de qualquer provocação dos serviços notariais pelo detentor, o que implica que não haverá qualquer manifestação do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis.

A nova legislação também prevê a possibilidade ser transmitida *causa mortis* ou *inter vivos*. Sobre a primeira possibilidade, Tartucce afirma que pode acarretar problemas sociais diante das notórias práticas de especulação imobiliária que ocorrem no país. (2018, p.10)



Por fim, a legitimação de posse não se aplica no âmbito da Regularização Fundiária situadas em áreas de titularidade do Poder Público, não havendo sua aplicação quanto aos bens públicos dominicais, e, após convertida a legitimação de posse em propriedade, a aquisição do direito real é originária. (TARTUCCE, 2018, p.10)

A antiga previsão do instituto da Lei 11.977/2009 bem como a nova legislação 13.465/2017, preveem que a legitimação de posse somente se aplica à propriedade privadas. A partir do instituto da legitimação fundiária, objeto do presente estudo, é que foi possível alcançar as propriedades públicas, vez que, o novel instituto amplia as hipóteses abarcadas pela legitimação de posse ao conferir a possibilidade da aquisição de propriedade de imóveis públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios assim como de entidades a estes vinculadas. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p. 1615)

Quanto aos institutos da usucapião, este encontra previsão tanto no Código Civil quanto o Estatuto da Cidade, ocasião em que se fará uma breve análise da presença do instituto nos supramencionados diplomas.

O Código Civil prevê o instituto da usucapião nas seguintes modalidades ordinária, extraordinária, especial rural, especial urbana e familiar.

A usucapião ordinária tem por requisitos: posse de dez anos, que deve ser exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacificamente, além de exigir do possuidor tenha justo título e a boa-fé. Pode o possuidor ter prazo de posse reduzido se no imóvel tiver estabelecido sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. (GONÇALVES, 2013, p. 548)

Quanto a modalidade de usucapião especial, o Código Civil comporta previsão sob duas formas: especial rural, também denominada de *pro labore* e especial urbana, também denominada pró-moradia. A usucapião *pro labore*, surgiu no mundo jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1934, já a usucapião pró-moradia, é inovação da Constituição de 1988. (GONÇALVES, 2013, p. 549-550)

Quanto aos requisitos, a usucapião pro labore exige do posseiro um lapso temporal de 5 anos, sem oposição, e que o imóvel esteja localizado em área rural, não podendo ultrapassar a metragem de 50 hectares, além disso, a usucapião especial rural não se contenta com a simples posse, exigindo a ocupação produtiva do imóvel ou que lá seja estabelecida moradia do posseiro e sua família. A morte de um dos cônjuges ou de qualquer outro parente em nada prejudica o direito de usucapir dos demais integrantes. Por fim, esta modalidade não exige do posseiro justo título ou boa-fé. (GONÇALVES, 2013, p. 549)

A usucapião especial urbana, assim como a rural, exige do ocupante posseiro um lapso temporal de 5 anos, não podendo o imóvel ultrapassar a metragem de 250 metros quadrados. Assim como na usucapião pro labore, também é exigida a utilização para fins de moradia, não sendo requisito para usucapir a presença de justo título e boa-fé. (GONÇALVES, 2013, p. 550)

O Estatuto da Cidade, por sua vez, comporta previsão do instituto da usucapião em duas modalidades: usucapião coletivo e usucapião especial individual.

A primeira modalidade se destina a regularização de áreas de favela, quando uma coletividade de baixa renda ocupa, para moradia, pelo período de 5 anos ininterruptos e sem oposição área urbana com mais de 250 metros quadrados, sendo, de um, lado impossível (ou difícil) identificar juridicamente os terrenos individualmente ocupados e, doutro lado, não sendo o possuidor proprietário de qualquer outro imóvel. (FERRAZ , 2003, p. 143)

Quanto a usucapião individual, prevista pelo Estatuto da Cidade, assim como a usucapião coletiva, também possui inegável alcance social, tendo por requisitos que o posseiro deve ocupar área ou edificação urbana de até 250 metros quadrados, pelo lapso temporal de 5 anos, ininterruptamente e sem oposição, que nele estabeleça sua moradia ou de sua família. (GONÇALVES, 2013, p. 552)

Importante destacar que a única diferença existente entre o texto da usucapião individual prevista pelo Estatuto da Cidade e a previsão da usucapião, usucapião especial urbana do Código Civil, é que o Estatuto se refere à área ou edificação urbana e o diploma civil se limita ao termo área urbana. (GONÇALVES, 2013, p. 552)

