

Estatuto da Cidade e o Novo Código de Processo Civil: Primeiras Considerações sobre o Impacto e a Simbiose dos Diplomas

City Statute and (New) Civil Procedure Code Bill: First Considerations on the Impact and the Symbiosis of Regulatory Text

Rodrigo Mazzei*

Bruno Pereira Marques**

Sumário

1. Resenha Introdutória. 2. A Usucapião Especial Urbana no Novo CPC. 2.1. Breve Histórico sobre a Usucapião Especial Urbana. 2.2. Novo CPC: Extinção da Ação de Usucapião ou Alteração de Rito? 2.3. Alguns Pontos que Merecem Exame. 2.3.1. Necessidade de Identificação do Imóvel a Ser Usucapido (Juntada de Planta com a Inicial). 2.3.2. Formação de Litisconsórcio e Intimação de Interessados. 2.3.3. Da Alegação da Usucapião como Matéria de Defesa. 3. A Usucapião Especial Coletiva e os Conflitos Possessórios Regulados pelo Novo CPC. 3.1. Diferenças e Pontos Comuns entre a Usucapião Individual e a Coletiva no Estatuto da Cidade. 3.2. O Novo CPC e os Conflitos Possessórios. 3.2.1. O (Falso) Problema da “Diferença de Polos”. 3.2.2. Dos Regramentos Propriamente Ditos do NCPC. 3.2.2.1. Da Ampla Divulgação da Ação. 3.2.2.2. Intimação da Defensoria Pública. 3.2.2.3. Intimação dos Órgãos Responsáveis pela Política Urbana, Ambiental e Afins. 3.2.2.4. Intimação do Ministério Público. 3.2.2.5. Uso de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos. 3.2.2.6. Comparecimento do Julgador à Área de Conflito. 3.3. Da Formação de um Sistema Coerente e Único para Tratamento dos Conflitos Coletivos. 4. O Direito de Superfície e o Novo CPC. 4.1. Noções Básicas sobre o Direito de Superfície no Sistema Atual. 4.2. Breve Resenha do Direito de Superfície no Novo Código de Processo Civil. 4.3. Artigo 791 do Novo Código de Processo Civil como Ponto Principal de Comunicação com o Estatuto da Cidade. 5. Breve Fechamento.

* Pós-doutor pela UFES (bolsa CAPES-REUNI). Doutor pela FADISP. Mestre pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação e mestrado da UFES. Advogado.

** Mestre pela UFES. Advogado.

Resumo

A elaboração de um novo Código de Processo Civil tem potencial de gerar impactos em uma série de legislações, em face da sua aplicabilidade residual. Um dos textos legislativos que pode sofrer tais influências é Estatuto da Cidade, lei estatutária que, ao regular políticas urbanas, estabelece regras também de cunho processual. Algumas dessas influências que são objetos do presente trabalho. O primeiro ponto trabalhado é a questão da usucapião especial urbana, instrumento de política urbana trazido pela Constituição Federal e regulamentado pelo Estatuto da Cidade, iniciando pela discussão acerca da extinção ou não da ação de usucapião. Superada essa questão, foram analisados pontos que, em razão do Novo Código de Processo Civil, podem ter sua sistemática modificada. Aprofundando mais a questão da usucapião especial coletiva urbana, apresentaram-se as novas regras que serão introduzidas pelo NCPC relativas aos conflitos coletivos, apresentando os pontos de contato com a ação possessória e as razões pela aplicação dos novos regramentos à usucapião especial coletiva. Por fim, analisou-se a influência que o novo Código de Processo Civil trará ao direito de superfície, direito real introduzido no ordenamento pátrio pelo Estatuto da Cidade, destacando a distinção clara entre responsabilidades autônomas e entre as partes na relação superficiária, inexistindo comunicação entre esses.

Abstract

The development of a new Civil Procedure Code has the potential to generate impacts on a number of laws, because of its residual applicability. One of legislation that can undergo such influence is the City Statute, statutory law when regulate urban policy also establishes rules of procedural nature. Some of these influences are objects of the present work. The first point worked is the issue of speciall urban usucapion, urban policy instrument brought by the Constitution and regulated by the City Statute, starting with the discussion of extinction or not the action of usucapion. Overcome this issue, points that, because of the new Civil Procedure Code Bill can have its systematic analysis modified. Deepening the issue of the special urban collective usucapion, the new rules to be introduced by the CPC project relating to collective conflicts were presented, presenting the points of contact with the possessory action and the reasons for the application of new specific regulations to collective usucapion. Finally, the influence that the new Civil Procedure Code will bring to surface rights were analyzed, im rem right introduced in the national legal system by the City Statute, highlighting the distinction between autonomous responsibilities between the parties in relation of surfasse rigths, the absence of communication between these.

Palavras-chave: Estatuto da Cidade. Novo Código de Processo Civil. Usucapião Especial Urbana. Usucapião Especial Urbana Coletiva. Direito de Superfície.

Keywords: *City Statute. New Civil Procedure Code Bill. Special Urban Usucapion. Surface Rigths. Special Urban Collective Usucapion.*

1. Resenha Introdutória

A promulgação de um novo Código de Processo Civil tende a ocasionar influxo em diversos diplomas legais. Isso porque tal diploma funciona como regramento processual padrão para boa parte de leis especiais, servindo ainda como regra supletiva (ou *residual*¹) para outros que possuem regras processuais próprias (como no caso das leis estatutárias/extravagantes)². Assim, a nova codificação processual civil gera – imune de dúvidas – grandes impactos no ordenamento jurídico pátrio. No caso do Estatuto da Cidade, o quadro influência não é diferente, sendo possível notar que alguns pontos podem ser afetados pelo texto processual codificado que se avizinha.

Numa resenha bem apertada, pode se dizer que o Estatuto da Cidade (*diploma de raiz constitucional que visa regular a política urbana*³) – para os fins pretendidos pelo legislador – acabou por abrigar tanto o direito material quanto o direito processual, adaptando institutos já existentes no sistema, bem como inovando com a inclusão de novas figuras jurídicas⁴. Trata-se, pois, de uma lei estatutária (= *lei extravagante*), opção legislativa esta justificada, pois a preocupação em tratar questões materiais e processuais em um mesmo corpo legal – típica dos estatutos – permite a melhor aplicação do direito material ao caso concreto e também aos litígios gerados, uma vez que possuem mesma linha principiológica conferindo unidade interpretativa.⁵

Sob tal perspectiva, é possível perceber que uma nova codificação processual civil gera considerável influência no Estatuto da Cidade, já que as regras plasmadas no último diploma tiveram como norteadores os institutos de processo civil, regulados e interpretados à luz da legislação em vigor (e que será substituída). Dessa forma, os impactos nas questões processuais são naturais de ocorrerem.

Por sua vez, questão que parece não tão óbvia é a relação com pontos de direito material, que possuem comunicação com temas de direito processual, já que estes também sofrem influência com uma nova sistemática processual, principalmente naqueles pontos que não regulados pelo revogado Código de Processo Civil, mas que ganharam contornos na nova codificação processual.

¹ Situação que ocorre quando há “microssistemas complexos” (ou “microssistemas múltiplos”), que são formados por um feixe de várias de leis que se interpenetram e subsidiam-se. O exemplo mais conhecido é o microssistema da tutela coletiva. No sentido, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: Luiz Manoel Gomes Junior; Ronaldo Fenelon Santos Filho. (Orgs.). *Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006, p. 397-428. De forma bem resumida, MAZZEI, Rodrigo. *Da aplicação (apenas) “residual” do CPC nas ações coletivas*. MPMG Jurídico, vol. 1, p. 37, 2006. Com olhos específicos na formação de um *microssistema da função social*, formado por múltiplos diplomas (entre os quais o Estatuto da Cidade), confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 212-217.

² A vocação de subsidiar o sistema está, inclusive, prevista no texto do NCPC, no artigo 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

³ No sentido: OLIVEIRA, Paulo Rogério de. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. *Revista da Faculdade Autônoma de Direito*, vol. 1, p. 229-244, 2011.

⁴ Consoante pode se extrair do artigo 4º do Estatuto da Cidade, ao incluir as novíças figuras da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso e da transferência do direito de construir.

⁵ No sentido, com abordagem sobre a necessidade e importância das leis estatutárias, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 128-129.

Ademais, não podemos esquecer que tanto na codificação processual quanto na lei estatutária é possível se encontrar dispositivos com feições *bifrontes* e *heterotópicas*, situação que remete ao intérprete a necessidade de trabalhar com zelo na identificação da natureza jurídica (de direito material e/ou processual) das regras inseridas no ventre dos diplomas legais.⁶

Com foco nas premissas postas, o presente trabalho procura trazer algumas questões diretamente relacionadas com o Estatuto da Cidade e com a questão das políticas urbanas – principalmente no tocante à regularização fundiária – e que merecem ser estudadas à luz do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Assim, num primeiro momento, procurou-se identificar as influências que a extinção do procedimento especial de usucapião⁷ poderia gerar nas discussões acerca da usucapião especial urbana, prevista tanto na Constituição Federal (artigo 183), quanto no Estatuto da Cidade (artigos 9º-14) e no Código Civil (artigo 1.240). Aprofundando a questão da usucapião especial urbana, analisou-se também a modalidade introduzida pelo Estatuto da Cidade, a usucapião especial urbana coletiva, apontando seus possíveis pontos de contato com conflitos possessórios coletivos, tema no novo CPC.

O direito de superfície também sofre algum impacto com a nova legislação processual, mormente considerada a questão da execução de dívidas, temática essa que ganha importância no texto da nova codificação processual, preocupado com a efetividade das decisões e a perfeita delimitação da responsabilidade patrimonial entre o proprietário (concedente) e o superficiário (concessionário).

Vale realçar, desde já, que toda a interpretação acerca do impacto e da simbiose entre o novo CPC e o Estatuto da Cidade deve se dar com iluminação constitucional, notadamente pela inegável raiz constitucional dos diplomas que, de forma flagrante, almejam ser vetores de concretização do Modelo Democrático de Direito implementado pela Constituição Federal de 1988⁸. Note-se que com tal bússola, fica mais fácil, inclusive,

⁶ A análise das características das regras *bifrontes* e *heterotópicas* será feita adiante, em especial ao tratarmos do artigo 791 do novo Código de Processo Civil e sua comunicação com Estatuto da Cidade, na parte referente ao direito de superfície. De todo modo, numa concepção básica deve ser considerada como regra *heterotópica* aquela que está *deslocada*, ou seja, está em *diferente (héteros) lugar (topikòs)* do que se habitualmente espera. Assim, quando o diploma legal for de índole processual – como é o caso do Código de Processo Civil – e for localizado dispositivo de caráter eminentemente material, este terá natureza *heterotópica*, já que *difere* na essência dos demais artigos da legislação, estando, sob tal enfoque, *deslocado*. De forma diversa, os dispositivos *bifrontes* não são identificados pela sua posição topográfica deslocada, mas pelo fato de terem – simultaneamente – dupla faceta: material e processual (há, pois, a natureza híbrida no dispositivo legal). Assim, ao se falar em *bifronte* o foco estará na leitura e consequências materiais e processuais do dispositivo, diante da sua carga dupla. Com análise mais detalhada dos dispositivos *bifrontes* e *heterotópicos*, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Enfoque processual do art. 928 do Código Civil. In: *RBDPro – Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 59, p. 48-51; MAZZEI, Rodrigo. Algumas Notas sobre o ('dispensável') artigo 232 do Código Civil. In: *Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 261-262.

⁷ A usucapião possui regras gerais no Código de Processo Civil de 1973 (artigos 940-945), que acabam complementando o procedimento previsto no Estatuto da Cidade.

⁸ No sentido, confira-se (com ótima pesquisa e cenário apresentado): ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, (cuja segunda edição possui o seguinte título: *A constitucionalização do processo*. São Paulo: Atlas, 2013).

compreender a função (*participativa*) das codificações no sistema legal em vigor, complementando, no que for necessário, as leis especiais (e extravagantes) a partir da matriz constitucional que dá coerência a todo sistema⁹.

2. A Usucapião Especial Urbana no Novo CPC

A usucapião como forma de aquisição de direito real¹⁰ é um instituto jurídico muito antigo, remontando o período do Direito Romano. Em linhas gerais, tem por objetivo precípuo a valorização daquele que se mostra como titular de um direito real sem o sê-lo, mas que, tratando-o como se titular fosse, o faz com a clara intenção de ter este para sua esfera jurídica, postura que vulgarmente será notada a partir da posse continuada e do seu próprio *animus*.

Nessa linha, tradicionalmente, a usucapião, instituto eminentemente de direito privado, era vista, de um lado, como uma sanção ao titular de direito real (em regra, a propriedade) *relapso* que não exercia tal direito, ao passo que, de outro, como uma premiação ao possuidor que deu destinação ao bem. Como destacam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, o fundamento da usucapião é a consolidação da *propriedade (rectius, do direito real)* e a pacificação da situação perante o bem e a sociedade¹¹.

2.1. Breve Histórico sobre a Usucapião Especial Urbana

Percebe-se, pois, que desde sua origem, a usucapião serviu como meio de resolução de questões envolvendo particulares, sem interferência do Poder Público (a exceção da participação do Poder Judiciário no julgamento das questões que lhe são postas). Apenas a título de ilustração, destaca-se que a aquisição da propriedade se dá tão somente pela conjugação dos requisitos (posse *ad usucapionem* e tempo dessa posse), cabendo apenas ao Estado-Juiz declarar essa aquisição. Entretanto, com o desenvolvimento do conceito de propriedade – e em especial com a crise do Estado Liberal –, a usucapião passou a ser encarada não só sob a perspectiva civilista, mas também sob uma faceta pública desse instituto. Certamente, um passo importante

⁹ No tema, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microsistemas e a Constituição Federal. *Revista da Faculdade Autônoma de Direito*, vol. 1, p. 245-278, 2011.

