



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALICE CYSNEIROS BEZERRA CARVALHO OLIVEIRA

A POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DO IMÓVEL FINANCIADO

Recife

2023

ALICE CYSNEIROS BEZERRA CARVALHO OLIVEIRA

A POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DO IMÓVEL FINANCIADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Venceslau Tavares Costa Filho

Recife

2023

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

- O48p Oliveira, Alice Cysneiros Bezerra Carvalho.
A possibilidade de usucapião do imóvel financiado / Alice Cysneiros Bezerra Carvalho Oliveira. -- Recife, 2023.
164 f.: il.
- Orientador: Prof. Dr. Venceslau Tavares Costa Filho.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.
- Inclui referências.
1. Usucapião. 2. Direito à propriedade. 3. Direito à moradia. 4. Sistema Financeiro de Habitação (SFH). I. Costa Filho, Venceslau Tavares (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2023-41)

ALICE CYSNEIROS BEZERRA CARVALHO OLIVEIRA

A POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DO IMÓVEL FINANCIADO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Privado.

Aprovado em: 29/08/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Venceslau Tavares Costa Filho (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Junior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Profa. Dra. Fabiana Augusta de Araújo Pereira (Examinadora Externa)
Faculdade Frassinetti do Recife – FAFIRE

Prof. Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara (Examinador Externo)
Fundação Getúlio Vargas - FGV

AGRADECIMENTOS

Quando eu era criança, a minha mãe tinha um Fiat Uno Mile. Era um carro antigo, mas muito bem cuidado, com poucas marcas de ferrugem ou arranhão. Era um carro que “aguentava o tranco”. Não tenho lembranças da minha infância sem o Uno Mile. Até a minha adolescência, ele nos acompanhou em viagens, aventuras, idas para a escola e passeios em família. De certa forma, em minhas memórias mais remotas, o Uno estava lá. Presente. Como uma constante.

Nunca fomos uma família rica. Mas também nunca passamos por qualquer necessidade. Tudo o que os meus pais ganhavam era milimetricamente contado para que nunca faltasse nada para mim ou meu irmão. E nunca faltou. Porém, em determinado momento, enquanto fomos crescendo, começamos a nos perguntar por qual motivo a nossa mãe insistia naquele carro. Até que, um certo dia, o meu irmão fez a pergunta: “Mãe, por que o pai de fulaninho trocou de carro e a gente ainda não?”. A minha mãe respondeu: “Nosso carro é um Uno, mas eu escolhi colocar você e a sua irmã em uma boa escola. No futuro, talvez, vocês possam entender”.

Minha mãe estava certa. Para ser sincera, aquele Uno, todos os dias, cruzava a cidade. Morávamos na Zona Sul, a nossa escola ficava na Zona Norte e a minha mãe trabalhava no Centro. Pelos meus cálculos, entre idas e vindas, o percurso significaria ir do Aeroporto à Porto de Galinhas. Eu e o meu irmão estudamos em uma das melhores escolas da cidade. E só tivemos essa oportunidade porque a minha mãe brigou por uma bolsa de estudos e abdicou de muita coisa para dar conta das mensalidades. Quase não me recordo da minha mãe comprando uma roupa ou uma bolsa nova. Mas ela nunca se negou a comprar qualquer livro que eu pedisse.

Quis contar essa história porque, de certa forma, foi aquele Uno Mile que me trouxe até aqui. Não fosse pelas escolhas da minha mãe, não fosse por todos os sacrifícios que ela fez, eu não estaria, hoje, finalizando uma dissertação de mestrado. Foi ela quem me ensinou a valorizar a educação. Então não poderia finalizar a escrita sem lhe dar os merecidos créditos no trabalho.

Assim como a minha mãe, o meu pai sempre estimulou a nossa educação. Foi ele quem me ensinou que o conhecimento era a melhor herança que ele poderia deixar, porque ninguém conseguiria levar ou roubar. Ele costumava dizer que o conhecimento era como um “cofrinho”. Todos os dias, colocaríamos uma “moeda” e quando precisássemos, bastava quebrar e tudo estaria lá. Ele estava certo. Aprender é uma atividade gradual. Escrever envolve persistência. Nos momentos mais difíceis da pesquisa, lembrei das suas palavras. E entendi que só me faltava paciência. Colocar, pouco a pouco, as “moedas” no “cofrinho”. Uma hora, o resultado ia chegar.

Sem mais delongas, aos meus pais, deixo a minha gratidão. Por tudo. Sempre.

À minha família e verdadeira sustentação, agradeço por serem sempre fortaleza. Às

minhas avós, matriarcas da família, por serem exemplo de força e determinação. Ao meu irmão, por ser o meu maior significado de parceria. Aos meus tios, por sempre cuidarem de mim como se fosse filha. Aos meus primos, por sempre serem para mim algo muito próximo de irmãos.

Aos meus amigos, ou “família que escolhi”, sou extremamente grata por nunca terem me deixado desistir. Sei que agradecimentos nominais pecam por injustiça. E não gostaria de correr o risco de esquecer alguém. Mas não poderia deixar de agradecer a algumas pessoas que, nesses dois anos, tiveram uma participação especial na minha vida. À Marcio, Laís, Jana, Vic e Dudu, sou extremamente grata por ter vocês comigo. À Dhyogo, Paolla e Ceci, agradeço por todo o suporte e por terem me ajudado com o “caminho das pedras” na sobrevivência ao PPGD.

Ao professor Venceslau, por ter aceitado me orientar. Não poderia ter escolhido melhor orientador para essa empreitada. Agradeço por todo o suporte e por todas as oportunidades que me foram dadas. Agradeço por me abrir as portas do ensino e me despertado a vontade de estar em sala de aula. E ao professor Paulino, pelos valiosos conselhos e contribuições bibliográficas.

Aos meus sócios, Pedro e Lucas, por acreditarem em mim e sempre me incentivarem a ser a minha melhor versão. Vocês me inspiram e me ensinam todos os dias. Se hoje eu consigo me enxergar seguindo carreira na advocacia, é porque vocês me apresentaram uma nova forma de advogar. Com empatia e humanidade. Agradeço pelo suporte e pela compreensão de sempre.

À Defensoria Pública da União, local onde me deparei com o tema que veio a ser objeto deste trabalho, a quem agradeço em nome de Ricardo Russel e Djalma Pereira.

Por fim, à fumacinha e chico, por nunca terem me deixado só.

*“Ilusora de pessoas de outros lugares
A cidade e sua fama vai além dos mares
No meio da esperteza internacional
A cidade até que não está tão mal
E a situação sempre mais ou menos
Sempre uns com mais e outros com menos
A cidade não para, a cidade só cresce
O de cima sobe e o de baixo desce”*

(A CIDADE, 1994)

RESUMO

O presente trabalho se propôs a analisar a possibilidade de usucapião do imóvel gravado por garantia real instituída mediante um contrato de financiamento habitacional, especificamente a hipoteca ou a alienação fiduciária. Para essa finalidade, foi empreendida uma investigação a respeito da estrutura e do funcionamento dos principais programas habitacionais em nível federal, examinando o contrato de financiamento habitacional e as múltiplas contratações nele inseridas, à luz da teoria das redes contratuais. Essa investigação preliminar permitiu definir a natureza jurídica do imóvel financiado, se pública ou privada, o que se revelou útil tendo em conta o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de atribuir o regime publicista aos imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação, impedindo, assim, a aquisição da propriedade mediante usucapião. A relevância da pesquisa é justificada em razão do elevado déficit habitacional brasileiro e de um significativo número de habitações ociosas, o que destaca a usucapião como uma importante ferramenta de regularização fundiária, capaz de conferir maior concretude a valores constitucionais, como o direito fundamental à moradia, a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: financiamento habitacional; usucapião; sistema financeiro da habitação; bem público; direito à moradia; função social da propriedade.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the possibility of prescription of a property established by a real guarantee established through a housing financing agreement, specifically a mortgage or fiduciary alienation. For this purpose, an investigation will be conducted regarding the structure and operation of the main housing programs at the federal level, examining the housing financing agreement and the multiple agreements included in it, considering the theory of contractual networks. This preliminary investigation will help define the legal nature of the financed property, whether it is public or private. This determination will be useful considering the current position of the Superior Court of Justice, which attributes a public nature to properties financed by the Housing Finance System, thereby preventing the acquisition of ownership through prescription. The relevance of this research is justified due to Brazilian's high housing deficit and a significant number of unoccupied habitations, which highlights prescription as an important tool for land regularization, capable of giving greater substance to constitutional values such as the fundamental right to housing, the social function of property, and human dignity.

Keywords: housing financing ; prescription ; housing finance system; public property; right to housing; social function of property.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	Circuito negocial do SFH	34
Figura 2	Déficit habitacional absoluto por regiões do Brasil	47
Figura 3	Déficit habitacional relativo por regiões do Brasil	48
Figura 4	Composição do déficit segundo regiões geográficas	48
Figura 5	Distribuição do déficit habitacional por faixas de renda	49
Figura 6	Distribuição da inadequação por regiões geográficas	50
Figura 7	Classificação dos contratos coligados	65
Figura 8	Excussão extrajudicial da hipoteca	87
Figura 9	Excussão extrajudicial da alienação fiduciária	88
Figura 10	Classificação dos bens públicos	114
Figura 11	Distribuição dos processos por classe judicial	132
Figura 12	Distribuição dos processos por fundamento utilizado	132
Figura 13	Distribuição dos processos por turma e ano de julgamento	133
Figura 14	Distribuição dos processos por origem da posse	134
Figura 15	Distribuição dos processos por local de origem	134
Figura 16	Distribuição dos processos por vínculo com a CEF	135

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Faixas do Minha Casa Minha Vida	45
Tabela 2	Componentes do déficit habitacional	46
Tabela 3	Componentes da inadequação	47

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APE	Associações de Poupança e Empréstimo
BNH	Banco Nacional de Habitação
CEF	Caixa Econômica Federal
COHAB	Companhia de Habitação Popular
FAR	Fundo de Arrendamento Residencial
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
FCP	Fundação da Casa Popular
FCVS	Fundo de Compensação das Variações Salariais
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FNHIS	Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social
IAP	Instituto de Aposentadoria e Pensão
IBH	Instituto Brasileiro da Habitação
OGU	Orçamento Geral da União
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PAR	Programa de Arrendamento Residencial
PCVA	Programa Casa Verde e Amarela
PES	Plano de Equivalência Salarial
PMCMV	Programa Minha Casa Minha Vida
PNH	Plano Nacional de Habitação
SBPE	Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo
SCI	Sociedade de Crédito Imobiliário
SERFHAU	Serviço Federal de Habitação e Urbanismo
SFH	Sistema Financeiro de Habitação
SFI	Sistema de Financiamento Imobiliário
SNHIS	Sistema de Habitação de Interesse Nacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 FINANCIAMENTO HABITACIONAL E ACESSO À MORADIA.....	18
2.1 REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL	18
2.2 DO DIREITO DE PROPRIEDADE AO DIREITO À PROPRIEDADE.....	22
2.3 A URBANIZAÇÃO BRASILEIRA E O PROBLEMA HABITACIONAL.....	26
2.4 O CRÉDITO HABITACIONAL COMO FORMA DE ACESSO À MORADIA ...	30
2.4.1 O Sistema Financeiro de Habitação	30
2.4.2 O Sistema de Financiamento Imobiliário	36
2.4.3 Políticas habitacionais para pessoas de baixa renda.....	40
2.5 DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO HABITACIONAL NO BRASIL	45
3 CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL.....	52
3.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE À BOA-FÉ OBJETIVA	52
3.2 A CRISE DAS FONTES E O MERCADO HABITACIONAL BRASILEIRO	56
3.2.1 Da autonomia da vontade ao dirigismo contratual	56
3.2.2 A boa-fé objetiva nos contratos de financiamento habitacional.....	58
3.3 DA TEORIA DAS REDES CONTRATUAIS	62
3.4 DOS MÚLTIPLOS CONTRATOS NO FINANCIAMENTO HABITACIONAL...	68
3.5 GARANTIAS REAIS ENVOLVIDAS NO FINANCIAMENTO	74
3.5.1 Hipoteca	77
3.5.2 Alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis	80
3.5.3 Inadimplemento e excussão das garantias	85
4 USUCAPIÃO DO IMÓVEL FINANCIADO.....	90
4.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A USUCAPIÃO	90
4.1.1 Noções introdutórias	90
4.1.2 Requisitos gerais	92
4.1.3 Modalidades	96
4.1.4 Características e efeitos	100
4.2 USUCAPIÃO DO BEM PÚBLICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	106
4.3 CONCEITO DE BEM PÚBLICO	112
4.3.1 O conceito de bem público a partir de um critério subjetivo	112
4.3.2 O conceito de bem público a partir de um critério funcional	116
4.4 NATUREZA JURÍDICA DO IMÓVEL FINANCIADO	121
4.4.1 Quando o imóvel está gravado com hipoteca.....	122

4.4.2	Quando o imóvel está gravado com alienação fiduciária em garantia	124
4.5	ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	131
4.5.1	Análise quantitativa.....	131
4.5.2	Análise qualitativa.....	136
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	150
	REFERÊNCIAS	152

1 INTRODUÇÃO

A disciplina constitucional da propriedade assegura uma proteção jurídica não somente aos proprietários, mas também aos não proprietários. Isso porque o acesso a determinados bens é condição indispensável para a própria subsistência humana. A propriedade, apreendida como um direito de acesso, aparece então como uma etapa preliminar ao exercício de outros direitos. Sem o pão e o teto, não é dado ao ser humano desenvolver livremente a sua personalidade.

O acesso à propriedade ganha contornos ainda mais relevantes se considerada a função que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico. O não proprietário não compra, não vende, não testa e não herda, porque o modelo de apropriação privada encontrou no direito a sua fonte de proteção e legitimação. Se assim acontece, impõe-se ao sistema jurídico a elaboração de meios para democratizar o acesso a bens, voltando as suas lentes à inclusão dos mais vulneráveis.

É nessa esteira que o acesso à moradia se apresenta como um direito fundamental e uma relevante atribuição cominada ao poder público. O sonho da casa própria, não por acaso, embala a noite de tantos brasileiros. Significa não somente um abrigo em noites de chuva ou frio, mas a garantia de uma esfera mínima de dignidade. É o direito à privacidade e ao desenvolvimento de relações afetivas. É a proteção contra flutuações econômicas e outras incertezas da vida.

O principal meio escolhido pelo Estado brasileiro para promover o acesso à moradia foi e continua sendo o crédito habitacional. Ao optar por um meio tradicionalmente privado para o cumprimento desse encargo, reserva para si a atuação indireta no mercado habitacional e aos particulares a execução direta dos empreendimentos. Para viabilizar a aquisição da moradia, o Estado cria as condições necessárias para a elaboração de esquemas de financiamento de longo prazo, considerando o elevado valor tradicionalmente envolvido nas transações imobiliárias.

A primeira iniciativa do governo federal com relação ao financiamento habitacional foi a criação do Sistema Financeiro de Habitação. Com o programa, o Estado pretendia estabelecer as condições necessárias ao financiamento da casa própria, além de estimular a construção de habitações pela iniciativa privada. Operando com os depósitos do FGTS e do SPBE, o programa levou à assinatura de milhões de contratos, disponibilizando recursos não apenas ao adquirente final das unidades construídas, mas também aos agentes responsáveis pela execução das obras.

Os resultados quantitativos do programa não escondem, contudo, os diversos problemas verificados ao longo de sua história. Não raras vezes, existiram casos de abandono da obra por insolvência ou desinteresse do agente executor, permitindo a ocupação das unidades inacabadas por terceiros que tomaram para si a tarefa de finalizar os projetos e realizar os melhoramentos estruturais. Também frequente foi o repasse do financiamento a terceiros por meio de contratos

informais, conhecidos como “contratos de gaveta”, celebrados pelo mutuário sem a necessária anuência do credor, o que colocava os “gaveteiros” em posição de extrema insegurança jurídica.

O transcurso do tempo e a inação dos agentes envolvidos acabou levando várias dessas situações ao crivo do judiciário com a pretensão de ver reconhecida a aquisição da propriedade por usucapião. Em muitos casos, o direito era afastado ao argumento de que a posse não teria a qualificação necessária para permitir os efeitos aquisitivos da usucapião, porque clandestina ou precária. Muito embora os conceitos tenham sido utilizados em diversas ocasiões com evidente imprecisão técnica, ainda se observava uma preocupação em investigar a natureza da posse.

A situação é modificada radicalmente com o surgimento de uma tese argumentando pela natureza pública do imóvel financiado com recursos do SFH. Sendo públicos, porque afetados ao interesse social de promover o acesso à moradia, tais imóveis seriam também imprescritíveis, tendo em vista a expressa vedação constitucional à usucapião do bem público. O entendimento restou acolhido pelo STJ, influenciando as instâncias ordinárias a seguirem o mesmo caminho, o que levou ao desalojamento das inúmeras famílias que ocupavam os imóveis financiados.

É sob esse panorama que se apresenta a investigação proposta. A hipótese levantada é a de que o imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação ou mesmo a outros programas de financiamento habitacional não poderia ser considerado público. A discussão supera o mero entrave conceitual, porque efeitos importantes decorrem da compreensão adotada sobre o tema. Caso se entenda que o imóvel é público, por exemplo, uma ação poderia ser julgada com lastro na vedação legal, sem oportunizar ao possuidor discutir a natureza da posse por ele exercida.

A necessidade de adoção de maior rigor terminológico para a investigação dos conceitos jurídicos foi bem antecipada por Pontes¹. O sistema jurídico contém regras jurídicas; e essas se formulam com os conceitos jurídicos. É preciso estudar o fático, ou seja, as relações humanas e os fatos a que elas se referem, para saber qual o suporte fático, isto é, sobre o que elas incidem. Nisso está a função esclarecedora, discriminativa, crítica e retocadora da pesquisa jurídica.

Uma imprecisão conceitual pode fazer com que famílias precisem desocupar um imóvel que possuíram durante anos e utilizaram como espaço vital. Isso exige uma atenção ainda maior considerando ser a moradia o *locus* onde o ser humano exerce e desenvolve a sua personalidade. Sendo a usucapião uma importante ferramenta de acesso a bens e um dos mecanismos jurídicos capazes de mitigar as desigualdades materiais, o seu adequado exame se revela fundamental.

Pesquisa nenhuma parte hoje da estaca zero². Se a afirmação está correta, então a revisão

¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

² LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 224.

bibliográfica é o ponto de partida para apreender o estágio de maturação da questão-problema. Trilhando esse caminho, a investigação teve a pesquisa bibliográfica como um pilar essencial, porque, para compreender os institutos jurídicos, é necessário defini-los com precisão. Serviu, então, para delimitar conceitos como “bem público”, “usucapião” e “função social”, assentando os alicerces necessários para situar os interlocutores em um mesmo contexto comunicativo.

A pesquisa também se serviu de um método hipotético-dedutivo. A testagem da hipótese apresentada ocorreu mediante uma análise comparativa entre os conceitos obtidos no curso da pesquisa bibliográfica e a linha argumentativa utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça para fundamentar as decisões atribuindo o regime público ao imóvel adquirido com recursos do SFH.

Por consequência, a análise de jurisprudência foi escolhida como recurso metodológico complementar. O recorte institucional se justifica considerando a importância da Corte Superior na uniformização da legislação federal. A pesquisa também foi restrita às decisões colegiadas proferidas na Terceira Turma e Quarta Turma, responsáveis por temas afetos ao direito privado. A coleta dos dados foi realizada com as palavras-chave “usucapião” e “sistema financeiro de habitação”. Foram consideradas ainda as variações “sistema financeiro da habitação” e “SFH”.

No primeiro capítulo, apresentamos o conceito de função social e as razões pelas quais não se confunde com o conceito de finalidade. Também apresentamos a diferença entre o direito de propriedade e o direito à propriedade, estando compreendida na segunda expressão a ideia de um direito de acesso a bens. Nesse cenário o direito à moradia foi estabelecido como uma necessidade básica do ser humano e uma premissa indispensável ao exercício de outros direitos. Por fim, apresentamos os principais programas lançados a nível federal para enfrentar a questão habitacional, concluindo pela insuficiência das políticas centradas no crédito imobiliário.

No segundo capítulo, tratamos sobre as modificações enfrentadas pela teoria contratual moderna após a introdução de princípios como a função social e a boa-fé objetiva. Dessa ideia, decorreriam deveres laterais de conduta a serem observados antes, durante e após a extinção do contrato. Nesse contexto, também apresentamos a teoria das redes contratuais, adotando como marco a sistematização proposta por Rodrigo Xavier Leonardo. A teoria das redes contratuais também serviu para explicar o financiamento habitacional como um circuito negocial no qual se integram múltiplas contratações. Dentre os contratos, aprofundamos o estudo das garantias, diferenciando a hipoteca e a alienação fiduciária, especialmente relevantes para a investigação.

No terceiro capítulo, abordamos a usucapião, delimitando o seu conceito, características e requisitos. Dentre os principais efeitos, destacou-se a chamada eficácia liberatória (*usucapio libertatis*). Sucessivamente, procedemos a um breve resgate histórico sobre a usucapião do bem público no ordenamento brasileiro, com a posterior delimitação conceitual do bem público. As

reflexões permitiram uma análise sobre a natureza jurídica do imóvel financiado e se era correta a sua classificação como bem público, confrontando os resultados com os precedentes do STJ.

A partir de tudo o que foi colocado, a expectativa é a de que o trabalho sirva como uma faísca e desperte novas reflexões acerca do tema. Ressalta-se a usucapião como uma importante ferramenta de acesso a bens, cujo alcance é mitigado por construções discursivas afastadas de uma maior precisão técnica. Devemos admitir que o caminho não será fácil e o terreno não será fértil para acolher as novas proposições lançadas sobre uma questão já tão enraizada na praxe forense. Mas para que serviria a pesquisa senão para questionar certezas do mundo jurídico?

Esperamos que o leitor possa, ao menos, se questionar e analisar o problema sobre uma nova ótica, superando as soluções simples e a reprodução precipitada dos precedentes judiciais.

2 FINANCIAMENTO HABITACIONAL E ACESSO À MORADIA

2.1 REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL

No ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade é tratada como direito fundamental, estando assegurada a sua inviolabilidade. Apesar disso, a norma constitucional que garante o direito de propriedade é topograficamente seguida pelo condicionamento à sua função social. Sendo assim, *é garantido o direito à propriedade, mas a propriedade atenderá a sua função social*. O modelo abstrato e liberal de propriedade foi mantido intacto, embora o exercício do direito subjetivo à apropriação privada dos bens esteja atrelado a uma funcionalização social.

A ideia de que a propriedade deve observar a um interesse social não é recente. A rigor, foram os modernos que eliminaram o caráter social tradicionalmente atrelado ao uso das coisas, ao conceber um modelo de propriedade abstrato e individualista³. Entretanto, no campo teórico, um importante marco se verifica a partir das influências de Leon Duguit e Karl Renner. Surgem, inspiradas nesses autores, duas correntes teóricas com vistas a explicar com maior precisão o conceito de propriedade e a sua relação com a função social, a *teoria interna* e a *teoria externa*.

Na visão de Duguit, a propriedade não é um direito, é uma função social. O proprietário, enquanto detentor da riqueza, possui uma função a cumprir. Desde que cumpra essa função, a sua propriedade estará protegida. Se não cumprir, por exemplo, deixando de cultivar a terra ou permitindo que a edificação venha a ruir, os governos poderão intervir para assegurar o uso da riqueza de acordo com a sua destinação. A propriedade seria, então, entendida como um dever⁴.

Inspirada no pensamento de Duguit é que se apresenta a teoria interna da propriedade. Para essa corrente, os limites e os condicionamentos impostos pela função social integrariam o próprio suporte fático do direito de propriedade. Entre nós, essa teoria é defendida por autores como Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, ao apresentar a função social como componente

³ É só pensar no exemplo das sesmarias. A essência do instituto visava assegurar o aproveitamento adequado das terras, ainda que a sua utilização no Brasil colônia tenha ocorrido com significativas distorções. No direito romano, igualmente, a propriedade não era absoluta e poderia sofrer restrições em prol de um interesse maior, como, por exemplo, a construção de estradas ou aquedutos.

⁴ “*Mais la propriété n'est pas un droit ; elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir ; tant 'u'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultiv pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il detient conformément à leur destination*”. DUGUIT, Leon. **Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912, p. 21

da propriedade, e não como um princípio a ser com ela equalizado⁵. Na mesma linha, Farias e Rosenvald chegam a afirmar que a função social submeteria os atos de uso, gozo e disposição da coisa a um exame finalístico, podendo, até mesmo, paralisar a pretensão reivindicatória⁶.

De outro lado, o pensamento de Karl Renner é frequentemente associado com a chamada teoria externa da propriedade. Na visão do autor, institutos privados como a propriedade ou o contrato são estáticos, mas as funções econômicas e sociais que desempenham são dinâmicas. Essa interação dialética é que permitiria uma transformação funcional da norma⁷. Os autores que se alinham à teoria externa, portanto, defendem a propriedade com um suporte fático mais estreito, de modo que a função social não seria dela um componente interno, mas sim um limite ou condição para o exercício do direito. Entre nós, é o que defende Otávio Luiz Rodrigues Jr⁸.

Um certo apego aos conceitos é indispensável para a exata compreensão do vocábulo função. Luciano Penteado toma por empréstimo o significado que a expressão possui para as ciências exatas⁹. Na teoria dos conjuntos, a função é uma relação estabelecida entre elementos de um conjunto de partida (x) e elementos de um conjunto de chegada f(x). Seria a situação de um medicamento em gotas administrado em função da massa corporal do paciente. Entre cada elemento do conjunto de partida (massa) haverá um correspondente no conjunto de chegada (gotas). O vocábulo função traduz assim uma ideia de relação entre duas grandezas variáveis.

A ideia de função não está presente somente nas ciências exatas. Também é possível construir modelos de comportamento variáveis utilizando funções nas ciências humanas e nas ciências da natureza. É o caso das relações estabelecidas entre taxa de juros e capital inicial ou entre população bacteriana e intervalo de tempo. No direito, metaforicamente, “*apontar para a função de certos institutos ou situações jurídicas nada mais seria do que afirmar que a sua configuração normativa apresenta uma destinação extrínseca a ser observada e obedecida*”¹⁰. Nessa esteira de ideias, não apenas a propriedade e os demais direitos reais teriam uma função social, como também seria possível falar em funcionalização dos contratos e até das empresas.

⁵ TEPEDINO, Gutsavo; SCHREIBER, Anderson. **A garantia da propriedade no direito brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 06, jun. 2005, p. 106

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 316.

⁷ RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. London: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949, p. 6.

⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do Direito Civil**. In: VERA-CRUZ, Eduardo Pinto; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo. (Org.). Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito Constitucional e Justiça Constitucional. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 3, p. 61-90

⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 1ª ed. em e-book baseada na 3 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 203.

¹⁰ Idem, p. 205.

Esse rigor terminológico parece fundamental para distinguir o que é função e o que é finalidade. Para Luciano Penteado, enquanto a função seria um conceito relacional associado à ideia de movimento, o fim teria um conteúdo mais estático, podendo designar, por exemplo, a etapa terminal de um determinado processo ou o destino a que se direciona um determinado ser em sua atuação. A ideia de finalidade, nessa acepção, se aproxima ao conceito de fim em uma concepção aristotélico-tomista segundo a qual “*o fim é o que não existe em vista de outra coisa, mas aquilo em vista de que todas as outras coisas existem*”¹¹. Logo, não há como se confundir finalidade e função, uma vez que a “*função não é destino, não é finalidade, é relação*”¹².

Dizer que a propriedade tem uma função social não significa dizer que a finalidade da propriedade é social. O direito não desconheceu, contudo, formas de apropriação coletiva em que a propriedade tinha por finalidade atender ao interesse social. Paolo Grossi há tempos alertou sobre o problema do condicionamento monocultural do historiador do direito e sobre a existência de soluções históricas que escapam ao arranjo da propriedade individual moderna. Nesse contexto, outras mentalidades proprietárias seriam possíveis, inclusive, para acomodar uma propriedade coletiva fundada em um indiscutível primado do objetivo sobre o subjetivo¹³.

Essa não foi a solução adotada no país. Desde a primeira codificação civil, seguimos o modelo napoleônico-pandectista, definindo a propriedade abstratamente a partir dos poderes assegurados ao proprietário, um invólucro que compreende os poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar¹⁴. É por isso que não parece correto afirmar que a função social integra o conteúdo material do direito de propriedade. Entre nós, a propriedade não é função social, mas sim *tem* função social. Seria ingênuo pensar diferente em uma sociedade na qual o modelo individual e

¹¹ ARISTOTELES. **Metafísica**: Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovanni Reale. Vol. 2. Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 77.

¹² PENTEADO, Op. cit, 215.

¹³ “*Propiedad colectiva no es, pues, una noción específica sino una expresión cuyo significado genérico y elemental es el de la propiedad de un grupo bastante amplio (que debe identificarse con un restringido grupo unifamiliar); es sólo oppositum histórico y lógico de la propiedad de lo individual, con el conjunto de valores alternativos que surgen, el predominio del grupo y la subordinación a él de los individuos y de sus fines; el predominio de lo objetivo sobre lo subjetivo, y por lo tanto de la naturaleza económica de las cosas, de su destino, de su funcionalidad; el predominio para los miembros del grupo de las situaciones subjetivas de deber sobre las de poder y de derecho típicas de los iura in re tradicionales*”. GROSSI, Paolo. **Historia del derecho de propiedad**: la irrupción del colectivismo en la consciencia europea. Traducción de Juana Bignozzi. 1ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p. 44.

¹⁴ Para Cortiano Júnior: “*o Código Civil Brasileiro adota, francamente, o modelo de propriedade formatado pelo Código de Napoleão. Marcado pelo individualismo e pelo patrimonialismo, o Código de 1916 vai refletir no seu art. 524 a filosofia e os sentimentos da classe senhorial, que faz elaborá-lo à sua imagem e semelhança, de acordo com a representação que no seu idealismo fazia da sociedade. Não se define, no Código, a propriedade, mas se estipulam – o que quer dizer: asseguram-se – os poderes do proprietário. A lei brasileira reúne os elementos da definição da propriedade do Código Francês e da não definição do Código Alemão*” CORTIANO JÚNIOR, Eroulth. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 104

abstrato de propriedade privada continua assentando as suas raízes em nível constitucional.

Isso não significa dizer que a propriedade deve ser exercida estritamente no interesse individual e privado. Compreender a função social sob uma perspectiva relacional nos permite situar o direito de propriedade como uma relação jurídico-real¹⁵. Ao passo em que existe para a coletividade um dever de abstenção com relação a atos que possam embaraçar o exercício do direito de propriedade, existe para o proprietário um dever de exercer o direito em harmonia com o interesse social. *A propriedade obriga*, como consagrou a Constituição de Weimar.

A função social traça as fronteiras do direito de propriedade. O descumprimento dos deveres por ela estabelecidos impõe consequências jurídicas para o proprietário. Pode-se dizer que o exercício do direito de propriedade sem atender a função social é disfuncional, de modo que, “*na hipótese de haver um desvio destes objetivos, pode haver diferentes mecanismos de correção de rota ou objetivo, numa tentativa de retorno ao caminho traçado*”¹⁶. Sendo assim, a função social atua como uma regra de calibração, na terminologia usada por Ferraz Júnior¹⁷, regulando a dinâmica operacional do sistema com o objetivo de conservar o seu equilíbrio.

No ordenamento constitucional brasileiro, a ideia de que a propriedade deve atender a um interesse social está presente desde a Constituição Federal de 1934¹⁸. Isso explica o porquê é preciso cautela com discursos eufóricos relacionados à Constituição Federal de 1988. Assim como a Constituição de 1934 não revolucionou as bases capitalistas do ordenamento jurídico, também não haveria como se atribuir o feito à Constituição Federal de 1988. Em sentido oposto, ao mesmo tempo em que o texto vigente representou um avanço, também plantou armadilhas

¹⁵ Em sentido oposto, Torquato Castro situa a propriedade como uma situação jurídica, rejeitando a ideia de que existiria uma coletividade abstrata capaz de assumir posições ativas e passivas: “*A norma jurídica revela-se no mundo real através de sua força operativa e prática incidente sobre situações humanas singularizadas pelos fatos. Incide, pois, sobre sujeito ou sujeitos concretos que são os vocados por ela às qualificações ou às ações práticas que ela predispõe. E nada de prático ou operativo se pode esperar de sujeitos que não são entes, mas abstrações mentais inservíveis, como ocorre com aquele suposto sujeito universal, construção desprezível que ainda tem praça na doutrina atual*”. CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo, Saraiva, 1985, p. 48. Apesar da posição do respeitável catedrático da Faculdade de Direito do Recife, o marco teórico que se adota é alinhado ao que defendia Teixeira de Freitas, ao citar como diferencial dos direitos absolutos, como os reais, o fato de impactar várias personalidades: “*A condição distintiva dos direitos absolutos é que a sua correspondente obrigação affecta a massa inteira das personalidades, com as quaes o agente do direito possa estar em contato. A qualidade propria dos direitos relativos, ao inverso, é recahir sua peculiar obrigação sobre pessoas certas e determinadas. No primeiro caso a obrigação é negativa, consiste na inacção, isto é, na abstenção de qualquer ato que possa estorvar o direito. No segundo caso a obrigação é positiva e consistente na necessidade de um facto ou prestação da pessoa obrigada. Esse facto ou prestação póde sêr também, como no primeiro caso, uma abstenção, mas com uma diferença notavel*”. FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**: Volume 01. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXIV-LXV.

¹⁶ PENTEADO, Op. cit, p. 205

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 159.

¹⁸ Sobre o tema: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz, Op Cit.

que limitam a efetividade dos seus princípios basilares, como ao proibir a desapropriação da propriedade produtiva (artigo 185) mesmo quando não atende à função social (artigo 186)¹⁹.

É certo, todavia, que a Constituição atual tratou com maior zelo as consequências para o descumprimento das obrigações relacionadas à função social. Nisso não há como afastar o seu mérito. Houve a inclusão de novas modalidades de usucapião, a urbana e a rural, reduzindo o lapso temporal necessário para a aquisição da propriedade imobiliária quando funcionalizada ao interesse social. Tratou com maior profundidade a desapropriação para fins de reforma agrária e incluiu uma forma de desapropriação como sanção para os casos de cultura ilegal de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo. Também positivou as hipóteses em que a função social da propriedade rural estaria sendo cumprida, atribuindo ao plano diretor dos Municípios a tarefa de fazer o mesmo quanto à função social da propriedade urbana²⁰.

Se, por um lado, não houve ruptura com o modelo individualista e abstrato do direito de propriedade, por outro lado, o aprofundamento das consequências jurídicas relacionadas ao exercício disfuncional do direito de propriedade parece ter acirrado a dualidade e as tensões existentes no modelo constitucional brasileiro. Aqui reside um dos maiores desafios do jurista em nossos dias atuais: conciliar as perspectivas, por muitas vezes opostas e conflitantes, entre os interesses individuais e os interesses sociais subjacentes ao direito de propriedade.

2.2 DO DIREITO DE PROPRIEDADE AO DIREITO À PROPRIEDADE

Em sua faceta individual, a propriedade é protegida contra intervenções indevidas de terceiros, inclusive do Estado. Em sua faceta social, a propriedade é reconhecida como um bem jurídico capaz de garantir a subsistência humana, demandando do sistema jurídico meios para garantir a democratização do seu acesso. Isso porque o ser humano precisa *ter bens* para que possa desenvolver a sua própria personalidade, sendo indispensável, portanto, como uma etapa preliminar à proteção dessa esfera patrimonial, assegurar mecanismos de *acesso a bens*.

Não é difícil explicar essa afirmação. Em um modelo fundado na apropriação privada

¹⁹ Por exemplo, quando o exercício do direito de propriedade desrespeita as normas trabalhistas ou a necessária preservação ambiental. CORREA, Adriana Espíndola, GEDIEL, José Antônio Peres. **Reforma agrária e judiciário brasileiro: tensões entre propriedade liberal e o princípio da função social**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 81-97, abr.-jun. 2015.

²⁰ Nesse ponto, é importante fazer uma anotação. Ao contrário do que ocorre com a propriedade rural, cujo valor é muito mais relacionado à qualidade do solo, a propriedade urbana tem o seu valor diretamente proporcional aos investimentos públicos que são realizados no entorno. Quanto mais abastecida em saneamento básico, transporte público, pavimentação e equipamentos de lazer, mais valorizada será a região na cidade. Portanto, se a relação entre os investimentos públicos e a valorização da terra é mais direta nas cidades, nada mais justo que o Estado possa exigir maior retorno social do solo urbano, diante das particularidades concretas de cada cidade.

de bens, o ser humano precisa ter acesso à terra e ao arado para conseguir plantar. Plantando, garante a produção do alimento. Com o alimento, garante a sua própria subsistência. Mesmo em um modelo fundado na apropriação coletiva de bens, é certo que existe, ao menos em um sentido tradicional do termo, uma esfera mínima de apropriação privada, ainda que esta recaia sobre o produto e não sobre o meio de produção²¹. Nessa esteira, parece ser possível afirmar, em sentido mais estrito, que o homem será proprietário ao menos do próprio alimento²².

Acontece que os recursos são escassos e insuficientes para que todos os indivíduos se tornem proprietários. É nesse cenário que se apresenta o que Lorenzetti chama de *problema do acesso*. Há uma grande quantidade de indivíduos que não tem possibilidades de pagar o preço que se estipula por bens essenciais, de modo que a lógica do mercado provoca uma exclusão incompatível com os valores jurídicos²³. Nisso se justifica a intervenção do Estado no sentido de criar estruturas e mecanismos capazes de viabilizar, no mínimo, o acesso a bens primários.

Em sentido similar, Penteado²⁴ afirma que a estrutura desenhada pelo constituinte no tocante à propriedade representa uma polaridade disjuntiva entre o *direito de propriedade* e o *direito à propriedade*. No primeiro conceito, estaria compreendida a proteção jurídica conferida aos bens que integram previamente o acervo patrimonial do titular. Dessa noção decorre, por exemplo, a ideia de que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal. No segundo conceito, estaria compreendido o direito de ter bens, assim entendido como o direito de ter garantido um mínimo vital para satisfazer as necessidades humanas mais elementares.

Sob essa segunda acepção, o direito à propriedade seria definido como um direito de acesso. Por outras palavras, não bastaria que o ordenamento jurídico tutelasse os sujeitos que são proprietários, sendo necessário também assegurar aos “não proprietários” o acesso a bens.

²¹ Ao tratar sobre a propriedade coletiva, Paolo Grossi explica que “*Aqui não somente a dimensão potestativa é rarefeita ao máximo, tanto é que não se encarna jamais em um jus disponendi, mas até mesmo a própria dimensão apropriativa se destempera até se tornar vã. A apropriação aqui, no sentido tradicional do termo, cai somente indiretamente sobre o produto do fundo que serve para a sobrevivência quotidiana de um núcleo unifamiliar, mas nunca investe o fundo*”. GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

²² Ao pregar e vivenciar um voto de pobreza, a Ordem Franciscana se deparou com essa discussão e lançou uma relevante questão para a filosofia do direito: seria possível se manter fora do direito? A primeira solução jurídica encontrada pelos franciscanos teria sido na ideia de posse. Os franciscanos poderiam usar os bens temporais, mas não seriam proprietários, porque a propriedade seria mantida em nome do Papado. A situação de benevolência é encerrada quando o papa João XXII suscita questões a serem enfrentadas. Por exemplo, nem o uso nem o usufruto podem ser perpétuos. Além disso, no direito romano, não há uso nem usufruto das coisas consumíveis. Segundo Michel Villey, esse momento histórico seria um marco que serviu como base ao futuro desenvolvimento da ideia de direito subjetivo. VILLEY, Michel. **A formação jurídica do pensamento moderno**. Tradução por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 212-288

²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98-99.

²⁴ PENTEADO, Op. Cit, p. 182.

Então o autor distingue a propriedade-acesso da propriedade-titularidade, compreendendo no primeiro conceito um direito de ter direitos²⁵. Assim, o direito à propriedade, no sentido de um direito de acesso, poderia ser entendido como um direito personalíssimo, afinal, o ser humano precisa ao menos do pão e do teto para que possa exprimir livremente a sua personalidade²⁶.

Apesar do aparente paradoxo, levando em conta que os direitos da personalidade têm por essência um caráter imaterial, o reconhecimento do direito à propriedade como um direito fundamental da pessoa humana parece se justificar se tomado como premissa o fato de que a proteção não incide sobre a propriedade em si, mas sobre a garantia de acesso aos bens vitais.

Nessa linha de ideias, entende Fábio Konder Comparato que²⁷:

O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente, à função de proteção pessoal e abarca tanto os que já são proprietários quanto os que carecem desse direito para a sua subsistência própria. A Constituição brasileira reconhece explicitamente um direito de acesso à propriedade, ao admitir uma usucapião extraordinário, tanto de imóveis rurais (art. 191) quanto de terrenos urbanos (art. 183). Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca reconhecida em doutrina – de que social de propriedade privada constitui um direito fundamental da pessoa humana, a merecer, por isso, uma proteção constitucional

A garantia de acesso à propriedade se torna ainda mais salutar quando considerado o fato de que o modelo proprietário vigente guarda raízes no desenho moderno de propriedade, fundado na abstração e no individualismo. Para Cortiano Júnior, tais características se tornam fundamentais em um sistema baseado na lógica do mercado, no qual tudo deve ser passível de circular. Nesse contexto, as coisas são reduzidas a um mínimo comum e abstrato, chamado de mercadoria e as relações humanas, por sua vez, desenvolvem-se em torno de um ente abstrato, chamado de mercado²⁸. Ser sujeito de direito em um contexto moderno é ser capaz de possuir e alocar bens na rota econômica, de modo que *“o indivíduo, diante do sistema, só tem sentido enquanto vinculado ao patrimônio e, por consequência, às relações de mercado”*²⁹.

Na sociedade de consumo, a quase correspondência entre o ser e o ter faz com que a propriedade privada seja a forma capaz de qualificar juridicamente o sujeito. *Consumo, logo existo* é o mantra que alimenta o sistema produtivo e, por consequência, o mercado de crédito,

²⁵ Idem, p. 187.

²⁶ A relação entre o acesso a bens e o exercício de atributos personalíssimos do indivíduo já era observada por Savigny: *“Sin da principio noi considerammo il patrimonio come una estensione della potenza dell’individuo, e per conseguenza come um atributo della su personalità”*. SAVIGNY, Friederich Karl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. Vol. 1. Torino: UTET, 1886, p. 378.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina Comunicações, 1998. p. 118.

²⁸ CORTIANO JUNIOR, Op. cit, 126.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 60.

em um círculo vicioso cujo endividamento é somente a ponta do *iceberg*. O direito encontra no proprietário a pessoa e a pessoa no proprietário, de modo que o sujeito de direitos é sujeito apenas na medida em que possui. Aquele que tem patrimônio, compra, vende, testa e herda, integrando o mundo jurídico e possuindo o estatuto do direito privado à sua disposição³⁰.

A bem da verdade, como assinalado por Menger, o sistema jurídico é o resultado de uma luta de interesses, com êxito aos poderosos e prejuízo aos mais pobres³¹. Por consequência, não é surpresa que institutos como a propriedade e o contrato tenham sido desenhados por setores com amplo acesso a bens, como observa Lorenzetti³². Segundo o autor, o sistema jurídico seria como um hotel: está aberto a todos mas só entra quem pode pagar a hospedagem. Em sentido semelhante, afirma Cortiano Júnior que “*os não proprietários (apesar de poderem, aos olhos do direito, sê-lo) são como ausentes na ordem jurídica, verdadeiros fantasmas à luz do dia*”³³.

Se a propriedade assume papel tão relevante para o reconhecimento da existência social e jurídica do indivíduo, ainda mais fundamental se torna a propriedade imobiliária para fins de moradia. Não por acaso, o sonho da casa própria embala a noite de tantos brasileiros. Ter uma casa própria significa estabilidade contra flutuações de aluguel e desalojamento. A propriedade imobiliária se transmuta ainda em um importante ativo econômico, podendo ser utilizada para a obtenção de crédito e para a consequente criação de novas riquezas. Mais do que isso, ter uma casa própria significa desenvolver relações afetivas, criar memórias e viver a privacidade em suas múltiplas esferas, de modo que ter um endereço é ter identificação social.

Nesse momento, é importante esclarecer que o conceito de moradia não se restringe ao conceito de habitação, ou seja, não significa, pura e simplesmente, ter um abrigo com teto e quatro paredes para proteger de intempéries. Por moradia, entende-se um local salubre, com condições mínimas para sobrevivência, razão pela qual um dos componentes do déficit habitacional é a precariedade da habitação. É dizer, com outras palavras, que a moradia deve ser adequada, além de dispor de infraestrutura urbana, como transporte e saneamento básico.

O problema do déficit habitacional não se resolve apenas com a distribuição de renda ou salário. Como observa Maricato³⁴, mais salário não compra uma boa localização na cidade ou um melhor transporte coletivo, visto que o aumento salarial é rapidamente absorvido pelos

³⁰ “Nesses quadrantes tudo ainda se reduz a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de direito: aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar e até contrai núpcias. Para estes, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do direito civil, para os demais, o limbo.” FACHIN, Luiz Edson. **Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil**. Jurisprudência brasileira, Curitiba, v. 172, 1994, p. 48.

³¹ MENER, Antonio. **Derecho civil y los pobres**. Madrid: Libreria General de Victoriano Suarez, 1998, p. 77.

³² LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. Cit. p. 86.

³³ CORTIANO JÚNIOR, Op. Cit. p. 121

³⁴ MARICATO, Erminia. **Para entender a crise urbana**. São Paulo: Expressão popular, 2015, p. 108.

custos da cidade, tendo em vista que também aumentam as despesas com transporte, aluguel e produtos da cesta básica. Esse fenômeno também seria estudado por Harvey como uma forma de acumulação por desapropriação, “*por meio da qual o dinheiro é sugado para a circulação do capital fictício a fim de sustentar as imensas fortunas por dentro do sistema financeiro*”³⁵.

Disso decorre a necessidade de atuação do Estado na formulação de políticas públicas para enfrentar o problema da moradia. Essa intervenção pode se dar de forma direta, mediante construção de habitações subsidiadas ou de forma indireta, mediante facilitação do crédito. No Brasil, a principal forma escolhida para enfrentar o problema da moradia foi a criação e o fomento de um sistema financeiro visando a facilitar o crédito para a aquisição e a construção de moradias. Como se verá, contudo, essa solução não parece ter sido suficiente para resolver o problema do déficit habitacional, que continua em um ritmo ascendente e alarmante no país.

2.3 A URBANIZAÇÃO BRASILEIRA E O PROBLEMA HABITACIONAL

Desde os cortiços cariocas tratados por Aluísio de Azevedo aos mocambos recifenses narrados por Josué de Castro, o problema da moradia vem sendo denunciado há tempos pela literatura nacional. Porém, a questão habitacional foi ignorada durante séculos pelos governos brasileiros. Durante o Período Colonial, enquanto existia o regime sesmarial e a propriedade era distribuída pela Coroa como uma espécie de recompensa, a economia era essencialmente agrícola e as cidades serviam muito mais como um lugar para o comércio e hospedagem, não atraindo, portanto, maiores preocupações. Quanto aos trabalhadores, em maioria escravizados, cabia aos senhores proverem os seus alojamentos, de modo que as senzalas funcionavam como uma espécie de abrigo coletivo, e não como moradia, no sentido de habitação familiar³⁶.

Daniel Mourgues Cogoy afirma que o problema habitacional se tornaria mais evidente por ocasião da chegada da corte portuguesa ao Brasil no começo do século XIX. Narra o autor que a chegada da família real teve como consequência um confisco de residências visando à acomodação da comitiva, o que teria dado origem aos primeiros cortiços brasileiros. Segundo Cogoy, naquela época, as portas dos imóveis escolhidos pela corte portuguesa eram gravadas com a sigla “PR”, e a abreviação, que significava “príncipe regente”, passou pela irreverente

³⁵ HARVEY, David. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. Trad. Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 112.

³⁶ ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro de Habitação: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 61

releitura do povo carioca, ficando conhecida como “ponha-se na rua” ou “prédio roubado”³⁷.

No Período Imperial, o fim da escravidão e do regime sesmario acirraram ainda mais o problema habitacional. Isso porque, ao mesmo tempo em que os escravos eram alforriados, as legislações imperiais se esforçavam para assegurar que a propriedade imobiliária continuasse limitada a uma ínfima parcela da população. Não por coincidência, a Lei de Terras foi publicada com apenas duas semanas de distância da Lei Eusébio de Queirós. O esperado era resolver o problema da escassez de mão de obra impedindo o acesso à propriedade, prevendo a compra como o único título capaz de permitir a aquisição das terras devolutas³⁸.

O Período Imperial também foi marcado por um maior investimento em infraestrutura, com a construção de ferrovias e estaleiros, os quais se devem, principalmente, aos esforços do Barão de Mauá. Em paralelo, o ciclo do café contribuiu significativamente com a expansão dos serviços de transporte, comunicação e energia, notadamente em São Paulo. Paul Singer assinala a importância da economia cafeeira para o desenvolvimento da capital paulista, visto que, ao contrário do “Barão do Açúcar”, o fazendeiro do café era um empresário. Não poderia se isolar na fazenda, precisava “*estar junto às fases decisivas de comercialização, isto é, nas cidades*”³⁹.

Esses fatores explicam, ao menos em parte, a expansão e o crescimento das cidades ao final do Império. A abolição da escravidão, as restrições de acesso à propriedade privada e o avanço da industrialização servem como peças-chave para entender o acirramento do problema habitacional nas cidades brasileiras. Sem acesso à propriedade, restava às camadas mais baixas da população a alternativa de construir por conta própria as suas casas, normalmente em lotes irregulares, em precárias condições de higiene e com materiais rústicos, como taipa e palha.

O aumento da população nas cidades despertou o interesse de investidores na construção de vilas operárias destinadas a aluguel, localizadas nos arredores das vilas fabris⁴⁰. O problema da habitação se viu relegado a agentes privados que construíam as edificações e as colocavam

³⁷ COGOY, Daniel Mourgues. **As garantias específicas dos contratos de financiamento habitacional no direito brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 45.

³⁸ “Dessa maneira, a Lei de Terras, ao impedir que qualquer pessoa simplesmente se apossasse de um pedaço de chão, procurava dificultar a obtenção de propriedades rurais no país. Uma das principais preocupações dos legisladores da época, influenciados pelas ideias de Edward G. Wakefield, era justamente impedir que os imigrantes ou qualquer outro trabalhador livre (a mão de obra que poderia substituir os escravos) deixassem de trabalhar nas áreas rurais dos grandes senhores de terras do Brasil.” STAUT JUNIOR, Sergio Said. **Culturas jurídicas no Brasil oitocentista e redução da complexidade proprietária**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, ano 3 (2017), nº 6, p. 1696.

³⁹ SINGER, Paul Israel. **Desenvolvimento econômico e evolução urbana**: análise da evolução econômica de São Paulo, Blumenau, Porto Alegre, Belo Horizonte e Recife. 1ª Reimpressão. São Paulo, Editora Nacional, 1974, p. 36.

⁴⁰ Segundo José Maria Aragão, como muitas dessas vilas pertenciam aos donos das indústrias, estes aumentavam também o poder de negociação ante a classe trabalhadora, em termos de duração da jornada de trabalho e fixação de salário. In: ARAGÃO, Op. Cit, p. 62.

em locação aos trabalhadores recém-chegados. Essas iniciativas não eram apenas incentivadas pelo Império, como também expressamente autorizadas por meio de Decretos-imperiais⁴¹.

É possível notar que o Governo, nesse momento histórico, não atuava diretamente para enfrentar o problema habitacional. A intervenção direta do Estado brasileiro apenas começou a ocorrer quando a aglomeração de pessoas em péssimas condições de higiene trouxe o risco de propagação de doenças. Dito de outra forma, o problema social a ser combatido não era a falta de moradia, mas a saúde pública. Trata-se do momento em que os governos locais passaram a se esforçar para afastar dos centros urbanos as habitações precárias, como mocambos e cortiços, iniciando o processo de favelização que marca cidades como o Recife⁴² e o Rio de Janeiro⁴³.

Durante a República Velha, a atuação governamental no tema habitacional se limitou a repreender as situações de insalubridade e a incentivar a construção de habitações por agentes particulares, de modo que a intervenção direta dos governos no sentido de produzir habitações ou de regular o mercado de locação foi praticamente nula⁴⁴. O aluguel ainda seria a principal forma de acesso à moradia, mas os contratos eram centrados na autonomia da vontade, sendo regulados tão somente pelo Código Civil, o que deixava os locatários submetidos ao arbítrio dos locadores, que tinham margem de liberdade para propor o reajuste do aluguel ou para forçar o despejo, especialmente com uma demanda cada vez mais crescente por moradia nas cidades.

A intervenção do Estado nas políticas habitacionais se torna mais enérgica durante o Primeiro Governo Vargas (1930-1945). Trata-se de um momento histórico caracterizado por

⁴¹ Em Porto Alegre, Companhia Predial Edificadora foi autorizada a operar pelo Decreto-imperial nº 5.094/1872, tendo como objeto “*comprar, aforar, ou desapropriar (quando fôr permitido pelas leis) casas, chacaras e terrenos, quér dos Governos Geral e Provincial, quér dos particulares; Edificar ou melhorar as ditas casas, ou chacaras ou terrenos; Alugar, aforar ou vender os imóveis que tiver adquirido*”. Instituída por autorização do Decreto-imperial nº 5.084/1872, a Associação Popular Cooperativa Predial em Recife era uma “*reunião de pessoas livres sob a denominação de - socios effectivos e honorarios -, com o fim exclusivo de, por meio de cotisações fixas, adquirir ou construir predios para serem opportunamente distribuidos em usufructo pelos socios effectivos*”. No Rio de Janeiro, o Decreto-imperial nº 4.461/1870 autorizou a criação da Empresa Predial, visando “*adiantar dinheiro a quem quizer ser proprietario de casas, mediante as condições que forem approvadas nos estatutos que apresentar á approvação do Governo*”.

⁴² Em relatório apresentado pelo Secretário Geral do Estado de Pernambuco em 1909, fica claro que a situação dos mocambos era vista como problema de saúde pública: “*O problema da construção de habitações populares preocupa a atenção dos que se interessam pelos negócios públicos. Sem que se evitem a promiscuidade, a falta de ar, as aglomerações nocivas nas habitações, não poderemos ter o saneamento da capital, não poderemos combater a mortalidade Infantil e a tuberculose*”. CHERMONT, Olympio Leite. **Casas para proletários**. Annaes do I Congresso Médico de Pernambuco, Recife, 1909, p. 559-603, *apud* MELO, Marcus André Barreto Campelo de. A cidade dos mocambos: Estado, habitação e luta de classes no Recife (1920/1960). Espaço & Debates, São Paulo, n.14, p.45-66, 1986

⁴³ Na mesma linha, José Maria Aragão menciona a gestão do prefeito Pereira Passos como grande marco de uma política higienista na cidade do Rio de Janeiro. O programa de renovação do centro carioca incluía a abertura da Avenida Central, atual Rio Branco, e a a construção das redes de saneamento e água potável, como exemplo de obras que tiveram como resultado o despejo de milhares de famílias que habitavam cortiços e outras moradias precárias na área remodelada. ARAGÃO, Op cit, p. 62.

⁴⁴ BONDUKI, Nabil Georges. **Origens da habitação social no brasil**. Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 3, n. 127, p. 711-732, janeiro de 1994.

uma maior intervenção estatal tanto no processo de produção quanto no mercado de aluguéis, abandonando a antiga postura de deixar a iniciativa exclusivamente para os agentes privados. Bonduki assinala que a nova postura do Estado brasileiro integraria uma estratégia muito mais ampla de impulsionar a formação de uma sociedade de cunho urbano-industrial e capitalista, o que aconteceria mediante uma forte intervenção estatal em todos os âmbitos da economia⁴⁵.