Conforme já estudado em item anterior, a incidência da legitimação fundiária sobre áreas privadas, na concepção de Antônio Carlos A. de Souza Cardoso e Roberto A. de Souza Cardoso (2018, p. 16), no âmbito da REURB-E pode representar uma intervenção excessiva do ente federativo no direito de propriedade, visto que a possibilidade de reconhecimento administrativo da propriedade, somada a desnecessidade de comprovação de requisitos temporais ou comprovação da justiça ou boa-fé criam conflito entre a propriedade do real titular registrado em cartório contra a do suposto possuidor/detentor, confira-se:

Na Reurb-E entendemos que a aplicação do artigo 23 da Lei 13.465/17 implica em real ofensa à garantia institucional do direito de propriedade, como questionou Rosenvald (2017), pois a possibilidade de reconhecimento administrativo da propriedade, somada a desnecessidade de comprovação de requisitos temporais ou comprovação da justiça ou boa-fé da posse acabam por encerrar intervenção excessiva sobre o direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII, CF), posto que neste caso o choque será entre a propriedade do titular registrado em cartório contra o suposto direito de aquisição de propriedade do possuidor/detentor.

Deste modo, o instituto da legitimação de posse, bem como as modalidades de usucapião abarcadas pelo diploma civil de 2002, se revelam mais benéficos para aplicação no âmbito de propriedades privadas, uma vez que, ainda que reformado pela nova legislação para que seu procedimento seja menos burocrático, no caso da legitimação de posse, este instituto estabelece critérios como, um prazo mínimo de ocupação para aquisição de propriedade, natureza da ocupação para fins sociais ou de moradia e identificação do ocupante, e, caso não preenchidos os requisitos, o ocupante ainda tem a possibilidade de requerer a titularidade através da usucapião. Ou seja, os institutos trazem elementos que garantem mais segurança jurídica, evitando a famigerada hipótese de grilagem de terras decorrente do mau uso do instituto da legitimação fundiária, alvo de tantas críticas. Nesse sentido, Rosenvald ensina (2017):

[..] Em termos de inovação legislativa, a criação do modelo jurídico da legitimação fundiária é o “*locus*” privilegiado para a controvérsia jurídica. Ela foi conceituada pelo legislador como “mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb” (art.11, inciso VII). Os critérios de legitimação fundiária oscilarão conforme a classificação de cada município, variando entre as modalidades da Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de

baixa renda – ou da Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese anterior (art. 13, Lei n. 13.465/17). A unidade imobiliária objeto da Reurb é núcleo urbano informal, conceituado pelo legislador como aquele “clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização” (art. 11, II). Na Reurb-S a legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016 (art. 23, Lei n. 13.465/17) [...]

[...] A única coincidência formal com a usucapião especial constitucional se dá em termos de legitimidade para a legitimação fundiária: na Reurb-S ela será concedida ao beneficiário, desde que não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural; não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e, em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação (§ 1º, art. 23). Ressalte-se que o § 4º do art. 23 da Lei n. 13.465/17, atribui a União, Estados, e Municípios uma indiscriminada discricionariedade no reconhecimento do direito de propriedade sobre bens públicos em prol de ocupantes de núcleos urbanos informais regularizados por meio da legitimação fundiária, sem prever um limite mínimo de prazo de ocupação do imóvel público ou sequer a natureza (justa, injusta, boa-fé ou má fé) da detenção originariamente exercida sobre o referido bem. Ademais, a lei ignora óbvias regras de desafetação, licitação, autorização legislativa e avaliação prévia, que amparam a alienação de bens públicos em geral, vulnerando a tutela do patrimônio público e desmoralizando o básico em termos de “*accountability*”. Enfim, por qual razão se cria “pela tangente” um desvio a tradicional regra da inusucapibilidade de bens públicos? Não me surpreende se à legitimação fundiária se tornar a via adequada para a legalização de grilagens de grandes áreas ou de regularização de conjuntos habitacionais destinados à classe média ou alta [...]

[...]Outrossim, ao versar sobre a aquisição originária de bens particulares na Reurb-S, não se encontra menção na lei ao direito de indenização por parte dos proprietários que perderão a sua titularidade originária, o que presume um aparente “confisco”- que não coincide com as justificadas hipóteses constitucionais de desapropriação-sanção pelo cultivo de psicotrópicos ou recurso ao trabalho escravo [...]

[...] Em outros termos, o que prevalece em termos de adequação principiológica no Estado Democrático de Direito? De um ângulo, a abertura ao estatuto da titularidade, pela concessão do mínimo existencial a quem antes era alijado de um piso patrimonial (segurança jurídica pelo prisma de efetivação de direitos fundamentais). De outro ângulo, a imposição de um limite as intervenções infraconstitucionais

excessivas sobre o direito de propriedade, tutelando-se o patrimônio do titular formal (segurança jurídica sob o prisma da conservação de situações jurídicas lícitas) [...]