¹⁰ Fique claro que a *usucapião* não é uma forma exclusiva de aquisição da propriedade, como é muitas vezes dito (ainda que de forma involuntária). Na realidade a *usucapião* é uma modalidade de aquisição de *direitos reais*, que se dá através da posse prolongada e o preenchimento de um gabarito legal, previamente fixado pela legislação. Note-se, no sentido, que a própria Constituição Federal (artigo 183, § 1º) cogita em usucapião *concessão de uso*, direito real que não se confunde com a propriedade. Em exemplos mais comuns, extrai-se do Código Civil a possibilidade da usucapião para aquisição de servidão aparente (artigo 1.379) e usufruto (artigo 1.391). Pensamos, indo um pouco além, que havendo posse prolongada e *animus* vinculado à tipicidade e comportamento vinculado ao direito real, é possível se cogitar em usucapião de outros direitos reais que não a propriedade, como é o caso do direito de superfície. No sentido, confira-se: Rodrigo Mazzei. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 78; e Flávio Tartuce. *Direito Civil 4: direito das coisas*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 338-33.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 8ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 397.

para tal medida no sistema nacional foi o reconhecimento da ideia de *função social da propriedade*¹²⁻¹³, cujo marco mais reconhecido é a Constituição Federal de 1934.¹⁴

A previsão constitucional criou bandeja para que fosse criada – dentro do bojo da própria Carta Magna de 1934 (artigo 125¹⁵) – uma nova modalidade de usucapião, fugindo do gabarito duplo da codificação de 1916 (usucapião ordinária e extraordinária)¹⁶. Em suma, sem se preocupar (ao menos na redação literal) com a boa-fé do possuidor, aquele que tornasse a terra produtiva por seu trabalho e tendo nela a sua moradia teria acesso a uma usucapião (tratada como *especial*). Apesar de não constar na letra legal que se tratava de usucapião voltada às áreas rurais, tal conclusão era tirada a partir do objeto da usucapião (“um trecho de terra até dez hectares”). Assim, tal forma de aquisição da propriedade foi tratada por alguns como usucapião *pro labore*, servindo como prêmio àquele que conferia função social a trecho de área rural, tornando-o produtivo¹⁷.

A mensagem constitucional reverberou e a usucapião especial foi sendo prestigiada na legislação, seja através da criação de novas modalidades, seja na forma de criar um processo judicial mais célere, sempre em prol da produção da terra, ao labor rural e a fixação do homem no campo (com a sua moradia). No sentido, basta conferir o teor das Leis 4.504/64 (Estatuto da Terra)¹⁸, 6.001/71¹⁹ e 6.969/81²⁰.

¹² A Constituição de 1934 não explicitou que a propriedade tinha uma *função social*, ou seja, não usou tal expressão “*função social*”. Houve, na realidade, a inserção de um conteúdo de limite em relação ao direito individual em relação à propriedade, consoante nº 17 do artigo 113 (“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”). A expressão *função social da propriedade* veio a lume no sistema legal com o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), que no § 1º do artigo 2º dispôs que: “art. 2º. É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua *função social*, na forma prevista nesta Lei. § 1º. A propriedade da terra desempenha integralmente a sua *função social* quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem”. (destacamos).

¹³ No tema, confira-se: BARROSO, Lucas Abreu. Private property, social justice and substantive citizenship. In: *Contemporary legal theory in Brazilian civil law*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 79-98.

¹⁴ Sobre a evolução histórica da função social da propriedade, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. 1, p. 377-410.

¹⁵ Artigo 125 – Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

¹⁶ Com análise mais aguda do tema, confira-se: BARBOSA, Alessandra de Abreu Minadakis. Usucapião constitucional agrário. In: *O Direito Agrário na Constituição*. Lucas Abreu Barroso, Alcir Gursen de Miranda e Mário Lúcio Quintão Soares (Orgs.). 3ª edição. São Paulo: Método, p. 269-287.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. 4. p. 129-130.

¹⁸ Art. 98. Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

¹⁹ Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

²⁰ Art. 1º. Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver

Um novo enfoque foi trazido com a Constituição Federal de 1988, pois houve abertura para que, através do artigo 183, fosse garantida a usucapião especial (marcada – e impulsionada – pela *posse social*) também para os imóveis urbanos. Assim, ocorreu o reconhecimento da usucapião como instrumento de política urbana, criando-se nova possibilidade de usucapião urbana que não a prevista até então na codificação civil, com a redução do prazo para a aquisição da propriedade. Ademais, a nova modalidade de usucapião já nasce desapegada da comprovação de boa-fé e/ou da apresentação de justo título, exigindo-se, em contrapartida, a utilização do imóvel para moradia, não podendo ser postulada mais de uma vez.

Com vistas a regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, foi confeccionado o Estatuto da Cidade que, imune de embargo, estabeleceu diretrizes para a política urbana, em refino ao mandamento constitucional. Em relação ao artigo 183, o Estatuto da Cidade trouxe regramentos acerca da usucapião especial urbana e, com pequeno trecho de artigos (artigo 9º-14), o legislador preocupou-se em regular as principais questões de direito material e processual da nova modalidade de usucapião, deixando para o ambiente supletivo das codificações questões como a marcha do rito processual da ação.

2.2. Novo CPC: Extinção da Ação de Usucapião ou Alteração de Rito?

Grande repercussão nas regras previstas no Estatuto da Cidade decorrente das previsões trazidas pelo novo Código de Processo Civil diz respeito à usucapião. E o motivo inicial é bem simples: o CPC/15 – diversamente do que ocorre com o Código de Processo Civil de 1973 – não contempla a usucapião no rol dos procedimentos especiais codificados.

De toda sorte, nada obstante não estar figurando como um procedimento especial, o novo Código de Processo Civil reconhece a subsistência da ação de usucapião no sistema, eis que ao longo de seu corpo traz disposições aplicáveis à referida ação, a saber: (a) artigo 246, § 3º – que trata da citação pessoal do confinante²¹ e (b) artigo 259, I – necessidade de publicação de editais.²² Além dos pontos em destaque, o artigo 1.071 do novo CPC²³ altera a Lei de Registros Públicos em relação

tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis. Parágrafo único. Prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.

²¹ Art. 246. A citação será feita: (...) §3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.

²² Art. 259. Serão publicados editais: I – na ação de usucapião de imóvel;

²³ Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A: “Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica

à usucapião extrajudicial, fato, pois, que indica de forma clara a manutenção da ação respectiva (até porque, em determinadas situações de controvérsia, a questão terá que ser decidida em sede de ação judicial, conforme desenho legal).

Assim, aprovada a novel legislação processual, não haverá a extinção da ação de usucapião, e a sua exclusão do rol dos procedimentos especiais, *a priori*, implica dizer que o seu processamento dar-se-á pelo procedimento ordinário. Contudo, a retirada da usucapião como procedimento especial não tem somente esse efeito, principalmente analisando sob a perspectiva das modalidades de usucapião veiculadas pelo Estatuto da Cidade.

A primeira consequência que vem à mente é a inexistência de aplicação complementar do novo Código de Processo Civil em relação à usucapião especial. Afinal, inexistindo gramatical previsão de uma ação de usucapião no novo código, não há o que se aplicar. De toda sorte, como já dito, a opção do legislador em não estabelecer um procedimento específico para a usucapião não retira tal ação do ordenamento jurídico, tampouco impõe que essa se amolde artificialmente ao procedimento ordinário, em qualquer adaptação necessária (e reclamada pelo direito material). No sentido, no II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual²⁴ foi aprovado o Enunciado de nº 25, que reconhece remanescer a ação de usucapião no sistema legal, mantendo sua célula própria (decorrente do direito material que lhe é peculiar). Senão vejamos o texto do referido enunciado:

no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. §1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido. §2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância. §3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido. §4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias. §5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis. §6º Transcorrido o prazo de que trata o §4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso. §7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei. §8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido. §9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião. §10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.”

²⁴ Tratado posteriormente como II Fórum Permanente de Processualistas Civis (Salvador, novembro/2013).

Enunciado 25 – (art. 246, §3º; art. 1.071 e §§) A inexistência de procedimento judicial especial para a ação de usucapião e de regulamentação da usucapião extrajudicial não implica vedação da ação, que remanesce no sistema legal, para qual devem ser observadas as peculiaridades que lhe são próprias, especialmente a necessidade de citação dos confinantes e a ciência da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município (Grupo: Procedimentos Especiais)²⁵⁻²⁶.

A ausência de expressa previsão legal da ação de usucapião implica a necessidade de se investigar o rito a ser obedecido, bem como a necessidade de requisitos adicionais a um eventual ingresso pelo rito ordinário. Assim, a ação de usucapião deve ser extraída do sistema, mostrando-se desnecessário que os contornos básicos sejam trazidos pelo Código de Processo Civil.

Na modalidade de usucapião em comento, com mais razão ainda têm prevalência os pontos inovadores do Estatuto da Cidade. E o critério que não pode ser esquecido é a intenção de facilitação do acesso à moradia e de regularização fundiária com a consolidação de uma situação fática, conferindo-lhe proteção jurídica. Por sua vez, ausente previsão da ação de usucapião, é do direito material que se extrai elementos que darão forma ao procedimento adotado.

De todo modo, a opção legislativa afetarà em certa medida a ação de usucapião especial prevista no Estatuto da Cidade, pois foi extinto o *procedimento sumário* do Código de Processo Civil, fazendo com que o artigo 14 da lei estatutária (*que dispõe que na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o sumário*) fique sem o apoio do direito processual codificado.

2.3. Alguns Pontos que Merecem Exame

Na tentativa de antecipar possíveis temas que serão objeto de discussões, apresentamos na sequência algumas questões que podem ser alvo de debate quando da entrada em vigor no novo CPC.

2.3.1. Necessidade de Identificação do Imóvel a Ser Usucapido (Juntada de Planta com a Inicial)

De plano, pensamos que é fundamental a identificação do bem que se pretende usucapir.

²⁵ DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio S; BASTOS, A. A. Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). *Revista de Processo*, vol. 227, p. 435, 2014.

²⁶ Na redação original (antes da aprovação do CPC/15 e do III FPPC): “A não previsão de procedimento especial para a ação de usucapião e a regulamentação da usucapião extrajudicial não implicam vedação da ação, que remanesce no sistema legal, para a qual devem ser observadas as peculiaridades que lhe são próprias, especialmente a necessidade de citação dos confinantes e a ciência da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município”.

Embora o artigo 932 do diploma processual revogado exigisse a juntada de planta do imóvel, não há disposição semelhante no Estatuto da Cidade nos seus artigos 9º-14. Poderia se pensar, todavia, que inexistindo ação usucapião regulada pela codificação e não estando a exigência firmada na lei estatutária, inexistente também tal exigência de forma peremptória. Contudo, não se deve olvidar o que se pretende com a juntada da planta do imóvel: *a perfeita delimitação do objeto da demanda*.

Com tal quadro (e considerando ainda finalidade da usucapião especial urbana), a identificação do imóvel a ser usucapido deve ser facilitada. Assim, a juntada da planta do imóvel e demais elementos que permitam reconhecer detalhadamente o bem usucapido deve ser obrigatória, mitigando-se a exigência em casos excepcionais, em que se deverá levar em conta a impossibilidade (comprovada) do autor de cumprir a tarefa de forma vestibular e que ainda será oportunizada às partes a produção de provas. Em momento posterior (e com contraditório) pode se efetuar de forma postergada a plena identificação do imóvel, até mesmo porque esta será uma exigência para a inscrição da sentença perante Cartório do Registro Geral de Imóveis.

Importante destacar que a previsão da usucapião extrajudicial (que, como já antecipado, é trabalhada no novo CPC – artigo 1.071 – alterando a Lei de Registros Públicos no particular) exige uma documentação mais robusta e mais completa, até mesmo diante de um contraditório efetuado com calibre menor, sem a direção judicial. De toda sorte, não há empecilho, ao menos a nossa visão, para que também a usucapião especial urbana seja reconhecida extrajudicialmente, perante o Cartório de Registro Geral de Imóveis.

2.3.2. Formação de Litisconsórcio e Intimação de Interessados

Quanto à formação do litisconsórcio, verifica-se que não há a ortodoxa dicotomia autor-réu. Em lados opostos, efetivamente estão autor (possuidor) e réu (proprietário). Mas também há outros interessados e que – em princípio – devem compor a lide: os confinantes. A citação desses é extraída não de um procedimento especial, mas das próprias regras gerais de citação, onde há previsão, no §3º do artigo 246 do NCPC, de que sejam os confinantes citados pessoalmente.

Outra questão que também fora inserida na parte geral do Novo CPC – e não mais como especificidade de um procedimento especial – diz respeito à intimação de eventuais interessados. A publicação de editais com tal finalidade foi prevista no artigo 259, inciso I, conferindo, assim, a publicidade necessária (e mínima) à usucapião.

A extração do sistema à composição dos polos processuais decorre ainda de característica marcante do Novo Código de Processo Civil, que é a possibilidade de tornar o procedimento ordinário mais adaptável ao direito material, tornando desnecessária a regulação por meio de procedimentos especiais²⁷. Tal ideia pode ser tirada, inclusive, de uma absorção mais ampla do artigo 327, §2º, do CPC/15.

²⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC - Crítica e Propostas*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 95.