Por consequência, houve a regulação do mercado de locação, com o congelamento dos alugueis e a limitação das hipóteses que autorizavam o despejo. Também foi regulamentada a incorporação imobiliária, com o manifesto objetivo de proteger os adquirentes de lotes urbanos ao tornar irrevogável a promessa de compra e venda, sendo-lhe atribuída eficácia real nos termos do Decreto-lei 58 de 1938⁴⁶. Antes da legislação, era frequente a situação do adquirente que celebrava uma promessa de compra e venda com pagamento parcelado, mas se deparava com a negativa do proprietário em assinar o contrato definitivo após a valorização do imóvel⁴⁷.

As intervenções estatais no mercado de locação tiveram como consequência a redução da oferta de imóveis para a locação e o desestímulo para a construção de novas unidades pelo setor privado, gerando uma crise que exigiu a atuação direta do Estado para a construção de habitações. Inicialmente, essa intervenção ocorreu por meio da criação das carteiras prediais dos Institutos de Aposentadoria e Pensões. A ideia era aplicar os recursos obtidos mediante os depósitos destinados ao pagamento de benefícios previdenciários com a construção civil. As aplicações, entretanto, funcionavam muito mais como uma forma de garantir rentabilidade aos fundos do que para atender à demanda por habitações, de modo que se revelaram insuficientes para suprir a demanda habitacional dos setores mais vulneráveis da população⁴⁸.

Outro marco significativo foi a criação da Fundação da Casa Popular (FCP) durante o governo Dutra em 1946. Os ousados objetivos da entidade incluíam não apenas o provimento de moradia, como também o financiamento de materiais de construção, obras de infraestrutura urbana e até mesmo o fornecimento de corpo técnico qualificado para as Prefeituras. Todavia, as finalidades pretendidas esbarravam no limitado orçamento disponível para a entidade. As suas fontes de recursos eram, essencialmente, dotações orçamentárias da União e um imposto incidente sobre a transmissão de certos imóveis, mas com o desinteresse dos governos locais em cobrar o tributo, os projetos da Fundação dependiam apenas das dotações orçamentárias da

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Segundo o artigo 5º do Decreto-lei 58 de 1938, “a averbação atribue ao compromissário direito real aponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento”.

⁴⁷ COGOY, Op cit, p. 47-48.

⁴⁸ ARAGÃO, Op cit, p. 69.

União, o que explica os fracos resultados obtidos durante as duas décadas em que operou⁴⁹.

É de se notar que o Governo Vargas não chegou a formular uma política habitacional propriamente dita. Não existia um órgão encarregado por regulamentar o setor ou formular as estratégias específicas para enfrentar a questão. Os seus sucessores também não tiveram esse mérito. Os Governos Jânio Quadros e Goulart até vieram a discutir a transformação da FCP em uma entidade chamada de Instituto Brasileiro da Habitação (IBH), que teria por finalidade reunir em um único órgão federal os esforços para criar e coordenar uma política habitacional no país⁵⁰. Entretanto, o projeto não foi levado adiante e o problema habitacional brasileiro se apresentava como uma pauta política central no momento do golpe militar em 1964.

2.4 O CRÉDITO HABITACIONAL COMO FORMA DE ACESSO À MORADIA

2.4.1 O Sistema Financeiro de Habitação

Com a primazia que assumia a questão habitacional, a pauta se tornou central ao regime recém instaurado. Aragão aponta três razões que conduziram a uma intervenção mais firme no setor: 1) a necessidade de atenuar, mediante impulso à construção civil, os impactos negativos da política de combate à inflação; 2) a conveniência de neutralizar, com o aumento na oferta de habitações populares, os efeitos de uma política de contenção de salários e restrições à liberdade civil; 3) a necessidade de legitimar o sistema de economia de mercado, fundado na propriedade privada, em oposição às medidas socializantes que ganhavam espaço no governo anterior⁵¹.

A resposta se deu com a criação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH). O projeto de lei enviado ao Congresso Nacional tinha como principal novidade criar um mecanismo de correção monetária dos saldos devedores e das prestações⁵², além de criar uma nova autarquia federal responsável pela tarefa de orientar, disciplinar e controlar o sistema, o Banco Nacional de Habitação (BNH). Outra mudança foi a transformação da antiga Fundação da Casa Popular em um órgão técnico chamado de Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU).

⁴⁹ Para José Maria Aragão, a Fundação, responsável principal pela política habitacional durante cinco governos marcados por fortes divergências ideológicas (Dutra, Vargas, Kubitschek, Quadros e Goulart) seria um exemplo da precariedade dos esquemas de provisão de habitação baseados exclusivamente em dotações orçamentárias. O autor explica que essa fonte de recursos tem na aleatoriedade e descontinuidade as suas principais características, ao variar de acordo com as convicções e conveniências políticas dos governantes de turno, o que comprometeria a eficácia e a sobrevivência de um programa de longo prazo como é o programa habitacional. Idem, p. 67.

⁵⁰ Idem, p. 73.

⁵¹ Idem, p. 78.

⁵² Conforme Aragão, o princípio da indexação estaria presente desde o projeto do IBH, desenvolvido durante os governos de Quadros e Goulart, assim como na proposta do Instituto dos Arquitetos do Brasil ao governo federal no ano de 1958. Não se trataria, portanto, de uma inovação do regime militar. Idem, p. 79.

Nos termos da Lei nº 4.380 de 1964, a formulação da política nacional de habitação e planejamento territorial seria atribuição do Ministério de Planejamento (artigo 1º). A atuação a nível federal se daria pelas seguintes entidades: BNH, SEFHAU, Caixas Econômicas Federais, Instituto de Previdência e Aposentadoria dos Servidores do Estado, Caixas Militares, órgãos federais de desenvolvimento regional e sociedades de economia mista (artigo 2º). Essa atuação seria prioritariamente para orientar e prestar assistência técnico-financeira aos governos locais, a quem caberia elaborar e executar os projetos habitacionais de seu interesse, ficando reservado à iniciativa privada a promoção e a execução dos projetos habitacionais (artigo 3º).

A finalidade do sistema seria facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população (artigo 8º). Para esse mister, teriam preferência nos recursos a construção de conjuntos habitacionais destinados à eliminação de favelas, mocambos e aglomerações em condições sub-humanas de habitação; os projetos municipais ou estaduais que permitissem o início imediato da construção em lotes urbanizados e dotados dos necessários melhoramentos; os projetos de cooperativas e outras formas associativas; e os projetos da iniciativa privada que contribuíssem para a solução dos problemas habitacionais; bem como a construção de moradia à população rural (artigo 4º). Ao Ministério do Planejamento, permitiu-se a criação de um Fundo de Assistência Habitacional, objetivando o financiamento às populações de renda insuficiente (artigo 66)⁵³.

Na arquitetura financeira desenhada para o SFH, o Banco Nacional de Habitação teria um papel central. Durante os primeiros anos de operação, o BNH funcionou como autarquia federal, assumindo personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e autonomia administrativa, além de gozar de imunidade tributária. Após uma reformulação estatutária em 1973, foi transformado em empresa pública, assumindo uma personalidade jurídica de direito privado e perdendo a imunidade tributária que lhe era assegurada por sua anterior condição de autarquia. Aragão explica que a sua transformação em empresa pública conferiu embasamento legal à sua operacionalização como um banco de segunda linha, sem vinculação direta com os beneficiários finais dos recursos, aos quais chegava por meio dos agentes financeiros (como bancos públicos e privados, Cohabs e sociedades de crédito imobiliário)⁵⁴.

A sua principal finalidade seria orientar, disciplinar e controlar o sistema financeiro da habitação, cabendo-lhe incentivar a formação de poupanças e sua canalização para o sistema financeiro da habitação; disciplinar o acesso das sociedades de crédito imobiliário ao mercado nacional de capitais; manter serviços de redesconto e de seguro para a garantia das aplicações;

⁵³ Essa tarefa somente foi levada vinte anos depois pelo Decreto nº 89.284 de 1984.

⁵⁴ Idem, p. 115.

financiar ou refinar a elaboração e execução de projetos promovidos por entidades locais, assim como as operações das sociedades de crédito imobiliário (artigo 17). Interessante notar que o Banco Nacional de Habitação, apesar do nome, não atuava apenas com habitação, mas também atuava com o financiamento de obras de infraestrutura, materiais de construção e até mesmo pesquisas técnico-científicas para o setor habitacional (inciso VIII do artigo 17).

O leque extraordinário de poderes atribuídos ao BNH contrastava com uma importante limitação institucional. Isso porque, ao mesmo tempo em que centralizava no órgão a missão de orientar, disciplinar e controlar o Sistema Financeiro de Habitação, a legislação previa que a elaboração e a execução dos projetos habitacionais seria descentralizada, ficando a cargo dos governos locais e da iniciativa privada. Com efeito, ficava expressamente proibido ao BNH a operação direta com financiamento, compra e venda ou construção de habitações, salvo para a venda dos terrenos recebidos pela União Federal, para o aumento do capital do banco ou para realização de bens recebidos em liquidação de garantias (parágrafo único do artigo 17). Para Aragão, esse modelo trazia como custo político a omissão do banco nos Estados e Municípios que não incluíam em habitação como prioridade e não se candidatavam aos empréstimos⁵⁵.

Os ambiciosos objetivos do Banco Nacional de Habitação, nos primeiros anos de sua existência, eram reprimidos por força da limitação de recursos disponíveis para a empreitada. Isso porque, originalmente, o sistema teria como fonte de recursos o capital inicial subscrito pela união; uma contribuição compulsória incidente sobre as folhas de salários; a alienação de terrenos que seriam transferidos pela União Federal; assim como a subscrição compulsória de letras imobiliárias emitidas pelo Banco Nacional da Habitação (artigos 21, 22, 23, 25 e 26).

Contudo, uma parcela relevante do capital subscrito pela União não foi integralizado; os imóveis prometidos também não foram repassados e a subscrição das letras imobiliárias não se fazia suficiente para atender aos escopos da legislação. Tais fatores explicam o porquê da frustração com os resultados iniciais do BNH⁵⁶ e levaram à posterior regulamentação das duas fontes que se tornariam basilares ao funcionamento do sistema: o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos (SBPE).

Criado em 1966 por meio da Lei nº 5.107, o FGTS surgiu com a finalidade de proteger

⁵⁵ Segundo o autor, o Sistema Financeiro de Habitação, desde a sua concepção, apresentava uma característica paradoxal, porque *“Por uma parte, criava um órgão com uma soma extraordinária de poderes e que, ampliados ainda mais a partir da criação do FGTS, capacitavam-no a influir, com suas decisões, na vida de dezenas de milhões de famílias, depositantes de cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia, titulares de letras imobiliárias, mutuários de financiamentos para a casa própria ou empresários e trabalhadores da construção civil, cujo ritmo de produção passou a ser fortemente condicionado pelas atividades do banco. Por outra parte, num viés privatista que caracterizaria os primeiros tempos do regime militar, o projeto impedia o Banco de atuar diretamente na produção de habitações”*. Idem, p. 83.

⁵⁶ Idem, p. 129.

o trabalhador, obrigando as empresas a depositarem, mensalmente, em conta bancária aberta em nome do empregado, a quantia equivalente a 8% do total da remuneração devida no mês anterior. Essa conta poderia ser movimentada em caso de rescisão sem justa causa; término do contrato por prazo determinado; encerramento das atividades da empresa ou aposentadoria. Se o empregado pedisse demissão, poderia movimentar a conta para aplicar o saldo em atividade comercial, industrial ou agropecuária; e para fins de necessidade grave e premente pessoal ou familiar. Na vigência do contrato de trabalho, o saldo poderia ser utilizado para a aquisição de moradia própria, desde que a conta vinculada tivesse pelo menos cinco anos.

Por seu turno, o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos (SBPE) é constituído pelas Caixas Econômicas Estaduais e Federais, pelas Sociedades de Crédito Imobiliário (SCI) e pelas Associações de Poupança e Empréstimo (APE). A princípio, as suas fontes de recurso eram as letras imobiliárias, posteriormente superadas, em termos de volume, pelas cadernetas de poupança, que assumiram posição de destaque entre os investidores por sua rentabilidade, liquidez e segurança. Com o aumento da popularidade das cadernetas de poupança nos anos 70, a composição dos recursos do Sistema Financeiro de Habitação enfrentou relevante mudança, de modo que as quantias captadas do SBPE superaram as do FGTS em termos quantitativos⁵⁷.

A criação do FGTS e da SBPE teriam representado um importante marco na trajetória do SFH, modificando drasticamente o volume de recursos disponíveis ao crédito habitacional, além da quantidade de operações financiadas pelo BNH. Esses recursos possuíam um caráter oneroso, isto é, precisavam ser restituídos aos poupadores e empregados com alguma margem de rentabilidade. Dessa forma, como seria necessário equalizar a rentabilidade desses recursos com a taxa de juros aplicada nos contratos de financiamento habitacional, visando assegurar a necessária segurança aos depositantes, houve também uma mudança no perfil do candidato ao crédito habitacional, conforme explica José Maria de Aragão, ao afirmar que⁵⁸:

Tais custos financeiros somente poderiam estar ao alcance de uma clientela cuja renda se distanciava, obviamente, da parcela da população remunerada com um ou dois salários-mínimos e que constituía a maior parte dos moradores das “favelas” e “cortiços” presentes nas principais cidades brasileiras e cuja adesão ao regime autoritário representava, conforme já indicado, um objetivo explícito dos autores originais do programa habitacional. Esta clientela – concentrada nos segmentos majoritários da classe média – exigiria, obviamente, um padrão de habitação de características e custos bem superiores aos obtidos para as moradias destinadas aos mais pobres, levando os financiamentos destinados aos primeiros a terem um valor equivalente a um múltiplo dos dirigidos às famílias mais carentes. Em outras palavras: cada financiamento concedido a um mutuário com renda de dez ou doze salários-mínimos seria equivalente a três ou quatro concedidos às famílias mais pobres.

⁵⁷ Idem, p. 135.

⁵⁸ Idem, p. 100-102.

Com esse redesenho institucional, foi estabelecida a arquitetura financeira que serviria como base estrutural ao Sistema Financeiro de Habitação. A ideia parecia simples: os recursos seriam captados do FGTS e do SBPE; o Banco Nacional de Habitação seria responsável pela gestão e aplicação dos valores em operações destinadas à elaboração e execução de projetos relacionados à construção de conjuntos habitacionais, obras e serviços correlatos; os agentes financeiros tomariam recursos emprestados perante o BNH e os aplicariam em empréstimos a empresas de construção civil; as empresas construiriam conjuntos habitacionais e venderiam as unidades aos adquirentes finais; por fim, os adquirentes finais tomariam empréstimo junto aos agentes financeiros para quitar o contrato, de modo que o crédito obtido com a alienação seria utilizado pelas empresas de construção civil para quitar o empréstimo por elas contraídos junto aos Agentes Financeiros para a construção das unidades. Eis a estruturação do sistema:

Figura 1 – Circuito negocial do SFH



Fonte: Adaptação de Miguel Reale e outros.

O modelo estabeleceu, portanto, “*um circuito negocial integrado cuja articulação se dá por diversos negócios jurídicos firmados entre os figurantes desse Sistema*”⁵⁹. O equilíbrio financeiro do sistema era garantido pela aplicação de correção monetária e pelo pagamento de juros pelos mutuários. Desse modo, os recursos aplicados pelos depositantes tinham a garantia de rentabilidade, liquidez e segurança. Com isso, a expectativa era que “*o sistema fosse capaz de gerar de maneira autossustentada (e, portanto, sem maiores ônus para o erário) recursos permanentes e em grande escala para financiamentos ao setor habitacional*”⁶⁰.

A complexa arquitetura financeira desenhada com o Sistema Financeiro de Habitação teria, contudo, algumas fragilidades. A primeira seria depender da capacidade de arrecadação de recursos e do grau de inadimplência dos mutuários, de modo que o desempenho do sistema

⁵⁹ REALE Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; DUTRA, Pedro Alberto do Amaral. **O Sistema Financeiro da Habitação: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado. Securitização da dívida do FCVS**. São Paulo: ABECIP, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/yecn8cms>. Acesso em 15 de novembro 2022.

⁶⁰ SANTOS, Cláudio Hamilton Matos dos. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964-1998**. Repositório do IPEA, Brasília, DF, julho, 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/55bb5r98>. Acesso em 15 de novembro de 2022.

era essencialmente vulnerável a flutuações macroeconômicas que afetassem essas variáveis⁶¹. Dessa forma, fatores macroeconômicos como o desemprego e as políticas de arrocho salarial tinham um impacto singular no sistema ao diminuir a captação de recursos e aumentar o grau de inadimplimento dos contratos. Outra fragilidade seria o descompasso entre o momento de aplicação dos fatores de correção monetária, visto que, enquanto o reajuste salarial acontecia anualmente, as prestações do contrato eram corrigidas trimestralmente junto ao saldo devedor.

Em resposta a esses problemas, o Governo Federal introduziu o Plano de Equivalência Salarial (PES) e o Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS). O primeiro previa o reajuste anual das prestações tendo como parâmetro o aumento médio dos salários. Todavia, o saldo devedor continuava a ser corrigido trimestralmente, fazendo com que o mutuário, ao término do contrato, frequentemente se deparasse com um saldo residual superior ao próprio valor do imóvel. Para eliminar esse risco e garantir o equilíbrio atuarial do sistema, os novos financiamentos passaram a contar com uma cobrança mensal que seria utilizada para financiar o Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS). Esse fundo teria como finalidade a quitação de eventual saldo devedor que remanescesse para o mutuário ao término do contrato.

Em um contexto de estabilidade econômica, esse modelo seria seguro o suficiente para assegurar o funcionamento do sistema. Por esse motivo, explica Cláudio Gonçalves Marques que *“a fórmula funcionou bem até o início da década de 80, atendendo parte da demanda até então reprimida”*, mas *“a crise econômica internacional e seus reflexos internos já se faziam sentir no sistema”*⁶². Ao fim dos anos 70 e início dos anos 80, com o agravamento da inflação e a estagnação dos salários, houve uma insatisfação geral entre os mutuários, que viam as suas prestações superarem os ganhos reais verificados em seus salários, fato que motivou a criação de inúmeras associações de mutuários, com o aumento de ações judiciais visando a revisão de contratos de financiamento, o que fez proliferar decisões nos mais variados sentidos⁶³.

A crise que se instaurava sobre o Sistema Financeiro de Habitação também pressionou o governo a conceder maiores subsídios em prol dos mutuários, melhorando as condições para a amortização da dívida contraída com o agente financeiro. Como assinala Cláudio Gonçalves Marques, os benefícios acabaram por contemplar os mutuários de todas as classes sociais, não

⁶¹ Idem.

⁶² MARQUES, Cláudio Gonçalves. **Evolução histórica do SFH**. Revista ESMAFE, Recife, n. 9, p. 271-278, abr. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/4c9m8n9e>. Acesso em 26 de novembro 2022.

⁶³ *“As sentenças transitadas em julgado para essas ações tiveram comandos dos mais diversos relativamente aos índices a serem utilizados no reajustamento das prestações e/ou saldo devedor. Dentre elas, podemos citar: variação salarial do mutuário, variação da UPC limitada à variação do salário-mínimo, variação do salário-mínimo limitado à variação da UPC, variação do salário-mínimo, pedidos julgados improcedentes e outras.”* Idem.

distinguindo renda ou padrão do imóvel⁶⁴. Essa posição de vantagem concedida aos mutuários não veio acompanhada de uma calibragem no sistema para preservar o seu equilíbrio atuarial, o que acabou causando grave dano à sua segurança técnica e aumentando o passivo do FCVS.

Com a restauração democrática e o fim do regime militar, a crise que atingia o cenário nacional repercutiu também no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, culminando com a extinção do Banco Nacional de Habitação. Na época, o Banco se apresentava como uma das entidades mais poderosas do sistema político-econômico brasileiro, sendo também espécie de símbolo do regime político que o criou. Não por acaso, como afirma Aragão, o BNH e o SFH se tornaram pauta central nas campanhas que seguiram o processo de reabertura democrática, sendo tratados como uma carcaça autoritária da qual o país deveria ser libertado⁶⁵.

Porém, a extinção do BNH e a incorporação das suas atividades pela Caixa Econômica Federal (CEF) relegou o problema habitacional a um banco sem nenhuma tradição na gestão de programas dessa natureza, de modo que a questão foi entregue a um interesse setorial da CEF, desmontando uma estrutura que tinha a habitação como a sua atividade-fim, além de um quadro de funcionários que acumulavam a memória técnica de mais de vinte anos no setor⁶⁶.

2.4.2 O Sistema de Financiamento Imobiliário

O período que sucedeu à extinção do BNH foi caracterizado por “*um vácuo com relação às políticas habitacionais, através de um processo de desarticulação progressiva da instância federal*”⁶⁷. O que se viu foi a pulverização das competências do Banco Nacional de Habitação em vários órgãos diferentes, como o Banco Central, a Caixa Econômica Federal e a chamada Secretaria Especial de Ação Comunitária, responsável pela gestão dos programas alternativos. Até mesmo os ministérios responsáveis pela gestão da política urbana passaram por uma série de reformulações institucionais, dificultando qualquer atuação efetiva no setor habitacional⁶⁸.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ ARAGÃO, Op cit, p. 43.

⁶⁶ SANTOS, Op. Cit.

⁶⁷ CARDOSO, Adauto Lúcio. **Política habitacional no Brasil: balanço e perspectivas**. Observatório do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro - IPPUR/UFRJ, 2006.

⁶⁸ “*Em um período de apenas quatro anos, o Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MDU), criado em 1985, transformou-se em Ministério da Habitação, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MHU), em Ministério da Habitação e Bem-Estar Social (MBES) e, finalmente, foi extinto em 1989, quando a questão urbana voltou a ser atribuição do Ministério do Interior (ao qual o BNH era formalmente ligado). As atribuições na área habitacional do governo, antes praticamente concentradas no BNH, foram pulverizadas por vários órgãos federais, como o Banco Central (que passou a ser o órgão normativo e fiscalizador do SBPE), a Caixa Econômica Federal (gestora do FGTS e agente financeiro do SFH), o ministério urbano do momento (formalmente responsável pela política habitacional) e a então chamada Secretaria Especial de Ação Comunitária, a responsável pela gestão dos programas habitacionais alternativos.*” SANTOS, Op. Cit.

O momento de vácuo experimentado após a extinção do Banco Nacional de Habitação também teve por consequência o acirramento de uma disputa ideológica envolvendo o futuro do setor habitacional. Com a crise e a desarticulação institucional enfrentada pelos sucessivos governos no plano federal, houve o fortalecimento de um discurso pautado na ineficiência do Estado para atuar no mercado imobiliário em geral e habitacional em específico, de modo que restaria aos agentes privados a tarefa de prover os recursos necessários para alavancar o setor.

Essa matriz ideológica se fazia presente em notas técnicas e estudos patrocinados por entidades associadas ao crédito imobiliário⁶⁹. No entender de tais organizações, a experiência traumática do SFH somente seria superada a partir do estabelecimento de um novo modelo de financiamento habitacional no Brasil, para o qual seria indispensável estimular a captação de recursos no mercado de capitais. Nesse cenário, o papel das instituições seria minimizar os custos de transação envolvidos no mercado imobiliário, permitindo a criação de um ambiente de negócios seguro e atrativo aos investidores, de modo a garantir a lucratividade do setor⁷⁰.

Desse debate, decorreu a criação do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI). Ao justificar o novo modelo proposto, a equipe econômica do governo deixou evidente a intenção de “desregulamentar” e “modernizar” os mecanismos de financiamento à atividade produtiva, reservando ao poder público apenas a missão de estabelecer as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento de um mercado de financiamento imobiliário, com instrumentos hábeis a garantir livre circulação do crédito e a mobilização dos capitais necessários à sua dinamização⁷¹.

A lei que instituiu o SFI representou um importante divisor de águas no enfrentamento ao problema habitacional por incorporar uma filosofia radicalmente distinta àquela construída em torno do SFH. Essa diferença fica evidente ao se comparar as finalidades de cada sistema, tendo em vista que, enquanto o SFH foi concebido com a finalidade de promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente para as classes com renda mais baixa, o SFI nasceu com a finalidade de promover o financiamento imobiliário em geral (artigo 1º). Por outras palavras, as suas atividades não se restringiam ao setor habitacional em específico, mas visavam ao desenvolvimento do mercado imobiliário em geral, de modo que os recursos

⁶⁹ Em documento elaborado pela Câmara Brasileira da Indústria e da Construção no ano de 1996: “*com a falência do estado, que há muito tempo perdeu a sua capacidade de investir, recai sobre o sistema financeiro privado a responsabilidade de prover, alternativamente, os recursos para viabilizar financiamentos de longo prazo*”. CBIC. **Diretrizes para a Reformulação do Sistema de Financiamento da Habitação**. Belo Horizonte: CBIC, out, 1996, p. 20.

⁷⁰ ROYER, Luciana de Oliveira. **Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas**. 2009. Tese (Doutorado em Habitat). Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, USP, São Paulo, 2009, p. 136

⁷¹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.242 de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=210942>. Acesso em 04 dez. 2022.

captados pelo sistema poderiam ser utilizados para construir shoppings, centros empresariais, hotéis, hospitais e outros empreendimentos imobiliários de natureza comercial e industrial.

Por não ter como finalidade promover a habitação social, ao contrário do que pretendia o SFH, o SFI não inclui entre os seus integrantes as COHABS e outras formas associativas. A autorização para operar no sistema ficou restrita às caixas econômicas, bancos comerciais, bancos com carteiras de crédito imobiliário, sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias, bem como outras entidades devidamente habilitadas de acordo com os critérios fixados pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 2º).

Outra diferença importante é que o SFI não estabelece limites de financiamento, taxas de juros ou valor do imóvel. Assim, as operações de financiamento imobiliário são efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no sistema segundo as condições de mercado (artigo 4º) e as condições contratuais são livremente pactuadas entre as partes (artigo 5º). A única ressalva trazida pela legislação é a necessidade de pactuação de cláusulas dispondo sobre a reposição integral do empréstimo e seu respectivo reajuste; remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato; capitalização dos juros; e contratação de seguro contra os riscos de morte e invalidez permanente do tomador do empréstimo (incisos I ao IV do artigo 5º).

Mas a diferença mais significativa parece ser quanto à origem dos recursos alocados para o funcionamento do sistema. Isso porque o desenho contido no SFI não tem dependência com o FGTS e o SBPE, buscando captar recursos junto ao mercado de capitais. A engrenagem do sistema é a captação dos recursos no mercado secundário de títulos de crédito e recebíveis imobiliários, buscando fazer a ponte entre o mercado de capitais e o mercado imobiliário por meio de instrumentos financeiros próprios para esse fim⁷². Isso é o que se revela da exposição de motivos do projeto: *“O funding primário para essas operações consistirá de recursos que as entidades mencionadas captam no mercado financeiro e de valores mobiliários, mediante instrumentos próprios, dentre os quais se incluem letras hipotecárias e debentures”*.

Alguns desses instrumentos já eram conhecidos no mercado financeiro, como as letras hipotecárias, as cédulas de crédito bancário e as debentures. Mas houve também a criação de um instrumento especialmente concebido para as operações no mercado imobiliário, a saber, o Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI). Esse instrumento financeiro consiste em um título de crédito nominativo de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro (artigo 6º). É a engrenagem do sistema de securitização, processo por meio do qual uma empresa adquire direitos creditórios e os utiliza como lastro

⁷² ROYER, Op. cit. p. 100

para emitir títulos negociáveis no mercado de capitais. Essa empresa é chamada de companhia securitizadora, definida como instituição não financeira, constituída sob a forma de sociedade por ações, com a finalidade de aquisição e securitização dos créditos imobiliários, emitindo e colocando em circulação no mercado os Certificados de Recebíveis Imobiliários (artigo 3º)⁷³.

Dessa forma, como assinalado por Royer, o novo sistema pretendia introduzir no país um mercado de financiamento habitacional semelhante ao modelo norte-americano, provendo as condições necessárias ao desenvolvimento de um mercado secundário de hipotecas, ainda que em menor escala, com a função de transformar a concessão de crédito imobiliário em um investimento dotado de segurança e liquidez⁷⁴. Para os investidores, a vantagem desse modelo seria a conversão de um ativo de pouca liquidez, o crédito imobiliário, em um ativo de grande liquidez, o título mobiliário passível de circulação no mercado de capitais. Para as instituições financeiras, a vantagem seria agilizar a circulação dos ativos e alavancar as suas operações.

Talvez a inovação de maior relevo trazida pelo Sistema de Financiamento Imobiliário tenha sido, contudo, a alienação fiduciária sobre bens imóveis. Ao contrário do modelo norte-americano, que tem a hipoteca como garantia real por excelência, o modelo de financiamento habitacional brasileiro enfrentava alguns desafios com a execução hipoteca. Dentre os fatores que viriam a desprestigiar o instituto, Cogoy⁷⁵ destaca o debate sobre a constitucionalidade da sua execução extrajudicial; a existência de créditos mais privilegiados, como os trabalhistas e os tributários; a ampla judicialização das questões atinentes aos financiamentos habitacionais; e a relativização da eficácia *erga omnes* em favor do adquirente do imóvel. Nesse contexto, a alienação fiduciária sobre bens imóveis, instituto que será tratado com maior profundidade em capítulo próprio deste trabalho, surgiria como uma alternativa de segurança aos investidores.

Como demonstrado, a criação do SFI ocorreu fundada em um discurso de insuficiência do SFH para resolver o problema da moradia. Surge a crença de que o mercado seria a única solução para obter os recursos necessários para alavancar financiamentos ao setor habitacional de forma escalonada e sustentável. Com pouco tempo, ficaria claro que o SFI não conseguiria cumprir esse papel. A natureza onerosa dos recursos obtidos por meio do mercado de capitais exigiria uma margem de rentabilidade que apenas seria possível se os financiamentos fossem destinados a edificações comerciais ou financiamentos para camadas mais altas da população,

⁷³ No ano de 2022, foi editada a Medida Provisória nº 1103, que buscou instituir o Marco Legal das Companhias Securitizadoras, aprimorando a regulamentação trazida na Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário. Dentre as inovações, destaca-se a delimitação da competência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para expedir regras sobre as companhias securitizadoras e os certificados de recebíveis. No mesmo ano, a Medida Provisória foi convertida na Lei nº 14.430.

⁷⁴ ROYER, Op. cit, p. 15.

⁷⁵ COGOY, Op Cit, p. 64.

deixando as classes populares excluídas do seu escopo de contratação⁷⁶.

2.4.3 Políticas habitacionais para pessoas de baixa renda

Em que pese a importância do financiamento habitacional para o acesso à moradia, a própria lógica na qual se funda é excludente para com as faixas de renda que mais necessitam de suporte do Estado para a efetivação desse direito. Os requisitos exigidos para o acesso ao crédito dificilmente são alcançados por classes menos favorecidas, tendo em vista que, nesses casos, a renda familiar costuma estar comprometida com necessidades emergenciais, como a alimentação e serviços básicos. Além disso, em um país marcado pela informalidade, como é o caso do Brasil, emerge ainda a dificuldade de comprovar, documentalmente, a estabilidade e a renda necessária para celebrar um contrato de longa duração como é o crédito habitacional.

Por essa razão, os programas habitacionais desenhados pelo governo federal, centrados na facilitação ao crédito como ferramenta de acesso à propriedade imobiliária, embora possam ter resultado, quantitativamente, na produção de milhares unidades habitacionais no território nacional, alavancando a construção civil, não parecem ter impedido o avanço da favelização e o crescimento das periferias urbanas. Dessa forma, mesmo no chamado “período de ouro” do Sistema Financeiro de Habitação, a produção de novas unidades não teve por consequência a redução do déficit habitacional brasileiro, o que veio a se tornar a maior crítica ao modelo⁷⁷:

Um primeiro elemento diz respeito ao que talvez seja a questão central nas críticas à atuação do BNH: sua incapacidade em atender à população de mais baixa renda (entre 0 e 3 salários mínimos). Essa incapacidade decorria das contradições intrínsecas aos dois grandes objetivos da política habitacional: o de alavancar o crescimento econômico e o de atender à demanda habitacional da população de baixa renda. Ao priorizar o financiamento para as camadas de mais alta renda, que se configuravam como demanda efetiva e que atraíam a preferência dos setores empresariais ligados à área, a atuação do Banco conseguiu de fato produzir um novo boom imobiliário, gerando efeitos multiplicadores relevantes. Já o financiamento às camadas de menor renda revelou-se inadequado para as populações mais empobrecidas (faixas de até 3 salários mínimos) e gerou uma inadimplência sistemática nas camadas de renda que conseguiram acesso aos recursos, comprimido pelo gargalo representado pela ausência de subsídios combinada ao arrocho salarial e à exigência de correção real dos débitos, dado o alto custo da moradia em relação aos níveis de rendimento. A favelização e o crescimento das periferias são apontados como consequência do fracasso e da ineficácia da ação do BNH.

A insuficiência do modelo vigente para resolver as necessidades da população de baixa

⁷⁶ Assim: “Em seus nove anos de existência, o maior êxito do SFI está associado ao financiamento de edificações comerciais. Na área habitacional, o sistema não logrou expressivos avanços”. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **O Crédito Imobiliário no Brasil: Caracterização e Desafios**. São Paulo: FGV-Projetos, 2007, p. 10.

⁷⁷ CARDOSO, Op. cit.

renda, somado com o aumento do número de habitações em locais sem saneamento básico ou infraestrutura urbana, levou o governo federal a investir em programas destinados a promover o acesso à moradia às classes de menor poder aquisitivo. Essa tendência começa nos anos 70, com os programas Profilurb, Pró-morar e João de Barro, visando auxiliar a autoconstrução e a reurbanização de áreas degradadas⁷⁸. Nos anos 90, é reforçada pelos programas Habitar-Brasil, Pró-Moradia, Carta de Crédito e Programa de Arrendamento Residencial (PAR).

O programa Habitar-Brasil e o programa Pró-Moradia visavam conceder aos Estados e Municípios financiamentos destinados a promover a melhoria de habitações e a realização de obras de infraestrutura urbana. Nos dois casos, o ente interessado deveria submeter um projeto à aprovação do governo federal. Em seguida, o governo federal faria a avaliação dos projetos e decidiria pela liberação dos recursos. Com os recursos, os Estados e Municípios realizariam as melhorias previstas no projeto, sem exigir qualquer contrapartida da população beneficiada. A distinção principal entre os programas reside em suas fontes de recurso, tendo em vista que, enquanto o Pró-Moradia era financiado com recursos do FGTS, cujo caráter oneroso exigiria a restituição dos valores pelo Estado ou Município tomador do empréstimo, o Habitar-Brasil era financiado com recursos tomados a fundo perdido do Orçamento Geral da União (OGU)⁷⁹.

Para Cláudio Hamilton Matos dos Santos⁸⁰, a relativa escassez de recursos para os dois programas, somada com a despreocupação quanto à recuperação dos custos, fizeram com que o seu escopo fosse necessariamente limitado. Por essa razão, o objetivo desses programas não era a construção de novas unidades habitacionais, mas a melhoria das unidades existentes, de modo a atuar muito mais na redução do déficit qualitativo do que quantitativo. Também para o autor, ao contrário do que ocorreu com o Habitar-Brasil, os resultados alcançados pelo Pró-Moradia ficaram muito abaixo do esperado, tendo em vista que, como os recursos destinados ao programa eram onerosos, os entes interessados precisavam comprovar a sua capacidade de pagamento, o que afastava os Estados e Municípios que não possuíam condições de atender as exigências financeiras previstas no programa, sobretudo nas regiões mais pobres do país⁸¹.

Outra intervenção do governo federal ocorreu por meio do programa Carta de Crédito. Como explica Aragão, esse programa “*logrou excepcional aceitação, firmando-se, de longe, como o principal produto da instituição, com uma demanda extremamente dinâmica, a ponto de superar a capacidade de atendimento*”⁸². Com os recursos do FGTS, o crédito é concedido

⁷⁸ SANTOS, Op. Cit.

⁷⁹ ARAGÃO, Op. Cit, p. 446.

⁸⁰ SANTOS, Op. Cit.

⁸¹ Idem.

⁸² ARAGÃO, Op. Cit, p. 435.

diretamente ao consumidor, que pode optar entre diversas alternativas que variavam desde a aquisição de imóveis novos ou usados, até a compra de terrenos ou materiais de construção⁸³. É de se notar que o programa representa uma ruptura com o modelo até então vigente, focado na concessão de crédito para empresas construtoras, além de aquecer o mercado de imóveis usados e possibilitar uma melhor distribuição do estoque de habitações já construídas.

Também rompendo com o chamado “modelo de casa própria”, adotado no país desde a época da FCP e dos IAPs, foi a criação do PAR. O programa visava estimular a produção de casas para a locação subsidiada com a opção de compra ao fim do prazo contratual. A lógica se assemelha ao SFI na medida em que o devedor se investe na posse direta e no direito expectativo a adquirir a propriedade se estiver em dia com as prestações do contrato ao fim de sua vigência.

No final dos anos 90 e início dos anos 2000, houve um fortalecimento do debate sobre o direito à moradia e o direito à cidade, impulsionado pela crescente demanda dos movimentos sociais. O período em referência é marcado pela aprovação da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, incluindo o direito à moradia dentre o rol de direitos fundamentais, pela promulgação do Estatuto das Cidades, normatizando a política urbana e visando dar concretude à função social da propriedade, assim como pela criação do Ministério das Cidades, nova estrutura institucional que teria um importante papel, especialmente nos primeiros anos de existência, ao promover a participação social na formulação, execução e acompanhamento da política urbana nacional⁸⁴.

Também foi aprovada a Lei nº 11.124 de 2005, responsável por criar o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS). A lei pretendia oportunizar à população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável; implementar políticas de investimentos e subsídios destinados ao acesso à moradia pelos mais pobres; além de articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação dos órgãos que atuam no setor da habitação (artigo 2º). O SNHIS centralizaria todos os programas e projetos destinados à habitação de interesse social (artigo 3º), elencando como órgão central o Ministério das Cidades e como agente operador a Caixa Econômica (artigo 5º).

Para viabilizar seus objetivos, receberia recursos do FAT, do FGTS e do FNHIS (artigo 6º). Este último seria um fundo de natureza contábil, com a finalidade de centralizar e gerenciar os recursos orçamentários dos programas estruturados no âmbito do SNHIS (artigo 7º)⁸⁵. Ao

⁸³ SANTOS, Op. Cit.

⁸⁴ “A grande prioridade do Ministério, na gestão do seu primeiro titular, pareceu ser assegurar a participação social na formulação, execução e acompanhamento da política urbana, cumprindo o que preceitua, a respeito, o Estatuto da Cidade.” ARAGÃO, Op. Cit, p. 435.

⁸⁵ Segundo Aragão, ao contrário do SFH, o SNHIS “não previu nenhuma nova fonte de recurso para financiar o novo sistema (...). Dessa forma, enquanto não for alimentado por recursos adicionais aos existentes, existe o risco

Ministério das Cidades, também foi incumbida a missão de elaborar um plano nacional para o enfrentamento do problema habitacional, o que resultou, após um intenso processo participativo que contou com diversos setores da sociedade civil, no Plano Nacional de Habitação (PNH)⁸⁶.

O cenário mundial, durante esse período, seria marcado por uma grave crise econômica causada pela explosão da bolha imobiliária norte-americana. Visando mitigar os impactos aos setores produtivos nacionais, sobretudo à construção civil, foi lançado o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), dando sequência ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), sendo este último uma iniciativa proposta em 2007 para o custeio da infraestrutura econômica (como rodovias, ferrovias, portos e aeroportos) e social (como água, esgoto e pavimentação).

O PMCMV surgiu, então, como medida anticíclica, no mesmo sentido ao que Harvey observara em regiões da China no mesmo período⁸⁷. Os elevados investimentos na construção civil alavancaram um *boom* imobiliário no país. Uma diferença com relação aos programas que lhe antecederam foi o fato de que o crescimento imobiliário beneficiou as famílias mais pobres, já que as casas recebiam intensos subsídios, como explica Maricato, ao notar que “*pela primeira vez na história do Brasil, o governo federal reservou subsídios em volume significativo para que as camadas de baixa renda não ficassem de fora da produção habitacional*”⁸⁸.

Criado pela Medida Provisória nº 459 de 2009 e consolidado pela Lei nº 11.977 de 2009, o programa se baseia em faixas de renda previamente definidas pelo Poder Executivo, dando prioridade ao atendimento às famílias que moram em áreas de risco ou insalubres; desabrigadas em virtude de desastres naturais; com mulheres responsáveis pela unidade familiar; e das quais façam parte pessoas com deficiência (incisos II ao V do artigo 3º). Segundo a regulamentação vigente, há quatro faixas de renda contempladas pelo programa, com benefícios inversamente proporcionais à renda do núcleo familiar, chegando a casos em que o subsídio concedido pelo governo federal pode chegar a alcançar 90% do valor do imóvel financiado pelo programa.

Apesar do volume de subsídios concedidos para facilitar o acesso à casa própria, bem

de que o FNHIS se limite a centralizar aqueles hoje destinados ao PSH e a programas como o Habitar Brasil, o Morar Melhor e outros com finalidades similares. Enquanto persistir esta situação, o FNHIS poderá significar apenas mais uma instância burocrática a ser percorrida pelos projetos habitacionais destinados às famílias de baixa renda, alongando o já complexo processo decisório atual”. Idem.

⁸⁶ BRASIL. Ministério das Cidades. **Plano Nacional de Habitação**. Versão para debates. Brasília: Ministério das cidades. Secretaria Nacional de Habitação (SNH). Primeira Impressão. Maio de 2010. 212 p. Disponível em: <https://tinyurl.com/33bm4mea>. Acesso em 04 de dezembro de 2022.

⁸⁷Ao contextualizar a crise em 2008, explica Harvey que “*Da mesma maneira que nos movimentos anticíclicos documentados por Brinley Thomas entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos no século XIX, em que um boom na construção de moradias de um lado do Atlântico era equilibrado por recessões no outro lado, agora vemos a estagnação imobiliária nos Estados Unidos e em grande parte da Europa sendo contrabalanceada por uma gigantesca urbanização e um boom do investimento infraestrutural centrado na China (com várias ramificações em outros lugares, particularmente nos países do BRIC)*”. HARVEY, Op Cit, p. 95-96.

⁸⁸ MARICATO, Op. Cit, p. 39.

como a importante mudança de rota ao priorizar a população mais vulnerável na demanda por moradia, os resultados do programa não indicam a consequente redução do déficit habitacional. Além disso, o programa também foi criticado por retomar uma “*visão empresarial da política habitacional*”⁸⁹, fundada na construção de novas unidades, sem considerar o espaço construído e soluções alternativas, como o financiamento de imóveis usados. Desse modo, fortaleceu um processo especulativo que levou as habitações para locais cada vez mais afastados dos centros.

A Medida Provisória nº 996 de 2020, consolidada pela Lei nº 14.118 de 2021, trouxe uma novidade ao lançar o Programa Casa Verde e Amarela (PCVA). O mais recente programa federal nasce com objetivo muito próximo ao PMCMV, ao prometer facilitar o acesso à casa própria aos mais necessitados. Surge também com a finalidade política de extinguir a “marca” do seu antecessor, inclusive determinando que as habitações financiadas com recursos federais passassem a integrar a rubrica do novo programa (artigo 25). Dessa forma, o PCVA herda um farto espólio do PMCMV, porque, sem nunca ter assinado um contrato, conseguiria entregar, no mínimo, 200 mil unidades habitacionais que estavam em fase de construção na época do seu lançamento, mas contando com provisões orçamentárias do programa que lhe antecedeu⁹⁰.

Apesar disso, o programa surge com um diferencial importante, ao pretender expandir o escopo do programa, de modo a alcançar não apenas a construção de novas unidades, como também a melhoria do estoque existente (artigo 3º). Por outras palavras, o novo programa se propõe a atacar não apenas o déficit quantitativo, como também o déficit qualitativo, suprimindo inadequações em habitações já construídas. As ambiciosas metas do novo programa, contudo, acabaram entrando em contradição com a redução significativa dos recursos destinados para o setor habitacional. A dependência dos recursos orçamentários, especialmente no que concerne aos subsídios destinados aos grupos de menor renda, somado ao cenário de restrição fiscal, no qual se insere a observância ao Teto de Gastos, limitou a celebração de novos contratos⁹¹.

⁸⁹ MARICATO, Op. cit, p. 37.

⁹⁰ “Esse é sem dúvida um programa que já surge com uma execução substancial. Caso o governo não aprofunde ainda mais os cortes orçamentários, que zeraram os novos investimentos em habitação, o CVA entregará ao menos 200 mil unidades habitacionais da faixa 1 do MCMV, a de mais baixa renda, nos próximos meses e anos sem nunca ter assinado um contrato” BALBIM, Renato Nunes. **Do Casa Verde e Amarela ao Banco Nacional da Habitação, passando pelo Minha Casa Minha Vida**: Uma avaliação da velha nova política de desenvolvimento urbano. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, DF, 2022. Disponível em: <http://tiny.cc/mhm3vz>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

⁹¹ “Por fim, avalia-se que a situação habitacional das famílias de mais baixa renda, que ainda não foram contempladas pelo PMCMV, apresenta perspectiva de estagnação no curto prazo. Dadas as restrições orçamentárias, o Programa Casa Verde e Amarela deve priorizar apenas a finalização de obras em andamento e as famílias vítimas de calamidade ou de assentamentos do PAC, não havendo previsão de novas contratações” BRASIL. **Relatório de Avaliação Programa Minha Casa Minha Vida**. Brasília, DF, Ministério da Economia. Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2svepmv4>. Acesso em 04 dez. 2022.

Em 2023, uma das prioridades anunciadas pela gestão recém-empossada foi a retomada dos investimentos no setor habitacional, sobretudo com a volta do PMCMV, o que se confirmou mediante a sanção da Lei nº 14.620 de 2023. Dentre as maiores novidades trazidas com a volta do programa, destaca-se a ampliação das faixas de renda elegíveis, a redução nas taxas de juros e o fim da exclusividade da Caixa Econômica Federal como operadora do programa, constando expressa autorização para a participação de bancos privados, digitais e cooperativas de crédito.

Tabela 1 – Faixas do Minha Casa Minha Vida

ÁREAS URBANAS	
Faixa	Renda Bruta Familiar Mensal
01	Até R\$ 2.640
02	R\$ 2.640,01 a R\$ 4.400,00
03	R\$ 4.400,01 a R\$ 8.000,00
ÁREAS RURAIS	
Faixa	Renda Bruta Familiar Anual
01	Até R\$ 31.680,00
02	R\$ 31.680,01 a R\$ 52.800,00
03	R\$ 52.801,00 a R\$ 96.000,00

Fonte: Governo Federal. Elaboração própria.

2.5 DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO HABITACIONAL NO BRASIL

Do exposto até o presente momento, é possível observar que o crédito foi o principal instrumento utilizado para promover o acesso à moradia na trajetória das políticas federais de habitação, estando presente nos programas formulados por governos dos mais diversificados espectros políticos. Apesar disso, os dados mais recentes sobre o déficit habitacional atestam que as políticas de financiamento não conseguiram solucionar o problema da falta de moradia no país, concentrado nas classes mais baixas da população e com tendência de agravamento.

Desde o ano de 1995, a Fundação João Pinheiro (FJP) é referência no levantamento de dados referentes ao déficit habitacional e à inadequação de domicílios no Brasil. A elaboração do relatório tem como base os questionários realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e os seus resultados são utilizados para a formulação de políticas públicas habitacionais, permitindo a alocação mais eficiente dos recursos. Apesar disso, a apuração do déficit enfrenta constantes desafios, tendo em vista as frequentes modificações nas perguntas formuladas aos entrevistados e na forma como as fontes oficiais coletam os dados utilizados para a elaboração do relatório, o que dificulta, inclusive, a comparação entre séries históricas.

O levantamento mais recente realizado pela Fundação é relativo ao período entre 2016

e 2019. Os relatórios incluem tanto o déficit habitacional quanto a inadequação de domicílios, conceitos que não se confundem, tendo em vista que o primeiro refletiria uma deficiência no estoque de habitações (déficit quantitativo), enquanto o segundo compreenderia as deficiências que tornam um imóvel incapaz de oferecer qualidade de vida ao morador (déficit qualitativo)⁹².

O déficit quantitativo possui três componentes: (i) a habitação precária; (i) a coabitação; e (iii) o ônus excessivo com aluguel urbano. A habitação precária tem como subcomponentes: (i.i) os domicílios rústicos, isto é, sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada; e (i.ii) os domicílios improvisados, isto é, construídos sem fins residenciais mas utilizados como moradia, como vagões de trem, carroças, tendas, barracas, viadutos, entre outros. A coabitação tem como subcomponentes: (ii.i) os cômodos, isto é, domicílios particulares compostos por mais de um aposento, como cortiços ou cabeças de porco; e (i.ii) as famílias conviventes, grupo no qual se inserem as unidades familiares que compartilham o mesmo teto por não ter outra alternativa.

Tabela 2 – Componentes do déficit habitacional

Componentes do déficit habitacional	
Habitação precária	Compreende os “Domicílios rústicos” (aqueles sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada) e os “Domicílios improvisados” (locais construídos sem fins residenciais que servem como moradia)
Coabitação	Compreende os “Domicílios Cômodos” (grupo no qual se incluem os cortiços e as cabeças de porco) e as “Famílias Conviventes” (famílias secundárias que compartilham o mesmo teto por falta de opção)
Ônus excessivo com aluguel	Famílias urbanas com renda familiar de até três salários-mínimos que moram em casa ou apartamento e que dispendem mais de 30% de sua renda com aluguel

Fonte: FJP. Elaboração própria.

A inadequação, por sua vez, é dividida em: (i) inadequação de infraestrutura urbana, o que compreende a carência de serviços básicos, como energia elétrica, abastecimento de água e coleta de lixo; (ii) inadequação edilícia, o que compreende uma deficiência estrutural, como a falta de banheiro exclusivo e a inadequação da cobertura; e (iii) inadequação fundiária, o que compreende uma situação de irregularidade formal no tocante ao registro da propriedade.

⁹² FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Metodologia do déficit habitacional e da inadequação de domicílios no Brasil: 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021, 76 p. Disponível em: <https://tinyurl.com/4m4vpm4h>. Acesso em 08 de dezembro 2022.

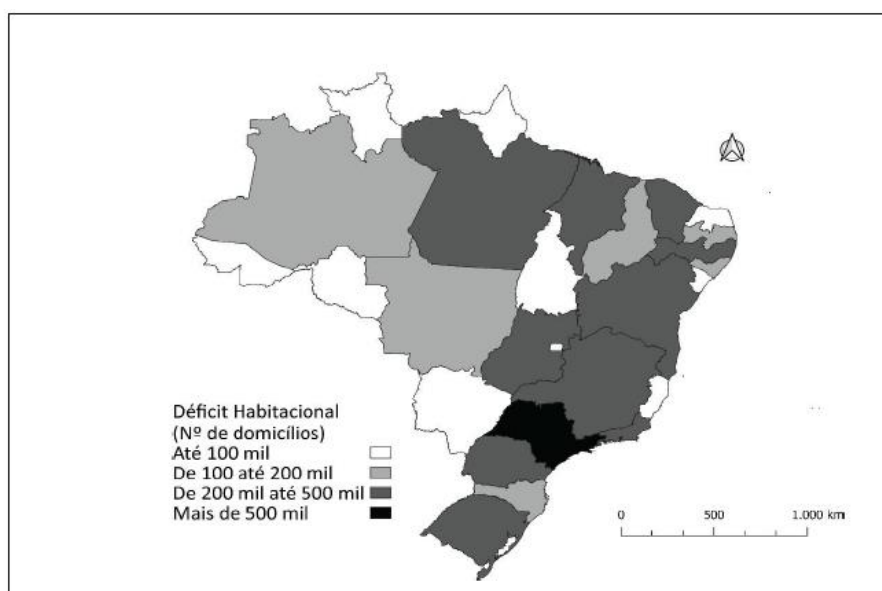
Tabela 3 – Componentes da inadequação

Componentes da inadequação de domicílios	
Inadequação de infraestrutura urbana	Domicílios que carecem de: energia elétrica, abastecimento de água com canalização interna de forma contínua, rede geral de esgotamento sanitário ou fossa séptica e coleta de lixo.
Inadequação edilícia	Domicílios sem banheiro exclusivo, com número de cômodos igual ao número de dormitórios, com armazenamento de água inadequado, com cobertura inadequada ou piso inadequado.
Inadequação fundiária	Situação na qual pelo menos um dos moradores do domicílio declara ter a posse da moradia, mas não dispor da propriedade do imóvel na qual ela se localiza.

Fonte: FJP. Elaboração própria.

Conforme o levantamento mais recente realizado pela Fundação João Pinheiro, no ano de 2019, o déficit habitacional foi estimado em 5.876 milhões de domicílios, dos quais 5.044 milhões estavam localizados em área urbana e 832 mil em área rural. Em termos absolutos, o Sudeste é a região com maior participação no déficit, seguido pelo Nordeste, Norte, Sul e, por último, pelo Centro-Oeste. Em termos relativos, entretanto, o Norte aparece em primeiro lugar, seguido pelo Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul⁹³:

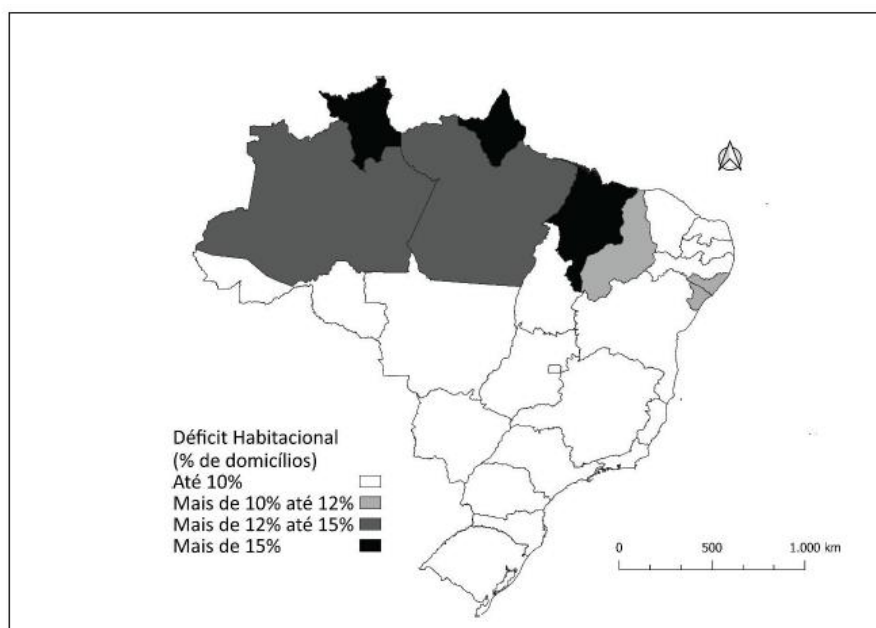
Figura 2 - Déficit habitacional absoluto por regiões do Brasil



Fonte: FJP.