Diante do exposto, conclui-se que a legitimação fundiária se faz um tanto desnecessária e até mesmo de arriscada aplicação no âmbito das REURB-E. Quanto a possibilidade da REURB-S, há ainda a vedação constitucional expressa quanto a aquisição de imóveis públicos.

### 3 ANÁLISE CRÍTICA JURISPRUDENCIAL DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA: PERSPECTIVAS DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NO STF

Por fim, o terceiro capítulo visa a realização de análise das ações diretas de inconstitucionalidade 5771, 5787 e 5883 perante o Supremo Tribunal Federal, em face das balizas constitucionais estudadas no primeiro capítulo e os institutos estudados no segundo capítulo, objetos do presente trabalho. É importante ressaltar esse recorte vez que as supracitadas ações questionam a constitucionalidade da nova lei de regularização fundiária em seu inteiro teor e em diversos outros pontos, de extrema relevância, mas que, no entanto, não são pertinentes ao estudo proposto pelo presente trabalho.

#### 3.1 ADI 5771 - Supremo Tribunal Federal – Ministro Relator Luiz Fux

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5771, de autoria do ex Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, questiona a inconstitucionalidade da Lei 13.465 em sua integralidade, apontando principalmente, que a nova legislação fere diversos direitos, bem como se encontra eivada por diversos vícios de inconstitucionalidade formal e material.

Dentre diversas inconstitucionalidades apontadas, quanto ao objeto de estudo da presente pesquisa, a ADI aponta a violação do direito social à moradia, que, em virtude de não ser definido pela Constituição de 1988, as normas internacionais tomam esse encargo regulamentador, todavia, a edição da nova legislação não observou as supramencionadas normas internacionais, representando um retrocesso legislativo (p. 22-31):

**Definidas essas premissas, pelo fato de a Constituição não conter definição do direito à moradia nem das formas pelas quais o poder público deverá concretizá-lo (nem seria apropriado que contivesse, dadas as características normativas das constituições), as normas internacionais assumem especial relevo como elemento densificador e servem como vetor interpretativo para o Poder Judiciário proceder ao controle de atos dos Poderes Legislativo e Executivo que possam significar violações ou retrocessos (grifo nosso).**

Com relação ao direito à moradia, o questionamento vai exatamente de encontro ao que fora estudado no primeiro capítulo, no item 1.3, ocasião em que foi

constatado que se trata de um Poder-dever do Estado a garantia de moradia adequada, bem como que o conceito de moradia adequada não se trata apenas de um teto para morar. Ademais, é um direito essencial, que encontra previsão não somente na Constituição de 1988, mas também em normas e Princípios gerais, Princípios Fundamentais e Objetivos da República. (SILVA, 2016, p. 318)

Sendo ainda, importante recordar que, como estudado no item 1.3, antes mesmo deste direito de suma essencialidade passar a integrar o ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 26, já vinha sendo bastante defendido e reconhecido como direito fundamental, fato que se deve a influência da experiência em outros países. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2014, p.602)

Quanto ao instituto da legitimação fundiária, é apontada a necessidade de fixação de um marco temporal mínimo para aquisição da propriedade das terras, todavia, o instituto apenas prevê a necessidade de o núcleo urbano informal estar constituído desde 22 de dezembro de 2016 para que se obtenha direitos à essas terras, fato que pode acarretar na facilitação de ocupações clandestinas e ilícitas, já que o instituto também não vincula a ocupação da área para fins de moradia (p. 33):

**A fixação desse marco temporal para fins de aquisição de propriedade, desassociado de qualquer exigência de tempo mínimo de ocupação da área ou vinculação de seu uso a moradia, acaba por premiar ocupações clandestinas e ilícitas por parte de ocupantes ilegais de terras e falsificadores de títulos (os chamados “grileiros”) e desmatadores, além de incentivar novas invasões dessa natureza. Se a Constituição exige tais pressupostos para os institutos do usucapião especial urbano e rural (arts. 183 e 191), que cuidam da aquisição apenas de áreas particulares, não parece compatível com o regime constitucional que a “legitimação fundiária”, a envolver aquisição de áreas públicas, possa dispensá-los (grifo nosso).**

Com relação ao instituto objeto de estudo do presente trabalho, estudado em capítulo próprio, que a discricionariedade exacerbada conferida ao Poder Público pode acarretar na premiação das ocupações clandestinas (ROSENVALD, 2017). Este fato, somado à falta de requisitos para adquirir a titularidade das terras, eis que o novo instituto tem por requisitos somente: a posse de área pública ou privada; não possuir outro imóvel e não ter sido beneficiado por legitimação de posse ou fundiária de interesse público, bem como que o núcleo urbanos informal esteja constituído desde

22 de dezembro de 2016 (TARTUCCE, 2018, p.8) pode acarretar em uma enorme insegurança jurídica.

