

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

TARCÍSIO EWERTON PEREIRA OLIVEIRA

A USUCAPIÃO FAMILIAR E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

SOUSA

2014

TARCÍSIO EWERTON PEREIRA OLIVEIRA

A USUCAPIÃO FAMILIAR E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Olindina Ioná da Costa Lima Ramos

SOUSA

2014

TARCÍSIO EWERTON PEREIRA OLIVEIRA

A USUCAPIÃO FAMILIAR E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.^a Olindina Ioná da Costa Lima Ramos

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof.^a Olindina Ioná da Costa Lima Ramos – UFCG
Professora Orientadora

Examinador interno

Examinador externo

“Ninguém vence uma pessoa que tem um
sonho.”

(Thiago Magalhães)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada e nunca desistiu de mim.

Agradeço a minha esposa, Aline Gomes, que de forma especial me deu força, coragem e muito carinho, me apoiando nos momentos de dificuldade.

A minha princesa, minha filha Lavínia, por existir e alegrar os meus dias.

A meu pai, Francisco da Silva, por sua capacidade de acreditar e investir em mim.

Minha mãe amada, Socorro Pereira, pelo seu amor incondicional. Obrigado por cada incentivo e orientação, pelas orações em meu favor, pela preocupação para que estivesse sempre andando pelo caminho correto.

Aos meus irmãos, em especial, Tereza e Francisco Segundo, pelos estímulos e pelas palavras de ânimos.

A Professora, orientadora, Olindina Ioná, que, com muita paciência e atenção, dedicou do seu tempo para me orientar neste trabalho.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho objetiva construir uma análise sobre a usucapião familiar e sua repercussão no Direito de Família à luz da Lei 12.424/11 e do Código Civil de 2002, em realidade com a Constituição Federal do Brasil de 1988. A usucapião familiar garante o direito social à moradia para pessoas de baixa renda, mas retroage ao trazer de volta a culpa, antes abolida pela Emenda Constitucional nº. 66/2010, violando diversos princípios, como o da dignidade humana e o da vedação ao retrocesso social, gerando inúmeras críticas quanto a sua constitucionalidade. A principal intenção deste estudo, não é polemizar, mas buscar discutir formas de aplicação da nova legis que venham assegurar os direitos dos envolvidos. A metodologia utilizada é a documentação indireta e o método histórico, além disso, quanto ao método de procedimento e de abordagem, usa-se, respectivamente, o modelo monográfico funcionalista e o método dedutivo. O trabalho acomete uma abordagem dos requisitos da usucapião familiar, dessa forma, a conclusão que se observa não é una, pois, se faz necessário analisar as minúcias do caso concreto, observando de qual maneira esta nova modalidade de usucapião repercute nas relações conjugais e se poderá ou não ser considerada inconstitucional.

Palavras-chave: Usucapião Familiar. Culpa. Retrocesso. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This paper aims to build an analysis on the family usurpation and its impact on family law in the light of Law 12.424/11 and the Civil Code of 2002, in reality the Federal Constitution of Brazil of 1988. The family prescription guarantees the right to social housing for low-income people, but retroactive to bring back guilt before abolished by Constitutional Amendment. 66/2010, violating several principles such as human dignity and the seal of the social regression, generating numerous criticisms regarding its constitutionality. The main intention of this study is not arguing, but seek discuss ways to implement the new laws that will ensure the rights of those involved. Respectively, the methodology used is the indirect documentation and historical method, moreover, the method of procedure and approach, we use the functionalist model monographic and deductive method. The work affects an approach to the requirements of adverse possession family, thus completing what is observed is not one, therefore it is necessary to examine the details of the case, noting which way this new type of prescription affects marital relations and may or may not be considered unconstitutional.