⁹³ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil: 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021, p. 117. Disponível em: <https://tinyurl.com/6kw83k54>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

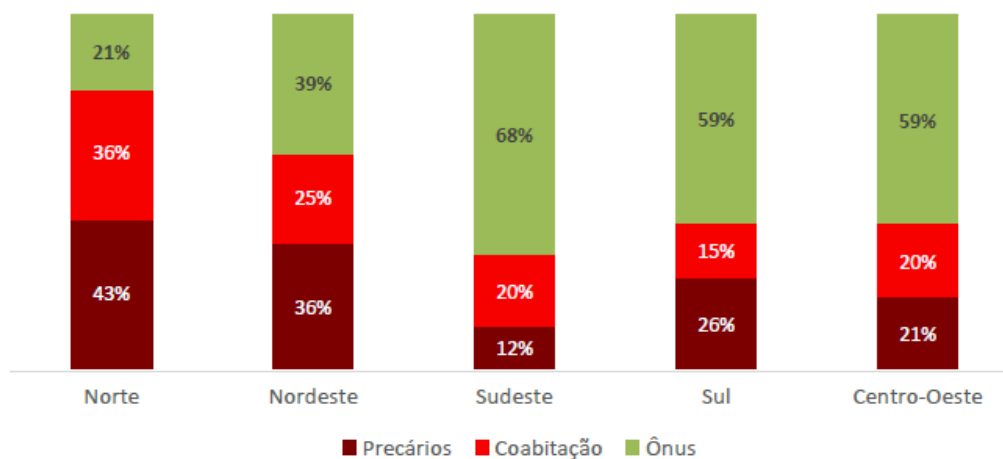
Figura 3 - Déficit habitacional relativo por regiões do Brasil



Fonte: FJP.

Também no ano de 2019, o principal componente do déficit habitacional no país foi o ônus excessivo com o aluguel urbano, exceto na região Norte, onde as habitações precárias se apresentaram como a principal causa do déficit. Na região Nordeste, embora o ônus excessivo com aluguel tenha aparecido principal componente, representando 39,11% das habitações, as habitações precárias também tiveram uma participação relevante, alcançando 35,6% do déficit da região. Por fim, a coabitação se mostrou significativa nas regiões Norte, Nordeste, Sudeste e Centro-Oeste, mas teve uma menor participação percentual no déficit apurado na região Sul.

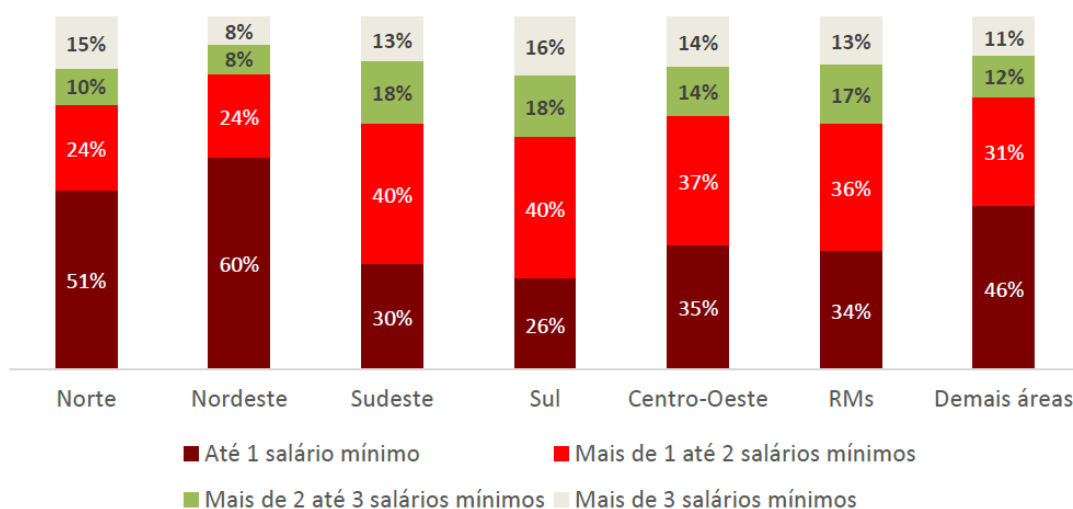
Figura 4 – Composição do déficit segundo regiões geográficas



Fonte: FJP.

Com relação às faixas de renda domiciliar, é possível reparar que o déficit habitacional está concentrado nas famílias que recebem até dois salários-mínimos. Nas regiões Nordeste e Norte, o déficit é ainda mais incisivo nas famílias com até um salário-mínimo, representando, em termos percentuais, uma participação de 60% e 51%, respectivamente, no déficit regional.

Figura 5 – Distribuição do déficit habitacional por faixas de renda



Fonte: FJP

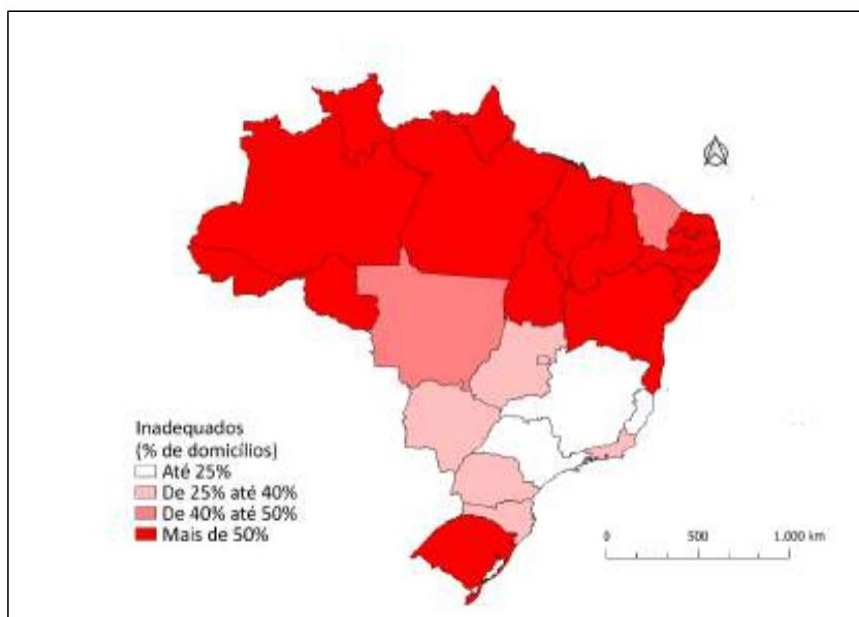
Ao final, o relatório conclui, analisando os dados apurados no período de 2016 a 2019, pelo aumento do déficit habitacional brasileiro na razão de 1,3%, estimulado, principalmente, pelo crescimento na quantidade de habitações precárias e pela maior participação do aluguel urbano na renda familiar. Além disso, também constatou que o déficit estaria concentrado em domicílios cujo responsável é uma mulher e a renda familiar totaliza até um salário-mínimo⁹⁴.

No que se refere à inadequação, no ano de 2019, foi constatado que cerca de 24,893 milhões de domicílios apresentaram ao menos um tipo de inadequação no Brasil, o equivalente a 39,8% dos domicílios do país. Em termos absolutos, as regiões Nordeste e Sudeste foram as mais afetadas. Em termos relativos, contudo, o Norte e Nordeste apareceram com os maiores percentuais de inadequação. Para se ter uma ideia, com exceção do Ceará, todas as unidades federativas dessas duas regiões apresentaram um percentual de inadequação superior a 50%⁹⁵.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Inadequação de domicílios no Brasil: 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021, p. 148. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7jfrw4>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

Figura 6 – Distribuição da inadequação por regiões geográficas



Fonte: FJP.

Os programas Minha Casa Minha Vida e Casa Verde Amarela foram os programas com maior enfoque no público que concentra os indicadores do déficit qualitativo e quantitativo. O Minha Casa Minha Vida, entre os anos de 2009 e 2020, contratou mais de 6 milhões de unidades habitacionais, das quais foram entregues cerca de 85%. Durante esse período, foram injetados cerca de 520 bilhões de reais para a construção e a aquisição de moradias⁹⁶. Embora o programa tenha se proposto a enfrentar somente o déficit quantitativo, em sua nova versão, também visa combater a inadequação de domicílios, melhorando o estoque de habitações existente no país.

Em que pese a magnitude dos recursos envolvidos nos dois programas, especialmente no Minha Casa Minha Vida, o próprio governo admite ser pouco crível que o programa tenha sido efetivo no enfrentamento ao déficit habitacional⁹⁷. Não obstante se deva reconhecer que a situação seria muito mais grave sem a intervenção dos programas habitacionais em questão, é certo que os indicadores do déficit permanecem ao menos estagnados, a demonstrar que ainda existe uma parcela bastante significativa da população brasileira carente de moradia. Portanto, é inevitável a conclusão de que os programas federais, centrados na facilitação do acesso ao

⁹⁶ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR). **Sistema de Gerenciamento da Habitação**: Brasília, 2022, Disponível em: <http://sishab.mdr.gov.br/>. Acesso em 04 dez. 2022.

⁹⁷ “O déficit habitacional quantitativo está estagnado desde 2015 perto de 6 milhões de domicílios. Acredita-se que o PMCMV tenha desempenhado um papel relevante para conter esse indicador no nível atual, porém é pouco crível que tenha sido muito eficiente nessa tarefa, uma vez que os critérios de seleção dos beneficiários não contemplam a necessidade de pertencer ao déficit.” BRASIL. **Relatório de Avaliação Programa Minha Casa Minha Vida**. Brasília, DF, Ministério da Economia. Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2svepmv4>. Acesso em 04 de dezembro de 2022.

crédito habitacional, ainda são insuficientes para efetivar o direito constitucional à moradia.

Para aqueles que não atendem ao perfil de crédito idealizado pelo setor financeiro (seja porque estão desempregados, seja porque não possuem salário fixo, seja porque o salário não comporta as prestações mensais ou até mesmo porque não foram contemplados nos programas subsidiados pelo governo), resta a alternativa de empreender por conta própria a construção das suas casas, em locais irregulares e desvalorizados pelo capital, distantes do centro e desprovidos de infraestrutura, muitas vezes em áreas de preservação permanente, como encostas de morros e regiões alagáveis, cuja existência de um gravame público afasta a especulação imobiliária.

Por consequência, o custo envolvido com a reprodução da força de trabalho, no caso da moradia, acaba recaindo integralmente sobre o trabalhador. Nos domingos e feriados, nas horas de descanso, com a própria força de trabalho ou com o suporte de amigos, é o trabalhador quem constrói sua moradia. Como anota Maricato, o assentamento da população urbana, fundamental para a oferta ampla e barata de mão-de-obra, se faz às custas do seu próprio esforço. À margem das políticas estatais, a autoconstrução surge como a única arquitetura possível ao trabalhador⁹⁸.

⁹⁸ MARICATO, Ermínia. **Autoconstrução, a arquitetura possível**. In: MARICATO, Ermínia (org). A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial. 2ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1982, p. 79.

3 CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL

3.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE À BOA-FÉ OBJETIVA

Existem categorias de fatos jurídicos cujo elemento central é a vontade. Dessa vontade livremente manifestada, surgem vínculos aos quais o direito atribui consequências jurídicas. A ideia de autonomia da vontade, assim, corresponde à possibilidade conferida aos particulares de intervirem no âmbito do juridicamente relevante e criarem vínculos que terão assegurada a proteção do direito⁹⁹. Sob essa ótica, a vontade manifestada por sujeitos livres e formalmente iguais se apresenta tanto como a fonte quanto como a legitimação para o vínculo contratual.

Ao contrário do que sucede com vários outros institutos e princípios do direito privado, não seria adequado atribuir aos romanos a origem da doutrina da autonomia da vontade. Não significa dizer que o direito romano ignorava a relevância do elemento volitivo na formação do vínculo contratual, mas apenas que os romanos não chegaram a sistematizar o princípio como atualmente é conhecido. Por outras palavras, a vontade era efetivamente considerada quando da resolução do caso concreto, porém, os romanos não organizaram o seu direito em um caráter tão geral e abstrato como veio a ser a característica elementar do Estado Moderno.

Evidente que a sociedade moderna, edificada em torno do comércio e da apropriação privada de bens, exigiria soluções jurídicas compatíveis com o modelo econômico vigente. O homem moderno seria livre, proprietário e formalmente igual aos seus pares. No exercício de sua liberdade, teria autonomia para, por exemplo, constituir associações, prestar serviços ou realizar trocas. Seu agir voluntário produziria efeitos juridicamente relevantes e criaria para si direitos e obrigações. Por isso, não é surpresa que os modernos tenham reservado ao contrato um espaço privilegiado no ordenamento jurídico, de modo que, como ponderado por Cortiano Júnior, “*liberdade, autonomia privada e propriedade encontram-se em estreita conexão numa sociedade fundada sob o signo do econômico*”¹⁰⁰.

É assim que a autonomia privada surge como o centro gravitacional da ciência jurídica moderna. O liberalismo econômico, característico daquela época, aparece acompanhado de um voluntarismo jurídico, segundo o qual a vontade seria a única fonte capaz de criar obrigações e

⁹⁹ “*Il riconoscimento dell’ autonomia privata, quale potere di costruire fattispecie giuridiche, equivale in realtà al riconoscimento in capo ai soggetti privati di una posizione eccezionale, quasi corrispondente ad una prerogativa tipica del legislatore: quella di (contribuire a) determinare l’ambito del giuridicamente rilevante*”. BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1995, p. 10.

¹⁰⁰ CORTIANO JUNIOR, Op. cit, 93.

a função da lei se limitaria a proteger a vontade criadora e assegurar os efeitos queridos pelas partes, com mera função negativa e limitadora, como explica Clóvis do Couto e Silva¹⁰¹:

Com relação à faculdade de regramento que possuem os indivíduos, a função do ordenamento é meramente negativa e limitadora, competindo às partes constituir e determinar o conteúdo do negócio jurídico. Afirma-se, assim, o dualismo entre fato e norma; entre “conteúdo do negócio e tratamento jurídico”.

Da doutrina da autonomia privada decorreriam algumas repercussões importantes para o direito contratual moderno. Cita-se, por exemplo: (i) a liberdade contratual, entendida como a liberdade que é assegurada para as partes contratarem ou não contratarem, escolherem seus parceiros contratuais e definirem o conteúdo e os limites do contrato; (ii) a força obrigatória dos contratos, entendida como a vinculação criada pela manifestação da vontade, que somente pode ser desfeita mediante um novo acordo de vontade; e (iii) os efeitos relativos do contrato, traduzindo a ideia de que a vontade livremente manifestada, salvo disposição legal em sentido contrário, apenas vincula as partes envolvidas, não produzindo efeitos em face de terceiros.

A principal preocupação da ciência jurídica moderna, portanto, era fixar previamente as regras do jogo e definir, por exemplo, quem poderia contratar, o que poderia ser contratado, quando seria possível contratar e os efeitos do contrato validamente realizado. O conteúdo do contrato ficaria na esfera de liberdade dos indivíduos, não cabendo qualquer intervenção do Estado sobre a vontade criadora manifestada pelas partes. Tais elementos estariam ligados em um sistema hermético e completo, cuja coerência interna seria indispensável para permitir a circulação de riquezas e a alocação de riscos nas operações econômicas¹⁰².

Não demoraria muito tempo para que o modelo hermético construído pelo pensamento jurídico moderno se revelasse insuficiente. Em uma sociedade cada dia mais massificada, o raciocínio dedutivo e lógico-formal mostraria logo cedo as suas inadequações. A concepção de contrato, dessa forma, também sofreria uma profunda alteração, deixando de ser apenas um espaço reservado ao exercício da autonomia privada para assumir uma conotação mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes com finalidades equitativas¹⁰³.

A função meramente negativa e limitadora desempenhada pelo Estado é superada por uma postura mais ativa e intervencionista em um espaço até então exclusivo dos particulares.

¹⁰¹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 25.

¹⁰² Nesse sentido, como afirma Judith Martins-Costa, “*o contrato é a veste jurídica das operações econômicas*”. MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul/set, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc2xftk>. Acesso em 23 de dezembro de 2022.

¹⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 59.

Nesse cenário, a igualdade formal entre os contratantes é contrastada por situações nas quais o poder econômico revela a desigualdade material entre as partes. É dessa forma que princípios considerados metajurídicos pelos modernos voltam a ser admitidos na ciência do direito.

É interessante observar que a teoria contratual moderna, fundada em uma concepção positivista, ao considerar apenas o elemento volitivo como fonte de obrigações e afastar da ciência jurídica os aspectos relativos ao campo da ética, acabou por promover um desencontro entre o pensamento moderno e a tradição romanista na qual este pensamento procurava a sua legitimação, tendo em vista que os romanos tinham grande consideração pelo comportamento ético das partes¹⁰⁴. No direito romano, por exemplo, a *fides* era uma expressão polissêmica, ora entendida como confiança, ora como colaboração, ora como lealdade e respeito à palavra dada ou até mesmo como fundamento para a justiça e a virtude cívica¹⁰⁵. Seja como for, a expressão traduzia um valor ético fundante para o pensamento jurídico desenvolvido no mundo romano.

A ruptura com a tradição romanista também é notada por James Gordley. Para o autor, a origem filosófica da teoria contratual moderna deve créditos à síntese entre o direito romano e o pensamento aristotélico-tomista empreendida por juristas de Direito Natural da Escolástica Tardia. Porém, os modernos ignoraram o fato de que celebrar um contrato, para os escolásticos, seria o exercício de uma virtude, a liberalidade ou a justiça comutativa¹⁰⁶. A inovação moderna foi entender o contrato tão somente como uma manifestação de vontade, e não como o exercício de uma virtude, capaz de atrair obrigações decorrentes da natureza ou da essência do vínculo¹⁰⁷.

¹⁰⁴ “A influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar. Basta contemplar o direito romano para avaliar sua importância. A atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *us gentium* e posteriormente estendida às relações entre os cives, através do *ius honorarium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.” SILVA, Op. cit. p. 32.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 49.

¹⁰⁶ “It’s most surprising feature is that doctrines which, in modified form, now govern most of the world were founded on philosophical ideas that fell from favour centuries ago. Indeed, in their original form the doctrines depended directly on Aristotelian and Thomistic moral conceptions about virtue and metaphysical conceptions about the nature or essence of things. Making a contract, for example, was an exercise of the virtue of liberality by which one enriched another, or of the virtue of commutative justice by which one exchanged things of equal value. Each type of contract had certain ‘nature’ or ‘essence’ from which certain obligations followed”. GORDLEY, James. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. New York: Oxford University Press, 2011, p. 6.

¹⁰⁷ “The late scholastics and the natural lawyers had recognized as fundamental the principle that contracts are entered into by will or consent of the parties. They had formulated general doctrines of mistake, fraud and duress by considering how these influences affect the will. The nineteenth-century innovation was not to pay attention to the will but to reject other concepts of Aristotelian origin that had previously figured in contract doctrine. Making a contract was regarded simply as an act of will, not as the exercise of a moral virtue. The parties were bound simply to what they willed, not to obligations that followed from the nature or essence of their contract”. Idem. p. 8.

Dito isto, o período de transformação e revisão dogmática que a doutrina da autonomia da vontade vem atravessando desde o século passado faz ressurgir a importância dos preceitos éticos valorados no Direito, na verdade, desde a tradição romana. A dogmática contemporânea começa, então, a readmitir a posituação de certos interesses cujo núcleo não possui o elemento volitivo, como é o caso da boa-fé objetiva. Essa transformação, nos dizeres de Clóvis do Couto e Silva, permitiu a abertura de janelas ao ético no *hortus conclusus* do positivismo jurídico¹⁰⁸.

A adjetivação “objetiva” ao sintagma “boa-fé” serve para apontar um modelo jurídico que não pode ser confundido com um aspecto de cunho subjetivo. Não se perquire a culpa ou o dolo, mas sim um padrão comportamental. Nessa linha de ideias, o comportamento segundo a boa-fé objetiva é aquele hábil para concretizar as exigências de probidade, correção e lealdade capazes de viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio, assim como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional¹⁰⁹.

Contudo, as exigências de probidade, correção e lealdade serão relacionais aos dados do contexto em que estiverem inseridas. Por consequência disso, Judith Martins-Costa explica que o conceito de boa-fé mais parece interessar por sua função do que por sua definição¹¹⁰. Dentre as funções desempenhadas, vale anotar a função enquanto fonte geradora de deveres jurídicos; cânone hermenêutico para a interpretação dos negócios jurídicos obrigacionais; e baliza para o exercício de posições jurídicas, corrigindo o conteúdo ou exercício do contrato¹¹¹.

Da boa-fé objetiva radicam obrigações cuja vinculação independe da vontade. Decorre da essência ou da natureza do próprio negócio jurídico. Os deveres que nascem da incidência desse preceito ético são chamados anexos, instrumentais ou laterais. Consistem, por exemplo, em atos de proteção, vigilância, guarda, cooperação, assistência, informação. São deveres cuja observância se dará antes e durante o curso da relação jurídica obrigacional. Em alguns casos, esses deveres chegarão a perdurar mesmo após o adimplemento da obrigação principal¹¹².

Reconhecer a existência de deveres anexos ou laterais de conduta significa interpretar a relação obrigacional de uma forma mais abrangente. Uma consequência disso é a releitura da tradicional concepção do credor como sujeito ativo da relação obrigacional. Por certo, o credor continua sendo titular de direitos, pretensões e ações. No entanto, a ele foram atribuídos certos

¹⁰⁸ SILVA, Op. cit. p. 42.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Op. cit. p. 41.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Idem, p. 42.

¹¹² “Como já mencionamos, a particularidade mais importante de algumas das obrigações anexas é a de ainda perdurarem, mesmo depois do adimplemento da obrigação principal, de modo que, quando se diz que o adimplemento extingue a relação jurídica, se deve entender que se extingue um crédito determinado” SILVA. Op. cit. p. 92.

deveres, cuja violação implica em inadimplemento contratual, inclusive, podendo servir para obstacularizar o exercício de sua pretensão referente à obrigação principal¹¹³.

A introdução da boa-fé objetiva nas relações jurídicas obrigacionais operou, portanto, uma verdadeira revolução dogmática na teoria das fontes contratuais. Não somente a vontade seria capaz de originar direitos e obrigações, tendo em vista que o preceito ético representado pela boa-fé objetiva exigiria das partes uma série de comportamentos contratuais a demonstrar uma cooperação para o adimplemento. Nesse cenário, além de operar limitando a autonomia da vontade, a boa-fé objetiva emerge como elemento criador de novos deveres contratuais¹¹⁴.

3.2 A CRISE DAS FONTES E O MERCADO HABITACIONAL BRASILEIRO

3.2.1 Da autonomia da vontade ao dirigismo contratual

As modificações dogmáticas em matéria contratual também repercutiram no mercado habitacional brasileiro. Como antecipado no capítulo anterior, durante o início da República, o Poder Público praticamente não intervia em matéria habitacional. Contudo, pouco a pouco, o Estado brasileiro começou a adotar uma postura mais ativa e intervencionista para enfrentar o problema do déficit, assumindo a responsabilidade pela promoção do acesso à moradia.

Na primeira etapa do desenvolvimento do mercado habitacional brasileiro, como visto, o Estado brasileiro basicamente não atuava em matéria habitacional. O problema da habitação era relegado aos agentes privados, que encontraram no crescimento urbano uma oportunidade de negócio. O mercado de locação era a principal forma de acesso à moradia para aqueles não proprietários, garantindo aos proprietários uma renda adicional que seria útil por não existir no país um sistema unificado de previdência. O período também foi marcado pela vilas fabris. Os empregadores se incumbiam de prover moradia aos empregados, o que facilitava a contenção de greves e aumentava o seu poder de barganha quanto aos termos do contrato de trabalho.

Evidentemente, esse período histórico reflete o pensamento jurídico vigente na época. A tônica liberal se fazia presente na ausência de intervenção do Estado nos negócios jurídicos envolvendo a habitação. Prevalecia o livremente acordado pelas partes em seu agir voluntário, cabendo às legislações uma função simplesmente negativa e suplementar na interpretação da

¹¹³ A violação dos deveres laterais, em nosso entendimento, faria surgir para o devedor a exceção do contrato não cumprido, servindo para obstacularizar o exercício da pretensão. Parece ser o entendimento de Clóvis do Couto e Silva, ao afirmar que “*Se houver descumprido um desses deveres, não poderá exigir a pretensão para haver a obrigação principal. Dir-se-ia que a sua pretensão precluiu*”. SILVA, Op. cit. p. 98.

¹¹⁴ MARQUES, Op. cit. p. 246.

vontade manifestada. Nesse momento, não existia, por exemplo, legislação específica tratando sobre a locação imobiliária urbana, cuja regulação era competência do Código Civil de 1916.

Em um mercado cada vez mais impulsionado pelo aumento da demanda por habitação, os imóveis se valorizavam rapidamente em decorrência do acentuado crescimento demográfico, fazendo com que os promitentes adquirentes e os inquilinos ficassem submetidos ao arbítrio dos proprietários. Ou aceitavam as condições impostas, ou procuravam outro local para morar. Era frequente o reajuste excessivo do aluguel com vistas a forçar a desocupação do imóvel. Na mesma linha de desigualdade, era preferível aos incorporadores arcar com a multa rescisória de uma promessa de compra e venda a abdicar do acréscimo decorrente da valorização do imóvel.

As legislações envolvendo o mercado habitacional brasileiro acompanharam, contudo, a evolução da dogmática jurídica em matéria contratual, como é possível notar especialmente a partir da década de 1930. A autonomia da vontade logo perderia a centralidade antes ocupada no mercado habitacional e a liberdade contratual viria a ser mitigada pelo dirigismo estatal. O conteúdo dos contratos passaria a ter um modelo normativo predeterminado, com limitações, por exemplo, aos critérios para reajuste dos aluguéis e às hipóteses que permitiriam o despejo¹¹⁵.

Entretanto, é no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação que a autonomia da vontade enfrentará o mais elevado grau de contenção. Os interesses sociais e políticos envolvidos no programa exigiriam um maior dirigismo contratual e uma maior atuação do ente público sobre o domínio econômico. De se observar que a própria legislação instituidora do sistema trouxe limitações quanto ao reajustamento das prestações, os critérios de correção monetária, o valor do financiamento, dentre outros aspectos contratuais. As legislações supervenientes seguiram a mesma trilha, criando inúmeros programas de equivalência salarial destinados a amenizar os efeitos da crise econômica instaurada no país sobre a prestação dos mutuários. E não apenas a lei em sentido estrito interferiria no conteúdo do contrato, mas também portarias, circulares e outros atos editados pelo Banco Nacional de Habitação e pelo Conselho Monetário Nacional.

São preciosas as reflexões de Rodrigo Xavier Leonardo¹¹⁶:

Mediante padrões rigidamente fixados pela lei e pelos normativos do Banco Nacional de Habitação (BNH), os contratos vinculados a este sistema, tanto para o financiamento da produção quanto para a oferta desses mesmos imóveis aos consumidores, deixavam pouquíssimo espaço para que a vontade dos contratantes influenciasse a operação econômica pretendida. Com o Sistema Financeiro da Habitação, o mercado habitacional urbano voltado para o consumo, em grande medida, não mais representava um livre espaço de negociação, vez que a expressiva

¹¹⁵ Remete-se o leitor ao desenvolvimento histórico e legislativo do mercado habitacional brasileiro realizado no primeiro capítulo deste trabalho.

¹¹⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 88.

maioria dos consumidores e fornecedores recorria ao sistema para maximizar seus benefícios, ora agradecendo, ora suportando a intervenção Estatal.

O menor espaço reservado para a atividade criativa dos agentes privados nos contratos de financiamento habitacional é justificado visto que a natureza ou essência do contrato, por assim dizer, é garantir o direito de acesso à propriedade. O produto comercializado, ou seja, o bem habitacional, tem inegável interesse social que consiste em promover o acesso à moradia. Não por acaso, uma particularidade econômica relevante sobre a habitação é que todo cidadão é demandante em potencial desse bem, afinal, é ele uma necessidade básica do ser humano¹¹⁷.

Não fosse suficiente o objeto, os sujeitos envolvidos em um contrato de financiamento habitacional também ocupam uma posição capaz de justificar maior preocupação legislativa. Isto pois o destinatário final do financiamento habitacional será sempre um consumidor, ainda que o financiamento tenha se estabelecido entre o banco e a incorporadora ou a construtora. A existência de uma rede contratual permite o transbordamento da eficácia do contrato para uma parte que não o subscreveu, mas que integra o circuito negocial destinado à aquisição do bem.

3.2.2 A boa-fé objetiva nos contratos de financiamento habitacional

É também nesse cenário que os deveres resultantes da boa-fé objetiva aparecem com ainda mais relevância. Na medida em que o contrato de financiamento habitacional é admitido como um processo, é possível reconhecer também o nascimento de um conjunto de direitos e deveres vinculando os sujeitos envolvidos. Por outras palavras, o que se busca não é apenas o adimplemento da obrigação principal, quer dizer, a satisfação do crédito usado para a aquisição da moradia. Os agentes envolvidos no crédito habitacional, como incorporadoras, construtoras, incorporadoras e instituições financeiras, assumem posições jurídicas passivas em benefício do copartícipe da relação jurídica obrigacional por força dos deveres laterais aderidos ao vínculo.

Um exemplo particularmente relevante para o escopo da presente dissertação é o dever lateral de fiscalização atribuído aos agentes financeiros integrantes do Sistema Financeiro de Habitação, quando atuam na elaboração do projeto, na execução ou na fiscalização das obras do empreendimento¹¹⁸. Esse frequentemente é o caso dos programas voltados à população de

¹¹⁷ As especificidades econômicas do bem habitação são notadas por Cláudio Hamilton Matos dos Santos. Além de ser uma necessidade básica, o autor cita também o seu elevado valor, o que exige a formulação de esquemas de financiamento para permitir a sua aquisição. Frisa ainda que responde por parcela significativa da construção civil, o que, por sua vez, responde por parcela significativa da geração de empregos e do PIB da economia. Seria essa a racionalidade econômica a justificar a intervenção governamental no mercado de habitações. SANTOS, Op. Cit.

¹¹⁸ “Nas ações em que se pleiteia a cobertura por vícios de construção de imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro da Habitação, o agente financeiro somente terá legitimidade passiva ad causam quando tenha também

baixa renda, até porque a prevalência de recursos não onerosos para essas faixas de renda exige, por óbvio, maior atenção com a obra. Inadimplido o dever de fiscalização, o agente financeiro assume a responsabilidade solidária por vícios redibitórios face aos adquirentes das unidades¹¹⁹.

Outra repercussão da incidência da boa-fé objetiva nos financiamentos habitacionais é a possibilidade de responsabilização das instituições financeiras pelo ruinoso fornecimento de crédito¹²⁰. Nessa ótica, por força dos deveres de lealdade e proteção, as instituições financeiras assumem a obrigação de analisar adequadamente a capacidade de endividamento do mutuário. Logo, se o banco concede um financiamento a uma empreiteira sem analisar detidamente a sua situação financeira e o contrato é resolvido por insolvência, os adquirentes finais seriam vítimas do evento, isto é, a irresponsável concessão de crédito, podendo pleitear a reparação de danos¹²¹.

Sobre a ruínosa concessão de crédito por agentes financeiros, ensina Semy Glanz¹²²:

O banco tem o dever de analisar a capacidade econômica e financeira do cliente e, quando se cuida de uma empresa, a repercussão do crédito concedido, afetando a terceiros. Estes, quando lidam com uma empresa, sabendo que goza de crédito bancário, adquirem confiança nos negócios, especialmente se fazem contratos de duração. Assim, contratos de fornecimento de mercadorias ou contratos de construção, estes em geral dependentes de financiamento. Conclui-se que o banco não deve emprestar dinheiro a quem se apresenta como insolvente, ou, pelo menos, só deve emprestar nos limites das forças financeiras do cliente.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um empreendimento habitacional construído com lastro em um contrato de financiamento obtido perante renomada instituição financeira e comercializado na planta aos adquirentes finais. É certo que a participação de uma instituição financeira no esquema contratual confere ao consumidor a confiança na solidez do negócio, o

atuado na elaboração do projeto, na execução ou na fiscalização das obras do empreendimento". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. **Edição nº 86**: Sistema Financeiro da Habitação. Brasília, DF, 09 ago. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp>. Acesso em 21 de janeiro de 2023.

¹¹⁹ Em Pernambuco, um caso envolvendo construções com técnica de alvenaria autoportante ("prédio caixaão") ensejou a responsabilização do agente financeiro. Após dois trágicos desabamentos, o Ministério Público instaurou um inquérito civil para investigar as causas do acidente. A apuração acabou resultando na propositura de uma ação civil pública visando suspender, em caráter liminar, a concessão das licenças de construção para edificações com essa técnica. A ação, distribuída com nº 0008987-05.2005.4.05.8300, incluiu a CEF no polo passivo, na qualidade de agente financeiro, justificando-se a sua legitimidade pelo dever de fiscalizar os projetos e as obras.

¹²⁰ Expressão cunhada por Rodrigo Xavier Leonardo para descrever as situações em que a instituição financeira não analisa adequadamente a capacidade de endividamento do cliente no momento de fornecer o crédito.

¹²¹ Na posição do autor: *"Mesmo considerando que o consumidor não é parte integrante da relação jurídica estabelecida entre a incorporadora e a instituição financiadora, não se pode desconsiderar que o consumidor faz parte de uma rede de contratos, que se inicia com o financiamento e acaba, normalmente, nos diversos compromissos de compra e venda. Em uma perspectiva mais dogmática, pode-se dizer que o consumidor, nesses casos, é vítima do irresponsável fornecimento de crédito, sendo considerado uma vítima desse evento (art. 17 da Lei 8.078/90), com legitimidade para pleitear indenização com base no regime objetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor"* LEONARDO, Rodrigo Xavier, Op. cit. p. 216.

¹²² GLANZ, Semy. **Responsabilidade civil das instituições financeiras pela má concessão de crédito**. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vol. 36, 1998.

que beneficia tanto o agente financeiro quanto a construtora ou incorporadora. Dessa maneira, ainda que o consumidor venha a pagar o preço à vista ou contratar financiamento com um banco distinto, os deveres de cuidado e proteção assumidos pela instituição financeira ao fornecer o crédito poderiam atrair a sua responsabilidade pela inexecução da obra. Nesse sentido¹²³:

Tome-se por exemplo um empreendimento imobiliário ofertado – como se costuma dizer, ainda na planta – para consumidores. Nesses casos, a publicidade indica as futuras características das unidades imobiliárias e das partes comuns condominiais bem como o prazo para entrega das unidades. Digamos, ainda, que determinada instituição esteja financiando esse empreendimento, por intermédio de considerável quantia em dinheiro ofertada ao incorporador para a construção. Agora, o problema: nos casos em que o incorporador deixa de construir o empreendimento, ou, ainda, abandona a construção em situação incompleta, poderia haver um dever de indenizar das instituições financeiras pelos danos causados aos consumidores? A resposta nos parece afirmativa, com base na teoria das redes contratuais. O financiamento vinculado à construção de unidades destinadas aos consumidores gera deveres laterais especiais para a instituição financeira que participa da rede, com especial relevância para os deveres de cuidado em relação aos potenciais prejuízos causados a terceiros.

Também por força do reconhecimento dos deveres laterais resultantes da incidência da boa-fé objetiva nos contratos habitacionais, a jurisprudência nacional começou a entender que a garantia real firmada entre a instituição financeira e a construtora não poderia prevalecer em face do terceiro adquirente de uma unidade autônoma cujo preço foi integralmente quitado. A hipótese aventada corresponde aos casos em que a construtora solicita um financiamento para conseguir os recursos necessários para levar adiante o empreendimento habitacional, enquanto dá como garantia do empréstimo tomado o terreno sobre o qual incidirá a incorporação, assim como as unidades que serão construídas e ofertadas aos consumidores na expectativa de que o produto da alienação será suficiente para quitar o mútuo. Na hipótese de ruína da construtora antes de alienadas todas as unidades e liberado o gravame, o adquirente, mesmo tendo quitado o seu próprio débito, em virtude da eficácia *erga omnes* e da indivisibilidade da hipoteca, se vê com a sua unidade vinculada ao pagamento do financiamento assumido pela construtora.

Situações como a narrada acima começaram a avolumar o judiciário brasileiro. Diante dessa conjuntura, a solução encontrada pelos Tribunais fez surgir uma verdadeira anomalia no estatuto epistemológico dos direitos reais. A garantia hipotecária, tradicionalmente concebida como oponível em face a terceiros, assegurando ao titular da garantia real o direito de sequência, teve a eficácia mitigada para acomodar a necessária proteção à parte mais vulnerável da rede contratual. O vínculo obrigacional assumiria uma primazia com relação ao vínculo real, ainda na hipótese de o contrato de promessa de compra e venda não estar devidamente registrado.

¹²³ LEONARDO, Op. cit. p. 215.

Dessa guinada jurisprudencial resultou o entendimento que foi consolidado na Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “*A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel*”¹²⁴. Interessante reparar ainda que o enunciado sumular começou a ser aplicado até mesmo aos contratos de alienação fiduciária em garantia, mediante analogia, em prestígio ao verdadeiro propósito da orientação firmada pela Corte¹²⁵.

Da leitura das inúmeras decisões que originaram o mencionado enunciado sumular, é evidente a importância atribuída pelos julgadores à boa-fé objetiva e deveres dela decorrentes. A boa-fé objetiva é utilizada, explícita ou implicitamente, como *ratio decidendi* das decisões, funcionando como regra de calibração capaz de eclipsar a eficácia da garantia real em benefício do adquirente da unidade autônoma. A título de exemplo, foram precisas as razões alinhavadas pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar em um dos primeiros julgamentos envolvendo o tema¹²⁶:

O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreciar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel - que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro, - uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 308**. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Diário de Justiça. Brasília, DF, p. 384, 30 mar. 2005.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.576.164/DF**. Direito civil. Recurso especial. Ação declaratória cumulada com obrigação de fazer. Alienação fiduciária firmada entre a construtora e o agente financeiro. Ineficácia em relação ao adquirente do imóvel. Aplicação, por analogia, da súmula 308/STJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgamento em 14 mai. 2019. Publicação em 23 mai. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201503248360&dt_publicacao=23/05/2019. Acesso em 21 jan. 2023.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 187.940/SP**. Sistema Financeiro da Habitação. Casa Própria. Execução. Hipoteca em Favor do Financiador da Construtora. Terceiro Promissário Comprador. Embargos de Terceiro. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 21 de jun. de 1999. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800662022&dt_publicacao=21/06/1999. Acesso em 21 jan. 2023.

O mesmo entendimento pioneiramente defendido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar no Superior Tribunal de Justiça foi também sustentado por Fernando Noronha anos antes. De acordo com o autor, caberia ao agente financeiro, tão logo descobrisse a potencial insolvência, notificar os adquirentes para que os pagamentos fossem realizados em conta de sua titularidade. Somente essa postura lhe asseguraria o exercício de direitos futuros contra os adquirentes¹²⁷:

Na verdade, credor e agente financeiro sabem que são as prestações que forem sendo pagas pelos adquirentes que assegurarão o reembolso do financiamento concedido. Portanto, se a empresa interrompe os pagamentos devidos, o agente financeiro deveria reconhecer a eficácia, em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes e, para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subsequentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador.

De todo o exposto, é possível concluir que os agentes financeiros assumem deveres no contrato de financiamento habitacional que acompanham toda a relação jurídica obrigacional. O descumprimento desses deveres, por ação ou omissão, produzirá consequências jurídicas ao infrator, como a responsabilização por vícios do empreendimento ou a mitigação da eficácia da garantia real contratada. É sob esse panorama que também será possível entender a usucapião como uma das consequências da omissão do agente financeiro quanto aos seus deveres laterais.

3.3 DA TEORIA DAS REDES CONTRATUAIS

Ao longo do presente trabalho, tivemos a oportunidade de registrar a existência de um verdadeiro circuito negocial envolvendo o financiamento habitacional¹²⁸. A operacionalização dos esquemas de financiamento exige uma vasta gama de negócios jurídicos a serem firmados entre os integrantes do sistema. Esses negócios jurídicos serão levados adiante desde a fase de captação de recursos até o momento da entrega da unidade habitacional ao adquirente final. É nesse cenário que surge uma teia de vínculos jurídicos, envolvendo diversos sujeitos distintos, mas conectados por um liame causal: o fornecimento de crédito para a aquisição de moradia.

Para os fins pretendidos nesta investigação, extremamente útil se apresenta o exame da teoria das redes contratuais. A temática é discutida há tempos pela doutrina estrangeira e chegou

¹²⁷ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 182- 183

¹²⁸ Sobre o tema, remete-se o leitor ao primeiro capítulo deste trabalho. O *circuito negocial*, expressão cunhada pelos pareceristas Miguel Real, Miguel Reale Júnior e Pedro Alberto do Amaral para caracterizar a articulação dos diversos negócios jurídicos voltados ao financiamento da moradia, iria desde a captação de recursos na poupança e FGTS até a concessão de crédito ao adquirente final para a aquisição da moradia.

a conquistar logo cedo regulamentação própria em alguns ordenamentos jurídicos alienígenas. Contudo, na doutrina nacional, a discussão tardou a ser realizada. Foi somente no início deste século que os autores brasileiros começaram a debater a temática e expressões como contratos conexos, contratos coligados e redes contratuais começaram a surgir nos tribunais pátrios¹²⁹.

Um dos princípios edificantes para a teoria contratual moderna, como se antecipou, é o princípio da relatividade dos efeitos do contrato (“*res inter alios acta*”). Significa dizer que os contratos vinculam tão somente as partes que o firmaram e os seus efeitos não podem alcançar sujeitos que não integraram a relação jurídica obrigacional, exceto disposição legal em sentido contrário, como se dá com o registro da promessa de compra e venda na matrícula do imóvel. Desse aspecto também decorrem as principais distinções entre o regime jurídico do direito das coisas e o regime jurídico dos direitos pessoais, considerando o caráter absoluto do primeiro (eficácia *erga omnes*) e o caráter relativo do segundo (eficácia *inter alios acta*)¹³⁰.

A virada de chave provocada pela teoria das redes contratuais reside na compreensão de que existem certas hipóteses em que o contrato pode vincular um terceiro que não participa diretamente da relação obrigacional. Assim como sucedeu com a autonomia privada em razão das modificações experimentadas pela teoria contratual no mundo contemporâneo, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato vê mitigado o seu tradicional vigor como consequência do reconhecimento de uma causa sistemática ou intercorrente subjacente à teia contratual.

Isso não equivale a dizer que o vínculo contratual deixou de ser relativo para se tornar absoluto. A tradicional distinção entre o estatuto do direito das coisas e o estatuto do direito obrigacional continua sendo extremamente pertinente nos dias atuais. Na verdade, o fenômeno promove uma espécie de eficácia paracontratual, assim entendida como “*uma eficácia ao lado daquela que se desenvolve internamente ao contrato*”¹³¹. Não cria um dever geral de abstenção em face a uma massa indeterminada de sujeitos, mas permite o transbordamento da eficácia do contrato aos demais participantes da operação econômica viabilizada pela coligação contratual.

¹²⁹ Sobre o assunto, vale destacar o pioneirismo de Rodrigo Xavier Leonardo, mestre e doutor em Direito Civil pela USP, atualmente professor associado de Direito Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da UFPR. O jurista foi, ao menos nos limites de nossas investigações, o primeiro a investigar a temática das redes contratuais na doutrina nacional, voltando as lentes de sua pesquisa para o mercado habitacional brasileiro. Por essa razão, o autor foi escolhido como referencial teórico nesta pesquisa. Confira-se, como já referenciado anteriormente, o livro: LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. O livro resulta da pesquisa feita pelo autor como requisito à obtenção do título de mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Também sobre a temática: LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Os contratos coligados**. In: BRANDELLI, Leonardo. Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Lejus, 2013.

¹³⁰ A diferença elementar entre os dois regimes jurídicos foi observada há tempos por Teixeira de Freitas. Sobre o tema, remete-se o leitor à nota de rodapé nº 7.

¹³¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Os contratos coligados**. In: BRANDELLI, Leonardo. Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Lejus, 2013, p. 8.

O termo coligação contratual, portanto, em sentido amplo, significa uma ligação, um vínculo entre relações jurídicas contratuais diferentes, mas que traduzem uma única operação econômica¹³². O interessante é que o mesmo fenômeno é designado com outras terminologias na análise do direito comparado. Por exemplo, a expressão contratos coligados é frequente no direito português, enquanto a expressão contratos conexos é encontrada no direito espanhol e a expressão grupo de contratos foi abraçada no direito francês. No direito argentino se encontra a expressão redes contratuais e no direito anglo-americano a expressão contratos ligados¹³³.

Para fins metodológicos, alinha-se à sistematização elaborada por Rodrigo Leonardo Xavier, ao compreender a expressão contratos coligados como gênero capaz de representar as situações em que duas ou mais diferentes relações contratuais se encontram vinculadas por existir uma operação econômica que se sobressai daquela resultante de cada um dos contratos. Desse gênero, seriam espécies: (i) os contratos coligados em sentido estrito, (ii) os contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes; (iii) e os contratos conexos¹³⁴.

A primeira espécie traduziria a modalidade de coligação que sucede quando a ligação entre dois ou mais contratos ocorre por força da lei. Um exemplo trazido pelo autor seriam os contratos de interconexão celebrados entre as diversas operadoras de telefonia para permitir a realização de telefonemas entre operadoras distintas. A segunda espécie seria a coligação que é fruto de um exercício de vontade dos contratantes. Exemplo seria a pactuação de cláusula de condição resolutiva para a hipótese de não obtenção do financiamento em contrato de compra e venda de imóvel. A terceira e última espécie designaria as situações em que a coligação é o resultado da própria operação econômica unificada, conformada por um propósito comum.

Dessa terceira espécie de coligação, qual seja, os contratos conexos em sentido amplo, seria possível, segundo o autor, identificar duas novas subespécies, (iii.i) as redes contratuais e (iii.ii) os contratos conexos em sentido estrito. Ambas as categorias traduzem uma situação em que há uma coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, mas interligados por um articulado e estável nexos econômico e funcional, capaz de provocar efeitos jurídicos próprios, inconfundíveis com aqueles resultantes de cada um dos contratos que integra o conjunto¹³⁵.

As duas subespécies que compõem o gênero contratos conexos em sentido amplo têm em comum o vínculo econômico, funcional e sistemático¹³⁶, de modo que as prestações de um dos contratos se coloca em função de objetivos que transbordam os seus limites internos. Tais

¹³² Idem, p. 3.

¹³³ Idem, p. 7.

¹³⁴ Idem, p. 8-9.

¹³⁵ Idem, p. 14.

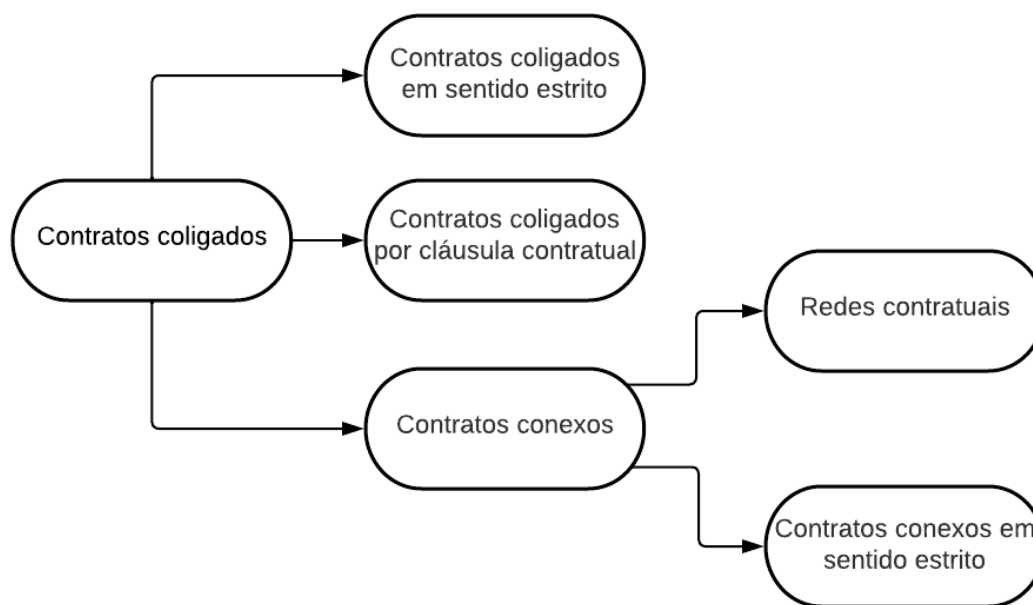
¹³⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. Op. Cit, p. 137.

nexos são verificáveis em uma perspectiva objetiva, quando há uma operação econômica que se sobrepõe aos contratos individualizados, bem como em uma perspectiva subjetiva, quando constatado um propósito comum, de modo que nenhum deles seria realizado isoladamente¹³⁷.

A distinção nuclear entre as subespécies acima apresentadas resulta do sujeito que é destinatário final deste conjunto de contratos. Isso porque a expressão contratos conexos em sentido estrito é utilizada pelo autor para tratar do conjunto de contratos celebrados no campo empresarial enquanto a expressão redes contratuais é utilizada para se referir ao conjunto de contratos conexos entabulados no mercado consumerista. Dessa segunda espécie, os exemplos mais significativos são os contratos destinados ao financiamento habitacional.

A fim de representar visualmente a classificação proposta, o próprio autor elabora um esquema gráfico com o resumo das categorias por ele sistematizadas¹³⁸:

Figura 7 – Classificação dos contratos ligados



Fonte: Rodrigo Leonardo Xavier.

Sendo múltiplas as possibilidades de coligação entre contratos, também serão diversas as vinculações jurídicas. Por esse motivo, considerando a extensão do vínculo, o autor classifica as coligações em três espécies, segregando as que estabelecem vínculos de (i) acessoriedade,

¹³⁷ “Em síntese: unidade de operação econômica e propósito comum, mediante uma pluralidade de relações contratuais interligada sob a perspectiva funcional e econômica”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Os contratos ligados**. Op. cit. p. 15.

¹³⁸ Trouxemos a esquematização realizada por Rodrigo Xavier Leonardo em obra de sua autoria, já referenciada acima, em razão de sua extrema didática. A figura original, porém, foi modificada por esta autora, sem qualquer mudança no conteúdo, somente visando, *permissa venia*, aprimorar a qualidade da imagem.

(ii) dependência e (iii) coordenação. No primeiro grupo estariam as coligações com escopo de viabilizar ou incrementar o adimplemento de um outro contrato, como ocorre com o contrato de garantia. No segundo grupo estariam os contratos cuja eficácia ou propósito têm relação de dependência com outros contratos. Por fim, o terceiro grupo compreenderia as coligações nas quais se verifica uma ordenação conjunta para a realização do objetivo comum¹³⁹.

Seja como for, o fato é que, diante da coligação de contratos, é possível verificar “*algo transcendente à bilateralidade comum aos contratos singulares*”¹⁴⁰. Novos sujeitos entram no processo obrigacional de modo que a relação de corresponsabilidade entre as prestações passa a envolver os demais contratos coligados. É por consequência dessa eficácia paracontratual que os deveres laterais atribuídos a uma parte transbordam as fronteiras do contrato para vincular outros sujeitos envolvidos na relação contratual. A conexão entre os contratos opera não apenas no plano da eficácia, como também no plano da validade, a permitir que a nulidade de um dos contratos contagie outro estruturalmente distinto, mas funcionalmente ligado em rede¹⁴¹.

A relevância do estudo dos contratos coligados se justifica porque o consumo para fins de habitação representa, talvez, o principal mercado em que esse fenômeno se faz presente. A elaboração de esquemas de financiamento de longo prazo se impõe, sobretudo, considerando o elevado valor atribuído ao bem habitação, de modo que o pagamento parcelado surge como a única opção viável para a maioria dos consumidores. Aos empreiteiros, o crédito também se revela como uma estratégia de redução de riscos, antecipando o capital necessário para executar o empreendimento e postergando a devolução dos recursos para o momento em que ocorrerá a alienação das unidades construídas e o repasse do financiamento aos consumidores finais.

Em contraponto, a exploração do mercado de crédito enfrenta o risco do endividamento. Tudo se parcela, se divide, postergando para o futuro as dívidas contraídas no presente, em um efeito cascata que deságua na insolvência civil. Por consequência, algumas vozes da doutrina se levantaram em favor de um tratamento especial aos superendividados, à luz dos deveres de lealdade e cooperação, o que seria, para Costa Filho¹⁴², “*uma tentativa de evitar a sua exclusão*

¹³⁹ Idem, p. 11.

¹⁴⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. Op. Cit, p. 152.

¹⁴¹ É interessante notar que a possibilidade de contágio de invalidades na rede de contratos era sustentada pelo autor desde o princípio de suas investigações. Na obra que resultou da pesquisa realizada para a obtenção do título de mestre, defendeu o autor que as hipóteses de nulidade previstas no artigo 51 do CDC seriam extensivas à toda a cadeia contratual porque o legislador, ao prescrever a nulidade de cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, teria enunciado algo muito maior do que a nulidade de cláusulas constantes em um singular contrato de fornecimento de produtos ou serviços. O entendimento, como se verá, posteriormente foi cristalizado pela Lei do Superendividamento, que admitiu, expressamente, a possibilidade de contágio de invalidades. Idem, p. 187.

¹⁴² COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Da necessidade de um tratamento jurídico adequado ao superendividamento no Brasil**. Universidade Católica de Pernambuco, Revista Jurídica In-Pactum, v. 7, Recife, 2011, p. 105.

do mercado de consumo, verdadeira morte civil do homo economicus da pós-modernidade”.

Os apelos favoráveis à elaboração de uma disciplina especial para os superendividados resultaram na edição da chamada Lei do Superendividamento. A nova legislação atualizou o Código de Defesa do Consumidor e incluiu diversos dispositivos em seu conjunto normativo. Dentre as mudanças, para os fins específicos do presente trabalho, vale destacar a positivação de um regramento específico para os contratos coligados, assunto que antes era relegado aos auspícios da doutrina e da jurisprudência. Isso ocorreu mediante a inclusão de um novo artigo ao corpo do diploma consumerista, prevendo, essencialmente, o que se transcreve adiante:

Art. 54-F. São conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produto ou serviço e os contratos acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento quando o fornecedor de crédito:

I - recorrer aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a preparação ou a conclusão do contrato de crédito;

II - oferecer o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor de produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal for celebrado.

§ 1º O exercício do direito de arrependimento nas hipóteses previstas neste Código, no contrato principal ou no contrato de crédito, implica a resolução de pleno direito do contrato que lhe seja conexo.

§ 2º Nos casos dos incisos I e II do caput deste artigo, se houver inexecução de qualquer das obrigações e deveres do fornecedor de produto ou serviço, o consumidor poderá requerer a rescisão do contrato não cumprido contra o fornecedor do crédito.

§ 3º O direito previsto no § 2º deste artigo caberá igualmente ao consumidor:

I - contra o portador de cheque pós-datado emitido para aquisição de produto ou serviço a prazo;

II - contra o administrador ou o emitente de cartão de crédito ou similar quando o cartão de crédito ou similar e o produto ou serviço forem fornecidos pelo mesmo fornecedor ou por entidades pertencentes a um mesmo grupo econômico.

§ 4º A invalidade ou a ineficácia do contrato principal implicará, de pleno direito, a do contrato de crédito que lhe seja conexo, nos termos do caput deste artigo, ressalvado ao fornecedor do crédito o direito de obter do fornecedor do produto ou serviço a devolução dos valores entregues, inclusive relativamente a tributos.

Da leitura do dispositivo, um primeiro destaque é que o legislador optou por se referir ao fenômeno utilizando como sinônimas as diversas terminologias empregadas pela doutrina para descrevê-lo. É dizer, as consequências do fenômeno serão as mesmas, independentemente da nomenclatura adotada em sua definição, isto é, se contratos coligados, contratos conexos, contratos interdependentes ou até mesmo redes contratuais. O que importa, aparentemente, é a relação econômica, sistemática e funcional estabelecida entre os contratos ligados em rede¹⁴³.

O texto também avança ao trazer o conceito legal da coligação de contratos. Nos termos do dispositivo, são conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal

¹⁴³ Sobre a nova legislação, recomenda-se ao leitor o seguinte artigo: GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável**: Uma primeira análise. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em 05 de janeiro de 2023.

de fornecimento de produto ou de serviço e os contratos acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento, quando o fornecedor de crédito (i) recorrer ao fornecedor de produtos ou de serviços para a preparação ou para a conclusão do contrato de crédito; ou (ii) oferecer crédito no local da atividade empresarial do fornecedor ou onde o contrato principal for celebrado.