No entanto, também foi visto que o instituto pode ser benéfico à população de baixa renda, vez que a concessão de propriedade localizada em áreas públicas pode garantir a estas o direito à moradia, eis que a aplicação do instituto para imóveis públicos somente ocorrerá no âmbito da REURB-S. (CARDOSO e CARDOSO, 2018, p. 8-9 e 16)

### 3.2 ADI 5787 – Supremo Tribunal Federal – Ministro Relator Luiz Fux

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5787, de autoria da Senadora Gleisi Hoffmann, assim como na ADI 5771, aponta violação à direitos básicos essenciais, tal como o direito à moradia e a cidade, além de representar a facilitação de ocupações clandestinas por grileiros.

Quanto ao instituto da legitimação fundiária, é apontada a violação ao Princípio da Isonomia, vez que estabelece diversos requisitos a serem cumpridos pela população de baixa renda, já para a população de alta renda, o único critério estabelecido é a mera discricionariedade do Poder Público. Ademais, além de ferir o Princípio da Isonomia, é apontada também a violação aos objetivos da República brasileira, eis que não é observada a necessidade de redução das desigualdades sociais e regionais (p. 40-41):

Como se vê, tal dispositivo estabelece a legitimação fundiária como forma originária de aquisição do direito real de propriedade, seja de imóvel público ou privado, conferido por ato discricionário do Poder Público. Ela traz uma previsão claramente inconstitucional, ao estabelecer, **para a Reurb – S, que é a regularização para a baixa renda, diversos requisitos que devem ser cumpridos, ao passo que, para a alta renda, o critério é discricionário do poder público, sem qualquer amarra legal. Tal previsão fere de morte o princípio da isonomia, previsto constitucionalmente.**

Some-se a isso o quanto já exposto inicialmente, sobre a importância dos objetivos da república, quando preveem a necessidade .de que a legislação preze pela redução das desigualdades sociais e regionais. Tal previsão contida no artigo 23 prevê exatamente o oposto do quanto previsto nesse preceito.

**Não se questionam tais requisitos, eles são congruentes com aqueles previstos nas legislações correlatas que conferem a aplicação de instrumentos como garantia do direito à moradia.**



Contudo, é inadmissível que para a Reurb-E, para a alta renda, previsto no caput, nenhum requisito seja estabelecido! (grifo nosso).

Com relação à violação do Princípio da Isonomia, foi estudado no item 1.3, que o direito à moradia encontra Previsão também nos Princípios e objetivos da República (José Afonso da Silva, 2016, p. 318). Nesta linha intelectual, é possível constatar que a nova legislação fere diretamente Princípios coligados à direitos essenciais, como o direito à moradia e da Isonomia, não respaldado pela Constituição, é possível concluir que o novo diploma apresenta claros indícios de inconstitucionalidade.

Assim como na ADI 5771, a ADI 5787 também questiona a necessidade de um marco temporal para comprovação do *animus domini*, violando requisitos os essenciais da posse mansa, pacífica e ininterrupta, previstos em diversos institutos de direito urbanístico, como por exemplo, o instituto da usucapião, o que leva a conclusão de que o instituto possui o mero escopo da titularização e não da garantia do direito à moradia, eis que poderá acarretar em ocupações ilícitas (p. 41-42):

**Além disso, os instrumentos de regularização fundiária preveem a necessidade de comprovação de lapso temporal para comprovar o *animus domini* e também como garantia de que invasões recentes, que não se prestam a resguardar o direito à moradia da população de baixa renda, não sejam regularizadas.** Porém, ao prever unicamente o critério de ocupação em “22 de dezembro de 2016”, a lei desrespeita os preceitos construídos pela legislação em vigor.