Keywords: Adverse Possession Family. Fault. Rewind. Unconstitutional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA USUCAPIÃO.....	11
2.1 HISTÓRICO	11
2.2 CONCEITO	16
2.3 REQUISITOS COMUNS A TODAS AS ESPÉCIES	17
2.3.1 Posse	17
2.3.2 Tempo	19
2.3.3 Coisa	21
2.4 FUNDAMENTOS DA USUCAPIÃO.....	24
2.5 DAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS.....	25
2.5.1 Usucapião extraordinária.....	26
2.5.2 Usucapião ordinária	27
2.5.3 Usucapião constitucional.....	29
2.5.4 Usucapião urbana do estatuto da cidade	32
2.5.5 Usucapião indígena.....	36
2.6 DA USUCAPIÃO DE BENS MÓVEIS.....	36
3 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E AS NOVAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO	38
3.1 TEORIAS DA POSSE	40
3.2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE	43
3.3 POSSE TRABALHO COMO MEIO DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.....	45
3.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO FUNDAMENTO PARA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM NOVO TIPO DE USUCAPIÃO	47
3.4.1 Da usucapião familiar e a lei complementar nº 95/98.....	50
4 DA USUCAPIÃO URBANA INDIVIDUAL POR ABANDONO DE LAR E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	52
4.1 DA PREVISÃO LEGAL DA USUCAPIÃO FAMILIAR E SEUS REQUISITOS	52
4.2 FUNDAMENTOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR	56
4.2.1 Do cumprimento da função social da propriedade	56
4.2.2 Direito à moradia	57

4.2.3 Direito à igualdade	59
4.3 EFEITOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	60
4.3.1 Do reflexo patrimonial.....	63
4.3.2 Da contagem do prazo	64
4.3.3 Da (des) necessidade da culpa	66
4.3.3.1 A emenda constitucional nº 66/2010 e o abandono de lar	67
4.3.3.2 O direito social à moradia e o princípio da vedação ao retrocesso social	74
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia intitulada “A Usucapião Familiar e Sua Repercussão no Direito de Família”, como o próprio título antevê, objetiva o estudo da repercussão ocasionada no âmbito do Direito de Família pela edição da Lei 12.424/11.

A usucapião é uma das principais, senão a principal forma de aquisição originária da propriedade. Preenchidos alguns requisitos exigidos conforme cada espécie legal será admitida a ação de usucapião, com o intuito de que a propriedade cumpra a função social a qual se destina.

Importante salientar que após a criação da usucapião “pró-labore”, disposta no artigo 125 da Constituição de 1934, outras diversas espécies de usucapião surgiram em nosso ordenamento jurídico, primando pela concessão da propriedade não apenas para os possuidores de áreas rurais, estendendo-se a possibilidade de se usucapir também imóveis urbanos. O atual Estatuto das Cidades trouxe grande inovação legislativa, ao dispor sobre a possibilidade da usucapião coletiva.

A mais nova espécie de usucapião fora criada por meio da Lei 12424/11, com o escopo maior de garantir o direito social à moradia para pessoas de baixa renda, a chamada usucapião familiar. No entanto, tal norma abalou a comunidade jurídica, por contrariar diversos preceitos fundamentais e ressuscitar a análise culpa no fim da união conjugal.

A Constituição Federal, assim como o Estado, consagra a família como a célula *mater* da sociedade e tutela sua manutenção. Após a edição do novo Código Civil e a despatrimonialização do Direito Privado, que se deu pelo Neoconstitucionalismo, com fundamento nos princípios da igualdade e dignidade humana, a família, bem como as relações conjugais, antes vistas como instituições que não poderiam falir e que deveriam se manter a qualquer custo, agora se constituem com base no afeto e solidariedade.

Tais inovações fizeram com que o legislador editasse normas que viessem a garantir esses direitos, fato que influenciou o constituinte derivado na edição da Emenda Constitucional nº. 66/10, que extinguiu o prazo para se pleitear o

divórcio, bem como a exposição dos seus motivos ao Judiciário, retirando por completo a análise da culpa do ordenamento civil.

No que tange à metodologia, a técnica de documentação adotada foi à indireta, utilizando-se das mais variadas fontes, como os livros, a legislação brasileira, mormente a Lei 12.424/11, periódicos, artigos científicos, bem como a consulta às jurisprudências disponíveis em livros e em meios eletrônicos. Utilizar-se-á o método histórico, investigando desde os acontecimentos do passado, sob o ponto de vista de sua influência na evolução do entendimento legal sobre a usucapião, com a finalidade de ser analisada sua nova subespécie e sua repercussão no âmbito jurídico e das famílias. Quanto ao método de procedimento, far-se-á uso do modelo monográfico funcionalista, analisando a usucapião familiar em toda sua extensão. Com relação ao método de abordagem, o utilizado será o dedutivo, uma vez que serão analisadas situações genéricas pré-existentes até que se chegue a uma situação específica.