A primeira hipótese legal não é de simples visualização. Isso porque o caminho trilhado, sobretudo no mercado habitacional, em regra, é o inverso, ou seja, é o fornecedor de produtos ou serviços é quem procura o fornecedor de crédito para a conclusão do contrato de compra e venda, isso quando a iniciativa não parte do próprio consumidor. A segunda hipótese legal é que tem um maior alcance, sendo ilustrada, por exemplo, pelos famosos “feirões” de imóveis e automóveis. Outro exemplo seriam os serviços de crediário oferecidos por lojas varejistas.

Não obstante o avanço, é importante registrar que o legislador perdeu a oportunidade de conceituar o fenômeno de forma mais ampla, com enfoque na vinculação funcional, sistemática e econômica existente entre o grupo de contratos. Do conceito legal, por exemplo, não há como incluir, ao menos diretamente, as coligações no mercado de turismo, como companhias aéreas, redes hoteleiras e agências de viagem, porque o serviço não costuma envolver a concessão de crédito. Também sob os estreitos limites da definição legal, nem todo contrato de financiamento habitacional seria coligado, mas somente aqueles realizados no estabelecimento do fornecedor ou onde o contrato principal for celebrado, como acontece nos “feirões da casa própria”.

Todavia, o intérprete não deve se fechar nos campos estritos da literalidade textual. Na verdade, o dispositivo consagra os critérios hermenêuticos para a aplicação e reconhecimento das redes contratuais no mercado de consumo, cuja existência já era admitida na doutrina e na jurisprudência mediante uma interpretação conforme a boa-fé objetiva. O que vale, dessa forma, são as repercussões jurídicas expressamente previstas nas hipóteses de coligação. Havendo uma causa sistemática unindo os contratos, opera-se um “efeito dominó”, de modo que a invalidade ou ineficácia de um repercutirá nos demais, raciocínio que se aplica também ao exercício direito de arrependimento e à exceção do contrato não cumprido.

3.4 DOS MÚLTIPLOS CONTRATOS NO FINANCIAMENTO HABITACIONAL

As reflexões a respeito das redes contratuais se fazem pertinentes para demonstrar que, mesmo sendo usual encontrar a expressão “contrato de financiamento habitacional” na prática forense, nos textos acadêmicos e no mercado de consumo, tecnicamente, não está se tratando de um único contrato, e sim de uma rede interligada funcional, sistemática e economicamente, caracterizada por um propósito comum e por uma operação econômica superior à pretendida

pelos contratos individualmente considerados. Por outras palavras, na rede contratual formada em virtude do financiamento habitacional, há uma causa sistemática consistente em promover o acesso ao crédito destinado à aquisição da propriedade imobiliária para fins de moradia.

Sob essa perspectiva, a adequada compreensão do fenômeno exige um olhar analítico sobre as várias contratações firmadas em rede. O crédito, ou financiamento propriamente dito, a rigor, nada mais é do que um contrato de mútuo, celebrado com a finalidade de obter a soma necessária ao adimplemento de outros vínculos contratuais. Como esses contratos costumam envolver uma série de riscos, dentre os quais, o elevado valor emprestado e o longo prazo da relação contratual estabelecida, também integram a rede outras pactuações destinadas a aliviar o risco da operação, como os contratos de seguro e os contratos instituindo garantia reais.

Em sentido amplo, como antecipado, a locução contrato de financiamento habitacional costuma ser usada para se referir à rede contratual estabelecida a fim de viabilizar o acesso ao crédito voltado à aquisição da propriedade para fins de moradia. Em sentido estrito e com um maior rigor científico, contudo, o contrato de financiamento habitacional é contrato de mútuo, entendido como “*o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra coisa fungível, tendo a outra a obrigação de restituir igual quantidade de bens do mesmo gênero e qualidade*”¹⁴⁴.

Ensina Orlando Gomes que a característica fundamental do mútuo é a transferência da propriedade da coisa emprestada, o que acontece diante da impossibilidade de ser restituída na sua individualidade. Por essa razão, correto dizer que se trata de contrato translativo¹⁴⁵. Essa é uma das principais diferenças com o comodato, levando em consideração que a transferência operada neste segundo contrato envolve apenas a posse, já que a coisa emprestada, não sendo fungível tampouco consumível, haverá de ser restituída ao comodante na sua individualidade.

O mútuo é por natureza um contrato gratuito, salvo estipulação em sentido contrário. É normalmente oneroso o mútuo destinado a fins econômicos, como acontece com o mútuo nos contratos bancários, dentre os quais, os contratos firmados no mercado habitacional, tendo em vista que a instituição financeira empresta ao mutuário certa quantia em pecúnia, mediante a incidência de juros, que representa a remuneração devida em decorrência da operação. Nessa hipótese, ao assumir caráter oneroso, o mútuo passa a ser denominado feneratício ou frutífero.

Dessa conceituação, é possível classificar o contrato de mútuo como um contrato real, tendo em vista que o seu aperfeiçoamento só ocorre mediante tradição, ou seja, com a efetiva

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 389.

¹⁴⁵ Idem.

entrega da coisa¹⁴⁶. Sem a tradição, o que se tem é um contrato preliminar, uma promessa, não se confundindo com o mútuo propriamente dito, que somente se aperfeiçoa com a entrega da coisa ao mutuário¹⁴⁷. Por consequência, se entre a solicitação do financiamento e a sua efetiva concessão há alguma intercorrência capaz de impedir a transferência da quantia ao mutuário, o contrato não será aperfeiçoado. Não se confunda, contudo, a classificação do vínculo com a sua eficácia, que será, evidentemente, relacional (*res inter alios acta*) e não real (*erga omnes*).

Há, contudo, um aspecto específico no contrato de financiamento habitacional que lhe distingue dos demais contratos de mútuo. Isso porque o financiamento é destinado a um setor de inegável interesse social. Com efeito, esses contratos costumam ser caracterizados por um maior grau de intervenção estatal, de modo a revelar um vasto conjunto de normas cogentes, interferindo no conteúdo do negócio ao prever fórmulas contratuais previamente padronizadas quanto ao reajuste das prestações, taxas de juros, fatores de correção monetária, dentre outros.

Habitualmente, a ideia de financiamento habitacional é associada ao vínculo entre uma pessoa física interessada em adquirir determinado imóvel e uma instituição financeira. Seria, por exemplo, a hipótese de um promissário comprador que procura um financiamento perante a instituição financeira com vistas a quitar o débito remanescente em um contrato preliminar de compra e venda. Nesses contratos, em regra, o promissário comprador arca com um valor a título de entrada ou sinal, comprometendo-se a obter um financiamento para saldar o resíduo.

Ocorre que os mutuários, tomadores de recursos, também podem ser pessoas jurídicas, incorporadoras ou construtoras. O contrato celebrado entre esses atores tem como objetivo a construção e a comercialização dos conjuntos habitacionais aos consumidores finais. A ideia subjacente a essa contratação é potencializar os resultados econômicos do negócio, de modo a garantir os recursos necessários para levar adiante o empreendimento, objetivo que dificilmente seria alcançado se o empreendedor assumisse sozinho os riscos da operação econômica¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Importa registrar, contudo, que a expressão contratos reais é equívoca, no sentido de se prestar a significados distintos, a depender do contexto em que utilizado, como observou Luciano Penteadó. Assim, por contratos reais pode se entender aqueles para cuja constituição seja necessário algum ato próprio do direito das coisas, como a tradição (*quoad constitutionem*), como também os contratos que geram diretamente direitos reais, como se daria na hipótese da compra e venda com eficácia real, não admitida no direito brasileiro, diante da separação relativa de planos entre nós adotada. Também consistiria contrato real os contratos de direito das coisas, cuja diferença é atinente ao setor dogmático em que operam, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas reais, isto é, relações jurídicas cujo objeto primário seja uma coisa. PENTEADO, Op. cit, p. 588.

¹⁴⁷ GOMES, Op. cit, p. 391.

¹⁴⁸ Eis a racionalidade econômica da operação: “é da necessidade de crédito, tanto para a produção quanto para o consumo, que surgem, em verdade, as redes contratuais no mercado imobiliário nacional, envolvendo negócios voltados para produção, comercialização e garantia dos respectivos créditos concedidos. Assim, é o crédito que impulsiona a união de esforços entre agentes atuantes neste mercado que, solitariamente, pouco resultado alcançariam, seja pelas dificuldades de produção, seja pelas dificuldades de comercialização”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. Op. cit, p. 173.

A expectativa final da construtora ou incorporadora, evidentemente, é comercializar as unidades autônomas no mercado de consumo, repassando para os consumidores os custos e os riscos do financiamento. A alienação das unidades aos adquirentes finais pode ocorrer à vista ou mediante financiamento. Na segunda hipótese, a instituição escolhida pelo adquirente final assumirá a responsabilidade pela quitação do débito no contrato preliminar de compra e venda e o promitente comprador dará o próprio imóvel em garantia do financiamento.

Observa-se que, nessa situação, a presença da incorporadora ou construtora no circuito negocial é meramente transitória¹⁴⁹. A expectativa é que consiga alienar todas as unidades do empreendimento e, dessa maneira, saldar o seu débito com a instituição financeira, repassando aos adquirentes finais os custos do financiamento, incluindo, muitas vezes, eventual garantia real firmada entre a instituição financeira e a pessoa jurídica¹⁵⁰. A tarefa dos empreendedores, seria, portanto, intermediar a operação, como explica Cláudio Hamilton Matos dos Santos¹⁵¹:

Recebido o financiamento, o empreendedor responsabilizava-se pela venda das unidades habitacionais construídas aos consumidores finais. e esses últimos, por sua vez, responsabilizavam-se pelo pagamento do empréstimo às instituições financeiras, tornando-se, assim, mutuários do sistema. O empreendedor, portanto, era apenas um intermediário do processo, dado que após a venda do imóvel ele repassava sua dívida com as instituições financeiras para os mutuários.

Essa distinção é especialmente relevante para os fins da presente investigação porque, frequentemente, por motivos diversos, os empreendimentos financiados não eram concluídos ou as expectativas de alienação das unidades não eram atendidas. Durante a história do Sistema Financeiro de Habitação, por exemplo, foram reiterados os casos de construções que restaram abandonadas pelas construtoras ou incorporadoras e acabaram sendo ocupadas por terceiros, que tomaram para si a tarefa de finalizar os projetos ou realizar melhoramentos estruturais¹⁵².

¹⁴⁹ “A relação jurídica que o construtor estabelece, primeiro com o agente financeiro que lhe empresta recursos para a construção do imóvel, e, a seguir, com os adquirentes finais aos quais vende as unidades habitacionais, é transitória - e assim sua presença no circuito negocial do SFH - porquanto satisfaz o construtor sua dívida com o agente financeiro ao ceder a este o crédito resultante da venda das unidades habitacionais” REALE Miguel et al, Op. cit, p. 13.

¹⁵⁰ Foram justamente situações como essa que deram origem ao enunciado sumular nº 308 do Superior Tribunal de Justiça, que tivemos a oportunidade de comentar ao tratar anteriormente sobre os deveres laterais no mercado habitacional.

¹⁵¹ SANTOS, Op. Cit.

¹⁵² “[Na primeira metade dos anos 90] O número de unidades contratadas no âmbito do FGTS, em muitos casos com prescindência de critérios técnicos para a localização dos conjuntos habitacionais e caracterização da demanda, esteve muito acima da capacidade de financiamento do Fundo, o que determinou a prática paralisação de novas construções até o 1º semestre de 1995. Por outra parte, mais de duzentas mil unidades habitacionais apresentavam problemas de comercialização ou foram comercializadas sem as necessárias obras de infraestrutura, constituindo os chamados ‘conjuntos-problemas’, caracterizados, também, por elevados índices de inadimplência e ocupação irregular”. ARAGÃO, Op. Cit, p. 433.

Foram nesses “conjuntos-problemas” que surgiram os debates a respeito da usucapião no contexto do Sistema Financeiro de Habitação. De um lado, estaria a instituição financeira, com a garantia real gravada sobre o empreendimento em razão do financiamento concedido à construtora ou incorporadora. Do outro lado, estariam os terceiros que ocuparam os conjuntos habitacionais abandonados e neles realizaram melhoramentos, agindo com ânimo de dono por um prazo suficiente para a consumação da usucapião em suas várias modalidades. O tema foi discutido largamente na justiça mas, conforme se verá, a balança pendeu em favor dos bancos.

Outra contratação existente na rede contratual destinada ao financiamento habitacional é o seguro habitacional. O contrato de seguro, no mercado habitacional brasileiro, é mais um importante exemplo do dirigismo estatal que caracteriza os contratos de financiamento, tendo em vista o seu caráter obrigatório e cogente em todas as operações realizadas no setor. Essa imposição legal é justificada porque o contrato de seguro representa uma forma de viabilizar o próprio financiamento habitacional, constituindo um mecanismo capaz de distribuir os riscos, inerentes ao longo prazo característico do financiamento, com maior eficiência no mercado¹⁵³.

Com relação ao seguro habitacional, a apólice obrigatória deverá cobrir, em contratos firmados no SFI, no mínimo, o risco de morte e invalidez permanente (MIP)¹⁵⁴. Em contratos firmados no SFH, a cobertura contratual inclui o risco de Danos Físicos ao Imóvel (DFI)¹⁵⁵. Considerando o caráter social inerente ao PMCMV, os contratos destinados às menores faixas de renda têm a cobertura do Fundo Garantidor da Habitação Popular. Na hipótese de ocorrer algum dos eventos, os riscos serão cobertos pelo fundo, dispensando a contratação da apólice¹⁵⁶.

Os contratos de financiamento habitacional celebrados com os adquirentes finais das unidades costumam ter um longo prazo de duração. Nesse interregno, fatores diversos, como,

¹⁵³ Sobre os contratos de seguro, interessante trazer a abordagem econômica trazida por Gregory Mankiw, para quem : *“Do ponto de vista da economia, o papel do seguro não é eliminar os riscos, mas distribuí-los com maior eficiência. Vamos considerar, por exemplo, o seguro contra incêndio. Ter um seguro contra incêndio não reduz o risco de você perder a sua casa em um incêndio. Mas, se esse infeliz sinistro ocorrer, a empresa seguradora irá lhe pagar uma indenização. O risco, em vez de ser suportado só por você, é dividido entre os milhares de acionistas da seguradora. Como as pessoas são avessas ao risco, é mais fácil para 10 mil pessoas arcarem com 1/10 mil do risco do que para uma pessoa arcar com todo o risco por si só”*. MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**. Tradução por Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 588.

¹⁵⁴ De acordo com o estipulado pelo inciso IV do artigo 5º da Lei nº 9.514 de 1997, que instituiu o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI): As operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais: (...) IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente.

¹⁵⁵ Segundo o artigo 79 da Lei nº 11.977 de 2009: Os agentes financeiros do SFH somente poderão conceder financiamentos habitacionais com cobertura securitária que preveja, no mínimo, cobertura aos riscos de morte e invalidez permanente do mutuário e de danos físicos ao imóvel.

¹⁵⁶ Segundo o inciso II do artigo 20 da Lei nº 11.977 de 2009: Fica a União autorizada a participar, até o limite de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), de Fundo Garantidor da Habitação Popular - FGHab, que terá por finalidades: (...) II - assumir o saldo devedor do financiamento imobiliário, em caso de morte ou invalidez permanente, e as despesas de recuperação relativas a danos físicos ao imóvel para mutuários com renda familiar mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil seiscentos e cinquenta reais).

por exemplo, o aumento do núcleo familiar, o desemprego ou a melhora no padrão de vida do adquirente podem ocasionar a necessidade de alienação do bem e a transferência do contrato de financiamento a um terceiro. O objetivo é substituir o devedor primitivo, mediante a sucessão positiva no vínculo obrigacional, caracterizando, tecnicamente, a chamada assunção de dívida.

A assunção de dívida é definida por Orlando Gomes como o negócio jurídico por meio do qual um terceiro assume a responsabilidade pela dívida contraída pelo devedor originário, sem que a obrigação deixe de existir¹⁵⁷. Ao contrário da cessão de crédito, não é indiferente ao credor a pessoa do devedor, considerando-lhe interessar não apenas as suas qualidades pessoais, como também a idoneidade patrimonial, motivo pelo qual não vale sem o seu consentimento.

Até 1990, não havia regulamentação no SFH tratando sobre a possibilidade de assunção de dívida. O cenário mudou com a Lei Federal nº 8.004 de 1990, autorizando expressamente a transferência do financiamento a terceiros, desde que observadas algumas condições, como a anuência obrigatória do agente financeiro (parágrafo único do artigo 1º) e a demonstração da capacidade de pagamento do cessionário quanto ao valor do novo encargo mensal (artigo 2º).

O problema surge quando o contrato firmado entre o cedente e o cessionário não conta com a anuência da instituição financiadora. Isso costuma acontecer por razões diversas, como, por exemplo, a falta de conhecimento técnico quanto às formalidades necessárias ao negócio, a burocracia enfrentada para obter a anuência da instituição financeira ou ainda a intenção de escapar dos “refinanciamentos” e do possível aumento no valor do encargo mensal.

Os contratos de gaveta surgiram então com fenômeno comum no mercado habitacional. Consistem, basicamente, em um contrato pelo qual o mutuário cede os direitos decorrentes do financiamento a um terceiro, sem contar com a anuência do agente financeiro, razão pela qual, faltando a formalidade exigida em lei, tem os seus efeitos restritos às partes signatárias, ou seja, o cedente e o cessionário. Por esse negócio, o cessionário se compromete a pagar as prestações remanescentes, mas o cedente continua como titular do contrato perante a instituição financeira, assumindo o encargo de transferir a propriedade ao cessionário após quitado o financiamento.

Desde logo, é importante explicar que o estudo dos contratos de gaveta se justifica, no presente trabalho, porque esse contrato, frequentemente, é utilizado como fundamento para os pedidos de usucapião ordinária, com o prazo reduzido para dez anos, sob o argumento de que se trataria de um justo título. Como se verá com maior profundidade em capítulo específico, a jurisprudência tende a afastar a caracterização dos contratos de gaveta como justo título para a usucapião ordinária, manipulando esses conceitos, contudo, sem o necessário rigor científico.

¹⁵⁷ GOMES, Op. Cit, p. 258

Do exposto até o momento, fica evidenciada a existência de múltiplas contratações, ou melhor, de uma rede interligada de contratos, no mercado de crédito habitacional. Em sentido estrito e tecnicamente mais preciso, o contrato de financiamento habitacional corresponde ao contrato de mútuo, mas em uma acepção ampla, corresponde ao circuito de negócios jurídicos destinados ao fornecimento de crédito para a aquisição da moradia, o que incluirá, como visto, contratos preliminares e definitivos de compra e venda, contratos particulares entre mutuários e cessionários, contratos de seguro obrigatório e contratos instituidores de garantias reais, cuja relevância para os fins da investigação demandará o exame em tópico apartado deste trabalho.

3.5 GARANTIAS REAIS ENVOLVIDAS NO FINANCIAMENTO

Temos destacado que o financiamento habitacional, por consequência do longo prazo de duração dos contratos e do elevado valor emprestado ao mutuário, costuma envolver uma série de riscos. Uma parcela desses riscos, como visto, estará coberta pelo seguro obrigatório, notadamente, os riscos de morte, invalidez permanente e danos físicos ao imóvel, neste último compreendidos, por exemplo, eventos decorrentes de incêndio, explosão e desmoronamento.

Contudo, nesse intervalo de tempo, não é raro que aconteçam alterações das condições originalmente pactuadas pelas partes, motivada por fatores diversos, como o desemprego ou a desvalorização da moeda, podendo prejudicar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e elevar o índice de inadimplência dos mutuários. O mercado brasileiro, aliás, guarda em sua memória recente um exemplo notório do risco inadimplência, quando enfrentou, nos anos 80, uma profunda crise econômica, com aumento da inflação, que culminou na extinção do BNH.

Para mitigar o risco de inadimplência, a instituição financeira exige dos mutuários um reforço patrimonial capaz de garantir uma maior salvaguarda quanto à restituição dos valores emprestados. É nesse cenário que o estudo das garantias firmadas no mercado habitacional se revela útil, sobretudo para a compreensão da natureza do vínculo originado entre o mutuário e o agente financeiro como decorrência da instituição da garantia no contrato de financiamento.

Ao decompor uma relação obrigacional, é possível identificar os seus dois elementos, o débito (*debitum* ou *Schuld*) e a responsabilidade (*obligatio* ou *Haftung*). O primeiro conceito corresponde ao dever de prestação, a ser cumprido espontaneamente pelo devedor. Esse seria, como explica Orlando Gomes, o fim imediato do direito de crédito. O segundo conceito, a seu turno, corresponde à sujeição patrimonial do devedor ao poder coativo do credor, o que seria,

também conforme os ensinamentos de Orlando Gomes, o fim remoto do direito creditório¹⁵⁸.

A princípio, o débito e a responsabilidade são coincidentes, porque a responsabilidade se manifesta como consequência do débito¹⁵⁹. São assim chamadas obrigações perfeitas. Não obstante, existem obrigações sem a coexistência dos elementos. Há apenas a responsabilidade sem o débito ou o débito sem a responsabilidade. Como exemplo do primeiro caso, cita-se o contrato de fiança, mediante o qual o fiador assume a responsabilidade, mas não tem o débito. Como exemplo do segundo caso, citam-se as obrigações naturais, como seria o caso daquelas decorrentes de aposta e jogo. Há um direito e, consequentemente, um dever, mas não há uma sujeição patrimonial do devedor, tampouco a faculdade de o credor exigir o adimplemento¹⁶⁰.

No entanto, houve um tempo em que a responsabilidade do devedor era pessoal. Dessa maneira, o devedor sujeitava o seu próprio corpo ou liberdade ao cumprimento da obrigação, como era a hipótese da escravidão por dívidas, por exemplo. Hoje, contudo, vigora o princípio da responsabilidade patrimonial, de modo que, havendo o inadimplemento da obrigação, é o patrimônio do devedor que responde e garante a dívida, e não o seu corpo ou a sua liberdade.

Dessa noção, é possível concluir que existe uma garantia mínima ou geral para todas as obrigações perfeitas, consistente no próprio patrimônio do devedor. Pelo não cumprimento da obrigação, responderá o devedor nos limites do seu patrimônio, entendido como um plexo de direitos e obrigações apreciáveis pecuniariamente¹⁶¹. Há, porém, a possibilidade de a garantia geral ser reforçada mediante a estipulação de garantias especiais, as quais terão a finalidade de assegurar ao credor uma maior possibilidade de satisfazer a sua pretensão. Seriam as garantias especiais, nas palavras de Orlando Gomes, *medidas acautelatórias*¹⁶².

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 18.

¹⁵⁹ Idem, p. 19.

¹⁶⁰ Sobre o tema, cumpre trazer as lições de Clovis do Couto e Silva: “*Afirma-se, hoje, que à obrigação perfeita do devedor corresponde pretensão e ação do credor. A assertiva somente poderá ser entendida in abstracto, porque, concretamente, de uma só obrigação podem nascer várias pretensões. Tem-se admitido que nas ‘obrigações naturais’ há direito, mas não pretensão, porque, nelas, o devedor está completamente à vontade de adimplir, ou não, o devido. Por faltar-lhes pretensão, não prescrevem, uma vez que o instituto da prescrição supõe responsabilidade. Na ‘obrigação natural’, há direito e, consequentemente, dever, mas não há a faculdade de exigir o adimplemento (proeise agere), nem, também, perdas e danos pelo não cumprimento. Há débito e não se manifesta a responsabilidade ou garantia. A seu turno, em alguns casos, existe responsabilidade ou garantia, sem que haja débito. No plano obrigacional, alude-se ao contrato de fiança, alegando-se que o fiador não deve e somente responde*”. SILVA, Op. cit, p. 84

¹⁶¹ Nesse sentido, para Luiz Edson Fachin: “*A atual definição jurídica de patrimônio traz em seu bojo a ideia de complexo de direitos e obrigações apreciáveis pecuniariamente. O patrimônio se refere a relações aferíveis economicamente, pelo que se excluem do seu bojo os direitos de família puros e os direitos de personalidade. É certo: direitos patrimoniais dirigem-se a bens, tanto no que tange à regulação de sua direta utilização (direitos reais) quanto no que tange ao caminho para essa direta utilização (direitos obrigacionais)*”. FACHIN, Luiz, Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Op. cit, p. 64

¹⁶² “*Embora o patrimônio do devedor responda por suas dívidas, é prudente, em muitos casos, não confiar apenas nessa garantia genérica. Não só o devedor pode estar endividado ou contrair novas dívidas, como não está proibido de alienar bens ou transferir direitos, enfraquecendo, em consequência, a garantia oferecida por seu*

A importância dessas reflexões se justifica porque permite superar um “lugar comum” e entender as garantias não apenas como as garantias especiais, mas também como a garantia geral consistente no patrimônio do devedor¹⁶³. Isso é relevante porque, havendo a extinção da garantia especial por alguma causa prevista em lei, como, por exemplo, a usucapião, enquanto forma de aquisição originária da propriedade e outros direitos reais, não há, necessariamente, a extinção da responsabilidade. O direito material de crédito propriamente dito subsiste, mas a massa patrimonial que funcionava como reforço é retirada da órbita de executoriedade¹⁶⁴.

Dentre as garantias especiais, estão as garantias reais e pessoais. Dentre as primeiras, o direito brasileiro admitiu o penhor, a anticrese e a hipoteca. Dentre as segundas, estão a fiança e o aval¹⁶⁵. A peculiaridade das garantias reais é afetar um bem determinado ao cumprimento da obrigação. Nessa hipótese, havendo o inadimplemento da obrigação, o poder de excussão do credor pode ser direcionado à coisa objeto do direito real de garantia, de modo que, como explica Luciano Penteado, a responsabilidade se desloca da pessoa para o bem circunscrito, o que reforça o crédito, além de torna-lo preferencial¹⁶⁶. Por outro lado, as garantias pessoais ou simples incluem no nível da responsabilidade uma outra massa patrimonial para além daquela pertencente ao devedor. Segundo Fachin, são chamadas simples porque não afetam um bem específico, a garantia recai sobre o conjunto de bens disponíveis e alienáveis do terceiro¹⁶⁷.

A propriedade fiduciária, por sua característica e funcionamento, merece, desde logo, um comentário aparte. Isso porque, conforme as lições de Luciano Penteado, a propriedade fiduciária seria uma garantia imprópria ou atípica, sendo que a atipicidade, no entendimento do autor, não seria a ausência de previsão legal, até porque isso escaparia a um dos princípios basilares do direito das coisas. Nesse sentido, seria atípica porque o direito real de propriedade, em seu desenho típico, não possui função de garantia, mas com a propriedade fiduciária, a sua

patrimônio. Outras vezes, não inspira confiança ao credor, quer por suas qualidades pessoais, quer por não ter bens suficientes para garantir a execução. Com o duplo objetivo de facilitar o crédito e permitir ao credor que se acautele contra o risco do inadimplemento e, até mesmo, os vexames da execução coativa, a lei põe à disposição do credor várias medidas de que se pode valor para ter uma garantia específica”. GOMES, Op. cit, p. 273.

¹⁶³ É o que há tempos clamava Luiz Edson Fachin: “*impede ir além desse lugar comum, superando o entender-se por garantia tão somente as garantias especiais, as quais asseguram de modo particular, com algum reforço, as expectativas do credor*”. FACHIN, Op. cit, p. 74.

¹⁶⁴ A expressão é utilizada por Fachin para concluir que a garantia de um patrimônio mínimo não afeta o direito de crédito, mas sim retira bens da órbita de executoriedade. O mesmo raciocínio se aplica, em nosso sentir, para a hipótese de extinção de uma garantia especial, que também são retiradas da órbita de executoriedade, restando ao credor apenas a garantia geral. Idem, p. 73.

¹⁶⁵ Interessante destacar que Orlando Gomes também menciona a solidariedade no grupo das garantias pessoais ou simples. A solidariedade, segundo o autor, não seria propriamente uma garantia, haja vista que não constitui, como a fiança, um negócio distinto, estipulado para exercer essa função, porém, o seu mecanismo desempenha o mesmo papel, aumentando as possibilidades de realização do direito creditório. GOMES, Orlando. **Obrigações**. Op. cit, p. 274.

¹⁶⁶ PENTEADO, Op. Cit, p. 587.

¹⁶⁷ FACHIN, Op. cit, p. 93.

destinação é alterada para assegurar o cumprimento de uma obrigação¹⁶⁸.

No mercado habitacional, o próprio imóvel financiado serve como garantia especial ao pagamento das prestações contraídas pelo mutuário. Tradicionalmente, a hipoteca costumou ser a garantia utilizada em financiamentos concedidos no Sistema Financeiro de Habitação. Com o Sistema de Financiamento Imobiliário, contudo, surgiu uma nova modalidade de garantia no financiamento habitacional, a alienação fiduciária. Nos limites pretendidos nesta investigação, será útil examinar tais modalidades de garantias e o alcance do vínculo por elas estabelecido.

3.5.1 Hipoteca

A definição de hipoteca é encontrada nos principais manuais civilistas com pouca ou nenhuma variação. Orlando Gomes, por exemplo, a define como: “*o direito real de garantia em virtude do qual um bem imóvel que continua em poder do devedor, assegura ao credor, precipuamente, o pagamento de uma dívida*”¹⁶⁹. Na mesma rota, Caio Mário da Silva Pereira a conceitua como “*o direito real de garantia de natureza civil, incidente em coisa imóvel do devedor ou de terceiro, sem transmissão da posse ao credor*”¹⁷⁰. As variações encontradas na doutrina incluem na definição não apenas o bem imóvel, mas outros bens a ele análogos¹⁷¹.

Por essas conceituações, fica evidente que a hipoteca não importa a transferência da posse ou da propriedade para o credor. Por outras palavras, o devedor continua proprietário e exercendo todas as faculdades atinentes ao domínio, pelo que a garantia não impede, portanto, o regular aproveitamento econômico do imóvel, incluindo os direitos de usar, fruir e alienar a coisa hipotecada. Como notou Teixeira de Freitas, a hipoteca “*não desmembra a propriedade como o usufructo, não transfere a coisa para o credor e a deixa subsistir intacta: somente adstringe a coisa a fornecer ao credor seu pagamento por meio da venda*”¹⁷².

A hipoteca é instituída mediante um contrato de direito das coisas, aqui entendido em

¹⁶⁸ Disso decorre, também, a distinção entre os direitos reais de garantia (grupo que inclui a hipoteca, penhor e anticrese) e os direitos reais com função de garantia (grupo que inclui a propriedade fiduciária). PENTEADO, Op. Cit, p. 589.

¹⁶⁹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 381.

¹⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Volume IV. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 330.

¹⁷¹ Para Luciano Penteado: “*Consiste a hipoteca na garantia real, oponível a terceiros, pela qual um crédito se torna preferente e ambulatorial, isto é, caminha junto ao bem, que é imóvel ou a ele análogo e que permite, na hipótese de inadimplemento, a realização da garantia sobre o mesmo.*” PENTEADO, Op. Cit, p. 617. Também nessa linha: “*A hipoteca é um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão da posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferentemente, se inadimplente o devedor*”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Volume IV. 34ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 619.

¹⁷² FREITAS, Op. Cit, p. LXXXV.

acepção mais restrita, no sentido de contrato que opera criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas reais, ou seja, relações jurídicas cujo objeto primário seja uma coisa¹⁷³. Essa garantia pode ser instituída pelo próprio devedor ou por um terceiro, sendo que, nessa última hipótese, será denominado garante. Somente pode instituir a hipoteca, assim como qualquer direito real de garantia, aquele que detém o poder de disposição, ou seja, a faculdade de tornar um bem objeto do direito de propriedade alheia¹⁷⁴. No entanto, o direito brasileiro admite uma espécie de pós-eficacização, quando, mesmo instituída por quem não era o titular do poder de disposição, este venha a ser adquirido em momento posterior (§ 1º do artigo 1.420 do CC).

Alguns atributos da hipoteca demandam especial destaque. O primeiro, é o seu efeito abrangente, o que significa dizer que a garantia incorpora as acessões feitas sobre o imóvel, ainda que posteriores à data de instituição da garantia (artigo 1.474 do CC). Seguindo idêntica racionalidade, a garantia hipotecária é também indivisível, no sentido de abranger a totalidade do bem hipotecado e se manter ainda nos casos de pagamento parcial (artigo 1.421 do CC). A hipoteca é também acessória, considerando ser umbilicalmente ligada à obrigação para a qual se propõe garantir, de modo que, extinta a obrigação, também se extingue a garantia. Decorre disso também a ambulatoriedade da garantia, acompanhando o imóvel com quem quer que ele esteja e permitindo o exercício do direito de sequência¹⁷⁵. Um último atributo a ser mencionado é a preferência, garantindo aos credores hipotecários prioridade no recebimento do crédito, à exceção de outros créditos com preferência legal, tais como os alimentares e trabalhistas¹⁷⁶.

A instituição da hipoteca se opera por meio do registro no cartório imobiliário do local onde situado o imóvel. O contrato que lhe institui deverá conter, ao menos, o valor do crédito, sua estimação ou valor máximo; o prazo fixado para o pagamento; a taxa dos juros, se houver; e o bem dado em garantia com as suas especificações (artigo 1.424 do CC). Observa Luciano Penteado que o contrato determinará, preliminarmente, o nível primário da obrigação, isto é, o montante, a forma de pagamento e os juros, de modo a desenhar o nível obrigacional sobre o qual incidirá a garantia. Sucessivamente, o bem deverá ser especificado, sob pena de perder a

¹⁷³ Tivemos a oportunidade de comentar que a expressão contrato real ou contrato de direito das coisas pode ser utilizada em mais de um sentido. Ora se refere a contratos que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas obrigacionais, mas dependem de um ato próprio ao direito das coisas para a sua instituição, como é o contrato de mútuo. Ora se refere a contratos que se diferenciam pelo setor dogmático em que operam, tendo em vista que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas reais. Com efeito, remetemos o leitor à nota de rodapé nº 139.

¹⁷⁴ PENTEADO, Op. Cit, p. 590.

¹⁷⁵ Interessante o apontamento suscitado por Luciano Penteado: “*Os romanos utilizavam-se de uma expressão bastante forte para descrever esta aderência da garantia hipotecária sobre o bem. Diziam que a hipoteca associava-se ao imóvel sicut lepra cuti, como a lepra à pele*”. Idem, p. 618.

¹⁷⁶ Como alerta Fachin: “*As garantias especiais, porquanto derrogam a regra par conditio creditorum, criam uma situação de tratamento desigual entre os credores especiais e comuns. Vale dizer, a preferência conferida ao crédito com garantia especial não guarda relação com a qualidade desse crédito*”. FACHIN, Op. cit, p. 78.

efetividade e o próprio sentido da garantia¹⁷⁷. É permitido ainda ao devedor instituir hipotecas sucessivas, mas a preferência deverá observar a ordem de registro (artigo 1.476 do CC).

A hipoteca é uma forma de garantia que tradicionalmente esteve associada à aquisição de bens imóveis. Explica Caio Mário da Silva Pereira que a hipoteca teve um papel central na execução de planos habitacionais, não apenas no Brasil, como também nos Estados Unidos e na Alemanha¹⁷⁸. Não por acaso, desde os primórdios do Sistema Financeiro de Habitação, fica clara a opção do legislador pela garantia hipotecária como uma forma de reforço aos contratos financiamento habitacional e alternativa para a redução de riscos no crédito imobiliário. Isso parece ter acontecido, sobretudo, em razão do instituto já ser largamente utilizado no país¹⁷⁹.

O contrato de hipoteca, nessa linha ideias, sempre esteve presente no circuito negocial do financiamento habitacional brasileiro, integrando a rede contratual formada nesse mercado. Obviamente, o agente financeiro, credor hipotecário, também assumiria, por consequência da vinculação estabelecida pela rede, os deveres laterais decorrentes da boa-fé, dentre os quais, o dever de proteção, vigilância, cuidado, cooperação e assistência. Acrescentar-se-ia, também, o dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*) a exigir uma postura ativa capaz de evitar o perecimento da coisa dada em garantia, como, por exemplo, associando ao escopo desta investigação, as medidas cabíveis para interromper ou suspender o prazo da usucapião.

Com o passar do tempo, a hipoteca começou a se mostrar insuficiente para atender aos anseios de segurança e celeridade do mercado financeiro. Dentre os fatores que conduziram à chamada “crise da hipoteca”, Daniel Mourgues Cogoy destaca a judicialização das questões atinentes aos financiamentos habitacionais; os elevados custos para o registro; a relativização da eficácia *erga omnes* da hipoteca em favor do adquirente do imóvel; a existência de créditos mais privilegiados, como trabalhistas e tributários; além do debate sobre a constitucionalidade da execução extrajudicial. Segundo o autor, isso motivou o gradual abandono do instituto¹⁸⁰.

A questão da execução extrajudicial tem uma particular relevância. Surgiu como uma resposta legislativa para combater a lentidão da execução hipotecária, permitindo aos credores

¹⁷⁷ Idem, p. 591.

¹⁷⁸ PEREIRA, Op. cit, p. 330.

¹⁷⁹ É o que aponta Daniel Mourgues Cogoy: “é clara a opção do legislador pelo instituto, já que a Lei 4.380/64, que instituiu o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), a elegeu como garantia nos contratos de financiamento habitacional, conforme se depreende de vários de seus artigos. Salienta-se que em apenas dois anos de vigência do SFH, foi editado o Decreto-lei n.º 70/66, por meio do qual se visava, dentre outras finalidades, adaptar o instituto da hipoteca às necessidades dos contratos de financiamento habitacional, tornando o processo de execução da garantia, em caso de inadimplemento pelo mutuário, mais rápido e eficiente. No mesmo sentido teria sido editada, pouco tempo depois, a Lei 5.741/71, que viria a criar um rito especial para a execução da garantia hipotecária. A hipoteca, portanto, foi a primeira modalidade de garantia atribuída aos contratos de financiamento habitacional no Brasil”. COGOY, Op. cit, p. 59.

¹⁸⁰ Idem, p. 64.

a excussão da garantia em procedimento instaurado perante o cartório imobiliário. Contudo, a iniciativa não foi suficiente para satisfazer as preocupações do mercado de crédito, pelo que a mudança mais significativa foi a criação de uma nova modalidade de garantia real no mercado habitacional, a alienação fiduciária sobre bem imóvel, cujo mecanismo de tutela ao crédito é, como se verá adiante, muito mais efetivo, fazendo emergir uma espécie de “supergarantia”.

3.5.2 Alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis

A origem histórica da alienação fiduciária costuma ser atribuída à tradição romanista. O negócio fiduciário romano remonta ao período clássico e é indicado como a mais antiga das garantias, sendo, inclusive, anterior ao *pignus* (penhor) e à *hypotheca* (hipoteca)¹⁸¹. Naquela época, havia duas categorias de negócios fiduciários, a *fiducia cum creditore* e a *fiducia cum amicu*, o primeiro com a finalidade de garantia, o segundo, visando a administração de bens.

Como explica Daniel Mourgues Cogoy, na *fiducia cum creditore*, o devedor transmitia a propriedade ao credor com a finalidade de garantir o pagamento de uma dívida. Assim que fosse adimplida, caberia ao credor a obrigação de devolver o bem ao devedor. Por sua vez, na *fiducia cum amicu*, a transferência da propriedade era feita com o escopo de administração ou resguardo, na hipótese, por exemplo, de uma longa viagem, guerra civil ou conflitos de ordem política, de modo que, cessada a causa de perigo, cabia ao favorecido restituir a propriedade¹⁸². Ao contrário do penhor, a fidúcia romana não era um direito real, mas sim pessoal, somente acionável entre os contratantes. Possuía, então, a confiança como o seu elemento central¹⁸³.

As desvantagens da fidúcia romana, contudo, superavam as suas vantagens, tendo em vista que, ao produzir tão somente uma eficácia obrigacional, colocava o devedor em posição de extrema insegurança. Isso porque os bens transmitidos fiduciariamente, tanto poderiam ser alienados pelo credor fiduciário, quanto poderiam ser objeto de execuções movidas em face deste. Essas razões são apontadas por Daniel Mourgues Cogoy como as prováveis causas para o gradual abandono do instituto no direito romano, não tendo restado acolhido pelo Código de

¹⁸¹ Idem, p. 93.

¹⁸² Idem, p. 94.

¹⁸³ Ensina Fernando Noronha que “A propriedade fiduciária é revivescência, em pleno século XXI, da fidúcia cum creditore romana, que era um pacto pelo qual o devedor transferia a propriedade de um bem para o credor com o compromisso deste de que restituiria a propriedade depois de ser pago da dívida; esse compromisso era denominado pacto fiduciário (*pactum fiduciae*), porque se baseava numa relação de confiança (*ex fide bona*, de boa-fé) entre o credor e o devedor: este ficava na expectativa de que o credor lhe retornaria a propriedade, assim que a dívida estivesse paga e contra ele tinha apenas uma *actio fiduciae*, que seria inútil caso o credor entretanto tivesse alienado a coisa.” NORONHA, Fernando. **A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 845, p. 37-49, 2006.

Justiniano e, conseqüentemente, pelas codificações modernas que nele se inspiraram¹⁸⁴.

O instituto, porém, ressurgiria entre os modernos. Os germânicos, embora não tenham recepcionado o negócio fiduciário pela codificação, o aceitaram largamente na jurisprudência e na doutrina como um contrato atípico. O modelo, contudo, possuiria características próprias, operando a transferência do domínio ao credor sob uma condição resolutiva, inexistente entre os romanos¹⁸⁵. Também nos países com matriz anglo-saxônica surgiram dois contratos muito próximos ao negócio fiduciário romano, mas com ele não se confundindo, o *trust* e o *mortgage*. Enquanto o primeiro transfere a propriedade visando certa finalidade, em regra a administração, o segundo tem o objetivo de garantia, operando a transferência sob uma condição resolutiva¹⁸⁶.

O *trust*, entre nós, guarda, com as devidas proporções, uma proximidade com o que se convencionou chamar de negócio jurídico fiduciário. Os negócios fiduciários são centrados em uma relação de confiança, existindo, no direito brasileiro, negócios fiduciários típicos, como o mandato e o fideicomisso, por exemplo, além de negócios fiduciários atípicos, cujo conteúdo pode ser preenchido pelas partes. Em ambos os casos, a causa da transmissão é decorrente da fidúcia, estando a propriedade vinculada à obrigação de retransmitir¹⁸⁷. Nesse sentido¹⁸⁸:

As relações jurídicas que se estabelecem entre o fiduciante e o fiduciário são as típicas da fidúcia: o bem, crédito ou direito objeto do negócio jurídico fiduciário sai do patrimônio do fiduciante para incorporar-se ao patrimônio do fiduciário, devendo, este último, restituir o patrimônio fiduciário tão logo adimplida a obrigação que constitua o elemento vinculativo do fiduciário.

Tem se discutido na doutrina nacional se a alienação fiduciária em garantia poderia ser considerada um negócio fiduciário, em moldes similares ao *trust* do direito anglo-saxão. Em nosso sentir, contudo, a confiança que é elementar ao suporte fático dos negócios fiduciários não está presente na alienação fiduciária em garantia. O interesse é exclusivamente assegurar o cumprimento da obrigação, encontrando fundamento mais na tutela legal que lhe é atribuída do

¹⁸⁴ O autor cita como exemplos o Código Civil português de 1865, o Código Civil alemão de 1896, e o Código Civil brasileiro de 1916: COGOY, Op. cit, 94.

¹⁸⁵ “No século passado, esta forma foi resgatada no direito alemão, porém com alterações que lhe valeram o título de ‘negócio fiduciário do tipo germânico’. Neste tipo, havia a transferência do domínio ao credor, porém, uma vez adimplida a obrigação, o negócio resolvia-se” FACHIN, Op. cit, p. 91.

¹⁸⁶ COGOY, Op. cit, 96.

¹⁸⁷ “A propriedade do fiduciário vincula-se, pois, a uma obrigação de (re)transmitir (...) Por isto diz-se ser heterotópico o fim do negócio fiduciário, pois está para além do negócio jurídico de transmissão, agregando-se à finalidade de transmissão patrimonial um plus, derivado da fidúcia”. MARTINS-COSTA, Judith. **O Trust e o Direito brasileiro**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 12, p. 165-209. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul/set, 2017.

¹⁸⁸ Idem, p. 13.

que na confiança depositada pelo fiduciante no fiduciário¹⁸⁹. Esse é precisamente o motivo utilizado por Luciano Penteado para distinguir a alienação fiduciária do negócio fiduciário¹⁹⁰:

(...) o negócio fiduciário é aquele em que é ínsita uma relação de fidúcia, isto é, de confiança entre as partes contratantes. Nada obstante a inusualidade da classificação, seria fiduciário, por exemplo, o mandato gratuito. A confiança é elemento do núcleo do suporte fático destes negócios jurídicos. Como se pode perceber quase que imediatamente, tal não é o que ocorre no contrato de alienação fiduciária. Não existe relação de confiança alguma, mas mera relação de interesse na atribuição do bem a determinado sujeito credor para escopo de assegurar o cumprimento da obrigação. Destes argumentos se reconhece que a melhor classificação do contrato é como negócio jurídico de direito das coisas, em que ocorre acordo sobre a transferência da propriedade condicional com cláusula resolutiva a favor do devedor.

Inicialmente, no direito brasileiro, a alienação fiduciária veio a ser regulamentada para o mercado de capitais, mediante a Lei Federal nº 4.728 de 1965 e alterações promovidas pelo Decreto-Lei nº 911 de 1969. Apesar de ter sido originalmente concebida para uma finalidade diversa, a alienação fiduciária em garantia sobre bens móveis acabou se tornando bastante popular no mercado de consumo, notadamente para o financiamento de veículos automotores, como resultado das suas inúmeras vantagens em termos de celeridade e segurança.

Não foi surpresa então que o instituto fosse transportado ao mercado habitacional, em especial, considerando a crise enfrentada pela hipoteca e a perda de sua credibilidade perante o mercado financeiro. A regulamentação dessa espécie de garantia em contratos de financiamento habitacional aconteceu com a criação do Sistema de Financiamento Imobiliário e a instituição da alienação fiduciária sobre bem imóvel por meio da Lei nº 9.514 de 1998.

A alienação fiduciária sobre imóveis foi definida como “*o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel*” (artigo 22). Na definição legal, é possível perceber que a alienação fiduciária é uma espécie de garantia que opera a transferência de um bem pertencente ao devedor (fiduciante) para o domínio do credor (fiduciário), sendo que a transferência fica sujeita a uma condição resolutiva, ou seja, quitada a dívida, a propriedade retorna ao devedor, remanescendo o imóvel em sua posse direta enquanto perdurar a garantia.

A peculiaridade da propriedade fiduciária, transmitida mediante o negócio jurídico da alienação fiduciária em garantia, como pontua Luciano Penteado, é que não se trata de direito

¹⁸⁹ “Em que pese respeitáveis posições em contrário da doutrina, tem-se que a alienação fiduciária não pode ser compreendida como um negócio indireto ou um negócio fiduciário. Trata-se de um contrato típico, já que previsto em lei, e no qual se atribui natureza de direito real. Funda-se, portanto, mais na tutela legal que lhe é atribuída que na confiança depositada pelo fiduciante no fiduciário”. COGOY, Op. cit, 97.

¹⁹⁰ PENTEADO, Op. Cit, p. 599.

essencialmente distinto do domínio, apenas o é sob o ponto de vista funcional, tendo em vista que a sua função, ao invés de ser a de gozo, é a de garantia¹⁹¹. Por esse motivo, como visto, é classificada como uma garantia real imprópria ou atípica, considerando que o esquema típico da propriedade tem a destinação alterada para assegurar o cumprimento de uma obrigação.

O direito de propriedade, entretanto, embora transferido ao credor, fica esvaziado dos poderes de uso e fruição, os quais, faticamente, continuam com o devedor. Inclusive, para fins contábeis, o bem alienado fiduciariamente é considerado como “patrimônio” do devedor, pelo que deve constar em suas declarações de imposto de renda, embora, juridicamente, integre o patrimônio do credor fiduciário até a efetiva quitação do contrato de financiamento. Eis uma salutar distinção, portanto, entre o universo das ciências contábeis e das ciências jurídicas¹⁹².

Interessante observar que a alienação fiduciária em garantia tem como consequência o desmembramento da posse. Ao transferir a propriedade fiduciariamente, o devedor remanesce com a posse direta do bem, reservando para si, faticamente, os poderes de usar e fruir. Mas o credor, enquanto proprietário, se torna possuidor indireto, com legitimidade, inclusive, para a defesa da posse em nome próprio. Disso decorre outra característica importante: na alienação fiduciária, existe, a um só tempo, a figura do *constituto possessório* e do *traditio brevi manu*. O primeiro, no momento em que transmitida a propriedade e mantida a posse com o devedor, o segundo, no momento da quitação da dívida e retorno do bem ao patrimônio do mutuário.

A alienação fiduciária em garantia, assim como o contrato que institui a hipoteca, é um contrato acessório, porque vinculada ao cumprimento de uma obrigação. Existe, portanto, um “*direito expectativo do devedor de se tornar proprietário*”¹⁹³. O implemento da condição, isto é, o pagamento da dívida em sua integralidade, resolve o domínio transferido fiduciariamente. Com ainda mais rigor, Melhim Chalhoub afirma existir uma condição resolutiva em relação ao domínio do fiduciário e suspensiva em relação ao domínio do fiduciante, desmembrando-se o direito condicional em direito expectativo, por um lado, e direito expectado, por outro¹⁹⁴.

A alienação fiduciária, quando integra a rede contratual direcionada ao financiamento habitacional, costuma figurar como um pacto adjeto ao contrato de financiamento em sentido estrito. Também por esse motivo, como temos frisado, se exige do credor uma postura ativa, no

¹⁹¹ Idem, 598.

¹⁹² Sobre o tema: “A propriedade fiduciária, nestes casos, é utilizada, em geral, nos processos de financiamento imobiliário. Por meio dela, o adquirente do imóvel, cede, ato contínuo, fiduciariamente, o domínio, que passa à esfera jurídica do credor, embora contabilmente integre o patrimônio do devedor. Esta dissociação entre o aspecto contábil e o jurídico, uma vez que a propriedade está realmente no patrimônio do credor para todos os efeitos de iure é o que faz do contrato um instrumento interessante para as relações obrigacionais”. Idem, p. 600.

¹⁹³ Idem, p. 599.

¹⁹⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. [E-book] 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 344.

sentido de cumprir com os deveres laterais originados do contrato. Especificamente quanto ao dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), o Código Civil expressamente atribui essa responsabilidade ao titular de direito eventual, como é o caso do credor fiduciário, ao dispor que “*ao titular de direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo*” (artigo 130).

Os atributos decorrentes da própria natureza da alienação fiduciária fazem com que ela funcione como uma “supergarantia” no mercado imobiliário. Ao adquirir a propriedade, não se sujeita o credor, como sucede com a hipoteca, ao concurso de credores, sequer competindo com os créditos privilegiados, a exemplo dos trabalhistas e alimentares. A execução se torna muito mais célere e, portanto, muito mais segura aos agentes financeiros, como observa Noronha¹⁹⁵:

Temos proposto que sejam designadas de supergarantias as hipóteses em que é permitido a um credor, para se assegurar do pagamento pelo devedor, assumir a propriedade da própria coisa a que diz respeito a dívida, para, na hipótese de inadimplemento, poder reivindicar a restituição dessa coisa, assim ficando isento da obrigação de concorrer com quaisquer outros credores, inclusive os detentores de créditos trabalhistas e por acidentes de trabalho. Estas hipóteses, que o direito tradicional não conhecia, constituem novas formas de tutela dos interesses dos credores, sendo muito mais poderosas do que as próprias garantias reais e até do que os privilégios creditórios preferenciais

Não fosse somente por isso, os precedentes judiciais envolvendo a temática parecem revelar a tendência de construção de um discurso jurídico favorável aos agentes financeiros. O primeiro exemplo a ser mencionado é o reconhecimento da constitucionalidade da execução extrajudicial da alienação fiduciária e da hipoteca¹⁹⁶. O segundo exemplo é a inaplicabilidade do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária, conforme o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça para os bens móveis e posteriormente replicado para os bens imóveis¹⁹⁷. O terceiro é a proibição de revisão contratual depois de consolidada a

¹⁹⁵ NORONHA, Fernando. **A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações**. Op. Cit.

¹⁹⁶ O STF já reconheceu a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial da hipoteca, previsto no âmbito do SFH. Entretanto, continua pendente a discussão sobre a constitucionalidade do procedimento de execução da alienação fiduciária, previsto no âmbito do SFI. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 249**. Execução extrajudicial de dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro de Habitação. Recurso Extraordinário nº 627.106/PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 08 abr. 2021. Publicação em 14 abr. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919340>. Acesso em 21 jan. 2023; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 892**. Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário. Recurso Extraordinário nº 860.631/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4694303>. Acesso em 21 jan. 2023.

¹⁹⁷ No ano de 2017, ao julgar o Recurso Especial 1.622.555/MG, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a teoria do adimplemento substancial não se aplicaria aos contratos de financiamento com garantia de alienação fiduciária. Embora o caso que gerou o paradigma envolva alienação fiduciária em bem

propriedade imobiliária em nome do credor fiduciário, conforme o entendimento adotado por alguns Tribunais pátrios¹⁹⁸. O quarto e mais recente é a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos procedimentos de excussão da alienação fiduciária em garantia¹⁹⁹.

O discurso jurídico criado em favor das instituições financeiras acaba por repassar os riscos do negócio para a parte mais frágil do contrato. Dessa forma, o devedor inadimplente, mesmo quando quitou uma fatia relevante do financiamento, para não perder os investimentos, se vê em uma corrida com obstáculos, em execuções muitas vezes realizadas ao arrepio da lei.

3.5.3 Inadimplemento e excussão das garantias

A hipoteca e a alienação fiduciária em garantia, conforme visto, são institutos jurídicos com natureza fundamentalmente distintas. A hipoteca grava a coisa dada em garantia mas não desnatura a propriedade, não transfere a coisa para o credor e a deixa subsistir intacta, apenas afetando o produto de sua alienação ao cumprimento da obrigação. Por outro lado, a alienação fiduciária em garantia faz operar dois fenômenos no mundo jurídico, a mutação subjetiva do direito de propriedade e o desmembramento da posse. Contudo, a propriedade fiduciária fica sob uma condição resolutiva em relação ao domínio do fiduciário e suspensiva em relação ao domínio do fiduciante. Quitada a dívida, a propriedade retornará para a esfera patrimonial do fiduciante. No inadimplemento, contudo, a propriedade é consolidada em favor do fiduciário.

Em razão da diferença técnica entre os dois institutos, também são distintas as formas de execução da garantia na hipótese de inadimplemento. Na hipoteca, embora o vínculo real recaia sobre a coisa, o direito do credor é restrito ao produto que resultar da sua venda. Por essa

móvel, nos parece existir uma tendência de aplicação da mesma *ratio* para os bens imóveis, a exemplo da recente decisão do Ministro Marco Buzzi no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.683.673/AL.

¹⁹⁸ Nesse sentido: “*Após a extinção do contrato de mútuo habitacional, pela adjudicação formalizada em execução extrajudicial, não há que se falar em discussão acerca das cláusulas contratuais, pois não possui mais o mutuário interesse processual. A parte autora tinha plena ciência da existência de gravame decorrente de um mútuo com alienação fiduciária contratado com o agente financeiro e que, em caso de inadimplemento, essa garantia seria exercida através dos meios legais. Com efeito, se a consolidação se deu de forma hígida e já se operou, descabe o pleito de revisão contratual*” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (4ª Turma). **Apelação Cível nº 5005695-12.2017.4.04.7207**. Relatora: Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 24 de julho de 2019.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Tema repetitivo nº 1.095**. Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Recurso Especial nº 1.891.498/SP e Recurso Especial nº 1.894.504/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. Afetado em 08 jun. 2021. Julgado em 26 out. 2021. Publicado em 19 dez. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1891498. Acesso em 21 jan. 2023.

razão, existe vedação à chamada cláusula comissória²⁰⁰, sendo ilícita a pactuação que autorize ao credor hipotecário ficar com o objeto da garantia caso não quitada a dívida. Por outro lado, na alienação fiduciária em garantia, como o credor figura na posição jurídica de titular do direito de propriedade, o inadimplemento leva à consolidação da propriedade fiduciária em seu nome.