**A posse constitui o núcleo central do direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, e em razão disso relaciona-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Da forma como está previsto no artigo 23, da lei nº 13.465, de 2017, a posse necessária à aquisição da legitimação fundiária não estabelece os requisitos mínimos à sua caracterização ao direito à moradia, pois prevê “a posse de unidade imobiliária com destinação urbana, como sua, em núcleo informal urbano consolidado existente em 22 de dezembro de 2016”. Ora, unidade com destinação urbana não inclui uma finalidade ou utilidade social ou produtiva, assim como não inclui os requisitos de ser mansa, pacífica e ininterrupta. Incluiu apenas o marco temporal, afastando os demais requisitos essenciais (grifo nosso).**

Conforme visto em capítulo próprio, o instituto da legitimação fundiária tem como objeto maior conferir titulação do que garantir a a efetividade do direito à moradia, no entanto, também foi reconhecida a possibilidade de este instituto resgatar a legalidade urbana, bem como de incrementar o mercado imobiliário vez que o registro de propriedade confere ao titular ativos circuláveis (ROSENVALD, 2017). No

entanto, o que mais pesa no momento de ponderar pela legalidade do instituto consiste no fato de que, caso não sejam tomadas precauções como o estabelecimento de critérios de renda, tempo de posse, propriedade única e utilização, o novo instituto pode acabar consistindo em uma nova modalidade de usucapião menos burocrática, podendo acarretar insegurança jurídica e atentado contra a probidade administrativa. (OLIVESKI, ALLEBRANDT, MUELLER e OLIVESKI, 2018, p. 15-16)

Por fim, também é apontado o descumprimento da função social da propriedade, eis que ante a falta dos requisitos supramencionados, a lei confere ao Município a atribuição de propriedade independentemente do prazo de ocupação, todavia, a função social da propriedade exige requisitos mínimos para supressão da propriedade (p. 42):

Esse instrumento autoriza o município a atribuir a propriedade do terreno a ocupante de área pública ou privada, desde que se comprove que a ocupação tenha ocorrido até 22 de dezembro de 2016. A lei não exige qualquer comprovação de prescrição aquisitiva, lapso temporal de necessária e constitucional comprovação para que se adquira a propriedade. **É a posse prolongada ao longo do tempo que garante o direito de aquisição da propriedade, e sua comprovação faz parte dos requisitos da função social da propriedade. Não se pode permitir que o município transfira a propriedade independentemente do prazo de ocupação, pois o cumprimento da função social da propriedade exige requisitos mínimos para supressão da propriedade, sob pena de configurar confisco** (grifo nosso).

Conforme estudado no item 1.2, foi constatado que a propriedade cumpre a sua função social não somente quando o proprietário exerce os seus plenos poderes de usar, fruir e dispor, mas também quando, não havendo esse exercício, a propriedade for destinada a um caráter social, garantidor da existência digna, conforme os ditames da justiça social (SILVA, 2016, p.284-286). Ademais, também foi constatado que a função social da propriedade representa uma limitação a ordem econômica, que deve observá-la, (GONÇALVES, 2013, p. 245) bem como que este princípio representa também a demarcação do espaço do proprietário, para que este possa exercer livremente suas atividades e emanar senhoria sobre o bem. (TEPEDINO, 1997, p.321-322)

Nesse raciocínio, o fato de o instituto da legitimação fundiária permitir a discricionariedade do ente federativo a atribuição da propriedade, sem sequer haver

requisitos para prescrição aquisitiva, representa a violação direta aos limites impostos pela função social da propriedade, como visto anteriormente.

### 3.3 ADI 5883 - Supremo Tribunal Federal – Ministro Relator Luiz Fux

A Ação Direta e Inconstitucionalidade 5883, de autoria do Instituto de Arquitetos do Brasil-IAB, como as demais supramencionadas relata a inconstitucionalidade dos mesmos pontos: violação ao direito à moradia, a função social da propriedade e do direito à cidade, principais elementos da política urbana constitucional (p. 27):

A Política Urbana Constitucional não se consubstancia apenas nas regras formais de repartição de competência entre os entes federais. **Baseia-se na função social das cidades e no bem-estar de seus habitantes e está voltada à concretização de inúmeros direitos sociais, econômicos e ambientais (moradia, mobilidade, acesso a emprego e renda, lazer, saúde educação, dentre outros).**

**A regularização fundiária, para atender ao primado constitucional, deve priorizar o direito à moradia - essencialmente interligado ao princípio da dignidade da pessoa humana; e a população de baixa renda.** Deve realizar a função social da propriedade, indissociável do conceito constitucional de propriedade (grifo nosso).