Em relação à estrutura do trabalho, este se encontra organizado em três capítulos:

O primeiro capítulo trará um apanhado histórico da usucapião, bem como delimitará sua conceituação, demonstrando-se ainda os fundamentos da usucapião, discutindo-se os dois seguimentos de fundamentos que são: subjetivos e objetivos. Será feita uma análise dos requisitos da usucapião, apresentando-se cada espécie em separado, a fim de se explicitar os pressupostos inerentes a cada modalidade e a qual fim se destinam.

O segundo capítulo se destinará a uma demonstração da função social da posse e suas teorias, abordando-se a posse trabalho como meio de aplicação desta função social. Posteriormente concentrar-se-á na análise da função social da família e a função social da posse como fundamento para necessidade de criação de um novo tipo de usucapião. Tratar-se-á ainda a Lei Complementar nº 95/98 e sua relação com a usucapião familiar.

Finalmente, no terceiro capítulo, será tratado o objeto central do presente estudo, no qual se analisará o artigo 1.240-A Código Civil de 2002, desde seus pressupostos e requisitos para configuração da usucapião familiar e principalmente, abrir-se-ão discussões acerca da sua inconstitucionalidade e o quanto este novel instituto trará de instabilidade para o ordenamento civil e relações conjugais.

2 DA USUCAPIÃO

O presente capítulo trará à baila o contexto histórico da usucapião, desde o seu nascedouro até os dias atuais, fazendo uma abordagem quanto aos fatos ensejadores de sua origem. Apresentará as primeiras menções feitas ao instituto e as primeiras leis que versaram sobre a usucapião, ressaltando os fatos que marcaram os últimos dois séculos e influenciaram sobremaneira sua evolução.

Assim, o referido capítulo fará uma abordagem quanto ao seu surgimento em Roma e sua trajetória no direito Justiniano, passando do período arcaico para o período clássico até chegar ao período pós-clássico, marcado pela forte influência do Direito Bizantino, fazendo-se uma análise dos elementos constitutivos de maneira específica a fim de se demonstrar as diferentes espécies existentes nestes períodos.

Será explanado ainda o conceito da usucapião. Abordar-se-ão separadamente seus elementos constitutivos, sabendo-se que a existência ou ausência de algum de seus requisitos poderá gerar espécies diversas de usucapião. Logo em seguida serão demonstrados os fundamentos da usucapião, discutindo-se as duas ordens de fundamentos que são: subjetivos e objetivos.

Ao final, concentrar-se-á no exame das diversas modalidades vigentes no Código Civil, observando as inovações trazidas após sua promulgação. Serão tratadas ainda as formas especiais e as alterações trazidas pela Lei nº 10.257/01, bem como as novas bases da usucapião após a edição da Lei 11.997/2009.

2.1 HISTÓRICO

Acredita-se que a origem da instituição ora estudada se deu bem antes da criação da Lei das XII Tábuas, que data de 450 anos a.C., tendo o Direito Romano estendido sua aplicabilidade. Em relação à origem da usucapião o autor Carlos Moreira Alves acrescenta:

A Usucapião é um instituto antiquíssimo, anterior à lei das 12 Tábuas (450 a. C.), que já apontava a posse durante determinado tempo como requisito indispensável. [...] O Direito Romano aprimorou a

Usucapião (nas fases Pré-Clássicas, clássica e Pós-Clássica), fundando seus elementos caracterizadores que vigoram até os dias atuais (ALVES, 1999, p. 311-316).

Noutra senda, alguns historiadores, tal como Venosa defendem que a usucapião nasceu na Grécia por meio da obra “A República” de autoria de Platão, em que este cita a prescrição aquisitiva como meio de se combater as desigualdades relativas ao direito de propriedade. Em meados do séc. II a. C. surgiu na Grécia um instituto chamado *exceptio*, o qual possibilitava a defesa da posse prolongada contra o proprietário sem criar nenhuma forma de aquisição de propriedade.