Na sistemática vigente, o credor pode executar a garantia extrajudicialmente. Tanto na alienação fiduciária quanto na hipoteca, o devedor deve ser notificado para purgar a mora. Não purgada a mora, em se tratando de bem imóvel, incumbirá ao credor promover a venda em dois leilões. Nesse ponto reside a principal diferença entre a execução da hipoteca e da alienação fiduciária. Na hipoteca, realizado o segundo leilão, será aceito o maior lance, ainda que inferior ao valor exequendo, hipótese em que o credor poderá cobrar eventual resíduo pela via judicial. Na alienação fiduciária, se o maior lance oferecido no segundo leilão não superar o valor total executado, a propriedade é consolidada em nome do credor, considerando-se quitada a dívida.

Por consequência, enquanto na alienação fiduciária o credor fica com o imóvel para si caso infrutíferos os leilões, dando plena quitação ao devedor, na hipoteca, o imóvel é alienado ao terceiro que vier a oferecer o maior lance. Em certa medida, o “trunfo” do credor hipotecário é a possibilidade de continuar cobrando o devedor por eventual saldo residual. Por sua vez, o “trunfo” do credor fiduciário é a consolidação da propriedade em seu nome, o que lhe permitirá dispor livremente do bem e posteriormente comercializá-lo no mercado sem as amarras de um leilão público, garantindo, contudo, a plena quitação do contrato ao mutuário.

Essa é a sistemática geral aplicável na execução extrajudicial das garantias. Contudo, a execução também pode ocorrer pela via judicial, considerando ser o contrato título executivo. Essa via dificilmente é escolhida pelo credor com garantia real, considerando a morosidade da via judicial, se comparada com a extrajudicial. Ante suas especificidades, a esquematização do procedimento de execução extrajudicial das garantias se revela útil para os fins deste trabalho.

A execução extrajudicial da hipoteca é regulamentada pelo Decreto-Lei nº 70 de 1966, Inicia com a solicitação feita pelo credor ao agente fiduciário. Recebida a solicitação, o agente fiduciário notificará o devedor, concedendo-lhe um prazo de 20 dias para a purgação da mora. Não purgada a mora, o agente fiduciário promoverá o primeiro leilão nos 15 dias subsequentes.

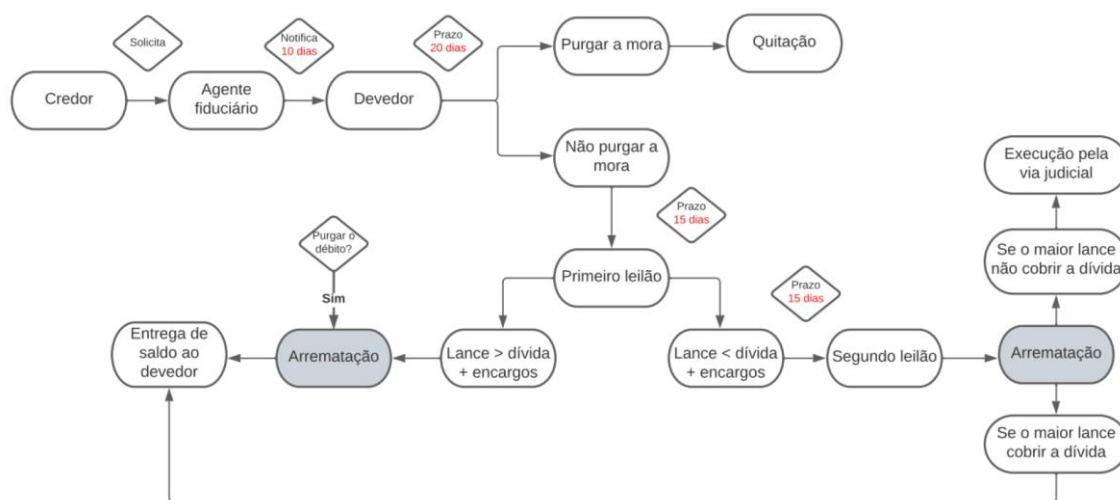
Para a alienação do imóvel ocorrer no primeiro leilão, é necessário que o lance supere o saldo devedor, acrescido das despesas legais, como impostos, prêmio de seguro e contratação da praça. Se nenhum lance chegar a esse valor, dá-se início a um segundo leilão, no qual será aceito o maior lance, ainda que inferior ao valor executado, hipótese em que o credor poderá

²⁰⁰ Conforme disciplina do artigo 1.428 do Código Civil: “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.

cobrar o saldo pelas vias executivas. Se o maior lance superar o débito, a diferença será entregue ao devedor. A purgação da mora é possível até a assinatura do auto de arrematação, desde que assumidos os encargos, como as penalidades contratuais e a remuneração do agente fiduciário.

Graficamente, a execução extrajudicial da hipoteca pode ser representada por meio do seguinte mapa mental, elaborado por esta autora, com base nas disposições legais pertinentes:

Figura 8 – Excussão extrajudicial da hipoteca



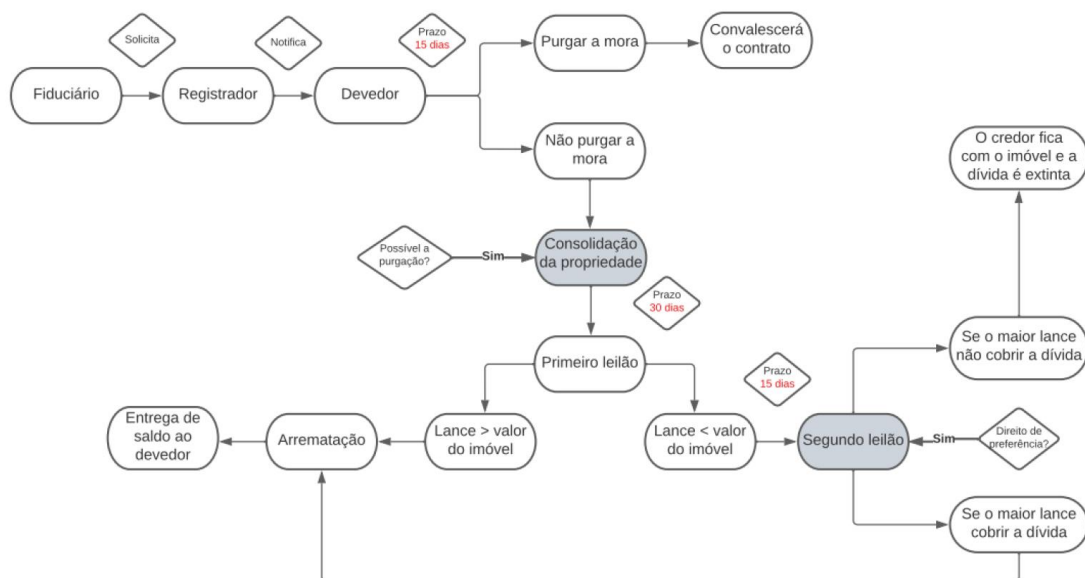
Fonte: autoral

A execução extrajudicial da alienação fiduciária é regulada pela Lei nº 9.514 de 1997. Vencida e não paga a dívida, o fiduciante será intimado para a purgação da dívida e encargos no prazo de 15 dias. Se purgada a mora, o contrato convalescerá. Do contrário, a consolidação da propriedade será averbada pelo registrador na matrícula do bem. Até esse momento, mesmo quando houver perdido o prazo da notificação, poderá o devedor purgar a mora. Se não o fizer, o credor promoverá o primeiro leilão no prazo de 30 dias contados da averbação.

Se no primeiro leilão o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, o credor tem 15 dias para realizar o segundo leilão. Entre a averbação da consolidação da propriedade e o segundo leilão, é assegurado ao devedor a preferência na aquisição do imóvel. Não exercido o direito de preferência, haverá um segundo leilão, oportunidade em que o maior lance só será aceito se igual ou superior ao valor executado. Sendo a hipótese, eventual saldo será restituído ao devedor. Do contrário, o credor fica com o imóvel e entrega ao devedor o termo de quitação.

Graficamente, a execução da alienação fiduciária pode ser representada por meio do seguinte mapa mental, elaborado por esta autora, com base nas disposições legais pertinentes:

Figura 9 – Excussão extrajudicial da alienação fiduciária



Fonte: Elaboração própria.

Um último aspecto a se registrar é que, atualmente, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei visando instituir um Marco Legal das Garantias. Entre as potenciais mudanças, é oportuno destacar: a possibilidade de o fiduciante instituir alienações fiduciárias sucessivas, o que aproxima o instituto da hipoteca; o vencimento antecipado da dívida pela inadimplência cruzada, de modo que o inadimplemento de qualquer obrigação garantida mediante alienação fiduciária faculta ao credor declarar vencidas as obrigações de que for titular garantidas pelo mesmo imóvel, ainda que não exista entre elas conexão; a desnecessidade de especificação do valor da dívida no contrato, que poderá prever uma estimativa ou um valor máximo; além de mudanças fragilizando o procedimento para a notificação do fiduciante sobre a execução²⁰¹.

É no mínimo uma coincidência que esse movimento de reformulação das garantias no mercado financeiro tenha surgido poucos meses após a aprovação de uma reforma no sistema consumerista, fortalecendo as regras sobre a proteção ao crédito e ao superendividamento. Ao mesmo tempo em que há uma tendência de aumento no número de brasileiros endividados²⁰², inclusive com dívidas para a aquisição de bens de primeira necessidade, também se observa a reação do mercado financeiro no sentido de alavancar a aprovação de uma ampla reforma no

²⁰¹ Sobre o tema, recomendamos ao leitor a seguinte leitura: LEAL, Larissa Maria de Moraes; COSTA FILHO, Venceslau Tavares; ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. **Parecer sobre o Projeto de Lei 4.188 de 2021: “PL das Garantias”**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 31. ano 9. p. 379-383. São Paulo: RT, abr/jun, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/5499ke43>. Acesso em: 09 jan. 2023.

²⁰² CONCEIÇÃO, Ana. **Endividamento das famílias põe atividade de 2022 em risco**. Valor Econômico, São Paulo, 14 dez. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yas8fhkf>. Acesso em 21 jan. 2022.

sistema de garantias, tornando ainda menos protetiva a execução extrajudicial. O movimento merece atenção e cautela, sobretudo considerando o perigoso precedente verificado na história recente dos Estados Unidos com a chamada *crise das garantias subprime*.

4 USUCAPIÃO DO IMÓVEL FINANCIADO

4.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A USUCAPIÃO

4.1.1 Noções introdutórias

A usucapião é, sem dúvidas, um dos institutos mais antigos conhecidos pelo Direito. A sua origem frequentemente é atribuída aos romanos, muito embora alguns autores afirmem que os gregos também a conheciam e que Platão chegou a mencioná-la no livro “*A República*”²⁰³. Seja como for, os milênios de tradição jurídica consolidaram e delimitaram os fundamentos do instituto, pavimentando o caminho para a sua inevitável incorporação ao pensamento moderno.

Originalmente, a *usucapio* surgiu como um modo de adquirir a propriedade peculiar ao *ius civile*. Por consequência, era cabível para a propriedade quirritária e em favor dos cidadãos romanos, não se estendendo aos peregrinos e aos fundos provinciais. A sua aplicação, portanto, era bastante restrita, especialmente considerando que os excluídos de sua órbita de incidência formavam justamente o maior contingente de pessoas e de superfícies do mundo romano²⁰⁴.

Para resguardar o possuidor que não podia se valer da *usucapio*, surgiu uma instituição paralela, a *praescriptio*, inicialmente estabelecida como um mecanismo de defesa processual, uma verdadeira exceção fundada no tempo, capaz de paralisar a pretensão do reivindicante, mas insuficiente para permitir a aquisição da propriedade. Os dois institutos coexistiram no mundo romano até o momento em que o Imperador Justiniano, entendendo não haver razão para manter a distinção entre a *usucapio* e a *praescriptio*, decidiu promover a unificação da matéria²⁰⁵.

Como anota Benedito Silvério Ribeiro, a fusão promovida por Justiniano foi a provável razão que conduziu alguns modernos a considerarem a prescrição e a usucapião como uma coisa só²⁰⁶. Possivelmente, também foi o que levou ao tratamento unitário dos institutos por algumas codificações modernas, como a francesa e a austríaca. Da mesma forma, é o que justifica ser a usucapião frequentemente referida como prescrição aquisitiva. Essa associação, todavia, deve ser feita com cautela, porque é imprópria e não atenta para as diferenças entre os institutos.

O ponto de convergência entre a usucapião e a prescrição é observado por Lafayette,

²⁰³ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**: volume 1. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 139.

²⁰⁴ Idem, p. 146.

²⁰⁵ “Vendo que não mais subsistiam aquelas diferenças entre propriedade civil e pretoriana, propriedade dos cidadãos romanos e propriedade dos peregrinos, entre imóveis itálicos e provinciais, entendeu Justiniano que não havia mais razão para a dualidade dos institutos – a *usucapio*, de um lado, e a *praescriptio longi temporis* ou *longissimi temporis*, de outro, e os fundiu em um só”. Idem, p. 154.

²⁰⁶ Idem, p. 10-11.

para quem os institutos têm em comum o princípio extintivo. Mas o autor também ressalva que ambos se distinguem por seu objeto, condições e efeitos. A prescrição que chama de aquisitiva tem por objeto o domínio e os direitos reais, pressupõe a posse como condição e tem por efeito a aquisição de direitos. Predomina, portanto, a sua força geradora e a extinção vem por via de consequência, ou seja, o proprietário somente perde o domínio porque o adquire o possuidor²⁰⁷.

Por outro lado, a prescrição chamada de extintiva nasce da inércia e tem, para Lafayette, o efeito de dissolver a obrigação, paralisando o direito correlato. Não gera ou faz surgir direitos, como faz a usucapião, por isso que nunca pode tomar a forma de ação, mas reveste sempre a natureza de exceção²⁰⁸. Essas mesmas ponderações foram registradas por Clóvis Bevilacqua ao optar por um tratamento fragmentário da matéria no esboço do seu projeto de codificação²⁰⁹:

A maioria dos codigos vigentes seguindo o exemplo do francez (arts. 2219 e 2281) e do austríaco (1451-1502) fizeram da prescrição aquisitiva e extintiva o remate de suas disposições. Podem ser citados como fazendo parte deste grupo de legislações: o código civil italiano (arts. 2105 e 2147), o chileno (arts. 2492 e 2524), o argentino (arts. 3497 e 4043) e o hespanhol (arts. 1930-1975). Suppondo-se, aliás contra o parecer de Pothier, que a prescrição aquisitiva e a extintiva têm de comum alguma coisa mais do que o nome, pois em ambas se resolvem direitos, ha nestes codigos o merito de não ser desmembrado o instituto. Mas a identidade do nome faz pressupôr a identidade de conceitos, quando a verdade é que um caso o direito fenece, atrophia-se e perde o tecido protector da acção, enquanto que no outro assiste-se á formação do Direito, que, em um dado momento de sua evolução se reveste com esse tegumento da garantia judicial. Em ambas as emergencias ha o desaparecimento de um direito. Mas, ao passo que na prescrição extintiva é justamente esse desaparecimento que se considera, na aquisitiva é a criação de um direito novo que solicita a attenção.

Resgatar as origens históricas do instituto e traçar as suas diferenças com a prescrição é fundamental para uma melhor delimitação do seu conceito. Do exposto até então, é possível inferir que o objeto da usucapião é o direito real, ou seja, o direito que se vincula diretamente à coisa corpórea, uma vez que o seu elemento essencial é a posse²¹⁰. Dessa premissa básica é que se extrai o conceito praticamente intuitivo da usucapião como modo de adquirir a propriedade ou outros direitos reais mediante a posse prolongada, com a observância dos requisitos legais²¹¹.

²⁰⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**: volume 1. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 215-216.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ BEVILACQUA, Clóvis. **Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 85-86.

²¹⁰ “Vê-se, pois, que só pode ser objeto da prescrição o direito real, isto é, o direito que vincula diretamente a coisa corpórea. A razão é clara: a prescrição aquisitiva requer como elemento essencial a posse ou a quasi posse, fatos que só são possíveis ou em relação às coisas corpóreas, ou em relação aos direitos reais sobre a coisa corpórea” PEREIRA, Lafayette. Op. Cit, p. 220. Não se desconhecem entretanto, os entendimentos sustentando a possibilidade de usucapião de bens incorpóreos.

²¹¹ Nesse sentido, ainda que com algumas poucas variações terminológicas: GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Op. Cit, p. 181; PENTEADO, Op. Cit, p. 345. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 264. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito das coisas**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Volume IV, Op. Cit, p. 137; LÓBO, Paulo. **Direito civil**: Coisas,

O fundamento da usucapião é dar segurança e estabilidade às relações sociais, evitando conflitos, divergências ou dúvidas. Melhor dizendo, “acabar com as incertezas da propriedade” certamente é a “razão final” do instituto²¹². Em nosso sentir, contudo, não se revela adequado tratar a usucapião como uma espécie de sanção ao proprietário inerte. Não nos parece ter sido essa a razão para o qual o instituto foi concebido. Apesar disso, é certo que há uma racionalidade social, econômica e moral que ameniza o seu caráter espoliativo e permite a sua aceitação pela ordem jurídica. Nesse sentido, são extremamente oportunas as reflexões de Lafayette²¹³:

A negligência do proprietário não é propriamente uma razão determinante da prescrição aquisitiva, mas intervem como uma consideração moral de grande valor para pô-la sob uma luz mais favorável, tirando-lhe o caráter espoliativo que à primeira vista se atribue. Com efeito, antes de consumada a prescrição, subsistem em pleno vigor os direitos do proprietário; pode ele fazê-los valer pelas ações competentes; pode ainda salvá-los pela interrupção: tudo depende de sua liberdade. Se se conserva na inércia e deixa correr o prazo que a lei concede, a culpa é sua: o direito não lhe foi violentamente arrebatoado, mas por sua negligência permitiu que lhe fosse tirado. Há, sem dúvida, em obrigá-lo a obrar dentro do prazo marcado uma certa coação, mas é um sacrifício que o bem geral impõe ao interesse particular.

De fato, em certa medida, a perda da propriedade se justifica porque alguém promoveu o seu aproveitamento adequado. Entender a usucapião sob essa perspectiva permite admitir a posse como elemento autônomo da propriedade e que dela se destaca. Como observa Fachin, à medida em que a posse qualificada instaura nova situação jurídica, é possível perceber que não se trata de um simples conteúdo do direito de propriedade, mas sim a sua causa e necessidade²¹⁴.

4.1.2 Requisitos gerais

Para ocorrer a usucapião, é necessário o preenchimento de certos requisitos, os quais costumam ser classificados pela doutrina como pessoais, reais e formais, quer digam respeito às pessoas a quem interessa, às coisas em que pode recair e à forma em que se constitui.

Os requisitos pessoais dizem respeito à pessoa do possuidor ou proprietário. Enquanto modo de adquirir a propriedade e outros direitos reais, exige-se ao possuidor ser pessoa capaz. Essa capacidade é a capacidade de direito, não impedindo que o civilmente incapaz adquira a

volume 04. 4 ed (E-book). São Paulo: Saraiva, 2019, p. 165; VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 201; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**: volume 1, Op. Cit. p. 220.

²¹² PEREIRA, Lafayette Op. Cit, p. 218.

²¹³ Idem, p. 219-220.

²¹⁴ Explica o autor: “Causa porque é sua força geradora. Necessidade porque exige sua manutenção sob pena de recair sobre aquele bem a força aquisitiva”. FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13.

propriedade mediante o seu representante legal, desde que os atos possessórios sejam praticados no seu interesse²¹⁵. Também perfeitamente possível a usucapião praticada por pessoa jurídica, pública ou privada, mediante o exercício da posse por aqueles que lhe representam.

Por outro lado, em determinadas situações, a usucapião não será consumada por fatores relacionados à figura do possuidor. Isso é o que ocorre nas relações entre curador e curatelado, tutor e tutelado ou ascendente e descendente, durante o exercício do poder familiar. Da mesma forma, não correrá o prazo para a usucapião entre companheiros ou cônjuges, enquanto vigente a união estável ou a relação conjugal. Outra hipótese de ilegitimidade para usucapir é apontada por Benedito Silvério Ribeiro ao indicar o impedimento em face das pessoas que estabeleceram relações negociais com o titular do direito, como o administrador e o testamenteiro²¹⁶.

Os requisitos reais se referem às coisas passíveis de usucapião. Não são todos os bens que estão sujeitos a essa modalidade de aquisição. Por certo, sendo a posse elemento essencial à usucapião, não estão sujeitos ao seu alcance os bens imateriais ou incorpóreos²¹⁷. Também não se submetem à usucapião os bens públicos, por expressa vedação legal. Os bens fora do comércio são igualmente imprescritíveis, como o ar, a água corrente e a luz natural.

Os requisitos formais se distinguem em essenciais e suplementares. São essenciais os requisitos comuns a qualquer usucapião e suplementares os requisitos específicos para algumas modalidades²¹⁸. Tempo e posse estão presentes no suporte fático de toda usucapião, por isso são considerados essenciais²¹⁹. Os elementos suplementares variam para cada modalidade de usucapião. Abreviam o lapso temporal necessário para a aquisição do direito, flexibilizando o ingrediente tempo ao adicionar outros temperos, como o justo título e a boa-fé.

A posse constitui o requisito formal mais importante para a caracterização da usucapião. Como assinala Benedito Silvério Ribeiro, os romanos há muito já afirmavam que não poderia haver a usucapião sem a posse (*sine possessione usucapio contigere non potest*)²²⁰. No entanto, a posse capaz de desencadear o efeito aquisitivo da usucapião é aquela exercida com algumas características adicionais, razão pela qual também é classificada como posse *ad usucapionem*. Para ser qualificada para a usucapião, a posse deve ser exercida com *animus domini*, além de

²¹⁵ RIBEIRO, Op. Cit, p. 250.

²¹⁶ Idem, p. 361.

²¹⁷ Em sentido contrário, existe entendimento jurisprudencial admitindo a posse de bens imateriais. O caso mais notório é a posição do Superior Tribunal de Justiça permitindo a usucapião de linha telefônica: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 193**. O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião. Diário de Justiça. Brasília, DF, p. 35.334, 25 jun. 1997.

²¹⁸ GOMES, Op. Cit, p. 182.

²¹⁹ “O fundamento da usucapião é a posse unida ao tempo. A posse é o facto objetivo; o tempo, a força que opera a transformação do facto em direito. Outros elementos intervêm, mas são estes os fundamentos”. BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**: volume 01. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 170.

²²⁰ RIBEIRO, Op. Cit, p. 676.

ser contínua, pública, mansa e pacífica, afastada a violência, clandestinidade ou precariedade.

O *animus domini* corresponde à intenção de ter a coisa como sua. Consiste na vontade ou no comportamento do possuidor de agir da mesma forma que o faz o proprietário quanto às coisas que lhe pertencem²²¹. Disso se conclui que a posse para a usucapião precisa ser em nome próprio, não se prestando para esse fim a posse exercida por aquele que a detém com respaldo em uma simples relação contratual, como a locação ou o comodato, porque essa posse, via de regra, é provisória e dependente do conteúdo do negócio jurídico que lhe serviu de causa²²².

Por posse contínua se entende a persistência no lapso temporal da situação possessória, não se admitindo intervalos de descontinuidade em que o postulante ou o seu antecessor deixem de praticar os atos possessórios sobre o bem²²³. Isso não significa dizer que os atos possessórios deverão ser exercidos dia após dia durante todo o prazo necessário para a usucapião. O que se impõe é a prática de atos reiterados, capazes de advertir ao proprietário que o seu direito está sendo ameaçado²²⁴. Esse lapso temporal pode ser preenchido com a soma de posses, facultativa quando a transmissão ocorre a título singular e obrigatória quando ocorre a título universal²²⁵.

A posse pública é contrária à posse clandestina. É aquela que se apresenta conhecida por todos. Nos dizeres de Benedito Silvério Ribeiro, se a posse clandestina demanda ato oculto e longe das vistas do proprietário, a pública impõe a colocação do possuidor em posição visível a todos²²⁶. No entanto, sendo a clandestinidade vício relativo, o que interessa é precipuamente a possibilidade de ser conhecida por aqueles contra os quais se pretende invocar a prescrição.

Designa-se como mansa e pacífica a posse exercida sem oposição do proprietário e dos possíveis interessados. Orlando Gomes associa esses qualificativos ao fenômeno da aparência, entendendo que a mansidão e a pacificidade da posse oferecem a certeza de que o possuidor é o proprietário²²⁷. Em complemento, o adjetivo pacífico exige também que a posse não tenha sido adquirida mediante o emprego de violência ou que o referido vício tenha cessado²²⁸.

De se perceber, portanto, que a posse necessária para a usucapião será, necessariamente, uma posse justa, assim entendida como aquela não maculada pelos vícios da clandestinidade,

²²¹ RIBEIRO, Op. Cit, p. 704.

²²² PENTEADO, Op. Cit, p. 346.

²²³ Idem, p. 347.

²²⁴ RIBEIRO, Op. Cit, p. 724.

²²⁵ A posse do falecido é acrescida à posse dos herdeiros manchada pelos mesmos vícios que a atingiam, fenômeno conhecido por *successio possessionis*. A posse daquele que a adquiriu a título singular, como contrato de compra e venda ou doação, pode ou não ser acrescida à posse do antecessor. Se somada, o acréscimo será com as mesmas características da posse que o antecedeu, hipótese que se chama *accessio possessionis*. Se não, a contagem reinicia sem os vícios da posse anterior.

²²⁶ Idem, p. 739.

²²⁷ GOMES, Op. Cit, p. 183.

²²⁸ RIBEIRO, Op. Cit, p. 735.

violência ou precariedade²²⁹. Pontes de Miranda ensina que proceder injustamente é proceder contrário ao direito, o que supõe a juridicidade do mundo em que ocorre esse comportamento²³⁰. Portanto, quem adquire a posse às escuras ou mediante o emprego de força ou em virtude do abuso de confiança não tem a posse necessária para a usucapião porque tais acontecimentos do mundo fático importam uma ofensa ao mundo jurídico.

A ideia de que os vícios da clandestinidade e da violência convalidam com o tempo, ao passo em que o vício da precariedade não, é uma premissa há tempos defendida por parte da doutrina civilista. Essa concepção busca respaldo em uma interpretação literal do texto da lei, considerando uma aparente omissão do legislador com relação ao convalidamento da posse precária²³¹. Por consequência, alguns civilistas sustentam que a posse precária nunca pode se tornar justa, razão pela qual também não serviria para a usucapião, porque a ninguém é lícito mudar o título da sua posse (*nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest*)²³².

Essa tradicional premissa passou a ser questionada em suas estruturas fundantes. Nas assertivas notas de Francisco Eduardo Loureiro, “há nessa posição um erro de perspectiva”²³³. Na verdade, a precariedade impede a usucapião porque lhe falta a intenção de dono²³⁴. Caso o possuidor passe a agir como se dono fosse, revelando a sua intenção de forma clara e inequívoca ao proprietário, surge para ele a possibilidade de usucapir porque existirá o *animus domini*²³⁵. Analisando a situação sob essas lentes, tanto a doutrina²³⁶ como a jurisprudência começaram a

²²⁹ Prescreve o artigo 1.200 do Código Civil: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.

²³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo X: Direito das Coisas. Posse. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, p. 147.

²³¹ Uma interpretação a contrário sensu do artigo 1.208 do Código Civil permite concluir que induzem a a posse os atos originalmente violentos ou clandestinos após cessada a violência ou a clandestinidade que os maculava: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.

²³² Nessa linha, é o que defende, por exemplo: RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. Vol. 5. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29.

²³³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. Barueri: Manole, 2018, p. 1098.

²³⁴ Como explica Pontes de Miranda: “Se a posse é a título precário não basta para a usucapião, não porque seja viciosa, mas porque seria insuficiente o suporte fático: não se fez própria”. MIRANDA, Tomo XI. Op. Cit, p. 155.

²³⁵ Idem, p. 199

²³⁶ “A causa possessionis, isto é, a causa da posse que não podia ser mudada, segundo a legislação romana, hoje o pode ser, pois o caráter originário da posse, a par com a mudança do ânimo ou vontade, se modificará desde que ocorrer uma nova causa possessionis: alguém que tenha animus domini renunciará a esse ânimo quando reconhecer o direito ou domínio de outrem; também, quem tenha a posse como locatário, mas adquirindo a propriedade, mesmo a non domino, até afastando o proprietário ou não pagando os alugueres, passará a ser tido como dono, desde que animado por essa vontade”. ²³⁶ RIBEIRO, Op. Cit, p. 705. Também nessa linha: “Todavia, é certo que o vício da precariedade pode cessar de existir pela inversão do título”. PEREIRA, Lafayette Op Cit, p. 248. Em reforço, Lenine Nequete: “os fatos de oposição, por seu turno, devem ser tais que não deixem dúvida quanto à vontade do possuidor de transmutar a sua posse precária em posse à título de proprietário e quanto à ciência que dessa inversão tenha tido o proprietário: pois que a mera falta de pagamento de locativos ou outras circunstâncias semelhantes das quais o proprietário não possa concluir claramente a intenção de inverter o título

admitir a inversão da causa da posse precária, mediante atos inequívocos de oposição praticados pelo possuidor, no que se inclui até mesmo, em determinados casos, a falta de pagamento²³⁷.

O segundo requisito essencial a toda e qualquer modalidade de usucapião é o tempo. A aquisição de direitos pela posse prolongada é permitida justamente porque o tempo acaba por permitir a conversão do fático em jurídico. Como anota Lafayette, “*o tempo é uma força na vida jurídica*”²³⁸. Na usucapião, a sua função é prioritariamente criadora, ainda que acabe, por consequência, acarretando a extinção de direitos. O lapso temporal necessário à usucapião, entretanto, variará de acordo com o regime positivado em cada ordenamento, não havendo regra preestabelecida sobre o tema. Também variará conforme a modalidade de usucapião, existindo situações em que a redução do prazo se justifica por outros interesses valorados pelo legislador.

4.1.3 Modalidades

Na variação entre os elementos suplementares residem as principais diferenças entre as modalidades da usucapião. Há modalidade que exige tão somente a posse e um maior lapso de tempo, ao passo em que há modalidade que abrevia o tempo necessário para usucapir quando verificados outros elementos qualificativos, como o justo título, a boa-fé ou ainda características de ordem social como a utilização para fins de moradia ou a realização de trabalhos produtivos.

A primeira modalidade de usucapião tratada na legislação é a usucapião extraordinária. Orlando Gomes pondera que a terminologia usada não é a mais adequada para essa modalidade de usucapião, considerando que exige apenas os elementos essenciais, isto é, o tempo e a posse, para a sua consumação. Logo, o seu cunho de generalidade justificaria a sua qualificação como ordinária, visto que as outras modalidades é que exigem requisitos adicionais ou suplementares.

não constituem atos de contradição eficazes”. NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva**. 3 ed. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1981, p. 123.

²³⁷ “A posse advinda do contrato de promessa de compra e venda, em princípio, não induz, de fato, usucapião. Entretanto, há casos em que a prescrição aquisitiva pode se consumir, especialmente se verificada a conversão da posse não própria em própria, momento a partir do qual o possuidor passa a se comportar como se dono fosse em decorrência da interversio possessionis, como sucedeu no caso em exame”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 987.167/SP**. Relator Ministro Barros Monteiro. Julgamento em 16 de maio de 2017. Publicado em 22 de maio de 2017, É possível também encontrar decisões admitindo a inversão do título da posse na hipótese de falta de pagamento de alugueis ou ainda prestações de compromisso de contrato de compra e venda: “*Intervsio possessionis. Compromisso de compra e venda verbal. Inércia do proprietário por relevante período de tempo (aproximadamente 20 anos) a autorizar o reconhecimento do exercício da posse pela demandada, ainda que inicialmente precária, com animus domini. Exceção de usucapião acolhida.*” BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1004952-66.2017.8.26.0565**. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Donegá Morandini. Julgamento em 17 de novembro de 2020. Publicado em 24 de novembro de 2020.

²³⁸ PEREIRA, Lafayette Op Cit, p. 170.

Seja como for, ressalva o autor que o uso consagrou as expressões com o sentido invertido²³⁹.

A principal característica da usucapião extraordinária é a maior duração da posse, com a dispensa do justo título e da boa-fé. Para o preenchimento do seu suporte fático, basta apenas a existência de pessoa capaz de usucapir, coisa usucapível e posse de dono pelo prazo previsto em lei. Pontes de Miranda, com a sua maestria habitual, aliás, explica que o justo título e a boa-fé são dispensados, não sendo possível cogitar na legislação qualquer espécie de presunção²⁴⁰.

O Código Civil vigente estabelece como pressuposto para a usucapião extraordinária a posse *ad usucapionem* durante o prazo de quinze anos. O Código Civil anterior previa um prazo de trinta anos para a usucapião na modalidade extraordinária, o que posteriormente foi reduzido para vinte anos após uma reforma legislativa. O regramento em vigor admite a redução do prazo de quinze para dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. O objetivo é valorar positivamente a conduta do possuidor que pratica atos tendentes à realização da função social da propriedade²⁴¹.

A usucapião ordinária, por seu turno, tem como nota distintiva o justo título e a boa-fé. Preenchidos esses elementos suplementares, o prazo para a usucapião é abreviado e se consuma em dez ou em cinco anos, este último se a aquisição foi com base nas informações constantes no registro do imóvel, posteriormente cancelado, desde que o possuidor tenha estabelecido nele a sua moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico. O encurtamento do prazo na modalidade ordinária reforça a aparência registral e tem por escopo proteger o terceiro de boa-fé que adquiriu o bem confiando nas informações tornadas públicas pelo registro²⁴².

O justo título é definido por Clóvis Bevilacqua como o ato ou fato jurídico hábil para a aquisição ou a transferência da propriedade. Complementa o autor explicando que o título pode ser defeituoso ou insuficiente, mas o transcurso do tempo sana essa falha²⁴³. Como alerta Pontes de Miranda, a posse do usucapiente necessariamente procedeu de alguém, dono ou não-dono,

²³⁹ GOMES, Op. Cit, p. 185.

²⁴⁰ Ao tratar sobre os requisitos da modalidade extraordinária na codificação anterior, Pontes de Miranda esclarece que a lei “estabeleceu ser suporte fático suficiente o suporte em que haja pessoa que possa usucapir, coisa usucapível e posse de dono durante vinte anos. De modo nenhum aludiu a presunção de boa-fé, ou quejandos elementos subjetivos. Dispensou-se, não presumiu”. MIRANDA, Tomo XI. Op. Cit, p. 174. Em sentido contrário, parece ser a posição de Lafayette, para quem a boa-fé é exigida em qualquer forma de usucapião, PEREIRA, Lafayette Op. Cit, p. 228. Também entende Orlando Gomes que o requisito da boa-fé seria presumido no direito brasileiro, em se tratando da usucapião extraordinária. GOMES, Op. Cit, p. 182.

²⁴¹ “A norma em comento é, como se percebe, corolário da função social da propriedade, valorando positivamente a conduta do possuidor que pratica atos tendentes à realização dessa função social”. GOMES, Op. Cit, p. 186.

²⁴² “Trata-se, também aqui, de expressão normativa que valoriza os atos tendentes ao atendimento da função social da propriedade, além de valorizar a boa-fé daquele que adquire bem, ainda que a non domino, com base em registro preexistente – e, portanto, presumivelmente veraz quando do momento de constituição do justo título.” GOMES, Op. Cit, p. 189.

²⁴³ BEVILACQUA, Op. Cit, p. 175.

que lhe deu o título²⁴⁴. Não se deve confundir o título com o instrumento escrito, uma vez que o vocábulo é empregado como sinônimo de ato jurídico e possui um alcance bem mais amplo. Da mesma forma, o adjetivo justo deve ser entendido como idoneidade para transferir, sendo precisa a reflexão de Orlando Gomes ao afirmar que melhor teria sido falar em título hábil²⁴⁵:

O vocábulo título pode dar a impressão de que se trata de instrumento, isto é, de escrito. Mas não tem esse sentido. Título se emprega, no caso, como sinônimo de ato jurídico. Ainda assim, teria compreensão muito ampla, porque nem todo ato jurídico serve de causa à posse. O título, a que se referem os Códigos, corresponde aos atos jurídicos cuja função econômica consiste em justificar a transferência do domínio. Numa palavra, os atos translativos. Por outro lado, a qualificação do título é imprópria. O título deve ser justo no sentido de idoneidade para transferir. Melhor fora, assim, dizer-se título hábil, para significar o negócio jurídico que habilita qualquer pessoa a tornar-se proprietária de um bem. Com a locução justo título, o que se designa, por conseguinte, é o ato jurídico cujo fim, abstratamente considerado, é habilitar alguém a adquirir a propriedade de uma coisa. Todo negócio jurídico apto a transferir o domínio considera-se justo título. Mas, se a despeito de sua existência, a propriedade não se transfere, é preciso, para que a transferência se consuma, que o adquirente possua o bem pelo tempo, para usucapi-lo. Desse modo, o justo título vem a ser o ato translativo que não produziu efeito; o título de aquisição ineficaz.

Por justo título se entende então o ato jurídico capaz de possibilitar, ao menos em tese, a transmissão de direitos. No entanto, o efeito translativo pretendido deixa de ser produzido em virtude de algum obstáculo, como, por exemplo, não ser o alienante o verdadeiro proprietário do bem (aquisição *a non domino*). Também é possível a usucapião ordinária fundada em título anulável, como sucede na hipótese de uma alienação realizada por pessoa casada em regime de comunhão parcial ou universal de bens, sem a necessária outorga uxória. Ao contrário do título nulo, o título anulável é eficaz enquanto não for desconstituído, por isso também é justo²⁴⁶.

Tradicionais exemplos são o contrato de compra e venda, a doação, o testamento, a carta de arrematação, o instrumento de permuta, dentre outros. O compromisso particular de compra e venda quitado, ainda que não registrado, também vem sendo aceito como justo título, porque muito embora não tenha, à primeira vista, o condão de transmitir a propriedade, é um título em potência, uma vez que a transferência pode ser obtida mediante adjudicação compulsória²⁴⁷.

²⁴⁴ “*Tempus, bona fides, titulus iustus. A usucapião breve supõe posse, justo título, boa-fé e tempo. De modo que a posse do usucapiente deve ter procedido de alguém, não-dono, ou dono, que lhe deu o título*”. MIRANDA, Tomo XI, Op. Cit, p. 175.

²⁴⁵ GOMES, Op. Cit, p. 186-187.

²⁴⁶ Nas brilhantes palavras de Pontes de Miranda: “O título anulável não obsta à usucapião breve. É título eficaz, posto que desconstituível. Enquanto não se lhe decreta a anulação, produz efeitos; não se explicaria que não bastasse como *iusta causa uscapionis*. Ao fim do prazo, o possuidor de boa-fé adquire a propriedade, porque tem o título. Se, antes de se completar o prazo, advém a anulação do título, o possuidor sofre as consequências de tal desconstituição *ex tunc*”. MIRANDA, Tomo XI. Op. Cit, p. 178.

²⁴⁷ ARAÚJO, Op. Cit, p. 375. É também o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “A falta de registro de compromisso de compra e venda não é suficiente para descaracterizar o justo título como requisito necessário ao reconhecimento da usucapião ordinária”. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso**

Interessante reflexão diz respeito à cessão de direitos. A cessão de posições jurídicas é bastante frequente não apenas no âmbito do financiamento habitacional, como sucede com os contratos de gaveta, mas também em matéria sucessória, com a cessão de direitos hereditários. Via de regra, tais acordos não conduzem à transferência da propriedade ou quaisquer direitos reais, razão pela qual, a rigor, não constituem justo título para os fins da usucapião ordinária, ao menos se adotada a concepção de que o justo título é aquele hábil para transferir direitos.

A despeito disso, é possível encontrar na jurisprudência algumas decisões abrandando o conceito de justo título para incluir os acordos envolvendo cessão de direitos²⁴⁸. De fato, embora a ninguém seja dado desconhecer a lei, também não se pode ignorar a informalidade característica das relações fundiárias no país, a justificar uma maior temperança na aplicação do conceito de justo título, mediante uma ponderação das circunstâncias fáticas. Aliás, como há tempos assinalou Antonio Menger, o chamado “erro de direito” não se trata de uma exceção, mas sim de uma regra bem geral²⁴⁹. E essa realidade também não pode ser ignorada no Brasil.

O último pressuposto da modalidade ordinária da usucapião é a boa-fé. Embora o justo título faça presumi-la, os dois conceitos não se confundem. Como esclarece Lafayette, a boa-fé pode existir sem o justo título, como ocorre na hipótese de se acreditar ter comprado a coisa e, na verdade, não a ter comprado, assim como pode o justo título existir sem a boa-fé, como é o caso de ter sido a coisa adquirida de quem sabidamente não era o proprietário²⁵⁰. Se não fosse a boa-fé um elemento autônomo, não faria sentido a legislação lhe cumular ao justo título.

É possuidor de boa-fé aquele que ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa, resultando disso a convicção de que possui legitimamente²⁵¹. Essa ignorância pode decorrer de um erro de fato ou de direito²⁵². O estado de ignorância é exigido durante todo o

Especial nº 1.584.447/MS. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.. Julgamento em 09 de março de 2021. Publicado em 12 de março de 2021.

²⁴⁸ Nessa linha, traz-se uma interessante a decisão da Terceira Turma do STJ: “*Por justo título, para efeito da usucapião ordinária, deve-se compreender o ato ou fato jurídico que, em tese, possa transmitir a propriedade, mas que, por lhe faltar algum requisito formal ou intrínseco (como a venda a non domino), não produz tal efeito jurídico. Tal ato ou fato jurídico, por ser juridicamente aceito pelo ordenamento jurídico, confere ao possuidor, em seu consciente, a legitimidade de direito à posse, como se dono do bem transmitido fosse (“cum animo domini”). O contrato particular de cessão e transferência de direitos e obrigações de instrumento particular de compra e venda, o qual originou a longa posse exercida pela ora recorrente, para efeito de comprovação da posse, deve ser reputado justo título*”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 652.449/SP.** Relator Ministro Massami Uyeda. Julgamento em 15 de dezembro de 2009. Publicado em 23 de março de 2010.

²⁴⁹ MENGGER, Antonio. **Derecho civil y los pobres.** Versión española con la autorización del autor y precedida de un estudio sobre el derecho y la cuestión social por Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p. 105.

²⁵⁰ PEREIRA, Lafayette. Op. cit. p. 239.

²⁵¹ GOMES, Op. Cit, p. 188.

²⁵² Essa questão, no entanto, não é pacífica na doutrina, havendo quem entenda que só o erro de fato permitiria a usucapião na sua forma breve. Cita-se, por exemplo: PEREIRA, Lafayette Op. Cit, p. 238. Do outro lado, citam-se Orlando Gomes e Benedito Silvério Ribeiro. Para o primeiro: “*Certo que a ninguém é lícito ignorar a lei, mas*

seu prazo, porque a má-fé superveniente destrói e aniquila a prescrição ainda não consumada²⁵³.

A consideração a determinados interesses sociais fez com que o legislador disciplinasse modalidades especiais de usucapião para além da extraordinária e ordinária. A primeira prevista no ordenamento pátrio foi a usucapião rural, seguida pela urbana e posteriormente pela familiar. O prazo é abreviado não por existir justo título ou boa-fé, os quais são, inclusive, dispensados, e sim pelo interesse social incorporado pela lei, porque se revestem, “*mais do que a usucapião extraordinária e ordinária, de caráter humanizado compatível com a sua função social*”²⁵⁴.

Na usucapião rural, o prazo abreviado em cinco anos garante a aquisição da propriedade àquele que possuir como sua uma área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família e nela tendo a sua moradia. Para ser beneficiado com a usucapião rural, não poderá o possuidor ser titular de outro imóvel urbano ou rural, vedação que também se aplica à usucapião urbana. O traço distintivo da modalidade urbana, para além do objeto em que incide, a saber, o imóvel urbano, é a dispensa do trabalho produtivo, mantendo a obrigação do uso para fins moradia. Exige-se ainda que o possuidor não tenha sido beneficiado pelo mesmo instituto e que o tamanho do imóvel não exceda 250m².

Uma última modalidade a ser mencionada é a usucapião familiar, incorporada ao Código Civil com a lei que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida. Os requisitos se assemelham aos da usucapião urbana, razão pela qual Luciano Penteado entende ser esta uma submodalidade daquela²⁵⁵. A diferença é que a usucapião familiar exige, para além dos requisitos da usucapião urbana, a existência de condomínio entre o prescribente e o seu cônjuge ou companheiro que tenha abandonado lar, abreviando-se, em contrapartida, o prazo da usucapião para dois anos.

4.1.4 Características e efeitos

Conforme as lições de Pontes de Miranda, a usucapião se opera *ipso iure*²⁵⁶. Significa dizer que se verifica quando preenchidos os requisitos legais, independentemente da sentença, que lhe é meramente declarativa. Prossegue o mestre afirmando que o registro apenas lhe dá a

o erro de direito, como o erro de fato, devem ser considerados em pé de igualdade, porque, afinal, se convertem numa questão de boa-fé”. In: GOMES, Op. Cit, p. 187. Para o segundo: “*a questão da escusabilidade do erro nos dias hodiernos pode ser estenida, sem dúvida, ao erro de fato, podendo o ser, desde que analisadas, valoradas e ponderadas as circunstâncias, ao de direito*”. RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**: volume 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 806.

²⁵³ PEREIRA, Lafayette Op. Cit, p. 238-239.

²⁵⁴ FACHIN, Op. Cit, p. 91.

²⁵⁵ PENTEADO, Op. Cit, p. 353.

²⁵⁶ MIRANDA, Tomo XI. Op. Cit, p. 186.

publicidade registrária, que se passa no plano da eficácia²⁵⁷. Na mesma linha de ideias, Clóvis Bevilacqua, mesmo elencando a sentença e o registro como requisitos da usucapião, acrescidos ao tempo e à posse, ressalva não serem constitutivos, de modo que “*a sentença é o título que o adquirente deverá levar ao registro e a transcrição fixa, legaliza e publica o domínio*”²⁵⁸.

Como a sentença é declarativa, tem como principal objetivo reconhecer uma situação jurídica preexistente. Disso surge um importante efeito: o domínio se reputa adquirido desde o momento em que se iniciou a posse²⁵⁹. Algumas consequências resultam da eficácia *ex tunc* da sentença na usucapião, como, por exemplo, o direito aos frutos percebidos durante o tempo da posse, ainda que tenha se iniciado de má-fé, porque, como se viu, a boa-fé é desnecessária na usucapião extraordinária, bastando tão somente a posse *ad usucapionem* aliada ao tempo²⁶⁰.

A eficácia da sentença na ação de usucapião é *inter partes*, sendo indispensável a citação de todos os interessados para comporem o feito, sob pena de não se operar contra aqueles que não integraram a lide a força da coisa julgada material²⁶¹. Como adverte Pontes de Miranda, há também na sentença o efeito mandamental, cabendo ao juiz acrescentar ao “declaro” o “registre-se” para que o próprio executor do mandado possa provocar o competente oficial de registro²⁶².

Atualmente, também se admite que a usucapião se processe na via extrajudicial, o que, como anota Roberto Paulino, revela uma tendência de desjudicialização ou extrajudicialização do direito²⁶³. O procedimento extrajudicial é facultativo e somente admitido quando não houver conflito, visto que eventual impugnação importará a remessa dos autos ao juízo competente da situação do bem²⁶⁴. Sendo a usucapião instituto de direito material, o efeito retroativo também existirá se a declaração se operar na via extrajudicial, visto que revelará situação preexistente²⁶⁵.

²⁵⁷ Idem.

²⁵⁸ BEVILAQUA. Op. Cit, p. 170.

²⁵⁹ RIZZARDO, Op. Cit, p. 285.

²⁶⁰ Idem. Nesse ponto, radica, inclusive, a importante diferença entre posse de má-fé e posse injusta. Enquanto a primeira categoria é analisada sob um prisma subjetivo, a segunda é apreendida objetivamente, conforme as lições de Pontes de Miranda: MIRANDA, Tomo X. Op. Cit, p. 147.

²⁶¹ MIRANDA, Tomo XI. Op. Cit, p. 185.

²⁶² Idem, p. 186.

²⁶³ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Usucapião extrajudicial**. In: DIDIER, Fredie; WAMBIER, Teresa; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Org.). Breves comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 2397.

²⁶⁴ O Código de Processo Civil de 2015 acrescentou à Lei de Registros Públicos o artigo 216-A, regulamentando o procedimento para a usucapião extrajudicial. A impugnação é tratada pelo § 10º do mencionado artigo, que dispõe que: “*Em caso de impugnação justificada do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, 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, porém, em caso de impugnação injustificada, esta não será admitida pelo registrador, cabendo ao interessado o manejo da suscitação de dúvida nos moldes do art. 198 desta Lei*”. O provimento nº 65 de 2017 do CNJ foi além e autorizou o registrador a proceder com uma tentativa de conciliação ou mediação antes de submeter o caso ao judiciário.

²⁶⁵ “*Usucapião é instituto só de direito substancial, que deita unicamente nele as suas raízes e só dele recebe a disciplina de seus requisitos e efeitos. Nada tem de processual. O que torna o possuidor dono não é uma sentença*”

Outra característica da usucapião é ser um modo originário de adquirir a propriedade e outros direitos reais. Mesmo ocasionando a extinção do direito do antigo titular, não há entre ele e o usucapiente qualquer relação. Por isso, é infundada a posição dos que sustentam se tratar um modo derivado de aquisição, até porque se admite a usucapião de um imóvel sem registro. Como alerta Fachin, a perda da propriedade ou do direito real é um efeito da usucapião, e não a usucapião em si, razão pela qual “*identificar causa e efeito é incorreção lógica evidente*”²⁶⁶.

Pontes de Miranda, em célebre afirmação, frequentemente lembrada por juristas que lhe seguiram, também defende a natureza originária da aquisição por usucapião, considerando que o fato principal é a posse, suficiente para originalmente se adquirir, e não se adquirir *de alguém*. Prossegue ainda destacando a completa desvinculação entre o possuidor e o titular do direito²⁶⁷:

É bem possível que o novo direito tenha começado a formar, antes que o velho extinguisse. Chega momento em que esse não pode mais subsistir, suplantado por aquele. Dá-se, então, impossibilidade de coexistência, e não sucessão, ou nascer um do outro. Nenhum ponto entre os dois marca a continuidade. Nenhuma relação, tampouco, entre o perdente do direito de propriedade e o usucapiente.

Da natureza originária da usucapião, frequentemente se deduz como consequência a chamada eficácia liberatória (*usucapio libertatis*). Significa admitir que a aquisição originária também implica a extinção de outros direitos reais porventura existentes sobre o bem, porque com o nascimento do novo direito, desapareceria todo o histórico associado ao direito anterior. Exemplificando, um imóvel gravado com hipoteca instituída pelo antigo titular, ao ser adquirido por usucapião, estaria livre do gravame, não subsistindo o ônus hipotecário ao usucapiente.

A questão, todavia, está longe de ser pacífica na doutrina e há tempos provoca intensas discussões. Pontes de Miranda, por exemplo, entende não existir no direito brasileiro a *usucapio libertatis*. Argumenta o mestre que o desaparecimento de eventuais direitos reais se daria, na verdade, como consequência da prescrição extintiva da ação real, o que, por vezes, coincide ou não com a aquisição da propriedade por usucapião²⁶⁸. Então conclui que, no sistema jurídico

judicial, mas o exercício da posse adequada, pelo tempo necessário. (...) São fenômenos, como se vê, que se desenrolam no plano do direito substancial e ali se consumam segundo razões, normas, conceitos e valores inerentes a este.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Usucapião e posse perdida**. Vol. 19, nº 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 40.

²⁶⁶ FACHIN, Op. Cit, p. 42.

²⁶⁷ MIRANDA, Tomo XI. Op. Cit, p. 153.

²⁶⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XX. Direito das Coisas. Direitos Reais de Garantia. Hipoteca. Penhor. Anticrese. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 420. Em sentido semelhante, parece ser a posição de Clóvis Bevilacqua, ao comentar o inciso V do artigo 879 do Código Civil de 1916, o qual não guarda correspondência no Código Civil de 2002. Segundo o autor, a hipótese trataria da prescrição da ação hipotecária, aplicável “*ao terceiro que adquiriu o bem como livre, e o possuiu como tal, durante dez ou vinte anos, depois de transcritos o seu título no registro de imóveis*”. BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Op. Cit, p. 478

brasileiro, o usucapiente do bem hipotecado nem sempre irá lhe adquirir livre do gravame²⁶⁹.

Lafayette percorre um caminho distinto. Entende que a hipoteca pode se extinguir pela prescrição extintiva, por via de consequência, ou pela prescrição aquisitiva, diretamente²⁷⁰. Essa prescrição, a qual o autor se refere como *libertatis usucapio*, pressupõe os mesmos requisitos da prescrição aquisitiva da propriedade, dela se diferenciando por correr contra o credor, e não contra o dono do imóvel, o que teria consequências relevantes, quando, por exemplo, uma causa de suspensão ou interrupção é aplicável ao credor, mas não ao proprietário, ou vice-versa²⁷¹.

Nos dias atuais, as discussões envolvendo a *usucapio libertatis* parecem ter arrefecido, o que deve ser atribuído, em grande medida, a uma construção jurisprudencial admitindo-a no ordenamento jurídico brasileiro²⁷². Com o devido respeito aos posicionamentos contrários, não reconhecer a eficácia liberatória da usucapião implica admitir que o usucapiente sucede o dono do imóvel em sua posição jurídica, sub-rogando-se em seus direitos e obrigações, o que vai de encontro à natureza do instituto, tendo em vista não se estabelecer entre eles qualquer relação.

Nessa linha de ideias, esclarecedor o posicionamento de Luciano Penteadó²⁷³:

Ou seja, como a aquisição pela usucapião se dá *ex novo*, surge direito de propriedade que não guarda relação com a titularidade anterior e é com ela incompatível, tendo eficácia extintiva sobre o direito do proprietário primitivo. Deste modo, postular a persistência da hipoteca seria permitir que, de alguma forma, o direito extinto pela consumação da usucapião, seguisse produzindo efeitos, o que é incompatível com o conceito e a finalidade do instituto.

Seguindo o mesmo caminho, é o que entende Fábio Caldas de Araújo²⁷⁴:

²⁶⁹ MIRANDA, Tomo XX. Op. Cit, p. 422.

²⁷⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**: volume 2. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 391.

²⁷¹ Nas palavras do mestre: “*Essa prescrição (libertatis usucapio) pressupõe os mesmos requisitos da prescrição aquisitiva da propriedade – boa fé, e posse por dez anos entre presentes e vinte entre ausentes se fundada em justo título, por trinta anos se desacompanhada de justo título. Aquele, pois, que possui um imóvel com os requisitos da prescrição aquisitiva, o adquire livre das hipotecas preexistentes. A dita prescrição, porém, é distinta da aquisitiva do domínio, embora possam muita vez coincidir. A primeira corre contra o credor, a segunda contra o dono do imóvel – o que determina diferenças importantes*”. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**: volume 2. Op. Cit, p. 393. O autor, contudo, faz uma importante ressalva, ao explicar que o efeito liberatório não seria deferido ao possuidor que conhecia os direitos reais preexistentes e não se opôs ao exercício dos direitos no curso de sua posse: “*Assim a prescrição ordinária como a extraordinária, depois de consumadas, transferem ao possuidor a propriedade da coisa. O domínio passa ao prescribente, pleno ou limitado, segundo a intenção e a condição da posse. Neste sentido, se o possuidor praticou atos possessórios que importam o exercício completo das faculdades que constituem o direito de propriedade, sem impugnação de quem quer que se atribuisse direitos reais sobre a coisa, é fora de dúvida que adquire o domínio pleno, extintos destarte os ônus reais que a gravaram. Se, porém, durante a sua posse, os terceiros que tinham direitos reais sobre a coisa, continuaram a exercê-los ou se o possuidor sabia desses direitos, adquire a coisa, mas subsistem os ônus reais preexistentes.*” PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**: volume 1. Op. Cit, p. 259-260.