Não havendo no Estatuto da Cidade regras semelhantes (ou contrárias) ao previsto no §3º do artigo 246 e no inciso I, do artigo 259 do novo Código de Processo Civil, tais regramentos deverão ser aplicados subsidiariamente, sendo inclusive de boa utilidade a previsão de dispensa de citação dos confinantes – constante no §3º do artigo 246 – quando o bem que pretende ser usucapido for unidade autônoma de prédio em condomínio.

2.3.3. Da Alegação da Usucapião como Matéria de Defesa

Outro ponto que merece atenção em relação à conjugação da usucapião especial urbana prevista no Estatuto da Cidade e o novo Código de Processo Civil é a invocação da usucapião como matéria de defesa.

Sob a égide do revogado Código de Processo Civil, tal temática trouxe séria discussão na doutrina. É que o procedimento especial da usucapião previa que, além do proprietário, deveriam ainda ser citados os confinantes e intimados a fim de manifestar existir interesse a União, Estado, Distrito Federal e Município. Por outro lado, a invocação da usucapião como matéria de defesa e a possibilidade de a sentença que a reconhecesse fosse título hábil para registro implicavam a prolação de uma sentença sem que todos os legitimados passivos compusessem tal polo processual.

A questão tomava cor especial no Estatuto da Cidade, em razão da previsão expressa do artigo 13, que dispõe no sentido de que a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no Cartório de Registro de Imóveis.

A bem da verdade, se a ação de usucapião for examinada com maior profundidade, é possível perceber que o procedimento especial do revogado Código de Processo Civil trabalhava com a *cumulação* de duas ações distintas: (a) a primeira é uma ação declaratória movida pelo possuidor contra o titular registral do direito real (na maioria das vezes, o proprietário), cujo objeto é a declaração da consumação da usucapião; (b) a segunda é uma ação de natureza secundária (= *depende do sucesso da primeira*) que é movida pelo possuidor (como pretendo novo titular do direito real – propriedade) e reclama a demarcação da área usucapida em relação aos vizinhos (*confinantes*).

Observar o fenômeno é de alta importância, pois, no sistema atual, quando se alega a usucapião como defesa e, em sequência, a sentença que reconhece a resposta positiva à usucapião vale como título em favor do réu para registro no Cartório de Registro de Imóveis (situação prevista no artigo 13 do Estatuto da Cidade), temos a impossibilidade da cumulação das ações (que ocorre quando a ação de usucapião é movida pelo autor). Assim, em tal situação (alegação da usucapião na *resposta*, pelo réu) tem-se que apenas a ação declaratória entre possuidor e titular de direito real irá se desenvolver, não se permitindo a cumulação com a ação demarcatória pela impossibilidade de ampliação subjetiva por pedido do réu contra o autor, ao menos na interpretação que era tirada do sistema processual do revogado Código de Processo Civil²⁸.

²⁸ Segundo Clito Fornaciari, em lição clássica sobre o tema (repetida em muitos manuais): “Deve, pois, a reconvenção ser proposta contra o autor ou autores do processo original, sem poder dar-se ampliação

Durante algum tempo a regra excepcional do artigo 13 do Estatuto da Cidade e a simétrica à previsão contida no artigo 7º da Lei 6.969/81 (que trata da usucapião especial agrária)²⁹ eram tratadas com excepcionalidades, somente se justificando a sua aplicação nos limites estritos dos diplomas respectivos. Isso porque prevalecia a tese – escorada na Súmula nº 237 do Supremo Tribunal Federal – de que a usucapião como matéria de defesa fora dos ambientes do Estatuto da Cidade e da Lei 6.969/81 não fazia a coisa julgada capaz de alterar o registro imobiliário, sendo tão somente motivo para o julgamento de improcedência do pedido do autor³⁰.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, parte da doutrina passou a defender que o artigo 1.241 do Código Civil permitiu que a usucapião pudesse ser arguida como defesa, valendo também a sentença (se favorável ao réu, declarando preenchidos todos os requisitos para a usucapião) como vetor (título) para registro no Cartório de Registro de Imóveis. Em resenha, homenageando o princípio da operabilidade, defendia-se que o artigo 1.241³¹ do Código Civil possui plataforma para a apresentação de *pedido contraposto* contra o proprietário do imóvel³². A questão foi, inclusive, alvo de debate na IV Jornada de Estudos sobre o Código Civil de 2002, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, resultando no Enunciado 315, que possui a seguinte redação:

O art. 1.241 do Código Civil permite ao possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formular pedido contraposto e postular ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros³³.

subjetiva na demanda a qualquer terceiro não integrante da relação processual (...)" (*Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 93). Na jurisprudência, confira-se: STJ, REsp 274763/GO, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 313.

²⁹ Art. 7º - A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis.

³⁰ O posicionamento pode ser encontrado até em precedentes recentes, confira-se: "A usucapião pode ser arguida como matéria de defesa, em sede de contestação. Não obstante a presença dos requisitos necessários à caracterização da prescrição aquisitiva, o direito à propriedade, para ser reconhecido, depende do ajuizamento de Ação de Usucapião, com rito próprio a ser observado" (TJMG – acórdão nº 10511060092208001, Relator Desembargador Rogério Medeiros, j. 17/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas, 14ª CÂMARA CÍVEL, DJ 25/01/2013).

³¹ Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

³² Note-se que não há qualquer ressalva na dicção legal do artigo 1.241 do Código Civil de que a usucapião somente poderá ser declarada mediante ação promovida pelo possuidor na qualidade de autor da demanda. Em razão inversa, a leitura do dispositivo demonstra que o possuidor, figurando em qualquer dos polos da ação, poderá "requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião a propriedade imóvel". Pensar diferente (e limitar o alcance do art. 1.241) significa conspirar contra o *princípio da operabilidade* e tornar sem qualquer efeito prático o dispositivo, uma vez que não existe qualquer dúvida no cabimento da ação de usucapião, conforme cristalina redação do art. 941 do CPC. O art. 1.241 somente pode ser considerado como uma inovação útil se admitida a possibilidade do *pedido contraposto*.

³³ As justificativas do Enunciado 315 foram publicadas na íntegra no seguinte texto: MAZZEI, Rodrigo. Justificativas dos Enunciados 309, 315 e 322 do CJF. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, vol. 1, 2008, p. 261-270.

Importante notar que o Enunciado 315 do CJF – que trabalhou com o *pedido contraposto* – não alcança os confinantes, pois a interpretação pacífica do artigo 316 do CPC/73 é, como vimos, no sentido da impossibilidade de ampliação subjetiva da lide pela reconvenção, não podendo o réu (reconvinte) requerer a citação de outras pessoas para compor o polo passivo da reconvenção (e figurar como reconvindos) que não os que já estavam postados como autor. Assim, a ação de usucapião como defesa era cindida, só se voltando contra o proprietário, ficando a postulação contra os confinantes postergada para ação demarcatória se houvesse alguma controvérsia³⁴.

O Novo Código de Processo Civil parece resolver a questão. Isso porque através de mudança no sistema reconvenicional, a usucapião poderá não só ser alegada como defesa e pedido contraposto, como também por reconvenção, tendo aptidão para alcançar os confinantes e outros interessados. Com efeito, por força do §3º do artigo 343 do Novo Código de Processo Civil³⁵, em sede de reconvenção, será possível que o réu alcance não o autor da ação, mas também terceiros³⁶.

A nova previsão autoriza, assim, que não só o proprietário responda à ação de usucapião veiculada em sede de reconvenção, mas também os confinantes (e outros interessados), uma vez que o direito material subjacente implica não só a aquisição do direito real (na maioria das vezes, a propriedade), mas também sua individuação em relação aos imóveis lindeiros. Demonstração dessa necessidade fica clara quando se examina o já citado § 3º do artigo 246 do Novo Código Civil que dispensa a citação dos confinantes, caso o imóvel a ser usucapido consista em unidade autônoma de prédio em condomínio³⁷.

A ampliação subjetiva da relação processual por meio da reconvenção e sua aplicação nas situações em que o réu invoca a usucapião como meio de defesa fora objeto de deliberação no II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual³⁸, sendo aprovado enunciado nesse sentido:

Enunciado 46 – (art. 343, §3º) A reconvenção pode veicular pedido de declaração de usucapião, ampliando subjetivamente o processo, desde que se observem os arts. 259, I, e 328, §1º, II. Ampliação do Enunciado 237 da Súmula do STF (*Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento; redação revista no IV FPPC-BH*)³⁹⁻⁴⁰⁻⁴¹.

³⁴ O problema não se fixava apenas nos confinantes, mas também em outras situações em que terceiros deveriam ser citados do pleito de usucapião, como – por exemplo – usucapião de imóvel com garantia real, hipótese em que o beneficiário da garantia merece ser citado.

³⁵ Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. (...) §3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.

³⁶ Curiosamente o §3º do art. 343 do CPC/15 fala em *terceiro*, no singular, e não em *terceiros*, no plural, o que não se pode usar como óbice para a citação dos confinantes.

³⁷ Por já estar destacada a unidade autônoma no instrumento de constituição do condomínio, a individuação mostra-se despendida, razão que levou o legislador a prever a mencionada dispensa.

³⁸ Evento tratado posteriormente como II Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (Salvador, novembro/2013).

³⁹ Redação original: “A reconvenção pode veicular pedido de declaração de usucapião, ampliando subjetivamente a relação processual, observando-se o art. 259, I. Ampliação do Enunciado 237 da Súmula do STF”.

⁴⁰ DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio S.; BASTOS, A. A. Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). *Revista de Processo*, vol. 227, p. 435, 2014.

⁴¹ Na redação final, dispositivos legais reenumerados para “art. 343, §3º e 4º”.

Assim, com a inovação trazida, ganha força a possibilidade de alegação de usucapião especial urbana em defesa, pois plasmando o fundamento em reconvenção, não se cogitará em repercussão contra terceiros que não tenham participado do processo e exercido seu direito ao contraditório, bastando, pois, sua inclusão, como autorizado pelo §3º do artigo 343 do novo texto processual.

3. A Usucapião Especial Coletiva e os Conflitos Possessórios Regulados pelo Novo CPC

Nada obstante alguns dos temas tratados nos tópicos anteriores serem aplicáveis também à usucapião coletiva, fazendo as adaptações necessárias, há um tema que optamos por apartar da usucapião individual, nos referimos à usucapião especial coletiva e aos conflitos possessórios regulados pelo Novo Código de Processo Civil. Senão vejamos:

3.1. Diferenças e Pontos Comuns entre a Usucapião Individual e a Coletiva no Estatuto da Cidade

Seguindo a linha de utilização da usucapião também como instrumento de política urbana, o Estatuto da Cidade inovou no ordenamento jurídico ao trazer a usucapião especial urbana coletiva. A despeito de se tratar de nova modalidade de usucapião, seus caracteres são muito semelhantes à usucapião especial urbana individual – essa com previsão expressa no ventre constitucional. Mas sua introdução no ordenamento jurídico por meio de legislação infraconstitucional não lhe retira a importância. Muito pelo contrário.

Pela dicção do artigo 10 do Estatuto da Cidade, a usucapião especial urbana coletiva tem lugar na ocupação de área urbana com mais de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) por população de baixa renda, para moradia, por cinco anos ininterruptamente e onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. Distingue-se da usucapião individual (artigo 9º), em três elementos: (a) a área, que deve ser superior a 250 m², ao passo que na usucapião individual essa metragem é o limite máximo do terreno; (b) a impossibilidade de individualização de cada terreno; (c) os possuidores devem *necessariamente* estar dentro do conceito de “população de baixa renda”. As diferenças aqui postas ficam mais bem realçadas no quadro, com os destaques respectivos:

USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO – INDIVIDUAL	USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO – COLETIVO
<p>Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.</p> <p>§1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.</p> <p>§2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.</p> <p>§3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.</p>	<p>Art. 10. As áreas urbanas com <i>mais</i> de duzentos e cinquenta metros quadrados, <i>ocupadas por população de baixa renda para sua moradia</i>, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, <i>onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor</i>, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.</p> <p>§1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.</p> <p>§2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.</p> <p>§3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.</p> <p>§4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.</p> <p>§5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.⁴²</p>

Note-se que a coletividade é considerada como um todo, ao contrário do que ocorre na modalidade individual de usucapião especial urbana, que é voltada para o indivíduo (ainda que em situação de litisconsórcio)⁴³. A finalidade, contudo, é a mesma da usucapião especial urbana individual: promover a regularização fundiária. Entretanto, no particular, confere-se nota que torna tal modalidade de usucapião ainda mais consentânea com os objetivos do Estatuto da Cidade. Com efeito, percebe-se claramente que essa previsão tem como objetivo a regularização fundiária de favelas urbanas e loteamentos irregulares⁴⁴. Interrompendo processos de favelização, permite-se ao Poder Público agir com maior eficácia na urbanização e fornecimento de serviços básicos.

⁴² Todos os destaques do quadro não constam no texto legal.

⁴³ De todo modo, pensamos que os parágrafos do artigo 9º do Estatuto da Cidade, que trata da usucapião individual, possam ser ajustados e aplicados (após adaptação) para a situação individual dos beneficiários da usucapião coletiva, até mesmo diante da previsão de fracionamento do § 3º do artigo 10 do mesmo diploma.

⁴⁴ FERRAZ, Sérgio. Usucapião especial. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Orgs.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à lei federal 10257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 143.

Diante da finalidade comum, cremos que as assertivas tecidas acerca da intercomunicação entre o novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Cidade no tocante à usucapião urbana individual mostram-se plenamente aplicáveis à modalidade coletiva. Todavia, algumas inovações no Novo Código de Processo Civil denotam particular aplicabilidade na usucapião especial urbana coletiva.