Seguindo a maioria dos historiadores e estudiosos do assunto tais quais José Carlos Moreira Alves e Flávio Tartuce verifica-se que é Roma o berço da usucapião, tendo como fundamento a explícita utilização do instituto na Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*) no período arcaico ou pré-clássico, em sua tábua VI que traz a usucapião das terras de 2 (dois) anos e de bem móvel de 1 (um) ano (*usus auctoritas fundi biennium estocotera rumre rumannus*), sendo sempre o tempo, o fator essencial à aquisição. A exigência dos prazos é atribuída nesta fase devido à dimensão territorial da cidade de Roma.

Da leitura da Lei das XII Tábuas, verifica-se que a usucapião era também uma das formas de matrimônio na Roma antiga, é o que se observa da leitura da tábua VI, em seu inciso 6º “A mulher que residir durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa, será adquirida por esse homem e cairá sob o seu poder, salvo se ausentar-se da casa por três noites”.

O instituto da usucapião surgiu no direito romano com o intuito de proteger a posse do adquirente imperfeito, ou seja, daquele que recebeu a coisa sem as solenidades necessárias, sem justo título, ou daquele considerado como não sendo titular da propriedade por motivos descritos na lei da época, eliminando assim qualquer incerteza quanto ao titular do domínio e acarretando a perda do bem para o proprietário inerte.

A posse não poderia ser obtida por meio de atos de violência, haja vista tal atitude ser contrária aos costumes e a própria natureza do instituto no período arcaico.

Gonçalves (2011, p. 257) também segue a corrente que defende ter a usucapião surgido no direito romano e faz alusão à necessidade da sua aplicabilidade:

A prescrição aquisitiva é uma instituição multissecular, que nos foi transmitida pelos romanos. Por favorecer o usurpador contra o verdadeiro proprietário, parece, à primeira vista que ela fere o direito à propriedade, permitindo que o possuidor passe a ocupar o lugar do primeiro despojando-se do seu domínio. Segundo LAFAYETTE, tal perda “sai fora das regras fundamentais de direito; mas é determinada por imperiosos motivos de utilidade pública. A negligência do proprietário, aduz, “não é propriamente uma razão determinante da prescrição aquisitiva, mas intervém como uma consideração moral de grande valor para pô-la sob uma luz mais favorável, tirando-lhe o caráter espoliativo que a primeira vista se lhe atribui”.

O lapso temporal, como já visto, era de 2 (dois) anos (*biennium*) para os bens imóveis e de 1 (um) ano (*annus*) para bens móveis.

Em relação aos bens móveis o adquirente deveria fazer prova de que mantinha a posse de objeto não furtado no devido lapso temporal. Assim, a posse deveria ser justa, não gerada pela violência, precariedade ou clandestinidade. Estavam, além da coisa furtada (*res furtiva*), excluídos da usucapião no período arcaico os objetos incorpóreos e as zonas de limite entre prédios. Em virtude da propriedade quirritária somente poder pertencer ao cidadão romano, o sujeito ativo não poderia ser estrangeiro. Assim, aquele tinha o direito de reivindicar a posse de sua propriedade caso esta estivesse nas mãos de um estrangeiro.

Segundo Venosa (2005, p. 16) “a usucapião, no direito Justiniano, resulta da fusão de dois institutos de mesma índole, mas com campos diversos de atuação, a *usucapio* e a *longi temporis praescriptio*”.

A *usucapio* utilizada no período arcaico trata da posse contida na Lei das XII Tábuas que estabelece o prazo de 1 (um) ano para usucapir bens móveis e de 2 (dois) anos para bens imóveis. Literalmente, *usucapio* significa tomar pelo uso. Este vigorou a partir de 212 a. C. quanto aos imóveis provinciais e só poderia ser exercido de início pelos cidadãos romanos eleitores, residentes em Roma (*quiretes*), passando após alguns anos terem direito também os peregrinos, como já falado anteriormente.