²⁷² A título de exemplo, em defesa da *usucapio libertatis*, citam-se: RIZZARDO, Op. Cit, p. 286; PENTEADO, Op. Cit, p. 340; FACHIN, Op. Cit, p. 46; ARAÚJO. Op. Cit, p. 104.

²⁷³ PENTEADO, Op. Cit, p. 345.

²⁷⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Usucapião**. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 104-105.

A usucapião constitui modo originário de aquisição de propriedade. Infundado o argumento que pretende visualizar nessa nova relação jurídica qualquer transmissão de direitos. A maior prova da inexistência de nexos causal junto à pretensão transmissão de direitos está no efeito liberatório da usucapião (*usucapio libertatis*). Em termos práticos, esta conclusão é importantíssima, pois com o nascimento do direito de propriedade para o possuidor prescribente, desaparece todo o histórico da matrícula, pela constituição de uma nova. Os eventuais gravames e direitos reais menores inscritos como o usufruto ou direito de superfície, desaparecem pela aquisição *ex novo*. A conclusão oposta é infundada e não encontra respaldo sequer na natureza jurídica da ação de usucapião, que é declaratória. Se a usucapião revelasse modo derivado de transmissão do domínio, obviamente transferiria todos os direitos ligados ao ato de posse. Assim ocorreria verdadeira sub-rogação, onde todos os gravames seriam transmitidos ao novo proprietário. Esta posição não se coaduna com a melhor doutrina, e hoje está superada pelo posicionamento histórico do STF quanto à matéria. É evidente que o novo proprietário não assume os encargos que porventura recaíam sobre o imóvel. Aplica-se a máxima *tantum praescriptio quantum possessum*.

Entendimento contrário é incompatível, inclusive, com o dever de boa-fé objetiva que reveste o processo obrigacional. Como visto anteriormente, a boa-fé objetiva operou verdadeira revolução dogmática na teoria das fontes contratuais, atribuindo ao credor deveres laterais de conduta. Consistem, por exemplo, em atos de vigilância, guarda, cooperação ou proteção. Logo, se o titular do direito real se mostrou indiferente à posse, a ofensa ao seu direito não se repugna, porque a boa-fé exigiria que adotasse as medidas para impedir a consumação da usucapião²⁷⁵.

Doutra banda, também não é suficiente para afastar a eficácia liberatória da usucapião o fato de constar na matrícula a informação sobre a existência do direito real. A má-fé, como se sabe, não se presume, deve ser comprovada. Justamente por isso, é fundamental a integração do titular do direito real ao processo de usucapião, até porque, caso contrário, sequer haveria como cogitar a coisa julgada em seu desfavor. Eventuais fraudes podem e devem ser discutidas no processo, cabendo ao titular do direito real comprovar o comportamento fraudulento²⁷⁶.

Essa é a posição que prospera, atualmente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Em diversas decisões, tanto a Terceira quanto a Quarta Turma admitiram a *usucapio libertatis* para reconhecer que a natureza originária da aquisição não autoriza a subsistência dos ônus que gravaram o imóvel antes de sua declaração. Inclusive, a Corte já invocou a Súmula nº 308 para fundamentar a tese de que a execução da garantia exclusivamente em face do proprietário não

²⁷⁵ Embora não fale expressamente em boa-fé, essa é a conclusão que parece ter sido obtida por Lenine Naquete: “A ofensa que assim se faz ao direito do credor, por outro lado, não repugna, pois estava em seu poder diligenciar para interromper a prescrição”. NEQUETE, Op. Cit, p. 57.

²⁷⁶ Nesse sentido, é a posição de Luciano Penteado: “As fraudes que eventualmente se verifiquem, como a do indivíduo que garanta com hipoteca empréstimo bancário e depois facilite que outrem a ele ligado por algum tipo de vínculo adquira por usucapião, fraudando o crédito preferencial, podem ser tuteladas pela defesa do credor hipotecário na ação de usucapião, a quem incumbe demonstrar o conluio ou fraude. Não se pode presumir essa má-fé, que deve ser cabalmente provada, pelos meios de prova admitidos em direito.” PENTEADO, Op. Cit, p. 341.

interromperia a usucapião. Vale transcrever a ementa de uma das decisões²⁷⁷:

DIREITO DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. IMÓVEL OBJETO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INSTRUMENTO QUE ATENDE AO REQUISITO DE JUSTO TÍTULO E INDUZ A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. EXECUÇÕES HIPOTECÁRIAS AJUIZADAS PELO CREDOR EM FACE DO ANTIGO PROPRIETÁRIO. INEXISTÊNCIA DE RESISTÊNCIA À POSSE DO AUTOR USUCAPIENTE. HIPOTECA CONSTITUÍDA PELO VENDEDOR EM GARANTIA DO FINANCIAMENTO DA OBRA. NÃO PREVALÊNCIA DIANTE DA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA N. 308.

1. O instrumento de promessa de compra e venda insere-se na categoria de justo título apto a ensejar a declaração de usucapião ordinária. Tal entendimento agarra-se no valor que o próprio Tribunal - e, de resto, a legislação civil - está conferindo à promessa de compra e venda. Se a jurisprudência tem conferido ao promitente comprador o direito à adjudicação compulsória do imóvel independentemente de registro (Súmula n. 239) e, quando registrado, o compromisso de compra e venda foi erigido à seleta categoria de direito real pelo Código Civil de 2002 (art. 1.225, inciso VII), nada mais lógico do que considerá-lo também como "justo título" apto a ensejar a aquisição da propriedade por usucapião.

2. A própria lei presume a boa-fé, em sendo reconhecido o justo título do possuidor, nos termos do que dispõe o art. 1.201, parágrafo único, do Código Civil de 2002: "O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção".

3. Quando a lei se refere a posse "incontestada", há nítida correspondência com as causas interruptivas da prescrição aquisitiva, das quais é exemplo clássico a citação em ação que opõe resistência ao possuidor da coisa, ato processual que possui como efeito imediato a interrupção da prescrição (art. 219, CPC). Por esse raciocínio, é evidente que os efeitos interruptivos da citação não alcançam a posse de quem nem era parte no processo. Assim, parece óbvio que o ajuizamento de execução hipotecária por credores contra o proprietário do imóvel, por não interromper o prazo prescricional da usucapião, não constitui resistência à posse ad usucapionem de quem ora pleiteia a prescrição aquisitiva.

4. A declaração de usucapião é forma de aquisição originária da propriedade ou de outros direitos reais, modo que se opõe à aquisição derivada, a qual se opera mediante a sucessão da propriedade, seja de forma singular, seja de forma universal. Vale dizer que, na usucapião, a propriedade não é adquirida do anterior proprietário, mas, em boa verdade, contra ele. A propriedade é absolutamente nova e não nasce da antiga. É adquirida a partir da objetiva situação de fato consubstanciada na posse ad usucapionem pelo interregno temporal exigido por lei. Aliás, é até mesmo desimportante que existisse antigo proprietário.

5. Os direitos reais de garantia não subsistem se desaparecer o "direito principal" que lhe dá suporte, como no caso de perecimento da propriedade por qualquer motivo. Com a usucapião, a propriedade anterior, gravada pela hipoteca, extingue-se e dá lugar a uma outra, ab novo, que não decorre da antiga, porquanto não há transferência de direitos, mas aquisição originária. Se a própria propriedade anterior se extingue, dando lugar a uma nova, originária, tudo o que gravava a antiga propriedade - e lhe era acessório - também se extinguirá.

6. Assim, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real hipotecário constituído pelo antigo proprietário, antes ou depois do início da posse ad usucapionem, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos ex tunc, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de continuidade.

7. Ademais, "a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 941.464/SC**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Julgamento em 24 de abril de 2012. Publicado em 29 de junho de 2012.

adquirentes do imóvel" (Súmula n. 308).

8. Recurso especial conhecido e provido.

A decisão, relatada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, é acertada em seus fundamentos. Deixa explícita a natureza originária da aquisição por usucapião, evidencia a acessoriedade dos direitos reais de garantia, reconhece a eficácia relativa (*inter partes*) da resistência oposta única e exclusivamente em face ao proprietário, além de atribuir ao credor deveres laterais de boa-fé, ao aplicar, por analogia, a Súmula nº 308 do STJ, mitigando a eficácia *erga omnes* da hipoteca.

4.2 USUCAPIÃO DO BEM PÚBLICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

“*A história territorial do Brasil começa em Portugal*”. Com essa célebre afirmação, Ruy Cirne Lima atribui aos lusitanos as origens do regime de terras no Brasil²⁷⁸. Durante o processo de colonização, afirma o autor que a propriedade do território brasileiro foi transportada “*como num grande voo de águias para o além-mar*”. Da metrópole, veio à colônia o regramento sobre a propriedade, que seria conservada, exercida e alienada em observância às leis portuguesas.

O estatuto normativo estabelecido pela metrópole para a ocupação do solo colonial foi inspirado em um formato medieval de concessão de terras. O regime de sesmarias, transportado para o Brasil no início da colonização, surgiu em Portugal com o objetivo de resolver problemas de abastecimento e de carência de mão de obra enfrentados nas terras lusitanas depois da peste negra, impondo aos proprietários a obrigação de cultivar a terra, sob pena de perdê-la para quem quisesse aproveitá-la²⁷⁹. O instituto foi incorporado às Ordenações Afonsinas e, muito embora tenha caído em desuso na metrópole, foi preservado nas Ordenações Manuelinas e Filipinas.

A transposição do regime de sesmarias ao território brasileiro aconteceu com diferenças significativas ao que sucedeu com os lusitanos. Primeiro porque o objetivo do instituto no Brasil foi estimular a ocupação portuguesa do território conquistado e não, propriamente, incentivar o aproveitamento do solo. Segundo porque a extensão territorial do país dificultava a fiscalização do atendimento à função social inerente ao instituto e acabou permitindo a concessão de largas

²⁷⁸ LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil**: sesmarias e terras devolutas. São Paulo: Secretaria do Estado de Cultura, 1990, p. 15. Obviamente, essa afirmação deve ser interpretada com parcimônia, de modo a não desconsiderar as diversas relações existentes entre os povos originários e o solo brasileiro, assim como uma acepção de propriedade que muito se distingue da mentalidade proprietária moderna.

²⁷⁹ Para Carlos Frederico Marés, “*A lei de sesmarias assumiu integralmente a ideia da propriedade como direito e usar a terra e, mais do que isso, a obrigação de nela lavrar. Por isso, antes de ser uma lei de direitos, é uma lei de obrigações: obrigação de cultivar a terra; limite a manutenção do gado a apenas o indispensável para puxar o arado; obrigação do trabalhador estar vinculado a um patrão com salário máximo estabelecido; fixação das rendas a serem pagas pelos lavradores aos proprietários de terras, em caso de arrendamento, etc*”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

porções de terra à poucos beneficiários, criando um problema fundiário que até hoje deixa as suas marcas. Terceiro porque a terra concedida em sesmaria no Brasil era formalmente pública, integrante do patrimônio da Coroa e concedida com restrições aos particulares²⁸⁰:

Pressuposto básico para a compreensão da propriedade sesmarial brasileira é, precisamente, o seu caráter público, ou seja, o fato dos territórios pertencerem *de jure* à Coroa, sob a jurisdição espiritual da Ordem de Cristo. (...) Portugal considerava a nova terra sua propriedade exclusiva, pelas concessões papais, pelo tratado de limites concluído com a Espanha e pela prioridade do descobrimento. (...) Desde um ponto de vista estritamente jurídico, foi, portanto, através dos institutos das sesmarias, datas de terra e legitimação das posses que a propriedade pública gradativamente passou às mãos dos colonizadores particulares.

Eis uma importante característica do regime sesmarial importado às terras brasileiras. A propriedade inicialmente era pública por direito de conquista e o acesso aos particulares se dava mediante concessão. Controversa, contudo, a natureza jurídica do direito que dela se originava. Há quem defenda se tratar um modo de aquisição do direito real de propriedade²⁸¹ e há quem defenda se tratar de um regime enfiteutico²⁸², impondo ao sesmeiro uma obrigação pecuniária pela exploração do domínio útil, o que nos parece ser o entendimento mais adequado²⁸³.

Com a independência do Brasil, as terras pertencentes à Coroa passaram ao domínio da nova nação. O período histórico em referência foi marcado por uma desorganização e confusão na estrutura fundiária brasileira, visto que o regime sesmarial há tempos demonstrava as suas fragilidades, especialmente no tocante à dificuldade de demarcação e fiscalização, o que acabou levando à decisão de suspender a concessão de novas sesmarias a partir de julho de 1822.

O vácuo normativo que se sucedeu permitiu com que vigorasse no país um “*regime de*

²⁸⁰ VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 73-74.

²⁸¹ Esse parece ser o entendimento de Benedito Silvério Ribeiro, para quem “*a propriedade privada foi surgindo, a princípio, sob o sistema de colonização por capitanias hereditárias*”. Citando Costa Porto, afirma que a doação do solo em sesmaria “*importava transferência do domínio do solo que, do Estado, passava para o colono, mais tarde chamado sesmeiro*”. RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**: volume 01. Op. cit, p. 552.

²⁸² Assim entende Messias Junqueira ao explicar que: “*às terras brasileiras interessava muito mais o instituto da enfiteuse do que as leis portuguesas de sesmarias*”. In: JUNQUEIRA, Messias. **O instituto brasileiro das terras devolutas**. São Paulo: Lael, 1976, p. 30. Benedito Ferreira Marques tem o mesmo posicionamento: “*Outro aspecto diferenciador residia na natureza jurídica das sesmarias em Portugal. Ali, eram consideradas um verdadeiro confisco, enquanto, no Brasil, guardavam perfeita similitude com o instituto da enfiteuse, pois só se transferia o domínio útil*”. In: MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

²⁸³ Interessante observação é feita por Cláudio Grande Júnior ao comparar o regime sesmarial com a propriedade provincial em Roma, antes da unificação empreendida por Justiniano: “*O solo das províncias era de domínio do Estado, por direito de conquista empreendida com aparatos estatais, dentre os quais o exército. Não havia domínio privado sobre essas terras. Os particulares que se utilizavam delas eram meros possuidores, que precisavam pagar por isso. Mais tarde, ser-lhe-iam conferidos direitos reais limitados. De certo modo semelhante era a situação das terras brasileiras durante a colonização, comparação que permite compreender a original dominialidade estatal de todas as nossas terras e o regime sesmarial*.” GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Usucapião quarentenária sobre terras do Estado**: fundamentos jurídicos, atualidade e repercussão na questão agrária brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito). 422 f. Universidade Federal de Goiás (UFG), 2012, p. 254

posses”²⁸⁴. Na mentalidade popular, se criou a ideia de que a aquisição das terras devolutas era possível mediante a posse e o cultivo. Como chega a afirmar Ruy Cirne Lima, essa mentalidade acabou se convertendo em costume jurídico e se tornando um modo legítimo de aquisição do domínio, a princípio paralelo ao regime sesmarial e depois lhe substituindo²⁸⁵. Ao contrário do antigo regime, o regime do apossamento permitia ao pequeno lavrador o acesso a bens, antes restrito aos que desfrutavam de prestígio social para obter as concessões da Coroa.

Foi esse cenário de incerteza com relação à aquisição da propriedade imobiliária que a Lei de Terras tentou solucionar. Segundo Varela, a nova legislação marca a definitiva passagem do patrimônio fundiário do Estado aos particulares, firmando a bases para a propriedade privada no Brasil ao delimitar a dominialidade pública e a particular²⁸⁶. Nesse mesmo sentido, Fonseca afirma que “*a partir de então, finalmente, seria possível ver emergir de modo claro a figura do proprietário, quer fosse o proprietário particular, quer fosse o proprietário o Estado*”²⁸⁷.

A nova legislação marca o surgimento da propriedade privada sob a acepção moderna. A partir de então, a única forma de adquirir as terras devolutas seria mediante o título de compra. A terra, até então pública, é individualizada e comercializada conforme as regras de mercado. A comprovação do uso como critério de legitimação é trocada pela comprovação do título²⁸⁸. O apossamento das terras devolutas se torna proibido e sancionado com pena de multa e prisão. Para resolver os conflitos anteriores à sua edição, a lei dispõe critérios para a revalidação das sesmarias e legitimação da posse, impondo que sirva ao cultivo ou à moradia habitual do titular.

O debate sobre a possibilidade de usucapião do bem público ganha extrema relevância

²⁸⁴ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Tese (Doutorado em Direito). 220 f. Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2009, p. 94.

²⁸⁵ Na realidade, se apoderar das terras devolutas e delas fazer cultivo era coisa tão corrente que Ruy Cirne Lima chega a afirmar que se tornaria um modo legítimo de aquisição do domínio, a princípio de forma paralela ao regime sesmarial e depois lhe substituindo. Mas diversamente ao sentido romano, em que o apossamento da coisa, por si só, justificaria a aquisição do domínio, o autor acrescenta que havia no Brasil a necessidade de que a ocupação fosse acompanhada do efetivo cultivo para a sua legitimação, o que seria ratificado, posteriormente, na própria Lei de Terras. LIMA, Op. Cit, p. 51.

²⁸⁶ VARELA, Op. Cit, p. 7.

²⁸⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. **A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil**. Anuario Mexicano de historia del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Volume XXII, 2005. Disponível em <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-mexicano-historia-der/article/view/29680>. Acesso em 02 de julho de 2023, p. 110.

²⁸⁸ Não obstante tenha se criado uma espécie de regime de transição para possibilitar a regularização da situação dos posseiros, os custos para a medição e a revalidação eram demasiadamente elevados, o que acabou impedindo a regularização fundiária pelo pequeno lavrador: “*O grande obstáculo que a Lei de Terras impôs aos camponeses, afastando deles a anistia, foi a cobrança de taxas para a regularização da propriedade. Para os grandes posseiros, as taxas não pesavam no bolso. Para os pequenos, elas podiam ser proibitivas*”. In: WESTIN, Ricardo. **Há 170 anos, Lei de Terras oficializou opção do Brasil pelos latifúndios**. Agência Senado, Brasília DF, Arquivo S, Edição 71, Questão Agrária. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-170-anos-lei-de-terras-desprezou-camponeses-e-oficializou-apoio-do-brasil-aos-latifundios>. Acesso em 02 de julho de 2023.

nesse contexto em que se estabelece o limite da propriedade privada e da propriedade pública. As Ordenações Filipinas, ainda aplicáveis enquanto perdurava a ausência de codificação, não tratavam expressamente sobre a usucapião, mas sim sobre a prescrição²⁸⁹. Ainda que admitida a interpretação extensiva do dispositivo para incluir a usucapião enquanto forma de prescrição aquisitiva, o seu texto não auxiliava a esclarecer a usucapibilidade do bem público, de modo que os doutrinadores pareciam se socorrer ao direito romano para responder à questão.

Os que entendem ser possível a usucapião de certas categorias de bens públicos à luz do direito romano se referem ao período em que o Imperador Justiniano promoveu a unificação da *praescriptio* e *usucapio*. A partir de então passou a existir também a possibilidade de adquirir as coisas do fisco e as patrimoniais do Príncipe, desde que atendido ao prazo de quarenta anos (*quadraginta annorum praescriptione adquiruntur res Fiscales et patrimoniales principum*)²⁹⁰.

Com base nessa fonte formal, uma parte significativa da doutrina civilista entendia ser possível a aquisição por usucapião de certos bens públicos, especificamente, aqueles que não fossem de uso comum nem estivessem afetados à prestação de serviço público ou à segurança do Estado²⁹¹. Essa forma de aquisição acabou sendo conhecida como prescrição quarentenária.

²⁸⁹ O livro IV das Ordenações Filipinas fala “*das prescrições*” em seu Título LXXIX dispondo que “*se alguma pessoa fôr obrigada à outra em alguma certa cousa, ou quantidade, por razão de algum contracto, ou quasi-contracto, poderá ser demandado até trinta anos (1), contados do dia, que essa cousa, ou quantidade haja de ser paga, em diante (1). E passados os ditos trinta anos (2), não poderá ser mais demandado por essa cousa ou quantidade: por quanto, por a negligência que a parte teve (3), de não demandar em tempo sua cousa ou dívida, havemos por bem que seja prescripta a aução, que tinha para demandar. Porém esta Lei não haverá lugar nos devedores, que tiverem má fé (4); porque estes taes não poderão prescrever per tempo algum, por se não (1) dar ocasião de peccar, tendo o alheio indevidamente (6)*”. PORTUGAL. **Código filipino ou Ordenações e leis do reino de Portugal**: recopiladas por mandado d’el-Rey D. Filipe I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012, v.3, p. 896-899.

²⁹⁰ Benedito Silvério Ribeiro explica que Justiniano, no ano de 528, “*estabeleceu que quem houvesse adquirido a exceção da prescrição da ação contra o proprietário, por posse de trinta ou quarenta anos, poderia reivindicar a coisa, se perdesse a posse, mas desde que rodeada de boa-fé, com o que lhe era assegurada a aquisição*”. Segue em nota de rodapé explicando que o prazo quarentenário “*era para quem adquirisse coisas do Fisco e patrimoniais do Príncipe - quadraginta annorum praescriptione adquiruntur res Fiscales et patrimoniales principum*”. In: RIBEIRO, Op. cit, p. 154. Silvio Meira, também se referindo ao período justineano, afirma que a prescrição de quarenta anos para os bens do fisco e do Imperador se originara ao tempo de Constantino e se prolongara pelo Baixo Império. MEIRA, Sílvio. **Aquisição da propriedade pela usucapião**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG), Vol. 10, jan-dez, 1986, p. 92.

²⁹¹ Apenas a título de exemplo, Lafayette entendia que: “*Não entram nessa classe e podem ser prescritas as coisas do domínio do Estado, isto é, aquelas acerca das quais o Estado é considerado como simples proprietário, tais como terras devolutas, as ilhas formadas nos mares, os bens em que sucede na falta de herdeiros legais do defunto*”. PEREIRA, Lafayette Op. Cit., p. 223-224. Na Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas também admitia a usucapião dos bens do domínio do Estado, registrando em nota de rodapé que: “*é importante a distinção entre as cousas do uso público e as do domínio do Estado, porque as primeiras são imprescriptíveis, o que não acontece com as segundas*”. FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**: volume 2. Coleção História do Direito brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 773. Modernamente, Benedito Silvério Ribeiro acompanhou a civilística tradicional afirmando que: *Em princípio, pode-se afirmar, sem incidir em erro, que os bens públicos passíveis de alienação podiam ser adquiridos por usucapião, desde que completados os requisitos legais até a vigência do Código Civil de 1916. O lapso temporal é o da praescriptio longissimi temporis, de quarenta anos*. RIBEIRO, Op. Cit, p. 548

Com efeito, existia um discurso jurídico que se inclinava a admitir a usucapibilidade de bens atualmente classificados como bem dominicais, no que se incluem as terras devolutas.

A superveniência da codificação parece ter arrefecido, entretanto, a opinião favorável à usucapibilidade dos bens públicos dominiais. Embora o projeto original de Clóvis Bevilacqua tenha previsto a alienabilidade dessa categoria de bens públicos²⁹², a versão final aprovada pelo Congresso consignou que todos os bens públicos, incluindo aqueles da esfera patrimonial do Estado, seriam inalienáveis, permitindo a interpretação de que seriam também imprescritíveis:

Art. 66. Os bens públicos são:

I. Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.

III. Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.

Art. 67. Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.

Interessante observar que a codificação de 1916 não tratava de forma expressa sobre a inusucapibilidade do bem público, como fez a codificação de 2002. O entendimento contrário à usucapião dos bens públicos dominiais tinha como fundamento a inalienabilidade, levando em conta a clássica fórmula romana segundo a qual é prescritível aquilo que pode ser alienado (*alienabile, ergo praescriptibile*). Assim, a ausência de norma proibitiva expressa permitiu que uma parte significativa da doutrina continuasse a defender a usucapibilidade do bem público²⁹³.

Para colocar um termo final nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, sobreveio o Decreto nº 19.924 de 1931, consignando que aos Estados caberia regulamentar as questões relativas às terras devolutas, excluía sempre a aquisição por usucapião. Em seguida,

²⁹² O próprio Clóvis Bevilacqua se mostra avesso à escolha legislativa pela inalienabilidade dos bens dominiais, afirmando que “*a lei não pode forçar a natureza das coisas*”. Inobstante a isso, se inclina a entender que o texto aprovado impediu a usucapião do bem público patrimonial do Estado, uma vez que lhe retirou a alienabilidade: “*em face deste dispositivo, não sendo o usucapião forma prescripta em lei para a alienação dos bens públicos, não sendo esse um caso especialmente previsto para a perda da inalienabilidade dos bens públicos, estão eles isentos de usucapião. Poderá não ser a melhor doutrina, mas é da lei*”. BEVILAGUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 3ª ed. Volume 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, p. 205-206.

²⁹³ Um artigo publicado por Spencer Vampré após a vigência do Código Civil de 1916 ficou famoso por defender a usucapibilidade dos bens públicos, mesmo diante da previsão legal de inalienabilidade. Sustentou o autor que: “*a boa doutrina está a ensinar que aos bens publicos, desde que sejam dominicaes, se applica perfeitamente a usucapião*”. VAMPRÉ, Spencer. **Estão os bens publicos sujeitos à usucapião?** *Revista dos Tribunaes*. São Paulo, v. XXXIV, fasc. 186, p. 385-388, jul. 1920, p. 386. Também sustentou esse posicionamento José Manuel Azevedo Marques, contrapondo-se à Bevilacqua ao esclarecer que a usucapião não pressupõe um bem capaz de ser livremente alienado posto que não é forma de alienação a ser autorizada por lei aos bens públicos, e sim um modo de aquisição da propriedade que independe da vontade de quem a perde. In: MARQUES, José Manuel Azevedo. **Bens publicos**: alienabilidade, inalienabilidade, prescritebiidade. usucapião: quando affecta os bens publicos. *Revista dos Tribunaes*. São Paulo, v. LXII, fasc. 331, p. 23-36, mai. 1927, p. 30.

a proibição foi ampliada no Decreto nº 22.785 de 1933 para alcançar qualquer espécie de bem público. Restando superada a antiga omissão legal, aqueles que defendiam a usucapibilidade dos bens públicos passaram a defender que a vedação só valeria a partir do aludido Decreto²⁹⁴.

Judicialmente, a questão também não era pacífica. Frequente era o debate para definir se a inusucapibilidade dos bens públicos foi instituída com o Código Civil ou se valeria apenas aos casos consumados após 1931. Anota Cláudio Grande Júnior que a tese da usucapibilidade era forte e chegou a ser reconhecida pela Corte Constitucional²⁹⁵, mas, lentamente, consagrou-se vencedora a tese contrária, originando a Súmula 340: “*Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião*”²⁹⁶.

Uma exceção merece ser destacada. Com o advento da Constituição Federal de 1934 e o surgimento da usucapião em sua modalidade rural, algumas vozes na doutrina se levantaram para defender a usucapibilidade dos bens públicos nessa forma especial, sob o fundamento de que o texto constitucional não distinguia imóveis públicos dos particulares ao disciplinar o seu âmbito de incidência²⁹⁷. Quase cinquenta anos depois, a tese foi expressamente acolhida pela legislação infraconstitucional, assim dispondo a Lei nº 6.969 de 1981: “*A usucapião especial, a que se refere esta Lei, abrange as terras particulares e as terras devolutas*” (artigo 2º).

Atualmente, o cenário normativo vigente não mais permite a prescrição de bens públicos rurais nem urbanos. É o que restou expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988 (parágrafo único do artigo 191 e §3º do artigo 183)²⁹⁸. Posteriormente, o Código Civil de 2002 confirmou a tese da inusucapibilidade ao dispor que “*Os bens públicos não estão sujeitos a*

²⁹⁴ É o que reconhece Benedito Silvério Ribeiro: “*Apesar da vacilação jurisprudencial, acolhendo que somente poderiam ser objeto de usucapião bens públicos, desde que prescritos até o advento do decreto em foco, avulta ressaltar que, de forma segura e maciça, passou-se tranquilamente a admitir que somente seria possível adquirir por usucapião bem público, uma vez decorrido o prazo prescricional até a vinda do Decreto n. 22.785 de 31 de maio de 1933*”. RIBEIRO, Op. Cit, p. 549.

²⁹⁵ GRANDE JÚNIOR, Op Cit, p. 127.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 340**. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Diário da Justiça. Brasília, dez. 1963.

²⁹⁷ Cite-se, como exemplo, Clóvis Bevilacqua, que, ao tratar da modalidade especial de usucapião, esclareceu que “*as terras podem ser do domínio público ou particular, abrindo-se, em relação a este caso, exceção ao princípio de que as terras do domínio da União, dos Estados ou dos Municípios não podem ser usocapidas*” BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**: volume 01. Op cit, p. 181.

²⁹⁸ Interessante é o argumento de que a técnica utilizada pelo constituinte não se prestou a impedir toda e qualquer usucapião, mas tão somente a usucapião na modalidade rural e urbana, uma vez que a proibição foi incluída como um parágrafo, que é, por sua própria natureza, uma disposição secundária, isto é, destinada a explicar ou modificar a disposição principal. In: ALVES BELTRÃO, Maria Fernanda.; COSTA ANDRADE, Analise Cabral. **Análise histórico-comparativa do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002 acerca da usucapião de bens públicos**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, [S. l.], v. 33, n. 3, p. 18–29, 2021. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/335>. Acesso em 2 de julho 2023. Em nosso sentir, o entendimento não parece ser o mais correto, tendo em vista que, ainda que a Constituição não tenha trazido uma previsão generalista vedando a usucapião do bem público, a legislação infraconstitucional assim o fez. Além disso, teleologicamente, se pretendia o constituinte prestigiar a função social da propriedade não faria sentido que vedasse a aquisição dos bens públicos por usucapião justamente nas modalidades em que a função social se encontra mais destacada.

usucapião” (artigo 102). Da exposição de motivos da atual codificação é possível concluir que a vedação pretendeu alcançar todo e qualquer bem público, inclusive os bens dominicais²⁹⁹:

Mais precisa discriminação dos bens públicos, cuja imprescritibilidade foi mantida, inclusive quanto aos dominicais, mas com significativa ressalva do disposto em leis especiais, destinadas a salvaguardar os interesses da Fazenda, mas sem prejuízo de determinadas situações privadas merecedoras de amparo

As considerações até então esboçadas pretendem demonstrar que a impossibilidade ou a possibilidade de usucapião do bem público não é uma questão afeta à razão de ser do instituto. É possível que o legislador a admita ou não, a depender do interesse que pretende privilegiar. Na tradição jurídica brasileira, houve um tempo em que a usucapião do bem público dominical era não só admitida, como também justificada a partir da “natureza das coisas”, o que é pouco observado pela doutrina moderna ao tratar sobre o tema da usucapibilidade dos bens públicos.

Hodiernamente, a proibição da aquisição do bem público por usucapião é expressamente prevista no ordenamento e acolhida sem maiores questionamentos na jurisprudência nacional. Isso não impede, por óbvio, que vozes doutrinárias se levantem contra essa proibição, tentando construir caminhos interpretativos para admitir a usucapião do bem público em determinadas situações, quando não se encontra afetado ao serviço público, à segurança ou ao uso comum³⁰⁰. Todavia, os argumentos tendem a se limitar à função social da posse ou propriedade, ignorando a antiga construção discursiva que existia em nosso país acolhendo a tese da usucapibilidade.

Pragmaticamente, é certo que a legislação vigente impede a usucapião dos bens públicos. Com efeito, se a incidência da norma proibitiva alcança todo e qualquer bem público, entender o alcance do dispositivo legal exige a delimitação, com maior rigor técnico, do conceito de bem público, visando esclarecer quais as categorias de bens que efetivamente se sujeitam à vedação.

4.3 CONCEITO DE BEM PÚBLICO

4.3.1 O conceito de bem público a partir de um critério subjetivo

Como foi antecipado, o bem público está compreendido dentre as coisas insuscetíveis de usucapião. Não apenas o constituinte vedou a aquisição de imóveis públicos por usucapião,

²⁹⁹ BRASIL. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 340 p, 2005, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em 02 de julho de 2023.

³⁰⁰ A título de exemplo, cita-se: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 401.

como também o legislador infraconstitucional reforçou a proibição e foi ainda mais além, ao esclarecer que os bens públicos em geral, e não apenas os bens imóveis, estariam incluídos na regra da inusucapibilidade. Sendo assim, para a exata compreensão do alcance da proibição legal, as atenções deverão estar voltadas para delimitar, *a priori*, o conceito de bem público.

Em uma análise inicial, o conceito de bem público pode ser extraído do Código Civil. Sob essa ótica, são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, todos os outros são considerados particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem (artigo 98). Ao assim proceder, o legislador privado se perfilha a um critério subjetivo, calcado na titularidade do bem, para diferenciar a dominialidade pública e privada.

O atual Código Civil inovou com relação ao seu antecessor, ao utilizar a terminologia pessoas jurídicas de direito público interno, ao invés de mencionar expressamente a União, os Estados e os Municípios, como fazia o diploma anterior³⁰¹. Dessa forma, permitiu classificar como públicos, além daqueles anteriormente mencionados, os bens pertencentes às autarquias, associações públicas e demais entidades de caráter público criadas por lei, também definidas como pessoas jurídicas de direito público interno, conforme a codificação vigente (artigo 41).

Por essa linha de raciocínio, os bens pertencentes às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às concessionárias ou permissionárias de serviço público, ou seja, pessoas jurídicas submetidas ao regime de direito privado, são bens particulares. Como consequência, a elas são aplicáveis as normas privadas e não o regramento especial do direito administrativo, caracterizado, por exemplo, pela inusucapibilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade.

Isso significa dizer que, partindo única e exclusivamente da definição civilista de bem público, seriam particulares os bens pertencentes à Caixa Econômica Federal e aos Correios, empresas públicas constituídas sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, assim como também seriam particulares os bens pertencentes à Petrobrás e ao Banco do Brasil, posto que constituídas como sociedades de economia mista e revestidas de estrutura de direito privado.

Além de conceituar o bem público, a codificação civil também entendeu ser pertinente estabelecer para essa categoria de bens uma classificação. A sistematização realizada leva em conta a destinação dos bens, ou seja, a forma como eles são utilizados, repartindo-os em três categorias, os bens de uso comum do povo, os bens de uso especial e os bens dominicais.

Como explica Odete Medauar³⁰², a primeira categoria inclui os bens utilizados direta e

³⁰¹ Art. 65. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem

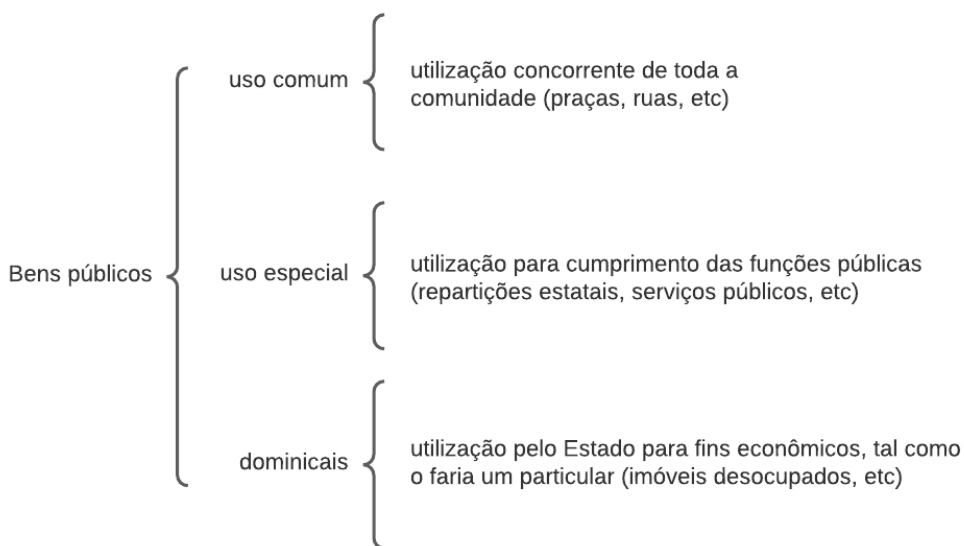
³⁰² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 279.

imediatamente pelo povo, como, por exemplo, ruas, praças, estradas, rios e praias. Nesse caso, vigora o pleno direito ao uso comum, pois, em regra, a utilização independe do consentimento da Administração Pública. Em sentido semelhante, Marçal Justen Filho³⁰³ destaca que os bens de uso comum do povo são os bens necessários ou úteis à existência de todos os seres vivos, motivo pelo qual não podem ou não devem ser submetidos à fruição privativa de ninguém.

A segunda categoria, por sua vez, compreende os bens aplicados ao desempenho das atividades estatais, como, por exemplo, uma escola pública ou edifício de uma repartição. Os beneficiários diretos e imediatos desses bens são, a princípio, os usuários de serviços públicos ou os servidores que trabalham nessa atividade³⁰⁴. Contudo, é importante registrar que os bens especiais não necessariamente estarão afetados a um serviço público. O prédio onde se instala o chefe do Poder Executivo, por exemplo, é bem público especial, ainda que, a rigor, a função de governo não seja qualificada como serviço público, como observa Marçal Justen Filho³⁰⁵.

Por fim, a terceira categoria compreende os bens não destinados à utilização imediata do povo, nem aos usuários dos serviços ou aos beneficiários diretos das atividades. São bens sem destino, porque ainda não o receberam ou porque perderam a destinação anterior, como as terras devolutas e os terrenos de marinha. O beneficiário direto é a própria Administração, que poderá utilizá-los, por exemplo, como instrumentos de geração de receitas ao Estado.

Figura 10 – Classificação dos bens públicos



Fonte: Justen Filho.

³⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1112.

³⁰⁴ MEDAUAR, Op. cit, p. 280.

³⁰⁵ JUSTEN FILHO, Op. cit, p. 1118.

Há quem, partindo dessa classificação, entenda que seria possível distinguir a esfera de domínio público e a esfera de domínio privado do Estado, estando compreendidos no segundo grupo os bens dominicais³⁰⁶. Tecnicamente, contudo, essa forma de classificação não é a mais adequada, considerando ser impróprio associar ao regime privado um bem classificado como público e submetido ao regramento especial do direito administrativo, ainda que mais flexível, como ocorre com os bens dominicais no tocante, por exemplo, à possibilidade de alienação³⁰⁷.

Sendo públicos, os bens terão atributos diferenciados daqueles característicos dos bens privados. Serão, em regra, inalienáveis, ao menos enquanto afetados ao interesse público. Serão imprescritíveis, logo, não poderão ser objeto de aquisição por usucapião. Serão impenhoráveis, porque a execução contra a Fazenda Pública obedece ao regime constitucional de precatórios. Serão, também, não oneráveis, consequência lógica de não se submeterem à execução direta³⁰⁸.

Ao definir e classificar os bens públicos, matéria estranha ao direito privado, o Código Civil estabeleceu regras heterotópicas e criou uma necessária relação de interdisciplinaridade com o direito administrativo. Talvez, como ponderou Caio Mário da Silva Pereira, teria feito melhor o legislador ao não cogitar dessa forma de classificação e nada mencionar quanto aos bens públicos³⁰⁹. Ao assim fazer, a definição legal acabou se tornando alvo de críticas e objeto

³⁰⁶ Caio Mário da Silva Pereira explica que essa forma de classificação tem origem no direito romano, tendo em vista a distinção realizada entre os bens do domínio público do Estado (*res publicae* ou *res in usu publico*) e os bens do príncipe (*res fisci*). Esse seria o motivo para encontrar em ordenamentos estrangeiros, como o francês e o belga, a distinção entre o domínio público do Estado (correspondente à *res publicae*) e o seu domínio privado (correspondente à *res fisci*). Segundo o autor, essa distinção, aparentemente simples, provoca discussões entre os especialistas, mas o direito brasileiro dela escapou, com a adoção de outro critério, com melhores resultados. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Volume I. 30. ed. (E-book). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 360.

³⁰⁷ Ao tratar sobre a classificação dos bens dominicais como bens do domínio privado ou patrimônio disponível do Estado, Medauar explica “*Com tais expressões se pretenderia significar que os vínculos da Administração com os bens dominicais seriam semelhantes aos vínculos do particular com os bens do seu patrimônio, em especial, pela facilidade de alienação; menciona-se também que seu regime seria precipuamente privado. Deve-se notar, de início, ainda uma vez, que as citadas denominações podem levar a equívocos sobre o regime jurídico de tais bens e a facilidade de disposição. Por outro lado, os bens dominicais integram os bens públicos, como diz o art. 99 do Código Civil; sendo assim, seu regime jurídico é essencialmente público; só podem ser alienados observadas as exigências da lei, pois assim determina o art. 101 do Código Civil. Mesmo para o dispêndio de dinheiro público (com pagamento de servidores e de contratados, por exemplo), há normas a serem observadas e prestação de contas. E ainda: as normas sobre alienação, contidas nos arts. 17 a 19 da Lei 8.666/93, aplicam-se a todos os tipos de bens públicos; a Constituição Federal veda o usucapião de imóveis públicos urbanos e rurais, sem distinção de tipo (arts. 183, §3º e 191, parágrafo único); o art. 225, §5º da CF, tornou indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. Além desses, preceitos específicos de natureza pública incidem sobre alguns tipos de bens dominicais. Todos esses aspectos permitem concluir que as afirmações clássicas a respeito dos bens dominicais não mais prevalecem.*” MEDAUAR, Op. cit, p. 281.

³⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 661-662.

³⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit, p. 359.

de uma releitura doutrinária que acabou ampliando, como se verá, o conceito codificado³¹⁰.

4.3.2 O conceito de bem público a partir de um critério funcional

As insuficiências do critério subjetivo logo se mostrariam presentes, notadamente, em situações envolvendo os bens titularizados por empresas públicas ou sociedades de economia mista, constituídas sob o regime de direito privado. Eis então que um novo critério passa a ser adotado por uma parte da doutrina administrativista para a definição do bem público, trazendo como elemento nuclear do conceito não a titularidade, mas a destinação atribuída ao bem.

Por esse segundo critério, mesmo que o bem pertença a uma pessoa jurídica de direito privado, será considerado público caso afetado à realização de um serviço público, gozando dos privilégios inerentes ao regime publicista. A justificativa para essa proteção especial reside no fato de que o bem afetado à execução de uma função pública é indispensável à própria atividade estatal, ainda que, excepcionalmente, exercida por um agente particular.

Pelo critério funcionalista, o relevante não é a titularidade do bem, mas sim a finalidade a que ele se presta. O enquadramento de um bem como público somente se justificaria quando o bem fosse essencial para o exercício da função pública, ainda que o Estado a tenha delegado a um particular. Nesse sentido, são as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto³¹¹:

O enquadramento de um bem como público pelo viés de sua finalidade depende de sua “essencialidade” e “indispensabilidade” para o exercício de uma função de interesse geral atribuída ao Estado. Identificamos, então, três requisitos: *primeiro*, a utilidade do bem deve corresponder a uma atividade cometida ao poder público por lei ou pela Constituição ou então cujas características tornem imperativo que ela seja realizada pelo Estado; *segundo*, o bem deve ser essencial para aquela atividade, de modo a que dele não se possa prescindir sem prejuízo do exercício dessa função pública; *terceiro*, ainda que a necessidade recaia não sobre um bem individualizado, mas sobre determinado gênero de bens, aquele bem específico deve ser, ao menos naquelas circunstâncias, insubstituível, ou, se substituído por outro equivalente, a esse bem substituinte será transferida automaticamente a natureza de bem público.

³¹⁰ Dentre as críticas realizadas ao conceito legal de bem público, merecem destaque as ponderações encampadas por Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem o artigo 98 do Código Civil traria dois problemas nucleares: (i) erradicar a possibilidade de existir a *res nullius* porquanto estabelece que os bens ou integram o patrimônio de uma pessoa jurídica de direito público interno ou são bens privados, apropriáveis, portanto, pelos particulares, pessoas físicas ou jurídicas; (ii) estabelece uma sujeição ao regime jurídico de direito privado para aqueles bens que estejam na pertença das pessoas de direito público. Ademais, nas palavras do aludido mestre, “*As prescrições do CCB são, do ponto de vista administrativo, impróprias. Além da má-técnica das definições exemplificativas, há generalizações que conferem imprecisão conceitual, e a classificação proposta é insuficiente para lidar com a complexidade de utilizações e relações em que os bens públicos hoje se inserem*” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regime jurídico e utilização dos bens públicos**, p. 400-401. In: DALLARI, Adilson Abreu et al (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*, Vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

³¹¹ Idem, p. 402.

Perfilhando-se a esse entendimento, Juarez Freitas ensina que os bens pertencentes aos particulares, porém afetados à prestação de um serviço público, poderiam ser compreendidos como bens “*quase públicos*” visto que “*embora não contemplados pela classificação civilista, são especializados por uma afetação pública, sem alteração da titularidade, que permanece particular*”³¹². Ao ser incorporado a uma efetiva utilidade pública, far-se-ia então publicizado.

Ao contrário do que sucede quando apenas se leva em consideração o critério civilista da titularidade, a partir de um critério funcional, também são públicos os bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado, desde que afetados a um serviço público. Nesse segundo cenário, os bens de uma empresa pública, uma sociedade de economia mista e até mesmo os permissionários e cessionários de serviço público gozariam da proteção do regime publicista.

A partir dessa releitura, a natureza jurídica de um bem, se pública ou privada, pode ser definida levando em consideração a sua titularidade ou ainda a afetação atribuída ao bem. Sob essa nova perspectiva, serão públicos não apenas os bens titularizados pela pessoa jurídica de direito público, mas também os bens titularizados pela pessoa jurídica de direito privado, caso afetados a uma função pública. É também nesse sentido que entende Lucas Rocha Furtado³¹³:

O primeiro critério considerado para a definição do domínio público toma como parâmetro a titularidade dos bens. Essa perspectiva atribui natureza pública aos bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público. Outra opção para a definição do domínio público toma como parâmetro a finalidade a que se destinam os bens. Se sua utilização estiver vinculada ao desempenho de qualquer atividade estatal, ou se forem destinados ao uso diretamente pela população, compreenderiam esses bens o domínio público.

A despeito da aparente omissão legislativa³¹⁴, esses dois critérios vem sendo utilizados com frequência pelos Manuais de Direito Administrativo para a definição do bem público³¹⁵. Seguindo esse mesmo caminho, a jurisprudência também tem se firmado no sentido de aceitar o critério funcional como elemento distintivo entre os bens públicos e os bens privados.

Para tanto, é preciso distinguir as situações em que o Estado atua prestando um serviço

³¹² FREITAS, Juarez. **Estudos sobre Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 70.

³¹³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013, p. 661.

³¹⁴ Alguns autores sustentam ser possível deduzir o critério funcional de outras legislações esparsas, como a Lei da Ação Popular e a Lei de Improbidade Administrativa, tendo em vista alcançarem em seu regime protetivo as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

³¹⁵ É a posição de Ihene Patrícia Nohara e Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem os bens públicos podem ser conceituados tanto a partir da titularidade, quanto a partir da destinação dada ao bem, quer dizer, caso afetado ou não a prestação de determinado serviço público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 913; NOHARA, Ihene Patrícia. **Direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 725. Também nessa linha, ao tratar sobre o bem público especial, Marçal Justen Filho entende que a sua titularidade pode ser privada ou pública. O particular aplica os seus bens à prestação das utilidades públicas correspondentes, de modo que, enquanto esses bens estiverem afetados, incidirá o regime dos bens públicos. JUSTEN FILHO, Op. cit, p. 1118-1119.

público e em que atua explorando diretamente a atividade econômica, visto que, no segundo caso, atuará nas mesmas condições com os particulares, submetendo-se ao regramento privado. E mesmo na primeira hipótese, será necessário verificar se o bem se encontra afetado ao serviço público prestado, porque, não havendo afetação direta, a consequência será o regime privado³¹⁶.

A par de tais considerações, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, realizou a distinção entre as empresas estatais que prestam serviços públicos e as estatais que exploram diretamente a atividade econômica, elucidando que “*atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito*”³¹⁷. Por essa razão, para a Corte constitucional, quando o Estado estiver na condição de agente empresarial, não gozará dos privilégios característicos da Administração Pública³¹⁸.

A exploração da atividade econômica *stricto sensu* pelo Estado, mediante a criação de empresas específicas para esse fim, é pautada pelo princípio da subsidiariedade e apenas será admitida, nos termos do texto constitucional, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (artigo 173). Quando atuar empresarialmente no setor privado, não gozará de benefícios fiscais não extensivos ao setor privado (§2º do artigo 173).

A razão para equiparar a empresa estatal que explora atividade econômica em sentido estrito com a empresa privada é evidente. Caso admitida em favor da empresa estatal alguma vantagem comparativa, haveria um desequilíbrio no mercado que afetaria a livre concorrência com os particulares, repercutindo, evidentemente, nos custos e na formação dos preços. É por essa razão que os bens pertencentes a uma estatal que atua explorando a atividade econômica em sentido estrito e competindo em par de igualdade com os particulares não seriam públicos.

Em sentido contrário, existem empresas estatais constituídas com o objetivo de operar em uma atividade estatal típica. Diferente da exploração de atividade econômica em sentido estrito, cujo caráter é excepcional e preferencialmente reservado aos particulares, a atuação do Estado em suas atividades típicas, isto é, os serviços públicos, apenas poderá ser desempenhada por particulares se o Estado os credenciar a prestá-las, como observa Celso Antônio Bandeira

³¹⁶ Nesse sentido, são as lições de José dos Santos Carvalho Filho: “*Quanto aos bens que não estejam diretamente a serviço do objetivo público da entidade, não há dúvida consistente: trata-se de bens privados*”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** (E-Book). 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 882-883.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 46**. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico nº 35. Brasília, 26 fevereiro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>. Acesso em 29 jan. 2023.

³¹⁸ “*As empresas públicas que exercem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas.*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 689.588/GO**. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico nº 239. Brasília, 06 dezembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3396261>. Acesso em 29 jan. 2023.

de Mello³¹⁹. Também sob essa ótica, Hely Lopes Meirelles define o serviço público como todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado³²⁰.

O desenvolvimento dos serviços públicos, campo de atividades do Estado que são por ele exercidas ou delegadas, obedece a princípios próprios, a saber, o princípio da generalidade ou igualdade, que impõe o dever de não discriminar ou privilegiar os usuários, o princípio da modicidade, que impõe a remuneração do serviço a preços módicos, o princípio da mutabilidade do regime jurídico, que autoriza à Administração promover alterações unilaterais do contrato, e o princípio da continuidade, que impede a interrupção do serviço, ante a sua essencialidade³²¹.

É preciso se atentar para o fato de que não existe serviço público por natureza. Atribuir a uma determinada categoria econômica o caráter de serviço público nada mais é do que uma opção política realizada pelo texto constitucional, podendo variar conforme a linha ideológica adotada por um dado ordenamento jurídico, isto é, se mais liberal ou mais intervencionista. Sob essa perspectiva, conforme os ensinamentos de Nohara “*é o ordenamento jurídico que atribui a determinada categoria de atividade a qualificação jurídica de serviço público, submetendo-a total ou parcialmente ao regime jurídico de direito de direito administrativo*”³²².

Nessa linha de ideias, é a Constituição que atribui ao serviço a natureza pública. Isso, todavia, não significa dizer que a sua prestação será realizada exclusivamente pelo ente público. Há, na realidade, cinco categorias de serviços públicos cuja prestação é obrigatória ao Estado, mas sem exclusividade, a saber, a educação, a saúde, a previdência e a assistência social³²³.

Em caso paradigmático envolvendo o regime jurídico de bens pertencentes à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, entendeu o STF por atribuir aos bens da estatal o regime público, visto que o serviço postal foi reservado à União e inserido dentre os fins do Estado por expressa decisão constitucional. Vale transcrever trecho do voto do Ministro Nelson Jobim³²⁴:

É conceito histórico-político ser, certo tipo de atividade, a prestação, ou não, de um serviço público. As sociedades organizadas, nos seus instrumentos básicos, reservam

³¹⁹ Segundo o autor “*as atividades da alçada dos particulares - vale dizer, atividades econômicas - só podem ser desempenhadas pelo Estado em caráter absolutamente excepcional*”, enquanto “*as atividades previstas como da alçada do Estado - ou seja, os serviços públicos - só podem ser desempenhadas por particulares se o Estado os credenciar a prestá-las*”. MELLO, Op. Cit, p. 794.

³²⁰ MEIRELLES, Op. Cit, p. 418.

³²¹ NOHARA, Op. Cit, 2016, p. 218.

³²² NOHARA, Op. Cit, p. 470.

³²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 89.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 220.906/DF**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Diário da Justiça Eletrônico nº 220, 14 de novembro de 2002. Brasília, 16 de novembro de 2000, p. 25-27. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1689719>. Acesso em 29 jan. 2023.

para a atuação do Estado um maior ou menor número de atividades. É a discussão do tamanho do Estado. Para uns, o Estado deve tudo prestar, sem reservar espaços para a atividade privada. A posição radical foi a do estado soviético, com a coletivização dos fatores da produção. Outros, no lado oposto, sustentam o Estado-Mínimo, proibindo qualquer atividade fora daquilo que chamam de “ações típicas do Estado”. E outros, circulam entre esses dois extremos. Alguns mais próximos da tese totalitária e outros mais próximos da tese liberal. E, outros, nem uma coisa nem outra. Oscilando no meio dos dois extremos. Seja como for, o professor Ruy Cirne Lima foi preciso “serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou por outra pessoa administrativa”. Incluir ou não determinada atividade no campo do serviço público, é uma opção política, que se realiza na história. Em alguns casos, por ideologia. Em outros, por conveniência econômica ou operacional. Em todos os casos, decorre da extensão dada, em determinado momento da história, ao conceito dos “fins do Estado” e da forma de os realizar.

Então, para que o bem pertencente à pessoa jurídica de direito privado possa receber a proteção publicista, deve estar afetado à execução de um serviço público. Somente nesse caso, vale dizer, é que se justifica a atribuição do regime de direito público ao bem titularizado por uma pessoa jurídica de direito privado. A racionalidade imprimida por essa interpretação tem por finalidade assegurar a continuidade do serviço público, considerando que eventual penhora, alienação ou aquisição por usucapião³²⁵, por exemplo, interromperia a prestação do serviço, em prejuízo para toda a coletividade, como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²⁶:

É sabido que a Administração Pública está sujeita a uma série de princípios, dentre os quais o da continuidade dos serviços públicos. Se fosse possível às entidades da Administração Indireta, mesmo empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos, alienar livremente esses bens, ou se os mesmos

³²⁵ Em nosso sentir, contudo, a impossibilidade de usucapião do bem titularizado por empresa estatal que presta serviços públicos seria questionável considerando que o instituto pressupõe a inércia do proprietário por período considerável de tempo. Essa característica da usucapião parece afastar a ideia de que o bem é indispensável ou essencial para a prestação do serviço público, tendo em vista o lapso temporal em que permaneceu em desuso. O Ministro Luis Felipe Salomão, em interessante precedente sobre o tema, adotou esse caminho ao sustentar que os terrenos onde situadas vias férreas abandonadas por uma sociedade de economia mista poderiam ser adquiridos por usucapião, considerando ter ocorrido a desafetação tácita desses bens. O voto, contudo, restou vencido, com a conclusão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a hipótese estaria alcançada pela vedação constitucional de usucapião dos bens públicos. Destaca-se também o voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior, ao demonstrar preocupação com o fato de que admitir a usucapião seria um estímulo para a ocupação das vias férreas abandonadas, ignorando, contudo, o fato de que competiria à empresa ferroviária garantir destinação adequada ao bem e evitar a situação de abandono. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 242.073/SC**. Recurso Especial. Usucapião de imóvel pertencente à Rede Ferroviária Federal S.A. Estrada de ferro desativada. Impossibilidade de ser usucapido. Lei n. 6.428/77 e Decreto-lei n. 9.760/46. Relator Luis Felipe Salomão (voto vencido). Relator para acórdão Carlos Fernando Matias (Desembargador convocado). Julgamento em 05 mar. 2009. Publicação em 29 jun. 2009, Republicação em 11 mai. 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199901143799&dt_publicacao=29/06/2009. Acesso em 29 jan. 2023.