Além da ausência da exigência um lapso temporal mínimo para adquirir propriedade, o IAB aponta que o instituto da legitimação fundiária é um instituto semelhante a usucapião, no entanto, sem observar seus requisitos mínimos, fato que o leva a nem se tratar de usucapião ou desapropriação, mas somente a um novo instituto jurídico que visa a extinção de vínculo do proprietário original (p. 38-39):

Importa ressaltar que a legitimação fundiária, enquanto modo de aquisição originária de propriedade urbana, constitui verdadeira forma de extinção 39 de vínculos subjetivos. Ou seja, trata-se de mecanismo de extinção do vínculo proprietário original. **Decorre daí evidente extrapolação das hipóteses excepcionais determinadas constitucionalmente (usucapião e desapropriação), intentando criar uma terceira figura, sem a devida regulamentação. Pretende-se, assim, fugir das condições impostas pela Carta Magna para a extinção de tal vínculo, tais como interesse social (necessário para a desapropriação); período aquisitivo e finalidade de moradia (exigidos para usucapião), devido processo e indenização justa (prevista expressamente para os casos constitucionais).**

**Não se colocando nem como desapropriação nem como usucapião, e sim como instrumento jurídico novo,** com previsão exclusivamente na Lei n. 13.465, que não determina o pagamento de

qualquer quantia indenizatória ao proprietário particular, a legitimação fundiária viola e fragiliza o direito à propriedade (grifo nosso).

Conforme visto em momento anterior, constatou-se que o legislador ao prever o instituto da legitimação fundiária, por meio do diploma de n.13.465/2017, o legislador teve por escopo o estabelecimento de um instituto com caráter desburocratizante, célere e sem maiores formalidades. (SANTIN e COMIRAN, 2018, p 1608)

Também foi estudado em item próprio o instituto da legitimação de posse, que, pelo novo diploma de n. 13.465/2017 trata-se de instrumento utilizado para fins de regularização fundiária constituído por ato do Poder Público destinado a conferir título automaticamente, após 5 (cinco) anos de propriedade, bem como que, o supramencionado instituto somente é utilizado no âmbito das REURBs em áreas privadas. (TARTUCCE, 2018, p. 10)

Nesse contexto, chegou-se à conclusão de que a utilização do instituto da legitimação de posse, principalmente no âmbito de ocupação de áreas privadas, seria uma opção em relação a utilização da legitimação fundiária, eis que se trata de um instituto mais seguro, com mais requisitos, com observação aos parâmetros da usucapião.

Por fim, também é apontada a inconstitucionalidade quanto a impossibilidade de usucapir imóveis públicos, hipótese vedada pela Constituição Federal em seu art. 183 (p. 40-41):

**Outra inconstitucionalidade de extrema gravidade do instituto é a possibilidade de usucapir imóveis públicos, vedada expressamente pelo § 3º do art. 183 da CF, e em desacordo com a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de conservação do patrimônio público (art. 23, I). Não há como se interpretar de forma distinta. A legitimação fundiária permite a aquisição de modo originário de imóvel público – o que a Constituição não só não previu, como vedou.**

**Mesmo que se considerasse a legitimação instituto diverso da usucapião, o que se faria pelo mero engano da nomenclatura distinta, haveria que se reconhecer sua inconstitucionalidade sistemática. Ora, a Carta Magna exige maiores pressupostos para a usucapião de áreas particulares do que o faz a Lei n. 13.465 para áreas públicas, o que só pode ser incompatível com o modelo constitucional. Da mesma maneira, para a disposição desses bens, o que faz a Constituição é prever mecanismos de alienação, que, por óbvio, não tratam de modo de aquisição originária.**

Impossível, destarte, qualquer interpretação conforme a constituição para esse instituto (grifo nosso).

Com relação a este ponto, foi estudado em capítulo específico a opinião de doutrinadores em relação a possibilidade de usucapir imóveis públicos. Como visto, a opinião minoritária quanto à legalidade desta possibilidade é dada por Flávio Tartucce, que afirma não haver qualquer problema quando o instituto recair sobre bem público, vez que os bens públicos dominicais estão sujeitos à usucapião. No entanto, quando se tratar de imóveis privados o novel instituto representa atentado ao direito fundamental de propriedade (2018, p. 8-9).

Já para Carvalho Pinto, Oliveski, Allebrandt, Mueller, Oliveski e Rosenvald, essa possibilidade não deve existir no mundo jurídico, eis que não observa os comandos do texto constitucional (TARTUCCE, 2017, p.5-6) e (OLIVESKI, ALLEBRANDT, MUELLER e OLIVESKI, 2018, p. 12), bem como da abertura à especulação imobiliária e grilagem de terras. (ROSENVALD, 2017)

Como é possível constatar, todas as ações diretas questionam a constitucionalidade do novo instituto vez que este não se coaduna com os ditames constitucionais, bem como pode ser prejudicial aos processos de regularização fundiária, que, ao invés de garantir o direito à moradia e demais direitos dela advindos, como a dignidade da pessoa humana, bem como garantir o cumprimento da função social da propriedade, na verdade acarretará na titularização em massa e abertura de espaço para maiores especulações imobiliárias e práticas ilícitas de grilagem.