A *praescriptio* era considerada modalidade de exceção, como meio ou forma de defesa, e seu fundamento apoiava-se no decurso do tempo, tendo vigorado a partir de 199 a. C., ou seja, posterior a *usucapio*.

O referido instituto surgiu no período clássico devido ao crescimento de Roma e ao grande número de estrangeiros e suas possessões provinciais. Até então, as leis da época tratavam apenas da aquisição de terrenos itálicos e não provinciais. Os terrenos provinciais eram considerados bens públicos, não passíveis de serem usucapidos. Assim, aqueles que mantinham a posse sobre terrenos provinciais poderiam usufruir deles, mas nunca tornarem-se proprietários.

Portanto, pelo instituto da *longi temporis praescriptio*, aquele que detivesse um terreno provincial pelo tempo determinado na lei teria direito de repelir qualquer tipo de ameaça a sua propriedade. O prazo era de 10 (dez) anos contra os presentes, ou seja, os residentes na mesma cidade e de 20 (vinte) anos para os ausentes, àqueles que residiam em cidades diferentes.

Cumprе ressaltar que durante todo o período clássico do Direito Romano, ambos os institutos mantiveram-se interligados.

No direito pós-clássico surgem grandes modificações quanto à *usucapio* e à *praescriptio* provocadas pelo Direito Bizantino, criando-se assim uma nova espécie de usucapião: A *praescriptio longi temporis*.

No direito pós-clássico, introduziu-se forma especial de usucapião, a *longissimi temporis praescriptio*, que os juristas modernos assimilam como usucapião extraordinário. Nessa modalidade quem possuísse por 40 anos, de boa-fé, mas sem justa causa, poderia defender-se com essa exceção (VENOSA, 2005, p. 217).

Nesta modalidade, o proprietário não perderia a propriedade, mas apenas o direito de reivindicá-la caso permanecesse silente por 40 (quarenta) anos, prazo posteriormente reduzido para 30 (trinta) anos.

Uma alteração feita por Justiniano na constituição romana no ano de 531 a. C. foi o aumento do lapso temporal para usucapião de bens móveis de 2 (dois) para 3 (três) anos, permanecendo o justo título e a boa-fé. Em relação aos bens imóveis, tanto para a *longi temporis praescriptio* (10 anos para os presentes e 20 anos para os residentes em cidades diferentes - ausentes) quanto para a *longissim*

itemporis praescriptio (30 anos para presentes ou ausentes), manteve-se de modo incoerente o nome *praescriptio*.

Outra forma de aquisição da propriedade no direito pós-clássico era a chamada prescrição imemorial (*praescriptio emmemorialis*) que se dava nos casos que não se podia invocar a prescrição ordinária ou extraordinária. Nesta modalidade dispensava-se o justo título e a boa-fé que eram presumidos. Com efeito, o possuidor adquiria a propriedade por meio de título presumido e não pela prescrição.

A usucapião só seria considerada imemorial se fosse atestada duas gerações, ou seja, a que está viva que viu a aquisição e a morta que transmitiu o bem por meio de entrega.

Havia, por fim, a *quadraginta annorum praescriptio* (prescrição de 40 (quarenta) anos), que alcançava os bens dominicais e de uso especial, atingindo os bens pertencentes ao Estado, ao Imperador, às igrejas e lugares considerados vulneráveis.

Como contra senso, no próprio direito romano surgiram posteriormente várias leis que restringiram o campo de aplicação da usucapião, das quais podemos citar: a Lei Scribônia que proibia a usucapião de servidões prediais; a Lei Atínia que vedava a usucapião de coisas furtadas e a Lei Júlia e a Plaúcia que impediam a usucapião das coisas obtidas com uso de violência.

O instituto multissecular da usucapião sofreu ao longo da história incontáveis modificações, que vão desde o direito coletivo da propriedade quando ainda não possuía nenhum valor socioeconômico até o direito individual que surgiu após a Revolução Francesa.

Observa-se que o direito à propriedade renasceu após a Revolução Francesa. Diante da instabilidade das relações econômicas, ocorreu a tomada do poder pela burguesia, surgindo assim o liberalismo econômico.

Tal forma de governo consagrou os direitos do proprietário, trazendo à tona um caráter individualista ao direito de propriedade.