³²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 569. No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles: “As empresas prestadoras de serviços públicos, contudo, apresentam situação diferente, pois os bens vinculados ao serviço não podem ser onerados, nem penhorados, nem alienados (salvo autorização de lei específica), em face do princípio da continuidade do serviço”. MEIRELLES, Op. Cit, p. 461-462.

pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção do serviço público. E o serviço é considerado público precisamente porque atende às necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade da sua paralisação e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico.

Esse não parece ser o caso da atividade desempenhada pelas instituições financeiras. A exploração do mercado de crédito é e sempre foi uma atividade reservada aos particulares, restando o Estado autorizado a explorar, excepcionalmente, em igualdade de condições com os particulares. O simples fato de existir um interesse público subjacente à atividade não é, *per se*, apto a atrair o regime público às estatais, visto que a existência do interesse público é condição sem a qual sequer existiria permissão constitucional para explorar a atividade (artigo 173).

Essa premissa será fundamental para demonstrar que os bens vinculados a um contrato de financiamento habitacional, mesmo quando firmado com sociedade de economia mista ou empresa pública, são particulares e sujeitos à usucapião, não estando alcançados pelo regime publicista extensível apenas às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

4.4 NATUREZA JURÍDICA DO IMÓVEL FINANCIADO

Em mais de uma oportunidade, apresentamos o financiamento habitacional como uma cadeia de vínculos jurídicos envolvendo diversos agentes conectados por um liame causal, qual seja, o fornecimento do crédito para a aquisição da moradia. A entrega dos recursos ao mutuário fica condicionada à instituição de garantias reais, vinculando o imóvel ao pagamento do débito.

Compreender as relações estabelecidas entre os diversos atores envolvidos na concessão do crédito habitacional é fundamental para delimitar a natureza jurídica do imóvel financiado, se pública ou privada. Isso porque, como visto, a dominialidade pública é definida ou pela titularidade do bem ou pela afetação ao serviço público. Presentes um desses dois pressupostos, o bem será público, ausentes tais elementos, somente caberá cogitar a sua natureza privada.

Partindo dessa premissa, será necessário investigar de quem é a titularidade do imóvel financiado, ou seja, se pertence a alguma pessoa jurídica de direito público ou se ao particular. Pertencendo ao particular, caberá perquirir se o imóvel financiado está afetado à prestação de um serviço público, hipótese em que estaria justificada a atribuição do regime publicista, tendo em vista que, se o particular dispusesse do bem, a execução da atividade restaria interrompida.

Para responder a tais questionamentos, as relações estabelecidas entre o mutuário e a instituição financeira serão decompostas com vistas a diferenciar as situações em que o imóvel está gravado com uma hipoteca e as situações em que o imóvel está gravado com uma alienação

fiduciária em garantia. Essa opção metodológica se explica sobretudo porque a titularidade do bem variará conforme a garantia real instituída, a exigir um tratamento analítico diferenciado.

4.4.1 Quando o imóvel está gravado com hipoteca

Ao examinar o conceito da hipoteca e as suas características, tivemos a oportunidade de observar que a constituição da garantia não importa a transferência da posse ou da propriedade ao credor. O devedor continua exercendo todas as faculdades inerentes ao domínio, usando e fruindo do bem como lhe aprouver. Mesmo na hipótese de inadimplemento, não é o imóvel em si que é transferido ao patrimônio do credor, mas sim o valor correspondente ao débito. Após a alienação do bem, o credor utiliza o preço para a quitação da dívida, executando o remanescente se o valor for insuficiente ou restituindo ao devedor o saldo porventura apurado.

A consequência disso é que a titularidade do imóvel em um financiamento habitacional garantido com uma hipoteca será sempre do mutuário. Por outras palavras, será proprietário o adquirente final da unidade ou o agente que tomou por empréstimo os recursos para a execução do empreendimento habitacional. O que a instituição financeira possui é apenas e tão somente a garantia hipotecária. Sobrevindo o inadimplemento, o seu direito incide sobre o produto da alienação, que será aplicado para o pagamento da dívida e das despesas decorrentes do leilão.

A partir de tais considerações, é possível concluir que o imóvel financiado com garantia hipotecária não poderia ser considerado público pelo critério da titularidade, tendo em vista que a propriedade continua em nome do mutuário, ou seja, da pessoa física ou jurídica tomadora do empréstimo. O imóvel se relaciona com a instituição financeira apenas para a garantia da dívida, vinculando-se ao pagamento do empréstimo se o mutuário não cumprir com a sua obrigação.

Ainda assim, existem certas situações em que o bem pertencente ao particular pode ser submetido ao regime publicista. Essa possibilidade é admitida na doutrina e na jurisprudência quando o bem se encontra afetado à prestação de um serviço público. Dessa forma, para saber se um imóvel financiado com garantia hipotecária pode ser considerado público a partir de um critério funcional, é necessário verificar se o particular está ou não prestando serviço público.

A prestação dos serviços públicos pode ser delegada aos particulares mediante prévia licitação. A delegação poderá ocorrer por *concessão*, *permissão* e *autorização*, distinguindo-se as modalidades na medida em que a primeira tem natureza contratual e as demais constituem delegações por um ato unilateral da Administração, a permissão com uma maior formalidade e

estabilidade ao serviço, a autorização com mais simplicidade e precariedade na execução³²⁷.

Não parece que a simples instituição de uma hipoteca converta o particular em prestador de serviço público. Atribuir o regime publicista ao bem financiado com garantia hipotecária e, portanto, componente da esfera patrimonial do mutuário, é um salto argumentativo que não se acolhe pelo ordenamento jurídico nacional. Também não parece crível entender que um imóvel gravado com hipoteca estaria afetado ao serviço público. A afetação se restringe ao pagamento do débito contraído com o financiamento habitacional. A função é única e exclusivamente servir como garantia, tanto é assim que o mutuário tem a liberdade para usar, fruir e dispor do bem.

Ocorrendo o inadimplemento, a garantia é executada e o imóvel é alienado seguindo o procedimento legal estabelecido para a excussão da garantia. O produto da alienação será usado para a quitação da dívida e das despesas decorrentes do leilão. Se houver excesso, o saldo será entregue ao devedor. Se o produto for insuficiente para a quitação, o credor poderá executar o saldo remanescente com os meios processuais cabíveis. O que ingressa no patrimônio do agente financeiro é o valor em pecúnia, até porque o pacto comissório é vedado no direito brasileiro.

Inclusive, se o mutuário for pessoa jurídica e ingressar com um pedido de recuperação judicial ou falência, o crédito da instituição financeira não ficará vinculado ao imóvel que serviu de garantia hipotecária. Por outras palavras, o credor hipotecário não poderá executar a garantia, submetendo-se ao concurso de credores, muito embora a legislação lhe coloque em uma posição privilegiada. Isso reforça a conclusão de que a garantia hipotecária tem por consequência uma vinculação do imóvel ao pagamento do débito, e não à prestação de um serviço público.

Não fosse apenas por isso, admitir que o imóvel hipotecado é público significa contrariar os próprios fundamentos do regime publicista. Ora, um imóvel hipotecado pode ser objeto de penhora, não se aplicando a impenhorabilidade característica dos bens públicos³²⁸. Do mesmo modo, o imóvel hipotecado pode ser onerado e alienado, porque a instituição do gravame não aniquila o poder de disposição do mutuário, ainda que o credor exerça o direito de seqüela na hipótese de inadimplemento³²⁹. Então, se nenhum dos atributos do bem público se verificam

³²⁷ MEIRELLES, Op. Cit, p. 505.

³²⁸ Nesse sentido, é o posicionamento há tempos firmado pelo Superior Tribunal de Justiça: “As regras do nosso ordenamento jurídico não impedem a penhora de imóvel financiado e hipotecado pelo Sistema Financeiro de Habitação para garantir o pagamento de taxas condominiais”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Especial nº 162.043/SP**. Relator: Ministro José Delgado. Julgamento em 12 de março de 1998. Diário da Justiça, Brasília, DF, 25 de maio de 1998, p. 55.

³²⁹ No âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, a alienação do imóvel é concomitante à transferência do mútuo contraído para a sua aquisição, exigindo a intervenção obrigatória da instituição financiadora, por força de expressa previsão na Lei nº 8.004/1990. Entretanto, é oportuno registrar que a previsão legal não importa a inalienabilidade do imóvel, mas tão somente um condicionamento da transferência à concordância do credor. Nessa linha de ideias já se posicionou o STJ, consignando que a referida legislação “não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito o a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente

em um imóvel gravado com garantia hipotecária e objeto de um financiamento habitacional, não se justifica lhe atribuir o regime publicista tão somente para afastar a sua usucapibilidade.

4.4.2 Quando o imóvel está gravado com alienação fiduciária em garantia

A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor a propriedade resolúvel do bem. Disso decorre uma importante diferença com relação à hipoteca, tendo em vista que o credor é considerado proprietário enquanto conservar a garantia. Como antecipado no capítulo anterior, existe uma condição resolutiva em relação ao domínio do fiduciário e uma condição suspensiva em relação ao domínio do fiduciante. Enquanto pendente a quitação, o devedor possui apenas o direito expectativo de se tornar proprietário, uma vez que a titularidade é atribuída ao credor.

Nessa hipótese, o agente financeiro poderá ser considerado proprietário do imóvel dado em garantia em um financiamento habitacional. Logo, para definir se o imóvel financiado com garantia fiduciária é público ou particular, será necessário voltar os olhos ao credor, ao menos enquanto o financiamento continua vigente e a condição resolutiva ainda não se verificou.

Conforme a definição legal, são públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, todos os outros são considerados particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Como antecipado em tópico específico deste trabalho, o conceito formulado pela legislação civil excluiu do seu alcance os bens pertencentes às empresas estatais, posto que submetidas ao regramento do direito privado. Portanto, mesmo na hipótese em que o credor é uma empresa estatal atuando como agente financeiro, a exemplo da Caixa Econômica Federal, os seus bens não seriam públicos se considerado exclusivamente o critério da titularidade.

Na realidade, a adoção de uma personalidade jurídica de direito privado é um elemento essencial para conceituar as empresas estatais³³⁰. Embora integrem a chamada administração indireta, não são, formalmente, pessoas jurídicas de direito público interno, mas sim pessoas jurídicas de direito privado. Ainda que exista um certo hibridismo normativo no regime jurídico a elas aplicável³³¹, lhes submetendo, por exemplo, à exigência de licitação e concurso público,

na data da venda, em sintonia com a regra do artigo 303 do Código Civil de 2002”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 838.127/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 17 de fevereiro de 2009. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, DF, 30 de março de 2009.

³³⁰ “A expressão ‘empresa estatal’ é utilizada para indicar um gênero de pessoas jurídicas de direito privado que se encontram sob o controle direto ou indireto de um ente federativo. Esse gênero compreende a empresa pública, a sociedade de economia mista e as empresas controladas”. JUSTEN FILHO, Op. Cit, p. 291.

³³¹ A expressão é usada por José dos Santos Carvalho Filho. In: CARVALHO FILHO, Op. Cit, p. 871. Em sentido similar: “*Ante as características apontadas, a empresa pública situa-se na zona de transição entre os instrumentos da ação administrativa do Poder Público e as entidades privadas de fins industriais. Sujeita-se ao controle do Estado, na dupla linha administrativa e política, já que seu patrimônio, sua direção e seus fins são estatais. Vale-*

a forma e os meios utilizados para cumprir as suas finalidades são eminentemente privados.

A legislação também não deixa dúvidas quanto à natureza privada das empresas estatais, conforme é possível verificar do conceito estabelecido pelo Decreto-Lei nº 200 de 1967:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

II - Empresa Pública - *a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado*, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - *a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado*, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

Corrigindo algumas imprecisões³³², mas mantendo como elemento nuclear do conceito a adoção de uma personalidade jurídica de direito privado, estabeleceu a Lei nº 13.303 de 2016:

Art. 3º Empresa pública é a *entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado*, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º Sociedade de economia mista é a *entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado*, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

Com relação à Caixa Econômica Federal, cujo estudo se revela imprescindível para os fins pretendidos com a presente investigação, tendo em vista atuar como um agente financeiro na promoção do crédito habitacional, a sua personalidade jurídica de direito privado foi prevista no próprio ato legislativo que autorizou a sua criação, a saber, o Decreto-Lei nº 759 de 1969:

Art 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Caixa Econômica Federal - CEF, instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda.

se tão somente dos meios da iniciativa privada para atingir seus fins de interesse público". MEIRELLES, Op. Cit, p. 467.

³³² O conceito formulado pelo Decreto-lei nº 200 de 1967 levava a crer que a empresa estatal somente poderia ser criada para a exploração de atividade econômica em sentido estrito, quando, na verdade, também pode ser criada para a prestação de serviços públicos. Por isso, o dispositivo é objeto de críticas. Nesse sentido: MELLO, Op. Cit, p. 190

Idêntica previsão foi repetida em seu Estatuto Social³³³:

Art. 1º A Caixa Econômica Federal, doravante denominada CEF, é uma instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Economia, regida por este Estatuto, pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, e demais legislações aplicáveis.

Diante de tais ponderações, partindo exclusivamente do critério da titularidade, não há como escapar à conclusão de que são privados os bens pertencentes à Caixa Econômica Federal ou a qualquer outro banco que se disponha a atuar no financiamento habitacional. Resta, assim, investigar se, pelo critério da afetação, o bem garantido fiduciariamente em um financiamento habitacional poderia ser considerado público e, portanto, estar protegido pelo regime publicista.

Anteriormente, tivemos a oportunidade de afirmar que o bem pertencente a uma pessoa jurídica de direito privado poderia receber a proteção publicista se afetado à execução de um serviço público. A justificativa é evitar a interrupção do serviço por eventual oneração, penhora ou alienação, em virtude do princípio da continuidade do serviço público. Por óbvio, a proteção não poderia ser estendida às empresas que exploram a atividade econômica em sentido estrito, porque importaria em manifesta violação à livre concorrência e às regras de mercado.

A par de tais considerações, para definir a natureza do imóvel financiado com garantia fiduciária, é necessário indagar se o bem se encontra afetado à prestação de um serviço público. Por consequência, etapa preliminar será investigar a natureza do serviço prestado pelo agente financeiro titular da propriedade resolúvel. Se consistir em serviço público, estará justificada a submissão do imóvel ao regime publicista, se consistir em exploração da atividade econômica, não haverá outra conclusão senão admitir a natureza privada do imóvel financiado.

No primeiro capítulo, introduzimos o Sistema Financeiro de Habitação como a primeira grande intervenção do Estado no setor habitacional. Com o programa, houve também a criação do Banco Nacional de Habitação, órgão gestor do sistema e responsável pela administração das suas principais fontes de custeio, o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). No entanto, o órgão possuía uma importante limitação institucional, por lhe ser vedado atuar diretamente com operações de financiamento.

³³³ CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Estatuto Social da Caixa Econômica Federal (CEF)**. Anexo da Ata da Assembleia Geral Ordinária, de 04 de agosto de 2021, arquivado no Registro do Comércio nº 1018255 Disponível em: https://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-governanca/Estatuto_Social_da_Caixa_Economica_Federal.pdf. Acesso em 31 de julho de 2023.

Com a extinção do Banco Nacional de Habitação, as suas atribuições foram assumidas pela Caixa Econômica Federal. Entretanto, ao contrário do que acontecia com o seu antecessor, a nova gestora também atuaria como um importante agente financeiro do sistema, conforme se estabelecia na própria lei que autorizou a sua criação³³⁴, operando diretamente na concessão do crédito habitacional junto aos demais atores privados, como sociedades de crédito imobiliário, bancos múltiplos com carteiras imobiliárias e associações de poupança e empréstimo³³⁵.

Tais reflexões são extremamente valiosas para que não se confunda a atuação da Caixa enquanto gestora dos fundos aplicáveis aos programas habitacionais, como o SBPE e o FGTS, e a atuação enquanto agente financeiro, concedendo o financiamento diretamente ao mutuário. Na segunda hipótese, quando houver autorização legal para que outros atores privados atuem como agentes financeiros na promoção do crédito habitacional, como ocorre no SFH e no SFI, a atuação da empresa estatal ocorrerá em um regime de concorrência com os particulares, tendo em vista também atuarem no sistema bancos privados como Bradesco, Santander, entre outros.

Essa simples mas importante afirmação serviria, por si só, como uma evidência de que a atuação da empresa pública na concessão do crédito habitacional consiste em exploração da atividade econômica, sujeitando-se aos regramentos extensivos à iniciativa privada. Isso porque atribuir ao imóvel financiado o regime aplicável aos bens públicos significaria recair em duas proposições manifestamente insustentáveis: ou se permitiria uma situação em que somente os bens financiados pela Caixa possuiriam a proteção publicista, criando distorções no mercado; ou se permitiria uma situação em que um banco privado executaria um serviço público, se assim for classificada a concessão do crédito habitacional, sem a necessária delegação do Estado.

A bem da verdade, ao prestar os serviços financeiros e bancários, a Caixa Econômica Federal se apresenta como um dos mais célebres exemplos de empresa pública constituída para a exploração da atividade econômica em sentido estrito. Evidente não se tratar de uma atividade típica do Estado, a ele conferida por disposição constitucional ou infraconstitucional. A lógica que se opera nesse campo é inversa ao que sucede com os serviços públicos, tendo em vista que

³³⁴ Dentre as finalidades atribuídas à CEF pelo Decreto-Lei nº 759 de 1969, estava “operar no setor habitacional, como sociedade de crédito imobiliário e principal agente do Banco Nacional de Habitação, com o objetivo de facilitar e promover a aquisição de sua casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população”.

³³⁵ Os agentes financeiros do SFH são indicados o artigo 1º da Resolução nº 1.980 de 1993 do Banco Central do Brasil, *in verbis* “Integram o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), na qualidade de agentes financeiros, os bancos múltiplos com carteira de crédito imobiliário, as caixas econômicas, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias de habitação, as fundações habitacionais, os institutos de previdência, as companhias hipotecárias, as carteiras hipotecárias dos clubes militares, os montepios estaduais e municipais e as entidades e fundações de previdência privada”. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 1.980, de 30 de abril de 1993**. Estabelece normas sobre o estatuto e o regulamento do Sistema Financeiro Nacional. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res_1980_v1_O.pdf. Acesso em: 23 de julho de 2023.

a atuação no mercado financeiro e bancário é tipicamente privada, a estatal é que é subsidiária.

Também por essa razão é que não se mostram compatíveis com a atividade financeira e bancária os princípios tradicionalmente aplicáveis aos serviços públicos. Inconcebível cogitar o princípio da generalidade quando a concessão do crédito depende de um prévio perfilamento de cada mutuário e dos riscos esperados com a operação individualmente concebida. Também inadequada a aplicação do princípio da modicidade tarifária quando a remuneração dos serviços não ocorre mediante o pagamento de uma taxa ou tarifa, e sim mediante a incidência de juros³³⁶.

Não por acaso, é possível encontrar em manuais de Direito Administrativo a referência à Caixa Econômica Federal e ao Banco do Brasil para ilustrar as hipóteses em que a criação da empresa estatal é voltada para a exploração da atividade econômica³³⁷. Em julgamento recente, ao analisar a possibilidade de terceirização de serviços jurídicos pela Caixa Econômica Federal, o Superior Tribunal de Justiça acabou tratando incidentalmente sobre a natureza dos serviços prestados pela estatal, inexistindo qualquer controvérsia entre os julgadores quanto ao fato de consistir uma hipótese de exploração da atividade econômica em ambiente de concorrência³³⁸.

Outros indícios encontrados na legislação e na jurisprudência servem para atestar a sua natural vocação para a exploração da atividade econômica. O primeiro é o fato de que os seus bens são penhoráveis e a execução contra si oposta não se submete à sistemática de precatórios, como aconteceria se prestasse serviço público³³⁹. O segundo é o fato de estar sujeita às normas do Conselho Monetário Nacional e à fiscalização do Banco Central do Brasil, assim como estão as instituições financeiras privadas³⁴⁰. O terceiro é o fato de estar cadastrada junto à Comissão de Valores Mobiliários, assim como as demais estatais que atuam em regime de concorrência³⁴¹.

³³⁶ Mesmo os empréstimos de natureza social impõem ao mutuário a necessidade de arcar com uma contraprestação que deverá ressarcir, no mínimo, os custos operacionais, de captação e de capital alocado. Essa é a previsão que consta expressa no inciso XII do artigo 4º do Estatuto Social da Caixa Econômica Federal. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, Op. Cit.

³³⁷ Apenas a título de exemplo: “O art. 173 da CF/1988 permite que, se estiverem presentes certos pressupostos, o Estado também pode assumir o desempenho de tais atividades. Quando o fizer, deverá instituir uma empresa estatal – que será orientada a explorar atividade econômica. Os exemplos são o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal”. In: JUSTEN FILHO, Op. Cit, 2013, p. 301.

³³⁸ “A Caixa Econômica Federal, embora vinculada como empresa pública ao Estado, executa uma atividade econômica em ambiente de concorrência”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial nº 1.318.740/PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Relator para acórdão: Ministro Og Fernandes. Julgado em 16 de outubro 2018. Publicado em 5 de novembro de 2019.

³³⁹ “Incabível aplicar à empresa pública a regra excepcional de execução prevista no artigo 100 da Carta da República”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário nº 851.711**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 12 de dezembro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico (DJe) de 10 de abril 2018.

³⁴⁰ É o que prescreve o artigo 6º do Decreto-Lei de 1969: “Como instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, a CEF estará sujeita às normas gerais, às decisões e a disciplina normativa estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional e à fiscalização do Banco Central do Brasil”.

³⁴¹ Ao regulamentar a Lei de Acesso à Informação, o Decreto nº 7.724 de 2012 impõe para as empresas públicas que exploram atividade econômica a observância das normatizações da Comissão de Valores Imobiliários, como

Inclusive, a natureza de instituição financeira e o exercício da atividade privada ficam evidentes em diversas passagens do seu Estatuto Social. Apenas a título de exemplo³⁴²:

Art. 4º A CEF tem por objeto social:

VI- administrar fundos e programas delegados pelo Governo Federal ou concedidos mediante contrato ou convênio firmado com outros entes e entidades da federação, *observadas a sua estrutura e natureza de instituição financeira, bem como a sua capacidade de executar políticas públicas;* (...)

XII- prestar serviços e conceder empréstimos e financiamentos de natureza social, de acordo com a política do Governo Federal, observadas as condições de retorno, *que deverão, no mínimo, ressarcir os custos operacionais, de captação e de capital alocado*

Art. 7º A CEF poderá ter suas atividades, sempre que consentâneas com seu objeto social, orientadas pelo controlador, de modo a contribuir para o interesse público que justificou sua criação.

§ 1º No exercício da prerrogativa de que trata o caput, o controlador único *somente poderá orientar a CEF a assumir obrigações ou responsabilidades*, incluindo a realização de projetos de investimento e assunção de custos e/ou resultados operacionais específicos, *em condições diversas às de qualquer outra sociedade do setor privado que atue no mesmo mercado*, quando:

I- estiver definida em lei ou regulamento, bem como prevista em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-la, observada a ampla publicidade desses instrumentos; e

II- tiver seu custo e receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil. (...)

§ 3º Quando orientada pela União nos termos do caput deste artigo, a CEF somente assumirá obrigações ou responsabilidades que se adequem ao disposto nos incisos I e II do § 1º deste artigo, sendo que, nesta hipótese, *a União compensará, a cada exercício social, a CEF pela diferença entre as condições de mercado e o resultado operacional ou retorno econômico da obrigação assumida, desde que a compensação não esteja ocorrendo por outros meios.*

Tudo o que vem se argumentando conflui para a conclusão no sentido de que a atuação da Caixa Econômica Federal é voltada para a exploração da atividade econômica e não para a prestação de serviço público, motivo pelo qual não seria possível considerar como públicos os bens que integram o seu patrimônio, sob pena de incorrer em violação à livre concorrência.

Não por outra razão, isso é o que há tempos defendeu Benedito Silvério Ribeiro³⁴³:

Os imóveis vendidos através de financiamento no sistema financeiro de habitação (SFH) não são públicos e podem ser adquiridos por terceiros estranhos à relação contratual, via usucapião. A previsão de crime para invasão ou ocupação deles (art. 9º, §3º, da Lei n. 5.471/1971) desestimula aquisições desse jaez, mas tal não implica imprescritibilidade.

se nota do §1º do artigo 5º: “A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários”. Com efeito, a Caixa divulga periodicamente os seus resultados trimestrais, relatórios e outras informações ao mercado.

³⁴² CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, Op. Cit.

³⁴³ RIBEIRO, Op. Cit, p. 537.

Não há como ignorar o caráter social associado ao crédito habitacional e as condições mais atrativas praticadas pela referida empresa pública ao atuar enquanto agente financeiro. No entanto, não se pode confundir o interesse público inerente ao financiamento habitacional com o conceito de serviço público que autoriza a aplicação do regime publicista aos bens afetados. Na verdade, ao tratar sobre a exploração da atividade econômica em sentido estrito, pudemos explicar que a existência do interesse coletivo é condição *sine qua non* para a criação da estatal, porque integra o suporte fático da norma constitucional que admite a sua existência (artigo 173). Se não existisse um relevante interesse coletivo ou se não fosse necessário aos imperativos da segurança nacional, sequer seria admitida a intervenção direta do Estado na ordem econômica.

Não fossem por todas as razões expostas acima, a natureza privada do imóvel financiado também seria revelada por um exame analítico a respeito da alienação fiduciária em garantia. Como também observamos no capítulo anterior, a alienação fiduciária é uma garantia atípica, no sentido de que o direito real de propriedade é utilizado fora do seu desenho habitual. Não se transfere a propriedade visando uso ou a fruição, mas sim com a função de garantir um débito. O que sucede é um reforço na massa patrimonial a ser acionada na hipótese de inadimplemento.

Disso se conclui que a propriedade fiduciária, ao fugir ao desenho típico do direito real, não poderia estar afetada ao serviço público, visto que a sua afetação é única e exclusivamente ao pagamento do débito contraído pelo mutuário no financiamento habitacional. Ocorrendo a quitação do débito, a propriedade do fiduciário se resolve e retorna ao fiduciante. Inadimplido o financiamento e não purgada a mora, a propriedade se consolida no patrimônio do fiduciário e será alienada em hasta pública, com a devolução do saldo porventura apurado ao fiduciante.

Eis a pedra de toque para confirmar a natureza privada do imóvel financiado. Mesmo se houvesse a prestação de serviço público pela Caixa Econômica Federal e se fosse admitido aos seus bens a proteção publicista, é certo que o regime especial não poderia alcançar o imóvel com garantia fiduciária porque a sua afetação não é ao serviço público, mas sim ao pagamento de um débito. É dizer, a propriedade, de fato, se encontra juridicamente na esfera patrimonial do credor, mas apenas nos limites da dívida garantida. Eventualmente, se o produto da alienação do imóvel for superior ao valor da dívida, caberá ao credor restituir ao devedor o saldo apurado.

Idêntico raciocínio também explica a incompatibilidade da propriedade fiduciária com o regime especial atribuído aos bens públicos. Primeiro porque possui como pressuposto um negócio jurídico dispositivo, ou seja, um negócio jurídico de direito das coisas incompatível com os atributos de inalienabilidade e não onerabilidade do bem público. Segundo porque a sua alienação independe de licitação ou desafetação. Não purgada a mora, a venda do imóvel se faz

em hasta pública, como ocorre com todo e qualquer particular que executa a mesma garantia.

Nessa linha de ideias, a atribuição do regime de direito público ao imóvel financiado não encontra acolhimento. Tampouco se explica por uma racionalidade econômica ou social. Muito pelo contrário, atribui uma vantagem competitiva ao banco público e cria distorções no mercado. E, ao conferir-lhe o atributo da inusucapibilidade, impede a circulação de um ativo econômico de valor social inestimável, negando o direito à moradia ao possuidor que cumpriu os requisitos legais, em nítida contradição ao objetivo pretendido com a política habitacional.

4.5 ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A investigação empreendida até o momento tem se orientado para confirmar a natureza privada do imóvel financiado. Sendo assim, não haveria obstáculo para a aquisição do imóvel por usucapião, desde que atendidos os requisitos necessários para a configuração do instituto.

Acontece que a orientação do Superior Tribunal de Justiça caminha em sentido oposto, atribuindo o regime publicista aos imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação. Logo, analisar os fundamentos utilizados pela Corte Superior e confrontá-los aos conceitos que foram apresentados ao longo do trabalho é uma etapa indispensável ao percurso investigativo.

Por conseguinte, a análise de jurisprudência foi adotada como um recurso metodológico complementar. Justifica-se o recorte institucional ao Superior Tribunal de Justiça considerando a sua importância na uniformização da legislação federal, o que influencia as decisões tomadas por órgãos jurisdicionais inferiores, ainda quando os seus precedentes não possuem um caráter vinculante. Demais disso, a análise se restringiu às decisões colegiadas proferidas pela Terceira e Quarta Turmas, tendo em vista serem responsáveis por temas envolvendo o direito privado.

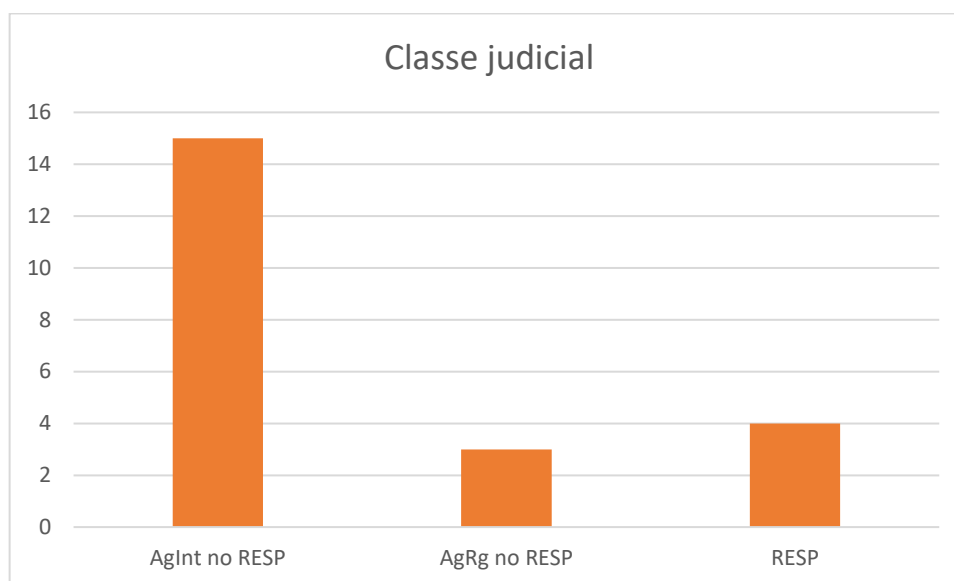
A coleta dos dados foi realizada na ferramenta de busca de jurisprudência do *site* do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>) com as palavras-chaves: “usucapião” e “sistema financeiro de habitação”, substituindo-se a última pelas variações “sistema financeiro da habitação” e “SFH”, a fim de ampliar o alcance da pesquisa. A partir desse critério, foram localizados um total de 22 acórdãos. As decisões monocráticas foram desconsideradas para os fins da investigação.

A análise dos dados será dividida em duas seções distintas, a primeira destinada a fazer um apanhado geral e quantitativo das decisões, a segunda, destinada a uma análise qualitativa das decisões, identificando a linha argumentativa utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça para concluir pela natureza pública do imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação.

4.5.1 Análise quantitativa

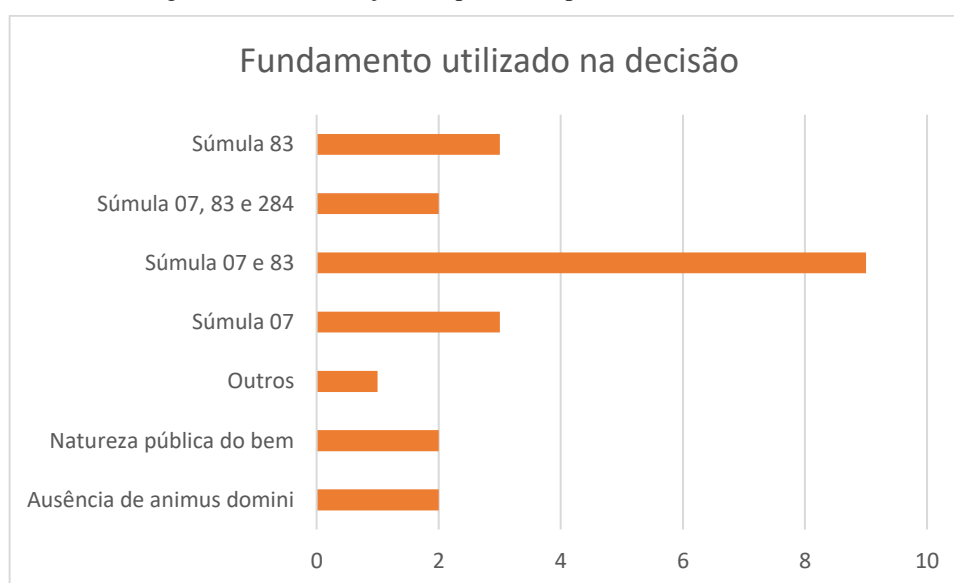
Dentre as decisões analisadas, 4 foram proferidas em Recurso Especial, 15 em Agravo Interno em Recurso Especial e 3 em Agravo Regimental em Recurso Especial. Nos Recursos Especiais, a decisão proferida pelo Tribunal de origem, ainda que mantida pela Corte Superior, foi revisitada. Contudo, os Agravos não conseguiram superar os óbices contidos na Súmula 284 do STF e Súmulas 07 e 83 do STJ, aplicadas isolada ou cumulativamente pelo órgão colegiado:

Figura 11 – Distribuição dos processos por classe judicial



Fonte: Elaboração própria.

Figura 12 – Distribuição dos processos por fundamento utilizado

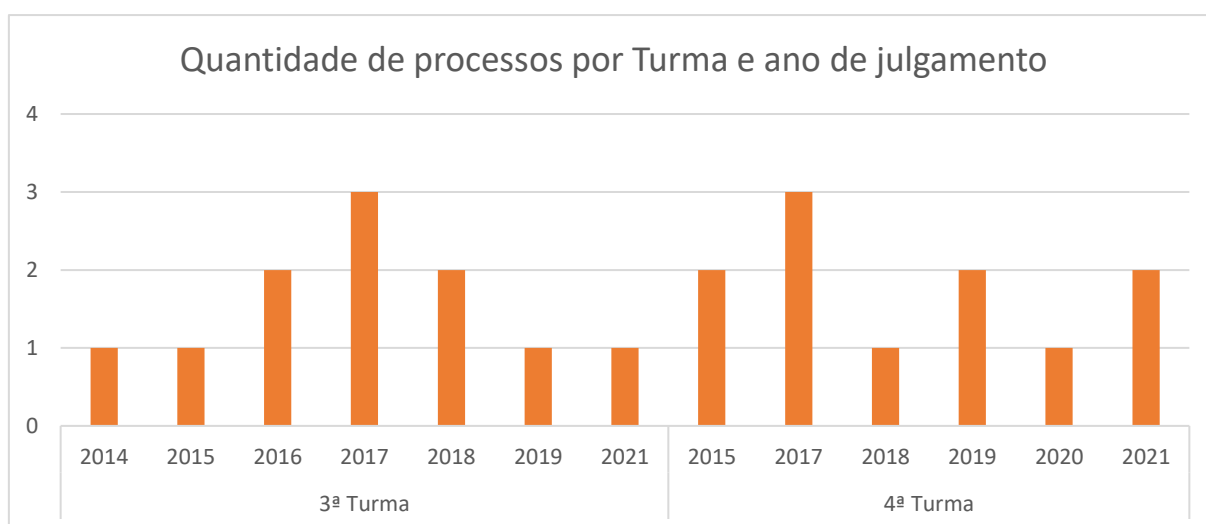


Fonte: Elaboração própria.

Como se verá adiante, o ano de 2016 representou um importante marco temporal para a mudança do entendimento adotado nas decisões lavradas pelos órgãos colegiados do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que, anteriormente, a ausência de *animus domini* era usada para afastar a possibilidade de usucapião do imóvel financiado e, posteriormente, a natureza pública do imóvel veio a ser utilizada como razão de decidir. Muito embora a discussão existisse nas instâncias ordinárias, a proteção publicista só foi expressamente admitida em 2016.

Todos os acórdãos localizados foram posteriores a 2014, sendo o mais recente datado de novembro de 2021. O ano de 2017 concentrou a maior quantidade de acórdãos e cada Turma proferiu a mesma quantidade de decisões, logo, cada uma se responsabilizou por 11 processos:

Figura 13 – Distribuição dos processos por turma e ano de julgamento



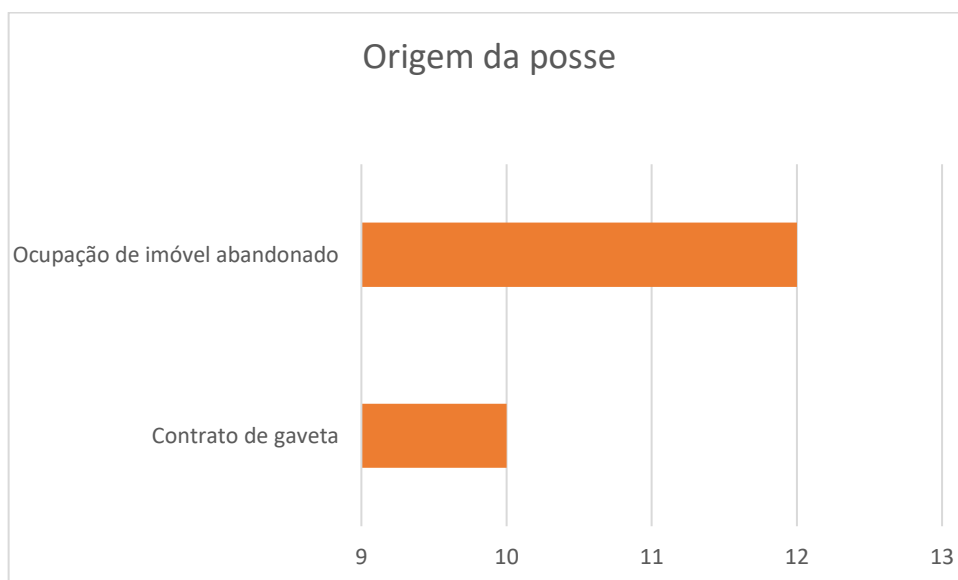
Fonte: Elaboração própria.

Em cada um desses processos, procedemos com a análise da petição inicial, sentença e acórdão, a fim de entender, ainda que sumariamente, a controvérsia submetida ao crivo judicial. Nisso foi possível separar as discussões em dois grandes grupos, a posse originada por meio de contrato de gaveta e a posse originada a partir da ocupação espontânea de imóvel abandonado. A diferença principal reside no fato de que o devedor no primeiro grupo era o adquirente final da unidade, enquanto o devedor no segundo grupo era a pessoa jurídica que tomou os recursos para executar o empreendimento habitacional e gravou todas as unidades com a garantia real.

Dos 22 acórdãos, 10 dizem respeito a processos em que a posse teve origem em contrato de gaveta, enquanto os demais dizem respeito a processos em que a posse se originou de uma ocupação de imóvel abandonado. Dentre os processos, 8 se originaram em Alagoas, 4 no Rio de Janeiro, 2 em Pernambuco, 2 no Ceará, 2 no Rio Grande do Sul, 1 em Santa Catarina, 1 em

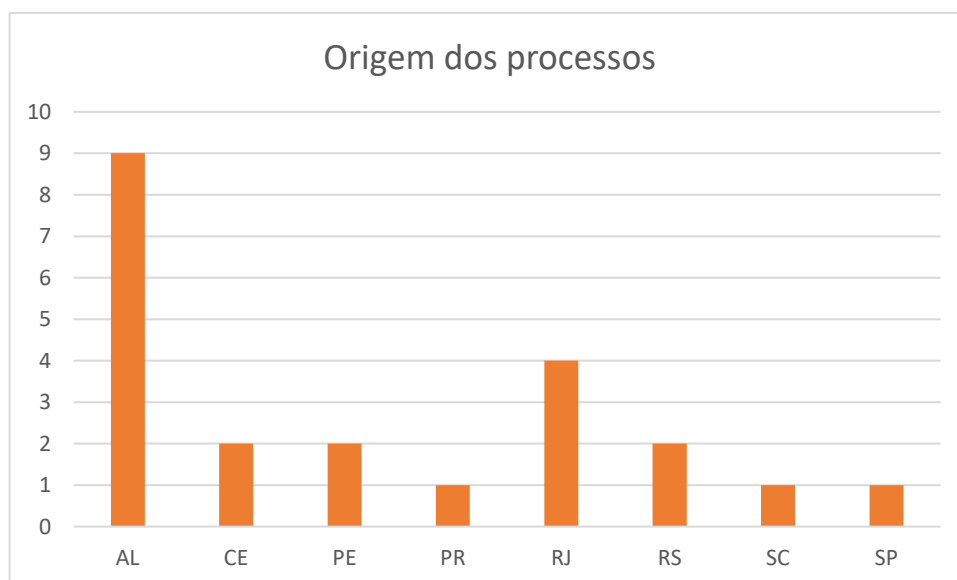
São Paulo e 1 no Paraná. Todos os processos originados em Alagoas possuem identidade com relação à questão de fundo, o que explica a concentração de ações originadas naquele Estado³⁴⁴.

Figura 14 – Distribuição dos processos por origem da posse



Fonte: Elaboração própria.

Figura 15 – Distribuição dos processos por local de origem

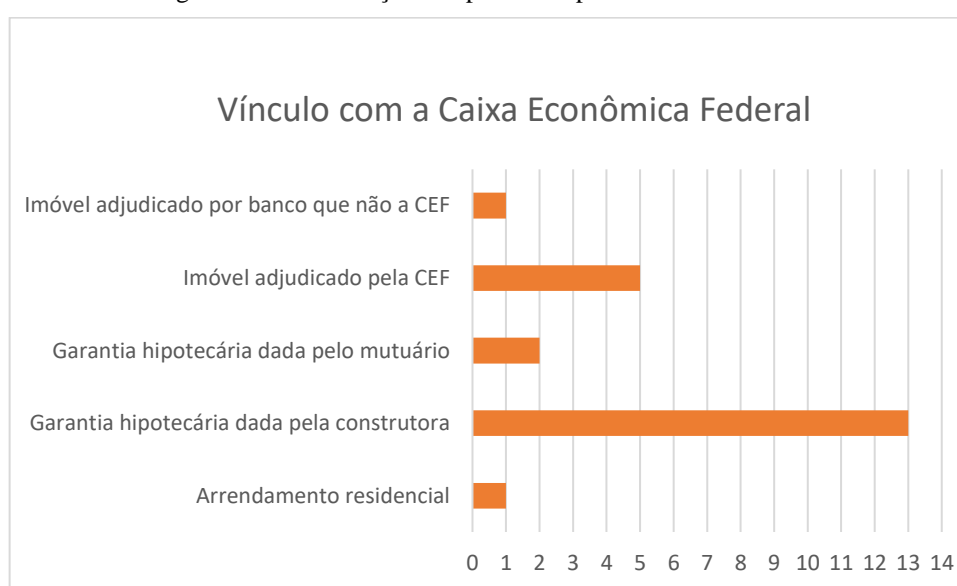


Fonte: Elaboração própria.

³⁴⁴ Em 1989, a Cooperativa Habitacional de Alagoas (COOHAL) firmou contrato de financiamento com a Caixa Econômica Federal (CEF) para a construção de Conjuntos Residenciais, contratando a Habitacional Construções para executar o empreendimento. Foram construídos o Condomínio Teotônio Vilela e o Conjunto Medeiros Neto, mas uma parte significativa das unidades não foi alienada, o que acabou levando a um movimento de ocupação dos imóveis abandonados por famílias de baixa renda. No ano de 2008, a Empresa Gestora de Ativos (EMGEA), cujo crédito habitacional havia adquirido da CEF, executou o título extrajudicial e requereu a penhora das unidades não alienadas, levando centenas de ocupantes a uma empreitada judicial visando o reconhecimento da usucapião.

Também foi possível classificar os processos a partir do vínculo do imóvel com a CEF. Em 13 processos, a CEF figurou como credora hipotecária de financiamento contraído por uma pessoa jurídica que se comprometia a executar o empreendimento habitacional. Em 5 processos, figurou como proprietária em razão da adjudicação do imóvel após a execução da garantia. Em 2 processos, figurou como credora hipotecária de financiamento contraído pelo adquirente final. Em 1 processo, figurou como arrendadora. Em 1 processo, sequer figurou como parte:

Figura 16 – Distribuição dos processos por vínculo com a CEF



Fonte: Elaboração própria.

A partir dos dados trazidos com o último gráfico, é possível extrair algumas importantes conclusões. A primeira é que não houve qualquer decisão envolvendo a alienação fiduciária em garantia. Nas hipóteses em que a Caixa era titular de garantia real, estava a se tratar da hipoteca. A segunda é que um dos processos sequer envolvia recursos do SFH, e sim do FAR, destinado ao arrendamento residencial. Essa importante particularidade não foi observada no acórdão que aplicou o paradigma. A terceira é que, em uma quantidade significativa de processos, a garantia foi executada e o contrato de financiamento estava extinto por via de consequência³⁴⁵. Logo, se não havia mais financiamento, então também estaria encerrado o vínculo direto com o SFH.

³⁴⁵ Essa só não seria hipótese se a alienação do bem dado em garantia não fosse suficiente para a quitação do débito do mutuário, hipótese em que o credor hipotecário poderia executar o saldo remanescente. No entanto, ao menos a partir dos dados coletados durante a investigação, esse não parece ter sido o caso dos processos que foram objeto de análise.

4.5.2 Análise qualitativa

A primeira oportunidade em que o STJ se manifestou sobre a possibilidade de usucapião do imóvel vinculado ao SFH foi em 2014. O caso *sub judice* envolvia uma ação de usucapião especial urbana movida em face da CEF por um casal que havia adquirido a posse com base em um contrato de gaveta. Após o inadimplemento do mutuário, o imóvel foi levado à hasta pública e adjudicado pela CEF, que figurava no contrato de financiamento como credora hipotecária.

A sentença julgou improcedente o pedido. O principal fundamento adotado na decisão foi a existência de oposição à posse durante o curso do prazo prescricional, visto que as provas constantes nos autos indicavam ter a CEF procedido com avaliações, vistorias, além de existir disputa judicial envolvendo o bem. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Paraná e, em Recurso Especial, inalterada pela Terceira Turma, em acórdão cuja ementa se transcreve³⁴⁶:

PROCESSO CIVIL. USUCAPIÃO. POSSE. ANIMUS DOMINI NÃO CONFIGURADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. O Tribunal não está obrigado a pronunciar-se acerca de todos os artigos de lei invocados no recurso especial, desde que decida a matéria suscitada, adotando fundamento suficiente para embasar a manifestação jurisdicional. A omissão que enseja o cabimento dos embargos diz respeito a questões apreciadas, não aos argumentos trazidos no recurso.
2. A mera repetição dos fundamentos da sentença pelo acórdão da apelação, a princípio, não acarreta prestação jurisdicional deficiente, desde que tais fundamentos contenham a análise dos pontos controvertidos submetidos à decisão judicial.
3. Imóveis destinados à população de baixa renda e financiados por meio do Sistema Financeiro de Habitação, gerido pela Caixa Econômica Federal, não estão sujeitos à aquisição originária pela usucapião urbana especial do Estatuto da Cidade se, no período de cinco anos de posse previsto no art. 9º da Lei n. 10.257/2001, a CEF promovia os atos jurídicos necessários à retomada e refinanciamento.
4. Para efeitos da usucapião, mesmo a especial urbana, a posse exercida com animus domini ultrapassa a mera vontade de possuir, devendo resultar do título pelo qual é detida, de forma que posse decorrente de relações contratuais que afetem o proprietário do imóvel prescinde do animus domini.
5. Recurso especial desprovido.

Da leitura do acórdão, foi possível identificar que a razão de decidir se fundou em dois argumentos: o primeiro, a inexistência de passividade e mansuetude na posse, tendo em vista a proprietária ter manifestado a sua oposição à ocupação do bem durante o prazo da usucapião; o segundo, a ausência de *animus domini*, uma vez que adquirida mediante contrato de gaveta, a revelar o fato de que os possuidores sabiam da existência de um contrato de financiamento.

³⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.221.243/PR**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 25 de fevereiro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 10 de março de 2014.

De se destacar um trecho importantíssimo do voto do Ministro Relator João Otávio de Noronha:

Assim, exceto quando se verificar o abandono do imóvel, a referida usucapião não pode servir para acomodar situações de mutuários inadimplentes, tal como a dos autos, em que o terceiro adquirente, em uma cadeia de transmissões por meio de "contrato de gaveta", não tendo como arcar com o financiamento, vem buscar no instituto um meio alternativo de se manter no imóvel, já reivindicado por quem de direito. Observa-se que o imóvel não permaneceu vazio, visto que os recorrentes dele se utilizaram enquanto a CEF realizava os procedimentos de retomada e refinanciamento do bem.

No trecho transcrito acima, o Ministro Relator parece se inclinar para entender que a usucapião seria possível em hipóteses de abandono do imóvel. A sua objeção é tão somente ao caso em que o contrato é inadimplido pelo adquirente final ou pelo cessionário dos seus direitos. Por outras palavras, se o imóvel houvesse sido abandonado e a aquisição fosse desvinculada da cadeia de transmissões, talvez houvesse entendido o Relator pela possibilidade de usucapi-lo.

Todavia, o Ministro parece não considerar a possibilidade de inversão do título da posse, hipótese em que uma posse precária, originada em uma relação contratual, poderia se converter em posse *ad usucapionem*, mediante atos inequívocos de oposição praticados pelo possuidor³⁴⁷. Mesmo assim, diante dos fatos colocados, na medida em que a instituição financeira praticou atos no sentido de negar ao possuidor a inversão do título possessório, como, por exemplo, a tentativa de negociar o débito e a vistoria do imóvel, a conclusão nos parece ter sido acertada.

No ano seguinte, o tema voltou a ser pautado pela Corte Superior. Nas duas primeiras ocasiões, houve a interposição de Agravo Regimental, com provimento negado ao argumento de que uma reanálise do assunto esbarraria na Súmula 07. As decisões, praticamente idênticas, se pautaram ainda na inexistência de boa-fé, porque os “gaveteiros” tinham ciência do gravame. Na primeira decisão, o entendimento, de fato, se justifica, uma vez que o pedido era fundado na modalidade ordinária da usucapião³⁴⁸. No julgamento que lhe seguiu, todavia, os pedidos se fundavam na usucapião especial urbana, modalidade que dispensa o pressuposto da boa-fé³⁴⁹.

Ainda naquele ano, a Terceira Turma pautou o tema em sede de Recurso Especial³⁵⁰. O caso subjacente envolvia uma ação de usucapião movida por possuidores de um imóvel urbano

³⁴⁷ Remete-se o leitor ao item 3.1.2 deste trabalho, onde o tema foi analisado com mais profundidade.

³⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.322.079/CE**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 3 de março de 2015. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 9 de março de 2015.

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.299.340/CE**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 24 de março de 2015. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 30 de março de 2015.

³⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.501.272/SC. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva**. Julgado em 12 de maio de 2015. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 15 de maio de 2015.

de 300m² cuja posse foi adquirida mediante um contrato de gaveta celebrado no ano de 1989. Na época da aquisição da posse, o bem estava hipotecado em favor do Banco Meridional para a garantia de um mútuo celebrado no SFH. Posteriormente, o Banco Meridional cedeu o crédito à CEF, permitindo que a nova credora instaurasse a execução da garantia e adjudicasse o imóvel no final do ano de 1999, procedendo com o consequente registro do cancelamento da hipoteca.

Ocorre que os atos preparatórios para o leilão somente se iniciaram em 2011. Fundados nessa inação, os cessionários propuseram uma ação visando a declaração do domínio, julgada improcedente sob o argumento de que a existência de uma hipoteca afastaria a mansuetude e a pacificidade da posse, reconhecendo, ainda, a natureza pública do imóvel financiado pelo SFH.

Muito embora o caráter público do imóvel tenha sido abordado pela sentença, mantida após o recurso de apelação, ao chegar no Superior Tribunal de Justiça, a usucapião foi afastada por outros fundamentos. Não houve qualquer posicionamento expresso ou implícito acerca da natureza pública do bem financiado. O Ministro Relator, Ricardo Villas Bôas Cueva, entendeu pela inexistência de *animus domini*, porque a posse estaria fundada em um contrato de gaveta e porque a existência de uma hipoteca indicaria a ciência de que o imóvel serviu de garantia ao financiamento habitacional. Por consequência, foram nesses termos a ementa da decisão:

RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. POSSE DECORRENTE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DE GAVETA. ANIMUS DOMINI NÃO CONFIGURADO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DEBATE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Pretensão dos recorrentes de usucapir imóvel adquirido por meio de cessão de direitos e obrigações decorrentes de contrato de mútuo de imóvel originariamente financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação com incidência de hipoteca sobre o bem.
2. Para a configuração da usucapião extraordinária é necessária a comprovação simultânea de todos os elementos caracterizadores do instituto, constantes no art. 1.238 do Código Civil, especialmente o *animus domini*, condição subjetiva e abstrata que se refere à intenção de ter a coisa como sua.
3. A posse decorrente de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por ser incompatível com o *animus domini*, em regra, não ampara a pretensão à aquisição por usucapião.
4. A análise da existência de posse mansa e pacífica demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

Algumas particularidades, porém, parecem não ter sido notadas pelo Ministro Relator. A primeira diz respeito ao fato de que a adjudicação do imóvel tornou a Caixa proprietária. Por consequência, enquanto titular do direito de propriedade, devia ter empreendido as diligências

necessárias para recuperar o imóvel de forma diligente e tempestiva. Não se tratava mais de um imóvel com garantia ou de um imóvel financiado, mas de um imóvel que havia se consolidado no patrimônio do banco³⁵¹. O contrato de financiamento tinha se encerrado, tanto é assim que o mutuário ou o cessionário não teriam mais interesse em discutir as prestações do empréstimo em ação revisional, por exemplo, como várias vezes reconhecido pela própria Corte Superior³⁵².

Outra ponderação é que a simples existência de uma hipoteca não faria afastar o *animus domini*, até porque a usucapião se trata de uma forma originária de aquisição da propriedade³⁵³. Com a usucapião, a propriedade anterior, gravada pela hipoteca, se extingue e dá lugar a uma outra, com a antiga não relacionada, porque não há transferência de direitos, mas sim aquisição originária. Da mesma forma, nada impediria a inversão do título da posse, caso demonstrada a prática de atos de oposição pelo possuidor e o ânimo de possuir a coisa como se dono fosse³⁵⁴.

O fato é que, até esse momento, ainda existia uma preocupação em analisar se houve ou não a caracterização dos requisitos necessários à usucapião. Ainda que criticável o manejo dos conceitos, era possível observar um maior cuidado com os fatos delimitados pelas instâncias ordinárias, com vistas a perquirir o preenchimento dos elementos configuradores da usucapião.