## CONCLUSÃO

A partir do presente estudo do instituto da legitimação fundiária, é possível concluir que se trata de um instituto bastante inovador ao conferir propriedade plena sem demais ônus aos que dele queiram se beneficiar, bastando que o núcleo urbano informal esteja consolidado desde a data de 22 de dezembro de 2016 e que não seja o beneficiário concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural, ou não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; ou em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

Todavia, foi visto que a simples concessão pelo Poder Público do título de propriedade sem observância de mais critérios de boa-fé e justiça, tais como: lapso temporal de ocupação, metragem da área, que o imóvel seja utilizado para fins de moradia ou produtividade, entre outros critérios, como ocorre no caso da usucapião ou no caso da legitimação de posse (institutos utilizados como parâmetro de comparação), acabam por enfraquecer a eficácia do próprio instituto que tem por objetivo regularizar determinada área e conceder moradia. Isto se deve ao fato de que, o mero critério de o núcleo já estar consolidado a partir de 22 de dezembro de 2016 pode abranger diversas situações que não cumprem a função social da propriedade, tais como a grilagem, a retenção do imóvel para fins de especulação, entre outras hipóteses.

Em contrapartida, também foi averiguada a possibilidade de o instituto trazer benefícios a população de baixa renda, objeto da regularização das REURB-S, eis que é capaz de garantir a essas pessoas a segurança jurídica de possuir um título que ateste a propriedade, além de estar garantindo, em um primeiro momento, um teto para que lá residam com sua família. Deste modo, quanto a hipótese de aplicação em áreas públicas, ainda que se estabeleça uma possibilidade de esse grupo estar usucapindo imóvel em área pública- hipótese vedada pela Constituição- este imóvel público em área pública estará abrigando uma família, garantindo que tenham onde residir, fato que, por um lado cumpre com a função social da propriedade, vez que lhe dá uma utilização adequada: para fins de moradia.

Por outro ângulo, foi estudado que o a função social da propriedade é um conceito bastante complexo de se definir, bem como que a forma mais fácil de identificar se esta está sendo cumprida é a partir das previsões do Plano Diretor de cada localidade. Também fora estudado que o direito à moradia, ponto integrante da função social da propriedade, não se trata apenas da garantia de um teto para residir, mas também da garantia de acesso à infraestrutura capaz de proporcionar uma melhor qualidade de vida e dignidade humana aos cidadãos.

A partir desta análise, caso a área objeto de REURB-S esteja localizada em local precário de infraestrutura, sujeitando aquela parcela de pessoas a péssimas condições de vida a função social da propriedade não será cumprida, tampouco o direito à moradia. Ocorre que, como a melhor definição de cumprimento da supramencionada função social está definida no Plano Diretor de cada Estado ou Município, existe a possibilidade de que a aplicação do instituto, caso em conformidade com as previsões do Plano Diretor, possa ser um instrumento capaz de levar ao cumprimento da função social propriedade.

Ao partir para análise da aplicação do instituto no âmbito da REURB-E, o que se verifica é que se trata de uma medida arriscada, eis que, por não se tratar de área com interesse social de garantia de, ao menos um local para viver, à uma determinada população carente, a conferência de títulos de propriedade à população de classe média e alta renda, objeto da REURB-E, pode não dar a destinação adequada às propriedades que estão em sua posse, havendo alto índice de possibilidade da ocorrência de grilagem de terras bem como de especulação imobiliária, fato que, não cumpre a função social da propriedade, podendo agravar a situação de determinada área.

Como fora estudado no início do presente trabalho, o direito à propriedade trata-se do exercício dos direitos de usar, fruir, dispor e reaver que todo titular possui, bem como foi estudado que o caráter pleno e ilimitado da propriedade, podendo o titular dela usufruir conforme melhor lhe convenha, bem como reavê-la de que a detenha injustamente. Nesta hipótese, a aplicação do instituto da legitimação fundiária no âmbito da REURB-E pode travar uma batalha entre um possível real titular de determinado imóvel e seu posseiro que recém adquiriu o título de propriedade, situação que ocasiona a violação em massa do direito à propriedade, devido a

intervenção sem quaisquer outros critérios na propriedade alheia, some-se isto ao fato de a nova lei de regularização fundiária conferir enorme discricionariedade ao Poder Executivo local de atribuir titulação.