2.2 CONCEITO

Como forma de aquisição da propriedade de bens móveis ou imóveis e da aquisição da servidão, usufruto, uso e habitação, a usucapião é conceituada sob vários aspectos, estabelecendo-se requisitos conforme suas espécies. É considerada prescrição aquisitiva, contrapondo-se à prescrição extintiva. No desenrolar dos tempos, com o fim do direito individual e início do direito coletivo à propriedade, calcada no cumprimento da função social, tal instituto passou a ter uma maior abrangência e aplicabilidade. Nesse sentido, o conceito da usucapião se modificou com o passar dos anos diante do surgimento de condições e características de novos meios de aquisição da propriedade.

Uma das primeiras definições da usucapião foi trazida por Modestino (Livro 41, Tit. III, fr3) nos seguintes termos: “A usucapião é o modo de aquisição da propriedade sobre uma coisa pela sua posse prolongada por certo tempo, nas condições estabelecidas pela lei -*‘Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definit.’*”

Conforme Rugierro (1972, p. 385) a usucapião nada mais é que “[...] modo de aquisição não só da propriedade, mas também de outros direitos reais, posto que nem a todos seja aplicável”. Para Caio Mario (1973, p.81) configura a usucapião “[...] a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei”.

A usucapião é denominada segundo Venosa (2005, p. 216) como “o modo de aquisição da propriedade mediante a posse suficientemente prolongada sob determinadas condições”.

Para Luciano de Camargo Penteado (2012, p. 317) “a usucapião consiste na aquisição da propriedade pela posse qualificada e prolongada no tempo de um determinado bem”. Com base na evolução do instituto e na descrição oferecida pela lei, Rodrigues traz uma concisa noção de usucapião:

A usucapião é a constituição facultativa do direito de propriedade ou de outro direito real de gozo, a favor de quem detenha a correspondente posse durante certo lapso de tempo, que faculte ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito, a cujo exercício corresponde a sua atuação (2008, p. 12).

Assim, conclui-se que o instituto da usucapião é modo de aquisição do domínio de determinada propriedade móvel ou imóvel, bem como de aquisição de um direito real por meio da posse por um determinado lapso temporal e que para sua configuração faz-se necessário o cumprimento de determinados requisitos estabelecidos em lei conforme sua espécie.

2.3 REQUISITOS COMUNS A TODAS AS ESPÉCIES

Para que ocorra a usucapião pressupõe-se a verificação de alguns requisitos, que podem ser gerais ou específicos. Há uma divisão em relação a esses requisitos feita pela doutrina minoritária que se dá quanto à forma que se constitui, às pessoas (usucapiendos) e às coisas que podem ser usucapidas. Gomes (2008) classifica esses requisitos em formais, pessoais e reais, respectivamente.

Consideram-se requisitos formais aqueles que caracterizam o instituto e que lhe dão vida própria. São eles: a posse e o tempo, comuns a todas as espécies; e o justo título e boa-fé, somente exigidos na usucapião ordinária. Os requisitos pessoais são aqueles ligados à pessoa do possuidor que se encontra em uma situação jurídica que o impede de adquirir a propriedade por meio da usucapião e por fim, os reais dizem respeito aos bens suscetíveis da usucapião.

Portanto, os pressupostos gerais da usucapião são: posse, tempo e coisa hábil, enquanto os específicos são: justo título e boa-fé. Resta lembrar que ainda que o artigo 1238 do Código Civil de 2002 permitisse ao possuidor requerer ao juiz que confirme a sua aquisição em sentença declaratória, esta não será considerada requisito para usucapião em virtude da sua própria natureza.

2.3.1 Posse

A posse é de relevante importância para a prescrição aquisitiva, sendo indispensável para sua configuração, mas não é qualquer posse que enseja à usucapião, mas tão somente a posse qualificada. Notadamente, esta deverá ser

duradoura, pacífica, sem oposição e que tenha o *animus domini*, ou seja, que tenha o possuidor a intenção de ser proprietário em sentido específico, além de exigir o *corpus* que consiste no domínio de fato sobre a coisa.