3.2. O Novo CPC e os Conflitos Possessórios

Analisada a questão da usucapião de acordo com os novos regramentos que se pretende introduzir com a nova codificação processual, mostra-se de extrema importância destacar as inovações atinentes aos conflitos possessórios coletivos e sua influência em sede de usucapião especial coletiva. Mesmo que aparentemente inexistir ligação direta entre esses dois institutos, a análise sistemática impõe a conjugação desses, a fim de se obter de forma mais expressiva os objetivos almejados pelo legislador.

Temática das mais tradicionais no direito pátrio, a tutela possessória individual sofreu mínimas modificações. A inovação acerca do tema foi a regulação da matéria sob o aspecto coletivo. Trata-se de tema nervoso⁴⁵, contido nos parágrafos dos artigos 554, § 1º, e 565 do novo Código de Processo Civil, cuja inclusão se deu na Câmara dos Deputados, pois os regramentos sobre o tema não estão presentes no texto advindo do Senado Federal⁴⁶.

3.2.1. O (Falso) Problema da “Diferença de Polos”

Ponto que pode causar estranheza nessa comunicação normativa diz respeito a quem está direcionada a previsão legal. É que, no caso das ações possessórias coletivas, o foco da coletividade se encontra no polo passivo, ao passo que na usucapião especial coletiva esse foco se encontra – por regra – no polo ativo⁴⁷⁻⁴⁸, muito embora a própria

⁴⁵ Nas limitadas linhas do presente ensaio, nos reservamos a não tecer maiores comentários acerca da correção ou desacerto da inclusão de regramentos sobre os conflitos possessórios na codificação processual, notadamente em relação ao próprio conteúdo dos dispositivos (tema que ficará para posterior trabalho acadêmico). De toda sorte, deve se consignar que existe forte repulsa aos dispositivos que tratam sobre o tema, podendo se citar, em exemplo, a fala de Humberto Theodoro Júnior (A tutela da posse no novo código de processo civil: PL 8.046/2010. In: *Novas tendências do Processo Civil*. Volume 2. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER Jr., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; (Orgs). Salvador: Juspodivm, 2014, p. 695-708).

⁴⁶ Do comparativo entre os textos do Senado e da Câmara percebe-se que na Câmara foram feitas alterações, não sendo a redação a mesma – em vários pontos – em relação ao que ficou assentado inicialmente no Senado Federal. Para uma análise comparativa dos dois textos, confira-se: BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados*: Senado Federal (PLS nº 166/2010) e Câmara dos deputados (PL nº 8.046/2010). São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁷ Um dos temas mais sedutores no direito processual moderno se infere na análise de *mobilidade e/ou despolarização* da posição inicial das partes na ação, matéria que já possui alguns escritos na doutrina nacional, a saber: MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (artigos 6º, 3º da LAP e 17 3º da LIA). *Revista Forense*. vol. 400, p. 227-254, 2008; CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, vol. 404, p. 3-42, 2009.

⁴⁸ Vale lembrar que o tema (*posição das partes*) surgirá em outras questões possessórias, em que os possuidores num primeiro momento serão localizados como se postados (apenas no polo passivo), mas tal fato não impede câmbio (ou análise ao menos) para o polo ativo, a partir da postura que adotarem

lei estatutária preveja a possibilidade de a usucapião ser alegada como matéria de defesa (artigo 13), valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Com efeito, havendo a possibilidade de alegação da usucapião como matéria de defesa, qualquer distinção que se faça com base na posição em que os possuidores estarão no polo das ações possessórias e da usucapião não impede a aplicação das previsões destinadas àqueles conflitos a esses. De tal modo, embora o novo Código de Processo Civil regule ações possessórias em que haja considerável número de pessoas no polo passivo, é possível a aplicação de suas regras quando esse considerável número de pessoas está no polo ativo, qualquer que seja ação.

Nas duas situações se estará diante de um conflito que tem por núcleo a posse. Sejam os possuidores autores ou réus, o resultado da demanda implicará prestígio (ou não) do fundamento da posse (desapegada de prévio direito real sobre o bem), e em ambos, em regra, encontra-se presente o elemento da busca do acesso à moradia, cuja luz está no seio do direito constitucional (artigo 6º)⁴⁹. Com outras palavras, se nos fixarmos no fundamento (posse) percebe-se que ação de usucapião, num sentido amplo, há de ser tratada como ação possessória, sem, contudo, se confundir com as tutelas interditais da posse⁵⁰. O ponto de maior distância da usucapião em relação às ações possessórias típicas, isto é, as ações de reintegração, manutenção e interdito proibitório, está no pedido (consequência jurídica), pois a primeira visa à aquisição do bem pelo fundamento da posse, enquanto as últimas se valem do fundamento (posse) para a proteção possessória.⁵¹

Como adiante abordaremos, as modificações acerca das possessórias coletivas tiveram como objetivo adaptar às peculiaridades de uma demanda formada por considerável número de pessoas em um dos polos do processo o procedimento

(como – por exemplo – a apresentação de *pedido contra posto* ou *contra pedido*). O fenômeno tratado nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil é um exemplo típico, pois embora o desenho legal indique que se trata de uma matéria que será alegada junto com a defesa como *contra pedido*, nada impede que os interessados possam propor ação específica, consoante entendimento consolidado no Enunciado 496 do CJF: “O conteúdo do art. 1.228, §§ 4º e 5º, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias”

⁴⁹ Note-se, por deveras relevante, que o fundamento da ação de usucapião também está firmada na *posse*, diferenciado das “ações possessórias típicas” (ou seja, dos interditos possessórios) no que se refere à consequência jurídica pretendida, em que se postula a aquisição de um direito real, ao passo que naquelas, o pedido se volta a proteção de uma situação de fato (que é a própria posse). De toda sorte, mesmo no âmbito das ações de usucapião é possível que o possuidor (ou, melhor, aquele que se intitula como tal) postule a proteção possessória, postura esta que pode ocorrer através de requerimento a ser formulado no ventre da própria ação de usucapião. Tal conclusão é possível através de interpretação ampla do disposto no artigo 9º da Lei 6.969/81 (que trata da aquisição por usucapião especial de imóveis rurais), que possuía seguinte redação: “O juiz de causa, a requerimento do autor da ação de usucapião especial, determinará que a autoridade policial garanta a permanência no imóvel e a integridade física de seus ocupantes, sempre que necessário”. A análise detida do dispositivo indica que sua exegese se confunde (ou ao menos se aproxima) com o interdito proibitório (ação possessória típica), pois visa garantir a permanência do possuidor (autor da usucapião no imóvel), com afastamento de ameaças que importem risco para a integridade física dos ocupantes.

⁵⁰ Até mesmo pelo *caráter dúplice* que se extrai da maioria das postulações que tem o fundamento possessório.

⁵¹ Registre-se que a redação original do art. 942 do CPC/73 contemplava para a ação de usucapião a designação de audiência preliminar, a fim de produzir prova dos requisitos da usucapião (art. 942, I), sendo, em tal oportunidade, colhida a prova da posse. O dispositivo somente foi alterado pela Lei 8.951/94.

previsto para demandas individuais (ou com litisconsórcio integrado por menor número de pessoas). Por sua vez, a aplicação dessas regras para a usucapião especial urbana coletiva implica conferir maior efetividade ao processo respectivo.

3.2.2. Dos Regramentos Propriamente Ditos do NCPC

No texto do NCPC, entre as modificações que distinguem a tutela possessória “coletiva” da individual destacam-se dois aspectos: (a) o ingresso dos sujeitos processuais no processo e (b) a forma de solução dos conflitos, privilegiando soluções consensuais.

Com efeito, os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 554 do Novo Código Civil⁵² tratam da ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas. No parágrafo primeiro, determina a citação pessoal dos ocupantes que se encontrem no local e por edital dos demais, intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso envolva pessoas em situação de hipossuficiência econômica. O §2º determina que o oficial de justiça procure os ocupantes no local por uma vez para a finalidade de citação pessoal, enquanto que o §3º informa que o juiz dará ampla publicidade sobre a existência da demanda, utilizando-se dos meios de comunicação que se mostrarem pertinentes.

Mais adiante, o litígio possessório coletivo é novamente regulado, consoante se infere do artigo 565 do Novo Código Civil.⁵³ No *caput* e no §1º do artigo 565 estão previstos regramentos para concessão e execução de tutela de urgência, sendo tratada no §2º do mesmo dispositivo a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública. Em sequência, §3º prevê a possibilidade de o juiz comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional, estando prevista no §4º a possibilidade de intimação dos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal, e de Município onde se situe a área objeto do litígio para comparecerem e se manifestarem

⁵² Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados. §1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública. §2º Para fim da citação pessoal prevista no §1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados. §3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no §1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

⁵³ Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. §1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo. §2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça. §3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. §4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório. §5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel.

sobre seu interesse na causa e a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório. Em fechamento, o §5º do artigo 565 indica que o dispositivo não tem aplicação apenas nas pendengas possessórias, sendo aplicável também nos litígios sobre propriedade de imóvel.

3.2.2.1. Da Ampla Divulgação da Ação

Como já realçado, a primeira análise leva à conclusão de que não haveria o que aplicar na usucapião especial urbana coletiva, já que o polo passivo seria composto pelo proprietário, ao passo que o polo ativo seria formado pelos possuidores. Contudo, tal afirmação toma por premissa que todos os possuidores do imóvel tenham ingressado em juízo. Só que não é sempre que essa hipótese se verifica. Plenamente viável que apenas parcela da população da área usucapienda ingresse com a ação de usucapião, ou que a autorização exigida para que a associação de moradores também tenha sido conferida apenas por parte da população que poderia adquirir a propriedade por essa via.

Nesses casos, estaríamos diante de situação complexa: *da população que ocupa certa área, apenas parcela teria o reconhecimento da aquisição da propriedade*. Pior. A formação do condomínio prevista no artigo 10, § 3º do Estatuto da Cidade, não levaria em conta todos os potenciais condôminos. Como pela própria definição legal, não há como destacar as posses, os autores da ação de usucapião acabariam por se tornar proprietários de fração ideal que não lhes corresponderia e retirando daqueles que realmente são possuidores de adquirir a propriedade da área em que estabeleceram sua moradia. Assim, a aplicação dos regramentos concernentes à tutela possessória coletiva no particular poderia corrigir tais distorções, pois a ampla publicidade da existência da ação poderá permitir o ingresso dos demais possuidores, evitando tais problemas.

Importante consignar que em razão dos impactos positivos da ampla divulgação, no II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual⁵⁴, foi aprovado o Enunciado nº 63, que permite que a informação sobre litígio possessório coletivo seja consignada no registro do imóvel que dá ensejo a pendenga, podendo a mesma interpretação ser estendida para a usucapião coletiva e até para a questão tratada nos parágrafos quatro e quinto do artigo 1.228 do Código Civil, dada a base comum no particular (conflito com grande números de possuidores)⁵⁵.

Fundamental, assim, a recepção da regra prevista no § 3º do artigo 554 para qualquer ação que envolva um grande número de possuidores, incluindo-se, em tal rol, via de talante, a usucapião coletiva prevista no Estatuto da Cidade.

⁵⁴ Evento tratado posteriormente como II Fórum Permanente de Processualistas Civis (Salvador, novembro/2013).

⁵⁵ Enunciado 63: (art. 554) No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, a ampla divulgação prevista no §3º do art. 554 contempla a inteligência do art. 301, com a possibilidade de determinação de registro de protesto para consignar a informação do litígio possessório na matrícula imobiliária respectiva. (*Grupo: Procedimentos Especiais*).

3.2.2.2. Intimação da Defensoria Pública

Na dicção do §1º do artigo 554 do novo Código de Processo Civil (que é ratificado – ao menos em parte – pelo §2º do artigo 565), a Defensoria Pública deve ser intimada toda vez que o conflito possessório coletivo envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica.

Como vimos antes, um dos requisitos da ação de usucapião coletiva é justamente, nos termos do artigo 10 do Estatuto da Cidade, a ocupação da área por possuidores de “baixa renda”, presumindo-se a hipossuficiência econômica trazida na bandeja do § 1º do artigo 554 do novo Código de Processo Civil. Assim, a aplicação do § 1º do artigo 554 mostra-se consentânea com a finalidade do instituto da usucapião especial urbana coletiva, já que um de seus requisitos é ser a população beneficiada de baixa renda, justamente os atendidos pela Defensoria Pública.

Note-se, com atenção, que a providência não só é adequada às diretrizes do Estatuto da Cidade, como também possível à luz do Novo Código de Processo Civil, pois seu § 5º do artigo 565 indica que as regras aplicáveis às ações possessórias de natureza coletiva (= com grande número de possuidores) devem ser aplicadas também nos litígios que envolvam a propriedade de imóvel, em flagrante demonstração de que não se está diante de situação que demanda interpretação restritiva. Na realidade, deve ser empregada a interpretação mais inteligente para que se busque a pacificação de pendengas judiciais (quaisquer que sejam), envolvendo grande número de possuidores, não podendo se descartar, de como medida nesse sentido, a intimação da Defensoria Pública se a situação, inclusive ação de usucapião, envolver pessoas com hipossuficiência econômica (como se presume do próprio texto legal).

3.2.2.3. Intimação dos Órgãos Responsáveis pela Política Urbana, Ambiental e Afins

Seguindo o raciocínio assemelhado ao lançado, para que seja intimada a Defensoria Pública, nos termos do desenho proposto no novo Código de Processo Civil, afigura-se também possível (quicá obrigatória) a intimação dos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal, e de Município onde se situe a área objeto do litígio, a fim de que acompanhem a demanda (participando de audiência) e se manifestem sobre seus interesses na causa e a possibilidade de existir solução para o conflito possessório, consoante se infere do § 5º do artigo 565.