Nessa linha de raciocínio, o novel instituto se equipara a uma nova modalidade de usucapião, porém “desburocratizada” e sem qualquer critério de justiça ou lapso temporal, ou ao menos, uma motivação, utilização para fins de moradia ou produtividade. Desta forma, no âmbito da REURB-E, chegou-se à conclusão de que, ao menos em áreas privadas é mais benéfica a aplicação da legitimação de posse, vez que possui mais requisitos e critérios capazes de levar ao cumprimento da função social da propriedade, quanto a aplicação em terras e imóveis públicos, restaria somente a hipótese arriscada de aplicação da legitimação fundiária.

Por fim, como é possível constatar, o instituto não obstante apresentar algumas características benéficas quando de uma possível aplicação no âmbito da REURB-S, ainda tem maior peso os pontos negativos de sua aplicação, tanto no âmbito da REURB-E, quanto no âmbito da REURB-S, vez que, neste último caso, ainda que se garanta um teto para que a população de baixa renda nele resida de forma legal, não há garantia de que naquele núcleo urbano informal haverá infraestrutura básica que garantam qualidade de vida e dignidade humana.



## REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia. O Estatuto da Cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, vol.2, n.2, p.309-317, 2001.

\_\_\_\_\_. Operações urbanas consorciadas como instrumentos de captação de mais valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanista brasileira. **Revista Democracia e Direito**, Canoas, vol.6, n.2, p.17-34, 2005.

\_\_\_\_\_. Políticas de regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade *in* FERNANDES, Edésio. **Direito Urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

AMADEI, Vicente de Abreu. Sistematização e teoria da regularização fundiária *in* AMADEI, Vicente de Abreu; PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida e MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Primeiras impressões sobre a Lei n. 13.465/17**. São Paulo: ARISP, 2018. Disponível em: [http://www.arisp.com.br/lei\\_n13465\\_2017.pdf](http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf). Acesso em: 22 set. 2019.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, vol. I e II, 1956.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5771**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5255150>. Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **ADI 5787**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5277531>. Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **ADI 5883**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5342200>. Acesso em 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei de regularização fundiária é alvo de nova ADI no Supremo**. 29 jan. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=367981>. Acesso em: 22 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Partido questiona constitucionalidade de nova lei sobre regularização fundiária**. 6 out. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358386>. Acesso em: 22 set. 2019.

CARDOSO, Antônio Carlos Apolinário de Souza; CARDOSO, Roberto Apolinário de Souza. O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame da proporcionalidade do artigo 23 da Lei 13.465/2017. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, vol. 4, p. 102-120, 2019. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/330979665\\_O\\_emprego\\_da\\_legitimacao\\_fundiaria\\_sobre\\_as\\_areas\\_de\\_titularidade\\_privada\\_um\\_exame\\_acerca\\_da\\_proporcionalidade\\_do\\_artigo\\_23\\_da\\_Lei\\_1346517](https://www.researchgate.net/publication/330979665_O_emprego_da_legitimacao_fundiaria_sobre_as_areas_de_titularidade_privada_um_exame_acerca_da_proporcionalidade_do_artigo_23_da_Lei_1346517). Acesso: 22 set. 2019.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Curso de direito urbanístico**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado geral de desapropriação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Trad de Adolfo G. Posada, Ramon Jáen e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAZ, Sérgio. in DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, Tomo XV, 1956.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVESKI, Marco Aurélio Marques; ALLEBRANDT, Sérgio Luis; MUELLER, Airton Adelar; OLIVESKI, Patrícia Marques. As políticas públicas de parcelamento e uso do solo urbano: uma análise da nova lei federal de regularização fundiária (13.465/17) e o direito à moradia em áreas urbanas. **(Re)pensando Direito**, Santo Ângelo/RS. v. 08. n. 15. jan./jul. 2018, p. 25-44. Disponível em: <http://local.cneccsan.edu.br/revista/index.php/direito/index>. Acesso em 22 set. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROSENVALD, Nelson. Legitimação Fundiária- uma polêmica inovação. **Nelson Rosenvald**, 2017. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/12/20/A-Legitima%C3%A7%C3%A3o-fundi%C3%A1ria-%E2%80%93-uma-pol%C3%AAmica-inova%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 22 set. 2019.

SANTIN, Rigo Janaína e COMIRAN, Rafaela. Direito Urbanístico e regularização fundiária. **Revista Direito de Cidade**, vol. 10, n.3 p.1595-1621, 2018.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**: direito das coisas. 6 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, vol. VIII, 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

TARTUCCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil- série concursos públicos**. São Paulo: Método, vol. 4, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. “80 anos do Código Civil Brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país?” in **Revista Del Rey**. Belo Horizonte, a. 1, n.1, dez.1997.