Ao final de 2016, essa tendência mudou radicalmente³⁵⁵. Muito embora ganhasse fôlego nas instâncias ordinárias a tese defendendo a natureza pública dos imóveis vinculados ao SFH, até então, os órgãos colegiados do STJ não haviam se pronunciado expressa ou implicitamente sobre o tema, porque o argumento era centrado na ausência de *animus domini*. A partir de então, todos os acórdãos se enveredaram por atribuir a proteção publicista ao bem vinculado ao SFH.

³⁵¹ Com a adjudicação o imóvel passou a integrar o patrimônio do banco e o estoque de imóveis a serem por ele comercializados. Inclusive, a venda do imóvel não mais se daria observando as normas aplicáveis à execução da garantia, mas sim as normas pertinentes à licitação pública, como sucederia com qualquer outro imóvel adjudicado pela CEF e não relacionado ao SFH.

³⁵² A título de exemplo: “A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que após a adjudicação do bem, com o consequente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do bem, fulminando o interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.461.307/RS**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Julgado em 19 de junho de 2018. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 29 de junho de 2018.

³⁵³ Remete-se o leitor ao item 3.1.4, oportunidade em que o tema foi analisado com maior profundidade.

³⁵⁴ Em nosso sentir, para uma conclusão mais assertiva, seria necessário, primeiro, analisar se ocorreu ou não a inversão do título da posse e desde quando ocorreu. A partir de então, seria contabilizado o prazo para a usucapião, observando a regra de transição trazida no artigo 2.028 do CC/2002. Em qualquer hipótese, a modalidade especial urbana não seria admitida, em face da extensão do imóvel, somente cabendo cogitar a modalidade extraordinária, tendo em vista a boa-fé ser questionável e o contrato de gaveta não ser considerado, tecnicamente, um justo título.

³⁵⁵ O marco temporal específico pode ser delimitado como novembro de 2016, porque, em agosto de 2016, ainda houve uma decisão, proferida pela Terceira Turma em sede de Agravo Interno no Recurso Especial, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, adotando como razão de decidir a ausência de *animus domini* na aquisição da posse fundada em um contrato de gaveta, seguindo a linha argumentativa que vinha sendo adotada pela Corte nos julgamentos pretéritos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.520.297/RS**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 23 de agosto de 2016. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 01 de setembro de 2016.

O precedente que instaurou essa ruptura foi relatado pela Ministra Nancy Andrighi³⁵⁶. O caso envolvia uma ação de usucapião especial urbana fundada na posse adquirida mediante contrato de gaveta celebrado em 1994. Após o inadimplemento das prestações do mútuo, a CEF executou a garantia e retomou o imóvel mediante adjudicação realizada em 1996, extinguindo o financiamento e cancelando a hipoteca. Inobstante tenha adquirido a propriedade do imóvel, o banco ficou-se inerte e só iniciou os atos preparatórios para a alienação no ano de 2011.

Em sentença, o juiz entendeu que a prescrição fora interrompida pela adjudicação do imóvel em 1996 e pela comunicação da alienação do imóvel enviada aos possuidores em 2010. Não fosse isso, também entendeu pela impossibilidade de usucapião do bem vinculado ao SFH, o que foi mantido após a apelação. Em recurso especial, a Ministra Relatora citou a corrente doutrinária que considera público o bem da pessoa jurídica de direito privado, quando afetado à prestação de serviço público, como seria, em sua visão, a hipótese da CEF ao atuar no SFH:

Sob essa ótica, não obstante se trate de empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado, a Caixa Econômica Federal, ao atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e órgão de execução da política habitacional, explora serviço público, de relevante função social, regulamentado por normas especiais previstas na Lei 4.380/64. Logo, o imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível.

O voto foi acompanhado à unanimidade e o acórdão restou assim ementado:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL VINCULADO AO SFH. IMPRESCRITIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Ação de usucapião especial urbana ajuizada em 18/07/2011, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 11/01/2013 e concluso ao Gabinete em 01/09/2016.
2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre a possibilidade de aquisição por usucapião de imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação e de titularidade da Caixa Econômica Federal.
3. A Caixa Econômica Federal integra o Sistema Financeiro de Habitação, que, por sua vez, compõe a política nacional de habitação e planejamento territorial do governo federal e visa a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, de modo a concretizar o direito fundamental à moradia.
4. Não obstante se trate de empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado, a Caixa Econômica Federal, ao atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e órgão de execução da política habitacional, explora serviço público, de relevante função social, regulamentado por normas especiais previstas na

³⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.448.026/PE**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 17 de novembro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 21 de novembro de 2016.

Lei 4.380/64.

5. O imóvel da Caixa Econômica Federal vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível.

6. Alterar o decidido pelo Tribunal de origem, no que tange ao preenchimento dos requisitos legais para o reconhecimento da usucapião, seja a especial urbana, a ordinária ou a extraordinária, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

A conclusão no sentido de que a Caixa Econômica Federal presta um relevante serviço público ao atuar no Sistema Financeiro de Habitação parece não se sustentar e os motivos foram expostos ao longo deste trabalho³⁵⁷. Explora, na verdade, uma atividade econômica em sentido estrito, uma vez que os serviços financeiros e bancários não foram elencados pelo constituinte como uma atividade típica do Estado. A lógica é oposta ao que sucede com os serviços públicos, porque a exploração do mercado financeiro é tipicamente privada, a estatal é que é subsidiária.

Além disso, o interesse social envolvido na facilitação do acesso ao crédito habitacional não justifica a caracterização do serviço como público por si só. Como também argumentamos, o interesse público integra o suporte fático da norma constitucional que autoriza a exploração da atividade econômica por uma empresa estatal. Por outras palavras, se não houvesse relevante interesse social, o Estado não estaria autorizado a explorar um mercado tipicamente privado.

A bem da verdade, o constituinte atribuiu ao Estado a obrigação de promover o direito à moradia. No entanto, as gestões governamentais insistem em adotar um meio tradicionalmente privado para a execução desse encargo: o crédito habitacional. Por consequência, ao escolher o crédito como o principal mecanismo para promover o acesso à moradia, reserva aos particulares a execução direta dos projetos habitacionais³⁵⁸. Pudemos revelar as fragilidades dessa dinâmica ao evidenciar o seu caráter excludente e a sua inaptidão para resolver a questão habitacional.

Também por isso não cabe confundir a atuação da Caixa Econômica Federal enquanto órgão gestor e enquanto agente financeiro do Sistema Financeiro de Habitação. Evidente que, enquanto agente financeiro, atuará em concorrência com bancos particulares, tanto é assim que outras instituições financeiras, como o Bradesco e o Santander, estão autorizadas a conceder o crédito habitacional com os recursos captados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação. Por óbvio, atribuir uma proteção especial à estatal importaria em violação à livre concorrência.

³⁵⁷ Remete-se o leitor ao item 3.4 do presente trabalho.

³⁵⁸ A lei que instituiu o Sistema Financeiro de Habitação é cristalina ao atribuir ao Estado uma atuação indireta na execução da política habitacional. Os órgãos federais, no que se inclui o Banco Nacional da Habitação, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e as Caixas Econômicas Federais, são direcionados a atuar, preferencialmente, com a coordenação, orientação e assistência técnica e financeira. De outra banda, a lei reserva “à iniciativa privada, a promoção e execução de projetos de construção de habitações segundo as diretrizes urbanísticas locais”, como consta consignado no inciso II do artigo 3º.

Não fosse por isso, também seria necessário considerar que o contrato de financiamento habitacional envolve uma cadeia negocial destinada à concessão do crédito para a aquisição da moradia. O vínculo estabelecido entre a instituição financeira e a propriedade é direcionado à reforçar a massa patrimonial a ser acionada na hipótese de inadimplemento. Por consequência, a afetação da propriedade não é ao serviço público, mas sim ao adimplemento da obrigação.

O argumento causa ainda mais perplexidade se considerado o fato de que a propriedade do imóvel financiado nem sempre é da CEF. De fato, o caso analisado no precedente envolvia um bem adjudicado pela Caixa, então, a rigor, estaria correto o entendimento no sentido de lhe atribuir a propriedade. Essa, entretanto, não foi a hipótese das inúmeras decisões que sucederam o paradigma. Como se verá adiante, em grande parte dos casos submetidos à apreciação do STJ, o banco figurava como credor hipotecário, mas a propriedade continuava com o devedor, então, menos ainda se justificaria atribuir o regime publicista ao imóvel pertencente ao mutuário.

O ano subsequente à virada jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça foi marcado por um fenômeno interessante. Até aquele momento, todos os casos submetidos à apreciação dos órgãos colegiados envolviam a discussão sobre a posse fundada em um contrato de gaveta. A partir de então, começaram a surgir processos envolvendo a ocupação de imóveis abandonados, em que a garantia hipotecária era instituída por um empreiteiro ou cooperativa.

Um caso que se tornou repetitivo envolvia a construção de conjuntos habitacionais em Alagoas. A cooperativa, sem conseguir alienar todas as unidades e abandonando a execução da obra, acabou permitindo que inúmeras famílias de baixa renda ocupassem o imóvel e passassem a utilizá-lo para fins de moradia. Após a execução judicial do crédito e a penhora das centenas de unidades não alienadas, somente restou para essas famílias a alternativa de empreender uma intensa movimentação judicial visando a declarar a aquisição da propriedade por usucapião.

Todos esses processos, ao chegarem ao Superior Tribunal de Justiça, foram tratados sem a devida discriminação. O apelo excepcional não era analisado no mérito por consequência das Súmulas 07 e 83, utilizadas isolada ou conjuntamente para fundamentar as decisões colegiadas. A natureza pública do imóvel financiado passou a ser utilizada como uma fórmula matemática, da qual se deduzia a impossibilidade de usucapião. Eventualmente, argumentava-se ainda pela inexistência de *animus domini*, embora os precedentes utilizados como paradigma fossem todos relacionados a uma posse originada mediante contrato de gaveta, e não ocupação espontânea.

De todos os processos posteriores, apenas quatro eram fundados em contrato de gaveta.

Em um dos casos, inclusive, o credor hipotecário era um banco privado³⁵⁹. Os demais tratavam da ocupação de um imóvel abandonado com hipoteca instituída em favor do agente financeiro. Essa particularidade por muito tempo restou ignorada. Em algumas oportunidades, afirmou-se que a existência de um gravame hipotecário fazia presumir a propriedade de outrem. Em outras, o regime publicista era atribuído sem maiores reflexões, até mesmo quando a vinculação com a Caixa Econômica Federal decorrida de uma hipoteca, inapta a transmitir a propriedade.

Outra situação capaz de atestar não existir um rigor técnico na aplicação do precedente é o fato de que o entendimento chegou a ser aplicado para uma hipótese em que o contrato em exame não envolvia financiamento concedido no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, mas sim um arrendamento residencial estabelecido no Programa de Arrendamento Residencial, custeado pelo Fundo de Arrendamento Residencial, do que não se fez qualquer diferenciação³⁶⁰.

Nas instâncias ordinárias, os conceitos também eram aplicados com imprecisão. Ora se entendia que a posse era precária, ignorando o fato de que a sua origem não decorria de relação contratual, visto que completamente dissociada da posse exercida pelo tomador dos recursos³⁶¹. Ora se entendia que a posse originada em invasão seria clandestina, ignorando o fato de que os possuidores praticaram atos ostensivos ao longo de décadas, fazendo cessar o vício³⁶². Chegou a se entender que a mera criação de empresa com patrimônio público caracterizaria os seus bens como públicos, ignorando, inclusive, não ser o banco proprietário, e sim credor hipotecário³⁶³.

³⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.538.551/RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 10 de dezembro de 2019. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 16 de dezembro de 2019.

³⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.669.338/SP**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 24 de agosto de 2020. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 28 de agosto de 2020.

³⁶¹ A título de exemplo: “*No caso concreto, em que pese o fato de haver a parte autora afirmado que residiu no imóvel por período superior a 10 anos, o que se nota é que essa posse não fora exercida de forma mansa e pacífica, isto é, sem oposição. Verifica-se, sim, que o imóvel possuía gravame (hipotecário) antes mesmo do esbulho da parte autora. Ou seja, em nenhum momento obteve a autora a posse pacífica do bem. Se posse houve, essa foi ilícita e precária.*”. MACEIÓ. 13ª Vara Federal de Alagoas. **Processo nº 0804054-31.2015.4.05.8000** (Sentença). Juiz: Raimundo Alves de Campo Jr. Julgado em 30 de março de 2016. Da leitura do trecho transcrito, é possível verificar, ainda, uma confusão operada entre os conceitos, visto que chegou a se afirmar que a posse não seria pacífica, porque a existência de hipoteca demonstraria uma oposição do credor.

³⁶² A título de exemplo: “*No caso dos autos, considerando que o imóvel, que não tinha sido ainda comercializado, foi objeto de invasão pela embargante, restou configurada a clandestinidade, motivo pelo qual inexistente posse legítima*”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº 560.016/ AL** (Processo nº 0003378-58.2011.4.05.8000). Julgado: 12 de setembro de 2013. Publicado em Diário de Justiça Eletrônico (DJe) em 20 de setembro de 2013, Edição nº 179/2013, fls. 137/167.

³⁶³ A título de exemplo: “*Em outras palavras, a condição de bem público decorre do fato de que, sendo a Caixa Econômica Federal uma empresa pública, está sujeita, portanto, aos princípios da administração pública, razão pela qual seu patrimônio é, originalmente, considerado bem público, submetendo-se a processo licitatório para a sua alienação, o que assegura igualdade de condições a todos os interessados*”. MACEIÓ. 13ª Vara Federal de Alagoas. **Processo nº 0003245-79.2012.4.05.8000** (Sentença). Juiz: Raimundo Alves de Campo Jr. Julgamento em 09 de agosto de 2013. Publicado em Diário Oficial Eletrônico (DJe) em 15 de agosto de 2013, Edição nº 153/2013, fls. 34/35.

A multiplicação de processos envolvendo idêntica questão de fundo acabou chamando atenção da Comissão Gestora de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Na oportunidade, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na qualidade de presidente, deu provimento a um dos agravos no qual se discutia a situação dos ocupantes dos conjuntos habitacionais em Alagoas, determinando a conversão em recurso especial e opinando por sua afetação como representativo de controvérsia. O recurso foi distribuído para a relatoria da Ministra Nancy Andrichi, porém, como não houve o reexame de sua admissibilidade enquanto representativo de controvérsia, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes certificou ter sido a hipótese de rejeição presumida³⁶⁴.

Não obstante o recurso não tenha sido afetado como representativo de controvérsia, não há como negar que chamou a atenção da Corte Superior. Pela primeira vez, observou-se o fato de que a discussão submetida ao crivo judicial envolvia uma hipótese de abandono do imóvel. Apesar disso, a conclusão adotada pelo órgão colegiado foi no sentido de confirmar a natureza pública do imóvel, ainda quando abandonado, em acórdão cuja ementa se transcreve adiante³⁶⁵:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. USUCAPIÃO DE BEM PÚBLICO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. COLISÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À MORADIA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR. IMÓVEL ABANDONADO. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. IMPOSSIBILIDADE.

- 1- Recurso especial interposto em 12/7/2019 e concluso ao gabinete em 19/8/2020.
- 2- Na origem, cuida-se de embargos de terceiro, opostos pelos ora recorrentes, por meio do qual pretendem a manutenção na posse do imóvel público objeto da lide, ao argumento de ocorrência de usucapião.
- 3- O propósito recursal consiste em dizer se seria possível reconhecer a prescrição aquisitiva de imóveis financiados pelo SFH, quando ocorre o abandono da construção pela CEF.
- 4- Regra geral, doutrina e jurisprudência, seguindo o disposto no parágrafo 3º do art. 183 e no parágrafo único do art. 191 da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 102 do Código Civil e no enunciado da Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal, entendem pela absoluta impossibilidade de usucapião de bens públicos.
- 5- O imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, porque afetado à prestação de serviço público, deve ser tratado como bem público, sendo, pois, imprescritível. Precedentes.
- 6- Na eventual colisão de direitos fundamentais, como o de moradia e o da supremacia do interesse público, deve prevalecer, em regra, este último, norteador do sistema jurídico brasileiro, porquanto a prevalência dos direitos da coletividade sobre os interesses particulares é pressuposto lógico de qualquer ordem social estável.
- 7- Mesmo o eventual abandono de imóvel público não possui o condão de alterar a natureza jurídica que o permeia, pois não é possível confundir a usucapião de bem público com a responsabilidade da Administração pelo abandono de bem público. Com efeito, regra geral, o bem público é indisponível.
- 8- Na hipótese dos autos, é possível depreender que o imóvel foi adquirido com recursos públicos pertencentes ao Sistema Financeiro Habitacional, com capital 100% (cem por cento) público, destinado à resolução do problema habitacional no país, não

³⁶⁴ A hipótese é admitida pelo artigo 256-G do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça.

³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.874.632/AL**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 25 de novembro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 29 de novembro de 2021.

sendo admitida, portanto, a prescrição aquisitiva.

9- Eventual inércia dos gestores públicos, ao longo do tempo, não pode servir de justificativa para perpetuar a ocupação ilícita de área pública, sob pena de se chancelar ilegais situações de invasão de terras.

10- Não se pode olvidar, ainda, que os imóveis públicos, mesmo desocupados, possuem finalidade específica (atender a eventuais necessidades da Administração Pública) ou genérica (realizar o planejamento urbano ou a reforma agrária). Significa dizer que, aceitar a usucapião de imóveis públicos, com fundamento na dignidade humana do usucapiente, é esquecer-se da dignidade dos destinatários da reforma agrária, do planejamento urbano ou de eventuais beneficiários da utilização do imóvel, segundo as necessidades da Administração Pública.

11- Recurso especial não provido.

O voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi reafirmou o seu posicionamento anterior no sentido de que os bens pertencentes à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público também seriam públicos enquanto afetados à sua prestação. A inovação se verificou ao acrescentar ao voto dois novos argumentos. O primeiro no sentido de que a inusucapibilidade dos bens públicos guardava o seu fundamento no princípio da supremacia do interesse público, o que deveria prevalecer em face ao interesse particular da moradia. O segundo no sentido de que o imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação é custado com recursos públicos:

(...) Dessa forma, observa-se que o direito à moradia é um princípio, resultado do caráter axiológico de seu desenvolvimento normativo; ao passo que a vedação à usucapião é uma regra criada pelo Estado para a salvaguarda de seus direitos patrimoniais. Não obstante, na hipótese dos autos, a vedação à usucapião de bens públicos está amparada por outro princípio, qual seja a supremacia do interesse público, que deve prevalecer ao interesse particular de moradia. (...) Nessa linha de intelecção, na eventual colisão de direitos fundamentais, como o de moradia e o da supremacia do interesse público, deve prevalecer, em regra, este último, norteador do sistema jurídico brasileiro, porquanto a prevalência dos direitos da coletividade sobre os interesses particulares é pressuposto lógico de qualquer ordem social estável. Em verdade, mesmo o eventual abandono de imóvel público não possui o condão de alterar a natureza jurídica que o permeia. De fato, não é possível confundir a usucapião de bem público com a responsabilidade da Administração pelo abandono de bem público. Com efeito, regra geral, o bem público é indisponível. Assim, quanto ao referido abandono do imóvel, frisa-se que tal argumento não justificaria a pretensão autoral, máxime porque o dispêndio de recursos públicos em sua aquisição impede a prescrição aquisitiva, já que, do arcabouço fático-jurídico delineado no acórdão recorrido, é possível depreender que o imóvel foi adquirido com recursos públicos pertencentes ao Sistema Financeiro Habitacional, com capital 100% (cem por cento) público, porque destinado à resolução do problema habitacional no país. Com efeito, frisa-se, também, que o suposto abandono de bem público não é causa de extinção da propriedade pública, diferentemente do que ocorre com a propriedade privada. Portanto, o direito constitucional à moradia não autoriza o descumprimento da lei. Em outras palavras, não é juridicamente possível o abandono de bens públicos. Logo, eventual inércia dos gestores, ao longo do tempo, não pode servir de justificativa para perpetuar a ocupação ilícita de área pública, sob pena de se chancelar ilegais situações de invasão de terras. Não se pode olvidar, ainda, que os imóveis públicos, mesmo desocupados, possuem finalidade específica (atender a eventuais necessidades da Administração Pública) ou genérica (realizar o planejamento urbano ou a reforma agrária). Significa dizer que, aceitar a usucapião de imóveis públicos, com fundamento na dignidade humana do usucapiente, é esquecer-se da dignidade dos destinatários da reforma agrária, do planejamento urbano ou de eventuais

beneficiários da utilização do imóvel, segundo as necessidades da Administração Pública

O caso do qual se originou o precedente envolvia um empréstimo concedido pela Caixa Econômica Federal em favor da Cooperativa Habitacional de Alagoas visando a construção de um empreendimento que recebeu a denominação de Conjunto Teotônio Vilela. O contrato foi assinado no ano de 1989 e a execução da obra teve início no ano subsequente, ficando a cargo de uma construtora contratada pela cooperativa. Com vistas a garantir a recuperação do crédito, foi instituída uma hipoteca em favor do agente financeiro, gravando as unidades construídas.

Como várias unidades não chegaram a ser alienadas e foram abandonadas pelos agentes envolvidos na execução do empreendimento, inúmeras famílias de baixa renda vieram a possuir o imóvel e usá-lo como moradia, em um movimento de ocupação verificado na década de 1990. Após anos de inação, a Empresa Gestora de Ativos (EMGEA), na qualidade de cessionária do crédito, executou o título extrajudicial e requereu a penhora das unidades não alienadas, levando centenas de famílias a buscarem o judiciário visando a declaração do domínio por usucapião.

Essa introdução fática se mostra relevante para demonstrar que o vínculo estabelecido com o banco se deu no plano da garantia. A Caixa Econômica Federal era a credora hipotecária, mas não a proprietária do imóvel, considerando que a hipoteca não tem o condão de transferir a propriedade, mas apenas vincular a coisa ao pagamento do débito. Essa peculiar característica da hipoteca não foi observada no precedente em exame, uma vez que atribuiu a propriedade à empresa estatal, sendo que, tecnicamente, a propriedade pertencia à cooperativa mutuária.

Por consequência, entender pela natureza pública do imóvel gravado com uma hipoteca em favor da Caixa Econômica Federal, significaria atribuir a dominialidade pública a um agente privado. Isso somente seria possível se o particular estivesse prestando serviço público, o que não parece ser o caso de uma construtora ou cooperativa que tomou por empréstimo os recursos do Sistema Financeiro de Habitação, inclusive, porque os particulares somente são autorizados a prestar o serviço público, excepcionalmente, mediante concessão, permissão ou autorização.

Se o caso fosse analisado com um extremo rigor, seria possível concluir, ainda, não mais subsistir o vínculo hipotecário com o agente financeiro. Não fosse apenas a eficácia liberatória decorrente da aquisição originária por usucapião, o direito real de garantia também não poderia ser perpétuo, motivo pelo qual a legislação institui um prazo trintenário para a sua subsistência, após o qual a garantia recairia em preempção, exceto se realizado um novo registro³⁶⁶.

³⁶⁶ “Decorridos 30 anos, sem renovação, a hipoteca se extingue ainda em relação ao terceiro adquirente do imóvel que haja feito menção dela no título. Não há confundir a preempção do registro ou liberação do imóvel pelo decurso de 30 anos passados sobre a inscrição com a prescrição da hipoteca, prescrição extintiva correlata à

Não fosse por todas as razões expostas, é possível observar que a situação narrada acima guarda uma evidente semelhança com as situações que levaram o Superior Tribunal de Justiça a entender que uma hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro não teria eficácia em face do adquirente do imóvel, utilizando a boa-fé objetiva como fundamento para mitigar a oponibilidade *erga omnes* da garantia e tutelando a parte mais vulnerável da rede contratual³⁶⁷. Se o raciocínio vale para as hipóteses de aquisição derivada da propriedade, ainda mais deveria valer para as hipóteses em que a propriedade é adquirida originariamente por usucapião.

Inconcebível, então, cogitar o princípio da supremacia do interesse público para impedir a usucapião. Evidente não se tratar de um imóvel público e não existir razão para desconsiderar o direito fundamental à moradia do possuidor que atribuiu ao bem função social. Tampouco há como se cogitar atribuir caráter público do imóvel em virtude da origem pública dos recursos utilizados em sua aquisição. Nem a legislação nem a doutrina especializada trazem esse critério ao classificar os bens como públicos ou privados. O raciocínio é lógico, afinal, se a origem dos recursos fosse utilizada como critério classificativo, o conceito de bem público seria elasticado para alcançar uma infinidade de relações às quais não se admitiria a proteção publicista³⁶⁸.

Seria questionável até mesmo a afirmação de que o financiamento do imóvel se serviu de recursos públicos. Tivemos a oportunidade de explicar que as principais fontes de custeio do sistema são os valores aplicados em poupanças voluntárias (SBPE) ou compulsórias (FGTS). O titular do recurso é o próprio particular beneficiado pela aplicação, mesmo nas hipóteses em que se atribui ao Estado, direta ou indiretamente, a responsabilidade por sua custódia ou gestão. Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça³⁶⁹ e o Supremo Tribunal Federal³⁷⁰ já tiveram várias oportunidades para afastar a caracterização dos recursos do FGTS como receita pública.

Em precedente paradigma sobre o assunto, a Corte Constitucional esclareceu que o valor recolhido ao FGTS não se destina ao erário, mas ao trabalhador. A atuação pública na gestão e

prescrição da obrigação garantida. Com a preempção do registro, a obrigação subsiste, mas a garantia real perime, porque não se admite o gravame hipotecário perpétuo. Dentro do prazo de 30 anos, toda renovação é lícita, e basta a simples menção em instrumento particular. Escoado o triplo decênio, cessa de produzir efeitos a inscrição hipotecária, ainda que os interessados o queiram, salvo a constituição de nova hipoteca, por novo título e nova inscrição, embora se lhe mantenha a precedência que então lhe competir” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit, p. 367.

³⁶⁷ Remete-se o leitor ao item 2.2 deste trabalho.

³⁶⁸ Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um empresário que contrata um financiamento valendo-se de programa de incentivo promovido pelo governo federal e adquire maquinários para a sua empresa. A rigor, se a origem dos recursos fosse considerada como critério para a classificação do bem, os maquinários da empresa seriam públicos, uma vez que adquiridos com o crédito subsidiado pelo governo federal.

³⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 353**. As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS. Diário da Justiça. Brasília, DF, 16 de junho de 2008, Edição 164.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 100.249**. Relator: Ministro Oscar Correa. Relator para Acórdão: Ministro Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em 02 de dezembro de 1987. Diário de Justiça, Seção I, de 01 de julho de 1988, p. 16903. Ementário Vol. 1508-09, p. 1903.

na fiscalização do fundo é fato insuficiente para lhe converter em titular do recurso, tendo em vista que a contribuição é uma garantia de índole social e os seus beneficiários são os próprios trabalhadores. Esclarecedor o voto do Ministro Neri da Silveira, ao instaurar a divergência³⁷¹:

Ora, desde logo, é de ver que a gestão do FGTS e a fiscalização junto a empresas não tornam o BNH ou a previdência social titulares do Fundo, mas, tão só, agentes de sua administração. Não há como compreender, desse modo, as contribuições para o FGTS como caracterizando crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis. (...) Os órgãos da Previdência Social, enquanto representam o Estado, na fiscalização e garantia desse direito, com vistas à efetivação regular dos depósitos e inclusive sua cobrança, não se transmudam em sujeito ativo do crédito daí proveniente. O Estado intervém, para assegurar o cumprimento da obrigação por parte da empresa, em proteção ao trabalhador.

Na mesma linha, o entendimento do Ministro Sydney Sanches, seguindo a divergência:

Segundo penso, já por aí se verifica o caráter não tributário de tal depósito ou contribuição do empregador, destinado a um fundo, recolhido a estabelecimento bancário, em prol dos empregados. Não se trata, é claro, de contribuição de melhoria. E, a meu ver, “data venia”, nem mesmo de imposto, pois este, espécie do gênero tributo, pressupõe cobrança mediante atividade administrativa (art. 3º do C.T.N.), naturalmente para recolhimento aos cofres públicos e a devida destinação segundo provisões orçamentárias da receita e despesas públicas (art. 60 da C.F.). É certo que a gestão do FGTS se confia ao BNH pelo art. 11 da Lei nº 5.107/66. E a cobrança administrativa ou judicial aos órgãos próprios da Previdência Social (art. 19). Mas o “quantum” arrecadado não integra a receita pública em momento algum, destinando-se, direta e exclusivamente a empregados despedidos e beneficiados pela garantia constitucional, de caráter social (optantes).

E mesmo se fossem públicos os recursos, esse fato somente evidenciaria o tamanho da responsabilidade assumida pelo agente financeiro a atuar no Sistema Financeiro de Habitação, sendo reprovável a sua conduta ao abandonar o imóvel e permitir o transcurso de tanto tempo sem garantir a destinação social que é dele esperada. Se a função social somente foi atendida após a ocupação empreendida por centenas de famílias, que estabeleceram ali a sua residência, é certo que, mesmo por vias transversas, o direito fundamental à moradia se fez impor.

A construção discursiva em favor do regime publicista tem mostrado uma face danosa. Não só tem levado ao desalojamento das famílias que imprimiram ao bem uma função social e atenderam aos requisitos necessários à aquisição do domínio, mas também tem referendado a postura negligente daquele que seria o responsável por atuar com probidade, presteza e zelo na gestão dos recursos. Não por acaso, nos leilões promovidos pela Caixa Econômica Federal, o

³⁷¹ Idem.

banco lança aos compradores a responsabilidade em proceder com a desocupação do imóvel³⁷².

Um outro aspecto observado é a proliferação de um discurso no sentido de que permitir a usucapião do imóvel financiado é estimular um comportamento contrário ao interesse público. Não raras vezes, utilizaram-se expressões qualificando a conduta do possuidor como “imoral” ou “ilícita”. Alguns julgadores manifestaram a preocupação em não estimular novas ocupações. Chegou-se a afirmar que admitir a usucapião seria “premiar o inadimplemento contratual com a aquisição do bem”. Ao que parece, há uma tendência de proceder com o julgamento moral da conduta, qualificando a posse por um elemento subjetivo nem sempre exigido na usucapião³⁷³.

Uma última colateralidade é de ser observada no discurso que atribui a natureza pública ao imóvel financiado. Após a virada jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os processos analisados também sofreram com uma relevante mudança procedimental. Várias foram as situações em que o pedido para a produção de prova testemunhal foi indeferido porque as provas documentais serviriam para demonstrar a vinculação do imóvel ao Sistema Financeiro de Habitação, limitando, por consequência, a fase instrutória. Também foi possível identificar processos extintos sem resolução de mérito sob o fundamento de carência de ação.

Os prejuízos são manifestos. Se a posse é uma situação de fato e integra o suporte fático da usucapião, o seu exame cauteloso se revela indispensável para confirmar se houve ou não a produção dos efeitos aquisitivos. Suprimir o direito à produção de provas e não proceder com a análise do mérito significa fulminar a própria possibilidade de demonstrar o preenchimento dos elementos necessários para a declaração da usucapião. Em última análise, a consequência disso é impedir a pacificação dos conflitos e mitigar o propósito para o qual se destina o instituto.

³⁷² “A desocupação do imóvel é de responsabilidade do comprador. Caso a desocupação não ocorra de forma amigável, haverá necessidade de ingressar com uma ação judicial. Por se tratar de um processo judicial, é fundamental buscar assessoria jurídica para orientação antes e após a compra. Fique tranquilo. O procedimento é mais fácil e rápido do que se imagina!”. In: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Perguntas frequentes sobre imóveis à venda**: o que eu preciso fazer quando comprar um imóvel ocupado?. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/imoveis-venda/perguntas-frequentes/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 31 de julho de 2023.

³⁷³ Relembre-se que a boa-fé somente é exigida na usucapião ordinária. Nesse ponto, radica, inclusive, a importante diferença entre posse de má-fé e posse injusta. Enquanto a primeira categoria é analisada sob um prisma subjetivo, a segunda é apreendida objetivamente, conforme ensina Pontes de Miranda. In: MIRANDA, Tomo X. Op. Cit, p. 147.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao permitir a aquisição da propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada, a usucapião se apresenta como uma importante ferramenta de acesso a bens. Por consequência, surge como um mecanismo capaz de permitir a circulação de riquezas e, em última análise, a redução das desigualdades materiais. Não há como dissociar o instituto do princípio da função social. Ao destacar a posse como causa e necessidade da propriedade, a usucapião denota um prestígio à utilização efetiva, dando primazia àquele que extraiu do bem os seus proveitos.

O instituto ganha ainda mais importância quando o possuidor imprime ao bem o caráter de moradia. Se as necessidades habitacionais não são supridas com a atuação governamental, a ocupação pública, mansa e pacífica, somada à inércia de eventuais interessados por um período de tempo legalmente estipulado, haverá de impor a aquisição da propriedade. O tempo operará como força jurídica, convertendo a situação de fato em direito, com vistas à pacificação social.

Não há como deixar de admitir a mesma conclusão aos imóveis financiados. Por óbvio, a usucapião não se opera sem o preenchimento dos seus pressupostos legais. Mas não há óbices para que a posse originalmente vinculada a um financiamento habitacional se qualifique como posse apta a produzir os efeitos aquisitivos da usucapião. Basta que ocorra o preenchimento dos elementos constantes em seu suporte fático. A aquisição, dessa forma, se dará originariamente, *ipso iure*, suplantando a propriedade e os negócios praticados pelo proprietário anterior.

Se o direito de propriedade resultante da usucapião não tem relação com a titularidade anterior, não há como se admitir que a hipoteca ou outra garantia real instituída por quem não é mais o proprietário continue a produzir efeitos. Extingue-se, por via de consequência. Aliás, existem inúmeras decisões judiciais reconhecendo a eficácia liberatória da usucapião, causando estranheza que o entendimento contrário se aplique apenas aos financiamentos habitacionais.

Também não se pode ignorar a possibilidade de convallescimento de uma posse injusta. Uma posse clandestina pode se transmutar em posse pública com a prática de atos ostensivos, permitindo aos interessados o conhecimento do esbulho. Da mesma forma, uma posse violenta se torna pacífica quando cessados os atos de violência. Se assim prevê a legislação, não há como afastar o caráter *ad usucapionem* de uma ocupação que se iniciou pelo abandono de um imóvel, mas se prolongou por anos de forma pública, mansa e pacífica, sem a oposição dos interessados.

Caminho mais tormentoso seria atribuir o caráter *ad usucapionem* a uma posse originada em um contrato de gaveta. Não se desconhece a posição daqueles que entendem ser impossível o convallescimento da posse precária, porque a ninguém seria lícito modificar o título da posse. Mas a precariedade somente existe enquanto insuficiente o suporte fático, isto é, enquanto faltar

ao possuidor a intenção de dono. Se o possuidor começa a agir como se dono fosse, revelando a sua intenção de forma clara e inequívoca ao proprietário, se mostrará possível a usucapião.

O cerne da questão é não haver como adotar conclusões precipitadas ou trabalhar com regras preestabelecidas quando o assunto é usucapião. Não é possível afirmar que toda posse fundada em um contrato de gaveta será precária ou que toda ocupação de imóvel abandonado será clandestina. A posse é um fato e como fato que é demanda a devida incursão probatória. Certamente, existirão casos em que a posse não será hábil a deflagrar os efeitos aquisitivos, mas nada impede que o possuidor venha a praticar atos materiais no sentido de eliminar o vício.

É justamente nesse ponto que o entendimento no sentido de atribuir a natureza pública ao imóvel financiado provoca o maior dano. Ao cortar pela origem a possibilidade de usucapião, retirando o imóvel financiado do conjunto no qual se inserem as demais coisas prescritíveis, os julgadores acabam por fulminar a possibilidade de discutir a natureza da posse. Não por acaso, observou-se uma tendência de extinguir os processos sem a resolução do mérito ou indeferir o pedido de produção de provas em audiência, limitando o âmbito de cognição nas ações judiciais.

A natureza pública desses bens não se sustenta por incontáveis razões. Não fosse apenas o fato de que a concessão do crédito habitacional se trata de uma atividade privada, explorada em regime de concorrência com bancos privados, falta uma maior precisão científica ao analisar a rede contratual instaurada com um financiamento habitacional. As relações estabelecidas com o banco se operam no plano da garantia e as hipóteses submetidas ao crivo judicial envolviam, diversas vezes, uma garantia hipotecária, inapta a transmitir a propriedade ao agente financeiro. Demais disso, a afetação da coisa é ao pagamento do débito, e não a qualquer serviço público.

Por todas essas razões, se verifica que a falta de um maior rigor técnico na utilização e na aplicação dos conceitos acabou por levar centenas de famílias a uma situação de desabrigo. A gravidade disso é ainda mais gritante se considerado o elevado déficit habitacional brasileiro e a primazia que assume o problema habitacional. Nega-se ao possuidor o direito fundamental à moradia, sob o paradoxal argumento de que merece ser prestigiado o interesse público e social subjacente às políticas de financiamento habitacional. Mitiga-se o papel da usucapião enquanto uma ferramenta de acesso a bens, por construções discursivas afastadas de uma maior precisão científica e, em certa medida, impregnadas de um julgamento moral inaplicável ao instituto.

REFERÊNCIAS

A CIDADE. Intérprete: Chico Science & Nação Zumbi. Compositores: Chico Science & Nação Zumbi. In: DA LAMA ao caos. Rio de Janeiro: Sony Music, 1994. CD, Faixa 3.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Usucapião extrajudicial**. In: DIDIER, Fredie; WAMBIER, Teresa; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Org.). Breves comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

ALVES BELTRÃO, Maria Fernanda.; COSTA ANDRADE, Analise Cabral. **Análise histórico-comparativa do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002 acerca da usucapião de bens públicos**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, [S. l.], v. 33, n. 3, p. 18–29, 2021. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/335>. Acesso em 2 de julho 2023.

ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro de Habitação**: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Usucapião**. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

ARISTOTELES. **Metafísica**: Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovanni Reale. Vol. 2. Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito das coisas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BALBIM, Renato Nunes. **Do Casa Verde e Amarela ao Banco Nacional da Habilitação, passando pelo Minha Casa Minha Vida**: Uma avaliação da velha nova política de desenvolvimento urbano. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, DF, 2022. Disponível em: <http://tiny.cc/mhm3vz>. Acesso em 08 dez. 2022.

BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1995.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 3ª ed. Volume 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**: volume 01. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Em defesa do projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BONDUKI, Nabil Georges. **Origens da habitação social no brasil**. Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 3, n. 127, p. 711-732, jan de 1994.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Brasília, DF. Disponível em: <https://tinyurl.com/y9a3lb55>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF. Disponível em: <https://tinyurl.com/ybnvh9mf> . Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF Disponível em: <https://tinyurl.com/y9xr3uf9>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000. Brasília, DF. Disponível em: <https://tinyurl.com/y7myfuhk>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-Imperial nº 4.461 de 1870**. Concede ao Dr. Antônio de Castro Lopes autorização para incorporar uma companhia que denomina - Empresa predial. Disponível em: <https://tinyurl.com/y7dmr4h6>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.598 de 1942**. Dispõe sobre aluguéis de residências e dá outras providências. Disponível em: <https://tinyurl.com/y87jsvr8>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 58 de 1937**. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycq47vxg>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966**. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Disponível em: <https://tinyurl.com/47sssxe7> . Acesso em 23 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.257 de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <https://tinyurl.com/y9rlsk9e>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 9.514 de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <https://tinyurl.com/yenk5zf3>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://tinyurl.com/ya9p69gl>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964**. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Disponível em: <https://tinyurl.com/ybjlrg6s>. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Plano Nacional de Habitação**. Brasília, DF: Ministério das cidades. Secretaria Nacional de Habitação 1ª imp. Maio 2010. 212 p. Disponível em: <https://tinyurl.com/33bm4mea> . Acesso em 04 de dezembro de 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR). **Sistema de Gerenciamento da Habitação**: Brasília, 2022, Disponível em: <http://sishab.mdr.gov.br/>. Acesso em 04 de dezembro de 2022.

BRASIL. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, 340 p, 2005, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em 02 de julho de 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.188 de 2021**. Brasília, DF: Congresso Nacional. Dispõe sobre o serviço de gestão especializada de garantias, o aprimoramento das regras de garantias, o procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, a possibilidade de oneração e de uso de direitos minerários como garantia, o resgate antecipado de Letra Financeira, a transferência de recursos no âmbito do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), a exclusão do monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis, a alteração da alíquota do imposto de renda sobre rendimentos de investidores residentes ou domiciliados no exterior produzidos por determinados títulos e valores mobiliários, a alteração da composição do Conselho Nacional de Seguros Privados; altera as Leis nºs 9.514, de 20 de novembro de 1997, 8.009, de 29 de março de 1990, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.476, de 28 de agosto de 2017, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), 13.097, de 19 de janeiro de 2015, 12.249, de 11 de junho de 2010, 14.113, de 25 de dezembro de 2020, 11.312, de 27 de junho de 2006, e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969; e revoga dispositivos dos Decretos-Lei nºs 70, de 21 de novembro de 1966, 73, de 21 de novembro de 1966, e 759, de 12 de agosto de 1969. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxtbhaj>. Acesso em 21 jan. 2022.

BRASIL. **Relatório de Avaliação Programa Minha Casa Minha Vida**. Brasília, DF, Ministério da Economia. Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2svepmv4>. Acesso em 04 de dezembro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Tema repetitivo nº 1.095**. Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Recurso Especial nº 1.891.498/SP e Recurso Especial nº 1.894.504/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 26 out. 2021. Publicado em 19 dez. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/r5hrcmne>. Acesso em 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.576.164/DF**. Direito civil. Recurso especial. Ação declaratória cumulada com obrigação de fazer. Alienação fiduciária firmada entre a construtora e o agente financeiro. Ineficácia em relação ao adquirente do imóvel. Aplicação, por analogia, da súmula 308/STJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Julgamento em 14 mai. de 2019. Publicação em 23 mai. de 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2y2c47cb>. Acesso em 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 187.940/SP**. Sistema Financeiro da Habitação. Casa Própria. Execução. Hipoteca em Favor do Financiador da Construtora. Terceiro Promissário Comprador. Embargos de Terceiro. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Julgamento em 18 fev. 1999. Publicação em 21 jun. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/623pns29>. Acesso em 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 242.073/SC**. Recurso Especial. Usucapião de imóvel pertencente à Rede Ferroviária Federal S.A. Estrada de ferro

desativada. Impossibilidade de ser usucapido. Lei n. 6.428/77 e Decreto-lei n. 9.760/46. Relator Luis Felipe Salomão (voto vencido). Relator para acórdão Carlos Fernando Matias (Desembargador convocado). Julgamento em 05 mar. 2009. Publicação em 11 mai. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/44tuvam3>. Acesso em 29 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Especial nº 162.043/SP**. Relator: Ministro José Delgado. Julgamento em 12 de março de 1998. Diário da Justiça, Brasília, DF, 25 de maio de 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.538.551/RJ**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 10 de dezembro de 2019. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 16 de dezembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.669.338/SP**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 24 de agosto de 2020. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 28 de agosto de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.299.340/CE**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 24 de março de 2015. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 30 de março de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 987.167/SP**. Relator Ministro Barros Monteiro. Julgamento em 16 de maio de 2017. Publicado em 22 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 941.464/SC**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 24 de abril de 2012. Publicado em 29 de junho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial nº 1.318.740/PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Relator para acórdão: Ministro Og Fernandes. Julgado em 16 de outubro 2018. Publicado em 5 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.461.307/RS**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Julgado em 19 de junho de 2018. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 29 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.322.079/CE**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 3 de março de 2015. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 9 de março de 2015.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.584.447/MS**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 09 de março de 2021. Publicado em 12 de março de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 652.449/SP**. Relator Ministro Massami Uyeda. Julgamento em 15 de dezembro de 2009. Publicado em 23 de março de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.221.243/PR**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 25 de fevereiro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) 10 de março de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.501.272/SC**. Relator: **Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva**. Julgado em 12 de maio de 2015. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 15 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.448.026/PE**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 17 de novembro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 21 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.874.632/AL**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 25 de novembro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico (DJe) de 29 de novembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses. **Edição nº 86**: Sistema Financeiro da Habitação. Brasília, DF, 09 ago. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp>. Acesso em 21 de janeiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 193**. O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião. Diário de Justiça. Brasília, DF, p. 35.334, 25 jun. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 297**. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Diário da Justiça. Brasília, DF, p. 129, 12 mai. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 308**. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Diário de Justiça. Brasília, DF, p. 384, 30 mar. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 353**. As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS. Diário da Justiça. Brasília, DF, 16 de junho de 2008, Edição 164.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Recurso Extraordinário nº 851.711**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 12 de dezembro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico (DJe) de 10 de abril 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 689.588/GO**. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico nº 239. Brasília, 06 dezembro de 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/hssdrbt9>. Acesso em 29 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 46**. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico nº 35. Brasília, 26 fevereiro de 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc8jndpc>. Acesso em 29 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 100.249**. Relator: Ministro Oscar Correa. Relator para Acórdão: Ministro Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Julgado em 02

de dezembro de 1987. Diário de Justiça, Seção I, de 01 de julho de 1988, p. 16903. Ementário Vol. 1508-09, p. 1903.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 220.906/DF**. Relator: Ministro Maurício Correia. Diário da Justiça Eletrônico nº 220, 14 de novembro de 2002. Brasília, 16 nov. 2000, p. 25-27. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hs624>. Acesso em 29 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 340**. Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. Diário da Justiça. Brasília, dez. 1963.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 249**. Execução extrajudicial de dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro de Habitação. Recurso Extraordinário nº 627.106/PR. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 08 abr. 2021. Publicação em 14 abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s4hsnjm>. Acesso em 21 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 892**. Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, conforme previsto na Lei 9.514/1997. Recurso Extraordinário nº 860.631/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://tinyurl.com/5crh88a3>. Acesso em 21 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1004952-66.2017.8.26.0565**. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Donegá Morandini. Julgamento em 17 de novembro de 2020. Publicado em 24 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº 560.016/ AL** (Processo nº 0003378-58.2011.4.05.8000). Julgado: 12 de setembro de 2013. Publicado em Diário de Justiça Eletrônico (DJe) em 20 de setembro de 2013, Edição nº 179/2013, fls. 137/167.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5005695-12.2017.4.04.7207**. Relatora: Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, Julgado em 24 de julho de 2019.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Estatuto Social da Caixa Econômica Federal**. Anexo da Ata da Assembleia Geral Ordinária, de 04 de agosto de 2021, arquivado no Registro do Comércio nº 1018255 Disponível em: <https://tinyurl.com/2fwmvawb>. Acesso em 31 de julho de 2023.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Perguntas frequentes sobre imóveis à venda**: o que eu preciso fazer quando comprar um imóvel ocupado?. Brasília, DF. Disponível em: <https://tinyurl.com/y7yz94xh>. Acesso em: 31 de julho de 2023.

CARDOSO, Adauto Lúcio. **Política habitacional no Brasil**: balanço e perspectivas. Observatório do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro - IPPUR/UFRJ, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** (E-Book). 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 882-883.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo, Saraiva, 1985.

CBIC. **Diretrizes para a Reformulação do Sistema de Financiamento da Habitação**. Belo Horizonte: CBIC, out, 1996.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária**: negócio fiduciário. [E-book] 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

CHERMONT, Olympio Leite. **Casas para proletários**. Annaes do I Congresso Médico de Pernambuco, Recife, 1909, p. 559-603, *apud* MELO, Marcus André Barreto Campelo de. A cidade dos mocambos: Estado, habitação e luta de classes no Recife (1920/1960). Espaço & Debates, São Paulo, n.14, p.45-66, 1986.

COGOY, Daniel Mourgues. **As garantias específicas dos contratos de financiamento habitacional no direito brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Revoluções no campo jurídico**. Joinville: Oficina Comunicações, 1998.

CONCEIÇÃO, Ana. **Endividamento das famílias põe atividade de 2022 em risco**. Valor Econômico, São Paulo, 14 dez. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yas8fhkf>. Acesso em 21 jan. 2022.

CORREA, Adriana Espíndola, GEDIEL, José Antônio Peres. **Reforma agrária e judiciário brasileiro: tensões entre propriedade liberal e o princípio da função social**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 81-97, abr.-jun. 2015.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Da necessidade de um tratamento jurídico adequado ao superendividamento no Brasil**. Universidade Católica de Pernambuco. Revista Jurídica In-Pactum, v. 7, Recife, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Usucapião e posse perdida**. Vol. 19, nº 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Volume IV. 34ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

DUGUIT, Leon. **Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1912.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil**. Jurisprudência brasileira, Curitiba, v. 172, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil**. Anuario Mexicano de historia del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Volume XXII, 2005. Disponível em <https://tinyurl.com/2bf93wsu>. Acesso em 02 de julho de 2023.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis: Volume 01**. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis: Volume 2**. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FREITAS, Juarez. **Estudos sobre Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **O Crédito Imobiliário no Brasil: Caracterização e Desafios**. São Paulo: FGV-Projetos, 2007.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil: 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021, p. 117. Disponível em: <https://tinyurl.com/6kw83k54>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Inadequação de domicílios no Brasil: 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021, p. 148. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7jfrw4>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Metodologia do deficit habitacional e da inadequação de domicílios no Brasil: 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021, 76 p. Disponível em: <https://tinyurl.com/4m4vpm4h>. Acesso em 08 dez. 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável: Uma primeira análise**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em 05 de jan. de 2023.

GLANZ, Semy. **Responsabilidade civil das instituições financeiras pela má concessão de crédito**. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vol. 36, 1998.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GORDLEY, James. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. New York: Oxford University Press, 2011.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Usucapião quarentenária sobre terras do Estado: fundamentos jurídicos, atualidade e repercussão na questão agrária brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito). 422 f. Universidade Federal de Goiás (UFG), 2012.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Historia del derecho de propiedad: la irrupción del colectivismo en la consciencia europea**. Traducción de Juana Bignozzi. 1ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

HARVEY, David. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. Trad. Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

JUNQUEIRA, Messias. **O instituto brasileiro das terras devolutas**. São Paulo: Lael, 1976.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; COSTA FILHO, Venceslau Tavares; ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. **Parecer sobre o Projeto de Lei 4.188 de 2021: “PL das Garantias”**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 31. ano 9. p. 379-383. São Paulo: RT, abr. / jun, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/5499ke43>. Acesso em: 09 jan. 2023.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Os contratos coligados**. In: BRANDELLI, Leonardo. Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre : Lejus, 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. São Paulo: Secretaria do Estado de Cultura, 1990.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Coisas**, volume 04. 4 ed (E-book). São Paulo: Saraiva, 2019.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. Barueri: Manole, 2018

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MACEIÓ. 13ª Vara Federal de Alagoas. **Processo nº 0003245-79.2012.4.05.8000** (Sentença). Juiz: Raimundo Alves de Campo Jr. Julgamento em 09 de agosto de 2013. Publicado em Diário Oficial Eletrônico (DJe) em 15 de agosto de 2013, Edição nº 153/2013, fls. 34/35.

MACEIÓ. 13ª Vara Federal de Alagoas. **Processo nº 0804054-31.2015.4.05.8000** (Sentença). Juiz: Raimundo Alves de Campo Júnior. Julgamento em 30 de março de 2016.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**. Tradução por Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009

MARICATO, Ermínia. **Autoconstrução, a arquitetura possível**. In: MARICATO, Ermínia (org). A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial. 2ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, , 1982.

MARICATO, Erminia. **Para entender a crise urbana**. São Paulo: Expressão popular, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regime jurídico e utilização dos bens públicos**. In: DALLARI, Adilson Abreu et al (coord.). Tratado de Direito Administrativo, Vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudio Gonçalves. **Evolução histórica do SFH**. Revista ESMAFE, Recife, n. 9, p. 271-278, abr. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/4c9m8n9e>. Acesso em 26 de novembro 2022.

MARQUES. José Manuel Azevedo. **Bens publicos: alienabilidade, inalienabilidade, prescritebiidade. usucapião: quando affecta os bens publicos**. Revista dos Tribunaes. São Paulo, v. LXII, fasc. 331, p. 23-36, mai. 1927.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “sistema em construção”**: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul/set, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc2xfttk>. Acesso em 23 de dezembro de 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Trust e o Direito brasileiro**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 12, p. 165-209. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. jul/ set, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRA, Sílvio. **Aquisição da propriedade pela usucapião**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG), Vol. 10, jan-dez, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENGER, Antonio. **Derecho civil y los pobres**. Versión española con la autorización del autor y precedida de un estudio sobre el derecho y la cuestión social por Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XI: Propriedade. Direito das Coisas. Aquisição da propriedade imobiliária. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo X: Direito das Coisas. Posse. 2ª ed; Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XX. Direito das Coisas. Direitos Reais de Garantia. Hipoteca. Penhor. Anticrese. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva**. 3 ed. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1981.

NOHARA, Ilene Patrícia. **Direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NORONHA, Fernando. **A alienação fiduciária em garantia e o leasing financeiro como supergarantias das obrigações**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 845, p. 37-49, 2006.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

ONU HABITAT. Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). **The right to adequate housing**. Fact Sheet 21. Rev. 1. Geneva, Switzerland, 2009, Disponível em: <https://tinyurl.com/r85vbykf> . Acesso em 08 dez. 2022.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 1 ed. em e-book baseada na 3 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Volume I. 30. ed. (E-book). Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Volume IV. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**: volume 1. Brasília: Senado Federal, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**: volume 2. Brasília: Senado Federal, 2004.

PORTUGAL. **Código filipino ou Ordenações e leis do reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'el-Rey D. Filipe I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012, v.3.

REALE Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; DUTRA, Pedro Alberto do Amaral. **O Sistema Financeiro da Habitação**: estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do Estado. Securitização da dívida do FCVS. São Paulo: ABECIP, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/yecn8cms>. Acesso em 15 de novembro de 2022.

RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. London: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**: volume 1. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**: volume 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do Direito Civil**. In: VERA-CRUZ, Eduardo Pinto; SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo. (Org.). Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: Direito Constitucional e Justiça Constitucional. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 3, p. 61-90.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das coisas. Vol. 5. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROYER, Luciana de Oliveira. **Financeirização da política habitacional**: limites e perspectivas. 2009. Tese (Doutorado em Habitat). Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, USP, São Paulo, 2009.

SANTOS, Cláudio Hamilton Matos dos. **Políticas federais de habitação no Brasil**: 1964-1998. Repositório do IPEA, Brasília, DF, julho, 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/55bb5r98>. Acesso em 15 de novembro de 2022.

SAVIGNY, Friederich Karl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. Vol. 1. Torino: UTET, 1886.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SINGER, Paul Israel. **Desenvolvimento econômica e evolução urbana**: análise da evolução econômica de São Paulo, Blumenau, Porto Alegre, Belo Horizonte e Recife. 1ª Reimpressão. São Paulo, Editora Nacional, 1974.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Tese (Doutorado em Direito). 220 f. Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2009.

STAUT JUNIOR, Sergio Said. **Culturas jurídicas no Brasil oitocentista e redução da complexidade proprietária**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, ano 3 (2017), nº 6, p. 1696.

TEPEDINO, Gutsavo; SCHREIBER, Anderson. **A garantia da propriedade no direito brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 06, jun. 2005.

VAMPRÉ, Spencer. **Estão os bens públicos sujeitos à usucapião?** *Revista dos Tribunaes*. São Paulo, v. XXXIV, fasc. 186, p. 385-388, jul. 1920, p. 386

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VILLEY, Michel. **A formação jurídica do pensamento moderno**. Tradução por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WESTIN, Ricardo. **Há 170 anos, Lei de Terras oficializou opção do Brasil pelos latifúndios**. Agência Senado, Brasília DF, Arquivo S, Edição 71, Questão Agrária. Disponível em: <https://tinyurl.com/ynftmac3>. Acesso em 02 de julho de 2023.