Apenas como exemplo, a intimação de órgão responsável por política urbana pode ser extremamente útil não só para se buscar informações acerca da qualidade da posse exercida pelos possuidores, como para permitir (ou deflagrar) solução alternativa, através da desapropriação da área, evitando desfecho mais nervoso.

Ademais, não se pode perder de vista que a aquisição da propriedade não pode ser vista desapegada de esforços estatais, notadamente em situação que envolva pessoas de baixa renda – como é o caso da usucapião coletiva –, até porque estas dependerão de toda uma infraestrutura que somente poderá ser implementada pelo Poder Público.

De outra banda, vale lembrar que em casos extremados, em que o ato de ocupação é incentivado pelo próprio Município que fornece a estrutura necessária para tanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já admitiu a conversão da ação de reintegração em ação de indenização⁵⁶. Tal hipótese, ainda que aconteça por exceção, por si só justifica a intimação o Poder Público, não podendo ser correto que órgãos responsáveis pela política urbana fiquem alheios ou mesmo como simples expectadores, sem sequer se manifestarem sobre os termos da ação, na medida em que seus atos podem ter sido relevantes para a ocupação e consolidação da situação fática⁵⁷.

Em suma, a usucapião como instrumento de política urbana não pode ser vista isoladamente. Importante a atuação incisiva de órgãos públicos, na medida em que se trata de interesse não só para os diretamente envolvidos, mas também para a municipalidade como um todo. Nessa esteira, verifica-se que tal intimação objetiva justamente a efetivação de regularização fundiária nas cidades. Assim, o conflito gerado pela ação de usucapião também pode ser objeto de solução intermediada por órgãos interessados na consecução de política urbana, e uma solução que seja compatível com as demais políticas adotadas, no caso da usucapião especial urbana coletiva, pela municipalidade.

⁵⁶ No sentido, vale conferir os fundamentos do acórdão que julgou o REsp 770.098/RS, interposto pelo Município de Caxias do Sul/RS: “No tocante à alegada violação dos arts. 128 e 460 da Carta Processual, não assiste razão ao recorrente, uma vez que a posse do objeto ou da coisa pelo Poder Público, implica na impossibilidade da restituição do bem, protegida pelo art. 524 do Código Civil de 1916. Compulsados os 10 (dez) volumes dos autos, extrai-se que o Município de Caxias do Sul-RS não só realizou o apossamento da área reivindicada como acolheu e permitiu a ocupação efetivada por invasores, concedendo total infra-estrutura necessária à vida urbana. Diante dessa hipótese concreta em que se verifica a impossibilidade material de fazer reverter o imóvel ao domínio e posse de seus ex-proprietários, é imperioso admitir a convação da ação reivindicatória em indenizatória por perdas e danos, uma vez que o proprietário desapossado fica impossibilitado de reivindicar o próprio bem em função do princípio da intangibilidade da obra pública” (STJ, REsp 770098/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 13/09/2006, p. 276) – destaque nosso.

⁵⁷ Projetando o problema para eventual desapropriação, é bom lembrar que há forte entendimento de que o pagamento indenizatório da desapropriação judicial (§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil) deve ser suportado pela Administração Pública, nos casos de possuidores de baixa renda (como parece ser o caso) e quando o bem está incluso no rol de imóveis abrangidos pela Política Urbana da Administração, consoante se extrai do Enunciado nº 308 do CJF, que possui a seguinte redação: “Art. 1.228: A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.” A prevalecer tal entendimento somente serão os possuidores responsáveis pelo pagamento quando não forem possuidores de baixa renda, situação que não se apresentará se configurada a usucapião coletiva, pois esta presume trabalhar com pessoas de baixa renda, nos termos do (artigo 10 do Estatuto da Cidade). Portanto, caso entenda o Poder Público que está diante de situação de conflito que terá que intervir, não se descartará a indenização por este em favor do proprietário do imóvel que esta sendo objeto de usucapião coletivo. Ainda que com colorido não idêntico, mas com postura que pode ser aplicada em litígios possessórios envolvendo grande número de possuidores de baixa renda, há caso concreto que pode ser lembrado (e que foi noticiado amplamente pela imprensa nacional), envolvendo o Município de São Paulo-SP. Em resumo, após iniciado o cumprimento de ordem judicial de reintegração de posse contra os numerosos possuidores de baixa renda que ocupavam o local, o Município de São Paulo optou pela desapropriação de área invadida (ação possessória que envolvia por volta de 700 famílias numa área de 113 mil metros quadrados, situada no Jardim do Iguatemi – Avenida. Bento Guelfi, nº 2.280 – Zona Leste de São Paulo – março de 2013). Confira-se: acesso dia 25 de junho de 2014: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/haddad-decreta-interesse-social-para-area-que-seria-desapropriada-em-sp.html>.

Observe, novamente, que a providência não é vedada pelo texto do novo Código de Processo Civil que, em razão inversa, com o § 5º do artigo 565, parece querer alcançar espaço amplo nas questões que envolvam litígios imobiliários com grande número de pessoas, pouco importando se a raiz da discussão é possessória ou real.

Mais ainda, cremos que a intimação não se deve limitar aos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana, podendo ser estendida para outros órgãos públicos vinculados ao licenciamento ambiental e urbanístico, até porque a usucapião – como forma de aquisição de direitos reais – submete-se às regras inerentes ao exercício dos poderes (faculdades) inerentes à propriedade que⁵⁸, por sua vez, se submetem à *função social da propriedade* em toda sua extensão e previsão nas leis especiais, conforme firmado no §1º do artigo 1.228 do Código Civil⁵⁹⁻⁶⁰.

Não estamos aqui trazendo uma ideia inédita, mas tão somente adaptando o que já projetou para efeito do disposto do instituto previsto nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil, que figura que possui pontos de contato com a usucapião coletiva⁶¹⁻⁶².

⁵⁸ Tanto assim que não se permite usucapião de área inferior ao módulo rural, com violação dos artigos 8º da Lei 5.868/72 e 65 da Lei 4.505/64. No sentido: “Não se admite usucapião de imóvel rural de área inferior ao módulo” (RT 652/65). A mesma inteligência deve ser aplicada nos imóveis urbanos, observado o módulo mínimo para o parcelamento urbano. Confira-se: “(...)o imóvel que se pretende usucapir não atende às normas municipais que estabelecem o módulo mínimo local, para parcelamento do solo urbano’ (fls. 168/169), não constituindo o referido imóvel, portanto, objeto legalizável, nos termos da lei municipal. Conforme evidenciado pela Prefeitura Municipal de Socorro, no Ofício de fl. 135, o módulo mínimo para o parcelamento do solo urbano daquele município é de 250m², e o imóvel em questão possui apenas 126m². Ora, caso se admitisse o usucapião de tal área, estar-se-ia viabilizando, de forma direta, o registro de área inferior àquela permitida pela lei daquele município. Há, portanto, vício na própria relação jurídica que se pretende modificar com a aquisição definitiva do imóvel” (STJ, REsp 402792/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 316). No mesmo sentido: STJ, AgRg nos EDcl no Ag 1407458/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013.

⁵⁹ Artigo 1.228 (...) 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

⁶⁰ Sobre a natureza (e importância) do parágrafo único do Código Civil como cláusula geral extensiva e base de comunicação com a legislação infraconstitucional que trata da função social da propriedade, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. 1, p. 377-410.

⁶¹ Percebe-se, pois, que os institutos (usucapião coletivo e a *desapropriação judicial*) possuem como requisitos a presença de uma coletividade de pessoas que, durante o prazo mínimo de cinco anos, exerçam frente ao imóvel uma atuação intentando conferir-lhe adequada destinação. Distinguem-se (sendo mais exigente para fins de aplicação a disposição do Código Civil) em relação à necessidade de boa-fé (desnecessária para a usucapião especial urbana coletiva). Em relação à qualidade dos atos praticados (enquanto que para a usucapião especial urbana coletiva basta a utilização como moradia, o disposto no § 4º do artigo 1.228 do Código Civil exige obras e serviços de interesse social e econômico relevantes) e também em relação à necessidade de pagamento em razão da transferência de propriedade do imóvel (inexistente apenas na usucapião). Importante frisar que o conceito de boa-fé aplicável na desapropriação judicial não é exato ao conceito de boa-fé possessória. No tema, vale conferir a conclusão firmada no Enunciado 309 do CJF: “O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228”. As justificativas dos referidos enunciados estão na íntegra no seguinte texto: MAZZEI, Rodrigo. Justificativas dos Enunciados 309, 315 e 322 do CJF. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, vol. 1, 2008, p. 261-270.

⁶² Na doutrina acerca do instituto previsto nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil (inclusive alguns sobre os pontos de toque e de distância), confira-se: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 4: direito das coisas*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 124-143); GAGLIANO, Pablo Stolze. *Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo*. In: *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo

Tanto assim que o tema, vinculado ao instituto inserido no Código Civil, foi objeto do Enunciado 307 do Conselho da Justiça Federal, que fixou o seguinte entendimento: “Na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico”.

3.2.2.4. Intimação do Ministério Público

Consoante já anunciado, mesmo que de forma rápida, a intimação dirigida ao Ministério Público (que é expressamente exigida no artigo 178, III, do CPC/15⁶³) também é presente na usucapião especial urbana coletiva (§ 1º do artigo 12 do Estatuto da Cidade), sendo desnecessário se alongar sobre o tema.

Vale, contudo, consignar que a intimação ao Ministério Público, a teor do artigo 178, III, do CPC/15, também deverá ser observada no caso da *desapropriação judicial* prevista nos parágrafos quarto e quinto do artigo 1.228 do Código Civil, segundo entendimento fixado no Enunciado 305 do Conselho da Justiça Federal: “Tendo em vista as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 1.228 do Código Civil, o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que encerrem relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos”.

Há, no particular, boa compatibilidade entre o novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Cidade, reforçando os argumentos que justificaram a edição do Enunciado 305 do CJF.

3.2.2.5. Uso de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos

Uma novidade em sede de ações possessórias coletivas é a previsão de uso de métodos de resolução consensual dos conflitos, consoante se depreende do artigo 565 do Novo CPC. Tal medida mostra-se muito compatível com o atual estágio da processualística pátria⁶⁴, além de ir ao encontro das finalidades do Estatuto da Cidade no que tange às políticas de acesso à moradia digna.

O artigo 565 prevê, em suma, que nas ações possessórias de índole coletiva de força velha (com mais de ano e dia) deve ser marcada “audiência”⁶⁵ de mediação, indicação aplicável também quando não executada, no prazo de um ano, eventual

Mazzei (Coords). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 427-432; RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre constituição, direito e processo. In: *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 433-459).

⁶³ Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: (...) III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

⁶⁴ Sobre a alteração da própria atuação dos advogados para a solução dos litígios, com abandono da ideia do “advogado que apenas deve saber guerrear”, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Breve olhar sobre temas de processo civil a partir das linhas mestras de Rene Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual* (Impresso), vol. 83, p. 14-30, 2013.

⁶⁵ A mediação não se dá, em regra, em audiências, mas sim em sessões. Não fica claro se houve erro material ou se *mediação* foi tratada como sinônimo de *conciliação* no dispositivo. Há, de qualquer sorte, um enleio que merece ser observado e eliminado.

liminar concedida. Essa previsão deixa estampada a intenção que o legislador procura imprimir, privilegiando soluções negociadas.

Um detalhe que se percebe do texto do artigo 565 está no fato que o dispositivo fala tão somente em *mediação*, não cogitando a *conciliação*, institutos que, como é curial, não são idênticos⁶⁶. Pensamos, todavia, que a redação do artigo 565 não está blindada para a conciliação, cabendo ao julgador verificar qual das medidas será mais eficaz no caso concreto (mediação ou conciliação). Nosso entendimento é, portanto, consentâneo ao que foi consolidado no Enunciado nº 67, desenhado no II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual.⁶⁷

Enunciado 67 – (art. 565) A audiência de mediação referida no art. 565 (e seus parágrafos) deve ser compreendida como a sessão de mediação ou de conciliação, conforme as peculiaridades do caso concreto. (*Grupo: Procedimentos Especiais*)⁶⁸⁻⁶⁹.

Retornando aos trilhos do texto, os fundamentos que levaram à adoção de tal posicionamento legislativo no caso das possessórias em muito se amoldam ao caso da usucapião especial urbana coletiva. A ideia de consolidação de uma situação fática, privilegiando quem está dotando a propriedade de utilidade, leva à conclusão de que se faz necessário também agilidade na entrega da prestação jurisdicional. A usucapião coletiva como instrumento de política urbana não se limita à mera aquisição de propriedade a quem possui imóvel, utilizando-o com moradia.

A aquisição da propriedade, em verdade, é apenas o início do processo que visa a conferir dignidade aos moradores de baixa renda. Regularizada a questão da propriedade, iniciam-se os esforços estatais para conferir à localidade serviços públicos condignos. Outro ponto importante também é que, com título de propriedade, abre-se à população uma gama de oportunidades creditícias, instrumento de grande importância para o desenvolvimento da localidade em que se encontra o imóvel,

⁶⁶ Em diferenciação brevíssima, enquanto o conciliador está autorizado a sugerir soluções para o conflito, o mediador atua de forma menos intrusiva, apenas criando o cenário propício para que as partes cheguem, por elas mesmas, à melhor solução. Além do mais, mediação comumente implica várias sessões, ao passo que a conciliação, via de regra, ocorre mediante um episódio único. Diferem-se, ainda, pelo fato de a conciliação sempre objetivar um acordo, enquanto a mediação prioriza a facilitação da comunicação entre as partes para que elas possam, a partir de então, solucionar suas questões por meio do diálogo e do entendimento. O foco está no futuro e não no passado. Observe-se que a mediação carrega uma finalidade mais complexa, que ultrapassa a solução da pendência judicial naquele momento. Em verdade, propõe-se criar um entendimento duradouro entre as partes. No tema confira-se (entre vários ensaios): TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.). *Teoria Geral da Mediação – à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; MAZZEI, Rodrigo. Breve olhar sobre temas de processo civil a partir das linhas mestras de Rene Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual* (Impresso), vol. 83, p. 14-30, 2013.

⁶⁷ Evento tratado posteriormente como II Fórum Permanente de Processualistas Civis (Salvador, novembro/2013).

⁶⁸ DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio S.; BASTOS, A. A. Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). *Revista de Processo*, vol. 227, p. 435, 2014.

⁶⁹ Na redação final, dispositivo legal renumerado para “565”.

seja diretamente, seja indiretamente, ao fomentar também o desenvolvimento de estabelecimentos que possam se beneficiar dessa nova população com acesso a crédito. Esses benefícios, contudo, somente estarão à disposição com o encerramento da demanda. Assim, com essas razões em mente, a solução consensual importa efetivo ganho de tempo, permitindo ainda que se encontre uma solução que comporte benefícios a todos os envolvidos, inclusive ao Poder Público, conforme antes defendido.

3.2.2.6. Comparecimento do Julgador à Área de Conflito

Inovação interessante – e de extrema valia – é a possibilidade de comparecimento do juiz à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. Não se discute que essa possibilidade sempre foi presente no sistema (através da inspeção judicial – artigos 440-443 do Código de Processo Civil de 1973⁷⁰), mas sua expressa consignação afasta qualquer discussão acerca da imparcialidade do juiz, acenando com a possibilidade de uma postura mais ativa do julgador na resolução dos litígios⁷¹.

É certo que a presença do magistrado no local permite que esse imponha a sua autoridade. Confere ainda a ideia de que o Estado-Juiz está presente, dando atenção à questão discutida em juízo.

Além das questões de ordem emocional acima indicadas, a presença do magistrado na área sob litígio permite-lhe que aprofunde seu conhecimento acerca do que está sendo discutido, conhecendo as mazelas do local e podendo obter dados visuais sobre a posse da área, informação essa de grande valia, uma vez que demandas envolvendo posse (tais como as possessórias e também as ações de usucapião) dependem primordialmente de observação do local, e que no processo são levadas apenas por fotografias, vídeos ou testemunhos.

Presente no local, pode o magistrado aferir *in loco* a existência de elementos que qualifiquem – ou não – a posse discutida. Assim, percebe-se que o dispositivo previsto apenas para ações possessórias deve ser aplicado em qualquer demanda em que a discussão da posse possuir relevante importância.

3.3. Da Formação de um Sistema Coerente e Único para Tratamento dos Conflitos Coletivos

De tudo que foi posto, as bases do presente estudo serviram de pilares para a apresentação de proposta de enunciado no IV Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, cujo objeto era a sedimentação de entendimento sobre a necessidade de formação de sistema processual uniforme em relação às ações que envolvem grande número de pessoas e têm como pano de fundo a posse. Para tanto, o CPC/15 assume um papel de eixo, com aplicação de seus regramentos tanto na usucapião coletiva prevista no Estatuto

⁷⁰ Recodificados nos artigos 481-484 do novo Código de Processo Civil.

⁷¹ Com fundamentos aplicáveis, confira-se: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

da Cidade, quanto em relação ao instituto previstos nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil. Após longo debate, entendeu-se pela aprovação do seguinte verbete:

Enunciado 328 – (art. 554; art. 565) Os arts. 554 e 565 do CPC aplicam-se à ação de usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.258/2001) e ao processo em que exercido o direito a que se referem os §§4º e 5º do art. 1.228, Código Civil, especialmente quanto à necessidade de ampla publicidade da ação e da participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos estatais responsáveis pela reforma agrária e política urbana. (*Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante*)

4. O Direito de Superfície e o Novo CPC

Antes de adentrar nas questões que envolvem o novo Código de Processo Civil e o direito de superfície, algumas considerações mínimas sobre a figura jurídica se fazem oportunas.

4.1. Noções Básicas sobre o Direito de Superfície no Sistema Atual

A regulamentação acerca do direito de superfície possui sustentáculo no Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001 (artigos 21-24) e no Código Civil de 2002 (artigos 1.369-1.377). A análise comparativa indica que, em alguns momentos, os referidos diplomas adotam postura diversa, remetendo o direito de superfície para ambiente de algum conflito, já que permite o florescimento de interpretações variadas, à mingua de catalogação legal mais ampla e clara que poderia ter sido feita com amparo no direito estrangeiro, que possui mais tradição na aplicação do instituto⁷²⁻⁷³⁻⁷⁴. De todo modo, cremos que é

⁷² Além de divergências entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil em alguns dispositivos, tem-se que o legislador nacional foi acanhado, pois não trabalhou com pontos importantes, distanciando-se de alguns diplomas estrangeiros que são mais detalhados (como é o caso, por exemplo, dos Códigos Cíveis de Portugal e, mais recentemente, de Macau). José de Oliveira Ascensão, ao fazer comparação das codificações – então Anteprojeto Brasileiro (AB) e o Código Português (CP) – alertou sobre a questão, ao afirmar que: “(...) a regulamentação do AB é extremamente rarefeita, contraste com a do CP. Faltam previsões importantes, como as relativas ao objeto (art. 1525º), ao direito de construir em edifício alheio (art. 1526º), aos modos de constituição (art. 1528º), à constituição de servidões (art. 1529º), ao pagamento das prestações (art. 1531º), à fruição do solo e do subsolo (arts. 1532º e 1533º, todos do CP), bem como a maior parte das disposições que este dedica à extinção da superfície (arts. 1536º e seguintes). A falta é particularmente importante por ser um direito sem tradições, que é difícil de entrar nos seus hábitos, como resulta até da experiência portuguesa. Parece conveniente fornecer à prática um modelo legal bem definido, que facilite a contratação e evite dúvidas e litígios, desde logo quanto às conseqüências normais do direito” (Breve confronto do Livro III, direito das coisas: do Anteprojeto do Código Civil brasileiro com o Código Civil português. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra: Atlântida, ano 20, nos 2-4, p. 300-301, abr./dez. 1973).

⁷³ Com análise de tema (duplo regramento do direito de superfície) mais completa, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 169-217.

⁷⁴ Há quem tenha defendido que o Estatuto da Cidade foi revogado pelo Código Civil (por exemplo, entre vários, FIGUEIRA, Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. 4ª ed. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva 2005, p. 1.254-1.255) na medida em que o último regulou a matéria de forma ampla, absorvendo os ditames do primeiro. Prevalece, contudo, a posição de coexistência dos diplomas [defendida, por exemplo, entre muitos, por Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos*

possível efetuar a delimitação básica da figura jurídica para efeitos didáticos, permitindo sua melhor compreensão.

Com efeito, o direito de superfície é uma espécie de direito real com peculiaridades bem singulares. Cuida-se de figura complexa e dinâmica que pode ser dividida em fases bem diversas, destacando-se, na sua mecânica, o *direito de implantar* e o *direito sobre o implante*. Em todas as suas etapas, o direito de superfície deve ser visto como *ius in re aliena*⁷⁵, não podendo o *direito sobre o implante* ser tratado como uma *propriedade*, no sentido estrito de *ius in re propria*⁷⁶, uma vez que não faz desaparecer o direito de propriedade do concedente que, em verdade, estará *comprimido*, mas que voltará à plenitude após a *reversão*, por força do *princípio da elasticidade*. Demais disso, para que o direito de superfície tenha espaço, mister se faz a presença do direito real de outrem (propriedade do fundeio), eis que sem este não pode ser instalada a relação superficiária, o que, imune de dúvidas, indica a falta de *autonomia e independência absoluta* do direito real em voga.⁷⁷

do novo Código Civil: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 543)], aplicando-se o direito de superfície previsto no Estatuto da Cidade nas situações afetas à política de desenvolvimento urbano, consoante extratizado no Enunciado nº 93 da I Jornada de estudos sobre o Código Civil (Conselho da Justiça Federal): Art. 1.369: As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano. Com olhos na discussão (trazendo todas as posições), confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 209-217).

⁷⁵ No sentido: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 405; GAGLIANO, Pablo Stolze. Da superfície. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, vol. 13, p. 22; FIÚZA, César. *Direito civil*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 760-761); e COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas e direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 4, p. 181. Outros autores afirmam se tratar de *direito real sobre a coisa alheia*, mas, no mesmo texto, cogitam a figura da propriedade do implante, sem trazer maiores explicações para a dualidade. No sentido: DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva: 2002, vol. 4, p. 410; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 4, p. 243-244; VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: direito das coisas*, artigos 1.255 a 1.509. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 280-281; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 5, p. 391; CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14; PUGLIESE, Roberto J. *Direito das coisas*. São Paulo: Leud, 2005, p. 732-733; LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 4, p. 420-421; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 4, p. 362-363; e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 5, p. 409 e p. 412.

⁷⁶ Há vários autores que não concordam com a colocação do direito de superfície como direito real sobre coisa alheia. No sentido, vale conferir na doutrina nacional (entre vários): BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o novo Código civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 80; LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.258; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de superfície. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coords.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 182-183; CARVALHO, Washington Rocha de. *O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 16-24; CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de direito civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 159-166; FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 602.

⁷⁷ O tema foi longamente abordado na nossa obra (*Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 231-243) e, sem rebuços, não temos dúvida de se tratar de *ius in re aliena*. Como o assunto é complexo e desviaria dos trilhos do presente ensaio, remetemos o leitor ao nosso texto monográfico antes referenciado, que traz – além da opinião dos autores nacionais – a doutrina estrangeira, já que a discussão ocorre também em praticamente todas as nações que possuem o direito de superfície no seu ordenamento jurídico.

O apego (especialmente doutrinário) à expressão “*propriedade superficiária*”⁷⁸ para se referir ao implante efetuado (construção ou plantação) na propriedade do fundeiro, na realidade, não significa que o *direito ao implante* pode ser tratado como sinônimo de *propriedade destacada do solo*, mas sim do resultado concreto da *suspensão* do princípio *superficies solo cedit*, alcançada pelo direito de superfície, criando uma cisão que não é permitida a partir, unicamente, dos mecanismos atrelados ao direito de propriedade. De todo modo, a expressão “*propriedade superficiária*” detém *simbolismo* importante, pois indica o resultado da alta órbita de faculdades que o terceiro (superficiário) terá sobre o implante. Isso porque o titular do direito real de superfície pode usar, gozar e dispor, em potência muito próxima ao direito de propriedade, justificando-se, inclusive, a aplicação de regramentos atrelados a esta, de forma subsidiária.

O gabarito legal nos demonstra que o direito de superfície é um *direito real imobiliário*, de natureza *temporária*, *transmissível* e que visa *funcionalizar* o imóvel alheio. Esta base do instituto é notada facilmente pela *incidência restrita* do direito real em *imóveis*, tendo o nosso legislador afastado a possibilidade da *perpetuidade* da concessão, conforme disposto nos artigos 1.360 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade, distanciando-se, assim, no segundo ponto, de alguns sistemas estrangeiros que admitem o direito de superfície eterno.

Por outro lado, o direito de superfície não é um instituto de índole *personalíssima*, dado o seu foco que é a inclusão do imóvel dentro de contexto fecundo, ocasionando a necessidade de a figura ter trânsito com amplo alvará de *transmissibilidade*. Por fim, a moldura do direito de superfície demonstra a sua vocação para atender ao ideário de função social da propriedade, na medida em que a figura impulsiona exercício positivo do superficiário em prol de implante na propriedade de outrem, seja para lançá-lo, melhorá-lo ou mesmo mantê-lo, ou seja, de inclusão ou conservação do imóvel na cadeia produtiva.⁷⁹

Assim, depois de tracejar e fixar as principais fronteiras do instituto, cremos que o direito de superfície pode ser conceituado como *direito real complexo e autônomo, de ter na sua esfera jurídica – temporariamente – construção e/ou plantação em imóvel alheio, conferindo ao seu titular os poderes de uso, gozo e disposição sobre o(s) implante(s)*.⁸⁰

4.2. Breve Resenha do Direito de Superfície no Novo Código de Processo Civil⁸¹

Basicamente, são seis os dispositivos do novo Código de Processo Civil que nos interessam, sendo que o foco de todos é a penhora dos imóveis (bases para a concessão superficiária) e dos implantes/acessões (construções e plantações) submetidos ao regime de direito de superfície. Senão vejamos:

⁷⁸ A expressão “*propriedade superficiária*” está prestigiada no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.473, X, após a alteração pela Lei 11.481/2007, ao admitir a hipoteca tendo como objeto de garantia o implante superficiário.

⁷⁹ Confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p.163-167.

⁸⁰ Confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 244-253.

⁸¹ Com olhar mais detalhado sobre todas as relações e repercussões processuais do novo Código de Processo Civil frente ao direito de superfície, vale conferir: MAZZEI, Rodrigo Reis. Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 228, p. 163-204, 2014.

(a) Artigo 791⁸² – é uma inovação de fato, pois dispõe sobre questão da *responsabilidade patrimonial* envolvendo o direito de superfície, tema que não possui precedente no Código de Processo Civil de 1973.

(b) Artigos 799⁸³, 804⁸⁴ e 889⁸⁵ – são dispositivos que, embora sejam a revitalização de regras processuais relativas à expropriação que já eram constantes

⁸² Art. 791. Se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou a plantação, no segundo caso. §1º Os atos de constrição a que se refere o *caput* serão averbados separadamente na matrícula do imóvel, com a identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame, devendo o oficial destacar o bem que responde pela dívida, se o terreno, a construção ou a plantação, de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles pelas dívidas e pelas obrigações que a eles estão vinculadas. §2º Aplica-se, no que couber, o disposto neste artigo à enfiteuse, à concessão de uso especial para fins de moradia e à concessão de direito real de uso.

⁸³ Art. 799. Incumbe ainda ao exequente: I – requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou fiduciário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou alienação fiduciária; II – requerer a intimação do titular de usufruto, uso ou habitação, quando a penhora recair sobre bem gravado por usufruto, uso ou habitação; III – requerer a intimação do promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada; IV – requerer a intimação do promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada; V – *requerer a intimação do superficiário, enfiteuta ou concessionário, em caso de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre imóvel submetido ao regime do direito de superfície, enfiteuse ou concessão*; VI – requerer a intimação do proprietário de terreno com regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre direitos do superficiário, do enfiteuta ou do concessionário; VII – requerer a intimação da sociedade, no caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, para o fim previsto no art. 876, §7º; VIII – pleitear, se for o caso, medidas urgentes; IX – proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

⁸⁴ Art. 804. A alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será ineficaz em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético não intimado. §1º A alienação de bem objeto de promessa de compra e venda ou de cessão registrada será ineficaz em relação ao promitente comprador ou ao cessionário não intimado. §2º *A alienação de bem sobre o qual tenha sido instituído direito de superfície, seja do solo, da plantação ou da construção, será ineficaz em relação ao concedente ou ao concessionário não intimado.* §3º A alienação de direito aquisitivo de bem objeto de promessa de venda, de promessa de cessão ou de alienação fiduciária será ineficaz em relação ao promitente vendedor, ao promitente cedente ou ao proprietário fiduciário não intimado. §4º A alienação de imóvel sobre o qual tenha sido instituída enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso será ineficaz em relação ao enfiteuta ou ao concessionário não intimado. § 5º A alienação de direitos do enfiteuta, do concessionário de direito real de uso ou do concessionário de uso especial para fins de moradia será ineficaz em relação ao proprietário do respectivo imóvel não intimado. § 6º A alienação de bem sobre o qual tenha sido instituído usufruto, uso ou habitação será ineficaz em relação ao titular desses direitos reais não intimado.

⁸⁵ Art. 889. Serão cientificados da alienação judicial, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência: I – o executado, por meio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por carta registrada, mandado, edital ou outro meio idôneo; II – o coproprietário de bem indivisível do qual tenha sido penhorada fração ideal; III – *o titular de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, direito de superfície, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre bem gravado com tais direitos reais*; IV – o proprietário do terreno submetido ao regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre tais direitos reais; V – o credor pignoratício, hipotecário, anticrético, fiduciário ou com penhora anteriormente averbada, quando a penhora recair sobre bens com tais gravames, caso não seja o credor, de qualquer modo, parte na execução; VI – o promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada; VII – o promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada; VIII – a União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado. Parágrafo único. Se o executado for revel e não tiver advogado constituído, não constando dos autos seu endereço atual ou, ainda, não sendo ele encontrado no endereço constante do processo, a intimação considerar-se-á feita por meio do próprio edital de leilão.

no diploma codificado de 1973 (artigos 615, 619, e 655, §2º, 698 respectivamente), fazem expressa alusão ao direito de superfície, seja em relação à esfera jurídica do proprietário, seja na esfera jurídica do concessionário (superfideciário).

(c) Artigos 842⁸⁶ e 876⁸⁷ – embora sem menção explícita ao direito de superfície, estão conectados aos quatro dispositivos antes citados (artigos 791, 799, 804 e 889).

4.3. Artigo 791 do Novo Código de Processo Civil como Ponto Principal de Comunicação com o Estatuto da Cidade

A repercussão dos artigos 791, 799, 804, 842, 876 e 889 tem fundo processual e decorre da própria atualização do texto codificado, eis que, como anunciado, o direito de superfície moderno somente foi introduzido no Brasil por força do Estatuto da Cidade, ou seja, em data muito posterior à edição do Código de Processo Civil de 1973.

A compreensão dos dispositivos está conectada ao sistema de execução eleita pelo novo Código de Processo Civil, em que se destaca, sem dúvida, para o tema aqui abordado no artigo 791. Isso porque, através de uma leitura mais cuidadosa, percebe-se que tal dispositivo no NCPC não tratou exclusivamente de direito processual.

Com efeito, o *caput* do artigo 791 detém carga de direito material, tratando de tema que não foi (ao menos expressamente) regulado no Código Civil e no Estatuto da Cidade, qual seja, a fronteira de “*responsabilidade patrimonial*” entre o proprietário do imóvel (fundeiro) e o superfideciário, no que se refere às dívidas vinculadas ao direito real respectivo.⁸⁸⁻⁸⁹ A nossa observação pode ser confirmada a partir do exame

⁸⁶ Art. 842. Reaindo a penhora sobre bem imóvel ou direito real sobre imóvel, será intimado também o cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens.

⁸⁷ Art. 876. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados. § 1º Requerida a adjudicação, o executado será intimado do pedido: I – pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos; II – por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos; III – por meio eletrônico, quando, sendo o caso do § 1º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos. § 2º Considera-se realizada a intimação quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no art. 274, parágrafo único. § 3º Se o executado, citado por edital, não tiver procurador constituído nos autos, é dispensável a intimação prevista no § 1º. § 4º Se o valor do crédito for: I – inferior ao dos bens, o requerente da adjudicação depositará de imediato a diferença, que ficará à disposição do executado; II – superior ao dos bens, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. § 5º Idêntico direito pode ser exercido por aqueles indicados no art. 889, incisos II a VIII, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelo companheiro, pelos descendentes ou pelos ascendentes do executado. § 6º Se houver mais de um pretendente, proceder-se-á a licitação entre eles, tendo preferência, em caso de igualdade de oferta, o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente, nessa ordem. § 7º No caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada realizada em favor de exequente alheio à sociedade, esta será intimada, ficando responsável por informar aos sócios a ocorrência da penhora, assegurando-se a estes a preferência.

⁸⁸ Ao falarmos em *responsabilidade patrimonial*, não estamos a equiparando à dívida, mas a uma *situação de sujeição do patrimônio de alguém em relação à expropriação executiva*. No tema, entre vários, com boa pesquisa e desenvolvimento, confira-se: NOLASCO, Rita Dias. Responsabilidade patrimonial. In: *Execução no processo civil*. SHIMURA, Sérgio; e NEVES, Daniel A. Assumpção. (Orgs.). São Paulo: Método, 2005, p. 203-239.

⁸⁹ Observe-se que há uma zona híbrida, mesmo que com cargas não iguais, de direito material e direito processual quando se fala em responsabilidade patrimonial. Tanto assim que o tema acaba sendo tratado simultaneamente pelo Código Civil (artigo 391 – Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor), pelo Código de Processo Civil revogado (artigo 591 – O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições

topográfico da posição do artigo 791 no Novo Código de Processo Civil, uma vez que o dispositivo está inserido justamente no *capítulo* destinado à responsabilidade patrimonial (artigos 789-796 do NCPC). Assim, o artigo 791 não pode ser lido sem o apoio das lições aplicáveis à responsabilidade patrimonial, extraindo-se do dispositivo uma hipótese de situação singular destacada no Novo Código de Processo Civil envolvendo responsabilidade patrimonial.

Em nossa opinião, o artigo 791 indica de forma clara que as figuras (e esferas jurídicas) do proprietário do imóvel e do superficiário são distintas e que tal diferenciação detém efeitos na execução. Isso porque se a execução tiver por objeto obrigação em que seja sujeito passivo o proprietário do imóvel (= *base da concessão superficiária*), responderá este exclusivamente pela dívida, de modo que a penhora ou outros atos de constrição recairão exclusivamente sobre o terreno (= *plataforma da concessão*), sem afetar o direito real do superficiário (em regra, os implantes). De modo recíproco, caso a execução tenha como vetor obrigação de que seja sujeito passivo o superficiário, este será exclusivamente responsável pela dívida, e, via de talante, a penhora ou quaisquer outros atos de constrição deverão vulgarmente incidir apenas nos implantes (plantações e constrições), sem atingir o direito real (propriedade) do fundeiro, ou seja, o proprietário do imóvel, que serviu de bandeja para a concessão superficiária. Percebe-se, pois, que há a intenção clara de demarcar o direito de superfície em dois direitos reais distintos – o que se afigura, na nossa visão, como correto.

O dispositivo, portanto, acaba por afastar pretensão executiva que despreze a natureza do direito de superfície, evitando a inadvertida “contaminação” do direito real do proprietário (fundeiro), assim como do superficiário, em razão de dívida contraída pela contraparte da concessão superficiária, citando-se, aqui, o exemplo mais comum⁹⁰.

A inovação em destaque vai ao encontro de reclames da doutrina, já que a omissão (expressa) do Código Civil e do Estatuto da Cidade no sentido gerou a edição do Enunciado 321, na IV Jornada de Estudos sobre o Código Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 321 – Art. 1.369: Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um de seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel.

estabelecidas em lei) e pelo Novo Código de Processo Civil (artigo 789 – O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei). Destaque-se que há na doutrina grande discussão acerca da natureza da responsabilidade patrimonial, a fim de pontuá-la como instituto de direito material ou de direito processual, buscando visualizar a *figura de uma forma pura*, ou seja, com a sua delimitação exclusiva no campo processual ou no âmbito material. Tal linha de raciocínio, com todo respeito, não nos parece possível, pois pensamos existir carga híbrida de direito material e de direito processual na responsabilidade patrimonial, sendo, pois, um instituto *bifronte*, conforme adiante exposto – ainda que brevemente – no corpo do texto.

⁹⁰ Sem prejuízo de outras hipóteses, basta recordar a possibilidade de responsabilidade patrimonial de terceiros (artigo 592 do Código de Processo Civil atual).

A ressalva final do Enunciado é relevante, pois a redação do § 3º do artigo 21 do Estatuto da Cidade (semelhante a do artigo 1.371 do Código Civil) pode levar à falsa impressão de que os dispositivos são normas de cunho tributário, situação inviável, à luz do artigo 146, III, da Constituição Federal, pois tal tema é reservado à legislação complementar, não podendo os citados diplomas (de índole ordinária) definir o responsável pelos tributos decorrentes do imóvel, com o tratamento de hipótese de responsabilidade tributária além das previstas no artigo 128 (e seguintes) do Código Tributário Nacional. Em tais condições, mesmo sem se alongar no tema para que não ocorra desvio do rumo (e destino) almejado no ensaio, o artigo 1.371 do Código Civil e o § 3º do artigo 21 do Estatuto da Cidade estão voltados para o âmbito interno da relação de direito de superfície, de modo que a escritura de concessão (mesmo que registrada) não implicará necessariamente alteração do sujeito passivo dos tributos a que se sujeita o imóvel, até mesmo porque, consoante artigo 123 do Código Tributário Nacional, as convenções particulares não podem ser opostas à fazenda para modificar a definição do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.⁹¹⁻⁹²

Às claras, o artigo 791 está coerente também com inteligência assemelhada a que iluminou outros dois verbetes consolidados nas Jornadas de Direito Civil (CJF): (a) Enunciado nº 249 (III Jornada)⁹³, (b) Enunciado nº 322 (IV Jornada)⁹⁴. Com efeito, o Enunciado nº 249 traça o entendimento de que o direito real do superficiário é passível de servir de base para outros direitos reais, sem que tal fato afete o direito real do fundeiro, ou seja, trabalha com a autonomia (ainda que relativa) dos direitos reais que envolvem a concessão superficiária [propriedade (fundeiro) e superfície

⁹¹ Em sentido bem próximo, confira-se: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto de Paulino de. *Direito de superfície e sua formação contratual*: entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos direitos reais. Dissertação de mestrado. Orientador: Professora Doutora Fabiola Santos Albuquerque. Universidade Federal de Pernambuco, 2006, p. 60. O tema também é tratado por Elcio Nacur Rezende (*Direito de superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 92-93) que, na sua abordagem, lembra a possibilidade de aplicação dos artigos 31 e 34 do Código Tributário Nacional no direito de superfície, pois para efeito de ITR e IPTU “o contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”. Com uma boa visão de todo quadro, as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal merecem (ao menos) ser ponderadas: “O Código Civil não criou nova espécie de contribuinte, e sim um responsável patrimonial em caráter de solidariedade passiva com o proprietário – contribuinte –, medida factível por meio de lei ordinária (art. 128 do CTN). Enquanto o contribuinte tem vínculo pessoal e o direito como fato imponível, o responsável se relaciona direta apenas de forma imediata com o fato gerador. Em suma, o poder público poderá cobrar as obrigações tributárias do proprietário ou do superficiário, ou mesmo de ambos” (*Direitos reais*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 602).

⁹² Portanto, a conclusão do Enunciado nº 94 da I Jornada de estudos sobre o Código Civil (Conselho da Justiça Federal) está ligada à possibilidade contratual das partes deliberarem o reembolso ou não dos impostos atrelados ao imóvel, hipótese esta que não vincula o fisco. A redação do referido enunciado há de ser interpretada com tal inspiração, sob pena de desvirtuar o alcance do entendimento extratizado. Confira-se: Enunciado 94 – Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, *no contrato respectivo*, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície – destaque nosso.

⁹³ Enunciado 249 – Art. 1.369: A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.

⁹⁴ Enunciado 322 – Art. 1.376: O momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório (art. 1.376), constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário.

(superficiário)]. O Enunciado nº 322, por sua vez, em interpretação ao artigo 1.376 do Código Civil, estabelece a autonomia dos direitos reais relativos ao imóvel e aos implantes (construções e plantações) submetidos ao regime de direito de superfície quando forem objeto de desapropriação que alcance ambos.

A aproximação ao texto do Enunciado nº 322 é inegável, mesmo que em contramarcha, pois a orientação (doutrinária) consolidada é no sentido de que os créditos decorrentes da desapropriação judicial devem ser divididos a partir dos contornos do direito real do fundeio (valor do imóvel no momento da desapropriação) e do superficiário (valor do implante frente às condições previstas na concessão).⁹⁵ Em suma, o artigo 791 trabalha com ideia próxima, mas com os olhos fitados para a responsabilidade patrimonial e não para os créditos (indenização) advindos da desapropriação judicial, tema trabalhado pelo Enunciado nº 322.

Observe-se que no ambiente do Estatuto da Cidade não há dispositivo semelhante ao artigo 1.376 do Código Civil, mas a inteligência do artigo 791 do novo Código de Processo Civil, interpretado em reverso, permite compreensão no mesmo sentido do proposto no Enunciado 322 do CJP, qual seja: divisão evidente das esferas patrimoniais do proprietário e do superficiário.

Portanto, o artigo 791 acaba por dispor (ou no mínimo esclarecer) que não há responsabilidade solidária do proprietário e do superficiário em relação às dívidas pessoais de cada um deles, mesmo que estas sejam decorrentes da própria concessão superficiária. Há clara divisão (obrigacional) na esfera patrimonial do proprietário e do superficiário, situação que denuncia que o artigo 791 não é exclusivamente uma regra processual, sendo, pois, em verdade, dispositivo *bifronte*⁹⁶, isto é, regula (simultaneamente) tema de fundo material e processual, pois permite leitura que vai além do impedimento da penhora do direito real da contraparte da concessão superficiária⁹⁷.

⁹⁵ Tratando longamente da questão, com a criação, inclusive, de subsídios para a edição do Enunciado nº 322, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Exemplo de litisconsórcio-necessário simples: desapropriação e o direito de superfície (art. 1.376). In: MAZZEI, Rodrigo. (Org.). *Questões processuais no novo código civil*. Barueri: Manole, 2006, p. 430-453.

⁹⁶ Chamamos de dispositivos *bifrontes* os que possuem dupla faceta (material e processual). Aproveitamos aqui a expressão – *bifronte* – já trazida em estudo de Enrico Tullio Liebman ao examinar dispositivos contidos no Código Civil italiano de 1942 (Conforme: Norme processuali nel codice civile. In: *Problemi del Processo Civile*. Milano: Morano Editores, 1962, p. 158). No Código Civil de 2002 a exemplificação é bem variada. Exemplo pode ser extraído da conjugação dos artigos 478 e 479 do Código Civil de 2002. Note-se que o artigo 479 complementa a concepção do artigo 478, com grande influência dos princípios do equilíbrio e da conservação do contrato, demonstrando a raiz material dos dispositivos. No entanto, em plano que advém de atividade processual, há na parte final do artigo 478 uma remissão expressa aos efeitos da sentença, e no artigo 479, por sua vez, se desenha previsão de atividade do réu (*contra pedido*). A terminologia *bifronte* é usada, de forma mais habitual, para se referir aos institutos que são tratados tanto pelo direito material, como pelo direito processual, como é o caso da prova e a coisa julgada, por exemplo. No sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p.42. Com análise mais ampla dos dispositivos *bifrontes*, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Algumas Notas sobre o ('dispensável') artigo 232 do Código Civil. In: *Prova, Exame Médico e Presunção*: o artigo 232 do Código Civil. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 261-262; MAZZEI, Rodrigo. Enfoque processual do art. 928 do Código Civil. In: *RBDPro-Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 59, p. 48-51.

⁹⁷ Observe-se, no sentido, que alguns temas que tratamos como de natureza híbrida (= *bifrontes*) são analisados em outros estudos como se fossem *unicamente* de direito material ou *tão somente* de direito processual, situação que cria cisma na doutrina sobre determinados assuntos, como é o caso, em exemplo,

A faceta material do dispositivo merece ser aplaudida, pois o NCPC cria ambiente mais seguro para a feitura de concessões superficiárias. O artigo 791 preenche omissão do Estatuto da Cidade (repetida no Código Civil) e a regulação favorece tanto o proprietário quanto o superficiário, já que a inteligência do dispositivo se volta justamente para a inexistência de responsabilidade patrimonial no que tange às dívidas da contraparte (seja proprietário/fundeiro, seja superficiário). É possível afirmar, sem cometer qualquer tipo de exagero, que o artigo 791 do NCPC poderá impulsionar a adoção do direito de superfície, haja vista que contribui para a fixação de ambiente com mais segurança jurídica para os que pretendem se valer do instituto em estudo.

Note-se que a situação de depuração dos direitos reais desenhada no artigo 791 do Novo Código de Processo Civil poderá, obviamente, ser desconstituída se configuradas situações de mácula na concessão superficiária, tais como as previstas no Código Civil para a violação da função social da propriedade (artigo 1.228, § 1º, c/c artigo 2.035, parágrafo único), simulação (artigo 167) e o abuso de direito (artigo 187), questões que deverão ser apreciadas à luz do direito material vigente. De toda sorte, mesmo que mantidos íntegros os direitos reais do proprietário ou do superficiário, não podendo ser alvo de penhora por dívida da contraparte, os titulares da concessão superficiária poderão ser chamados a colaborar com o Poder Judiciário em execuções movidas contra a outra parte da concessão. Explica-se:

O artigo 791 não cria nenhum embaraço para a penhora dos frutos⁹⁸⁻⁹⁹, muito menos de alguns direitos decorrentes da concessão superficiária (artigo 835, XIII, do NCPC¹⁰⁰), fato que é ratificado pelo artigo 799, V, do NCPC. Assim, por exemplo, em razão de dívida do proprietário com terceiro, com espeque no artigo 855 do novel diploma processual¹⁰¹, poderá ser o superficiário intimado para depositar o valor do *cânon superficiário* (também chamado de *solarium*) pendente, ou seja, da verba a que o proprietário faz jus pela pactuação de concessão onerosa com o superficiário. No sentido, vale lembrar que o artigo 21, § 2º, do Estatuto da Cidade (reforçado

da responsabilidade patrimonial. Na realidade, pensamos que a responsabilidade patrimonial pode ser vista a partir das duas facetas, inclusive em relação às regras que as regulam. Com ideia assemelhada, Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira sustentam que (...) “é preciso distinguir as diversas funções que as regras sobre responsabilidade patrimonial podem exercer (...) É do Direito Material que determina quem é o responsável pela obrigação. (...) Uma regra é processual quando serve para definir o modo pelo qual o poder pode ser exercido. Ao impedir a penhora sobre determinado bem, a regra jurídica funciona como regra de Direito processual” (*Curso de Direito Processual Civil*. Volume 5. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2001, p. 259).

⁹⁸ O sistema revogado permitia tal postura, inclusive em relação aos bens que não podem ser penhorados (artigo 650 – Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia), sendo admitida a penhora em tais condições no NCPC (artigo 834 – Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis).

⁹⁹ Lembre-se, aqui, da possibilidade de penhora dos frutos referentes ao usufruto. Como é pacífico, o que é impenhorável é o usufruto em si [artigo 1.376 do Código Civil combinado com artigo 649, I, do Código de Processo Civil revogado (ratificado no artigo 833, I, do NCPC)], mas os frutos decorrentes do exercício do direito real são tranquilamente penhoráveis. No sentido: “CIVIL. USUFRUTO. Os frutos são penhoráveis; o usufruto não” (STJ, REsp 242.031/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ 29/03/2004, p. 229). Igualmente: STJ, EDcl no AgRg no Ag 1370942/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 04/02/2013.

¹⁰⁰ O dispositivo substitui o artigo 655, XI, do Código de Processo Civil revogado.

¹⁰¹ Artigo de lei que ocupará o espaço do atual artigo 671 da revogada codificação processual.

pelo disposto no artigo 1.370 do Código Civil) prevê boa liberdade na fixação do pagamento de *cânon*, que poderá ser à vista ou em parcelas, abrindo espaço, inclusive para pagamento de forma diferida ou até mesmo através de participação de frutos advindos da exploração do implante¹⁰²⁻¹⁰³.

Em outro exemplo de execução movida contra o proprietário, o superficiário pode ser intimado para que não proceda a reversão do implante em favor do proprietário (artigos 1.375 do Código Civil e 24 do Estatuto da Cidade¹⁰⁴), devendo cumprir a obrigação judicialmente, ou seja, entregar o implante ao fim da concessão para quem o Judiciário determinar. Por ângulo diverso, em caso de execução contra o superficiário, o proprietário poderá ser intimado não só acerca da indisponibilidade dos direitos do superficiário (não podendo o último transferir os implantes para terceiros, exceto com autorização judicial), como também para depositar em juízo qualquer crédito que o superficiário eventualmente tenha, como, por exemplo, o valor da indenização no momento da reversão, caso esta pactuada na forma dos artigos 1.375 do Código Civil e 24 do Estatuto da Cidade.

Observe-se das exemplificações acima que a responsabilidade patrimonial de cada uma das partes não foi afetada. Mais ainda, a penhora agrediu tão somente a esfera patrimonial daquele que foi apontado como devedor, cumprindo a outra parte tão somente os atos determinados pelo Judiciário, sem que isso, contudo, interfira ou prejudique o seu direito real próprio.

O artigo 791 do NCPC, portanto, não cria a impenhorabilidade nos direitos advindos da concessão superficiária, mas tão somente (e de forma correta) prestigia

¹⁰² Sobre *cânon superficiário*, confira-se (entre vários): MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 183-184; TARTUCE, Flávio; e SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 4. Direito das Coisas*. 5ª ed. Método: São Paulo, 2013, p. 338; REZENDE, Elcio Nacur. *Direito de Superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; PEGHINI, Cesar Calo. *A função social do direito de superfície*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Autônoma de Direito-FADISP. Orientação: Luis Paulo Cotrim Guimarães. São Paulo, 2009, p. 204-206; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 409; e ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos. *Superfície à Luz do Código Civil e dos Estatuto da Cidade – Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 150-151.

¹⁰³ A legislação registral não prevê a anotação (= *averbação*) da penhora dos frutos e rendimentos de direitos reais junto à matrícula do imóvel. Por tal omissão, há posição que sustenta a impossibilidade do ingresso da penhora dos frutos e rendimentos de direitos reais no registro imobiliário, sob alegação que a medida violaria o rol de *numerus clausus* da legislação que trata dos registros públicos [no sentido: PASSARELLI, Luciano Lopes; e GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A penhora de imóveis na jurisprudência do Conselho da Magistratura e da Corregedoria-geral da Justiça de São Paulo. In: *Processo Imobiliário*. Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 342]. Discordamos de tal entendimento, pois pensamos que o artigo 167 da Lei 6.015/73 não pode ser lido de forma absolutamente literal, pois tal postura irá corroer a ideia de segurança jurídica que se extrai dos Registros Públicos. Cremos que o teor do artigo 167, 5), da Lei 6.015/73 [que possui a seguinte redação: *Artigo 167 – Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: (...)5) das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis*] deve ser absorvido com visão mais ampla (inspirada na segurança jurídica e na função social dos Registros Públicos), para admitir o ingresso das penhoras, arrestos e sequestros não só dos imóveis em si (visão restritiva), mas também *dos direitos reais imobiliários, seus frutos e rendimentos*. Não for assim, não haverá sequer compatibilidade do artigo 791 NCPC (especialmente seu parágrafo primeiro) com a legislação registral, já que a última também não contempla registro de penhora sobre direitos reais, mas apenas sobre *imóveis*.

¹⁰⁴ Artigo 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário. Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

a separação de dois direitos reais distintos [(a) do proprietário e (b) do superficiário], afastando a penhora dos imóveis e implantes (construções e plantações) submetidos ao regime de direito de superfície “*por dívida que não seja da própria parte devedora*” (seja o proprietário, seja o superficiário), situação que protege a contraparte, que não se sujeitará aos efeitos patrimoniais da execução. No entanto, não só o imóvel e o implante poderão ser objeto de penhora, mas também outros direitos decorrentes da concessão superficiária, conforme exemplificado, observada a demarcação efetuada pelo artigo 791 do Novo Código de Processo Civil.

5. Breve Fechamento

Como se percebe, ainda que nas linhas limitadas do estudo, há alguns pontos de impacto no novo Código de Processo Civil.

Destacamos no presente trabalho alguns temas, sobre os quais podem gravitar várias discussões, a saber: (a) a extinção do procedimento especial da usucapião; (b) a necessidade de observância da relação a simbiose entre as “ações possessórias coletivas” (= *com grande número de possuidores*) como a usucapião coletiva; (c) a depuração das esferas patrimoniais do proprietário e do superficiário.

Há, sem dúvida, outros temas que acabaram não sendo abordados na empreitada aqui desenvolvida, mas que – certamente – serão alvo de exames pela doutrina, contribuindo para o amadurecimento e a aplicação mais segura do texto de novo Código de Processo Civil.