Deverá também conter a posse o *animus suo* que não se confunde com o *animus domini*, por se tratar da vontade de ter a coisa como sua, sem se importar com o título, desde que se exerça o poder de fato sobre a coisa.

A posse tratada no Código Civil é chamada de posse *ad usucapione*, e seus requisitos são exigidos pelos artigos 1238 a 1242 do Código Civil de 2002, sendo o primeiro deles o *animus domini*, ou seja, o possuidor tem a certeza da posse, acredita ser sua a posse e não a propriedade, conforme preleciona Silvio Rodrigues: “Requer-se, de um lado, atitude ativa do possuidor que exerce os poderes inerentes à propriedade; e de outro, atitude passiva do proprietário, que, com sua omissão, colabora para que determinada situação de fato se alongue no tempo” (2005, p. 111).

Considera-se então possuidor, conforme o artigo 1.196 do CC/2002 “todo aquele que possui de fato o exercício pleno ou não de alguns dos poderes inerentes à propriedade”.

Outro pressuposto rezado pela posse *ad usucapione* é que a posse seja mansa e pacífica, começando de um modo justo, excluindo-se a violência e a clandestinidade, devendo ser uma posse pública.

Caso haja violência na aquisição, como é o caso do esbulho, cessada a violência, a posse passa a ser considerada mera detenção, resultando em posse injusta, desfazendo completamente a possibilidade de se ingressar com uma ação de usucapião. Em outras palavras, a detenção não poderá ser aproveitada para efeitos de usucapião, salvo quando houver inversão.

Assim, tendo o proprietário de um terreno autorizado, por razões de amizade, que outrem nele construísse uma casa para aí viver e utilizasse o terreno circundante, a pessoa autorizada é mera detentora ou possuidora precária, pelo que, para adquirir por usucapião, tem de inverter o título da posse, designadamente por oposição contra o proprietário, dando-lhe a conhecer, de modo inequívoco, a sua intenção de atuar como titular do direito. Se tal oposição não for repelida pelo proprietário, inverter-se-á o título da posse e desse momento contará o prazo para usucapião. (RODRIGUES, 2008, p. 23-24).

Dentre estes requisitos faz-se interessante salientar que a posse deve ser incontestada, ou seja, não poderá ser objeto de questionamentos na esfera administrativa ou judicial. Portanto, a posse quando contestada antes de passado o prazo exigível conforme cada espécie, não será objeto de usucapião.

O último requisito exigido é a continuidade da posse. Nessa ótica, a posse deverá se prolongar no tempo, sem interrupções, conforme o lapso exigido para cada modalidade.

O possuidor não pode possuir a coisa a intervalos, intermitentemente. É necessário que a tenha conservado durante todo tempo e até o ajuizamento da ação de usucapião. O fato de mudar-se para outro local não significa, necessariamente, abandono da posse, se continuou comportando-se como dono em relação à coisa (GONÇALVES, 2011, p. 283).

Embora exija a continuidade da posse, o próprio Código Civil admite que o possuidor some a sua posse à de seus antecessores a fim de contar o tempo exigido, podendo fazer prova por meio de escritura pública ou até mesmo testemunhal.

Acrescente-se que a posse que recai sobre a usucapião deve ser na sua integralidade, não se admitindo a posse parcial de um determinado bem, ainda que obedecidos os demais requisitos.

No tocante à capacidade para adquirir por usucapião, o próprio Código Civil admite sua aquisição pelos incapazes, desde que legalmente representados, estabelecendo assim uma regra de capacidade de gozo. Quanto à capacidade do exercício, de administrar o bem, caberá também aos incapazes, desde que possam fazer o uso da razão. Em contrapartida, estes não podem pleitear em juízo seu direito sobre a propriedade sem que estejam devidamente representados.

2.3.2 Tempo

A usucapião pressupõe mais um requisito objetivo, qual seja, o tempo. Este tem importância vital e está intimamente ligado a posse, pois para que esta se converta em aquisição é necessário que esteja presente o fator tempo, que assim

como a posse é requisito indispensável para a configuração de qualquer das espécies de usucapião.

É importante ressaltar que não há que se confundir tempo com prazo. Prazo é o intervalo de tempo entre o dia inicial e o dia final, em que para a usucapião são estabelecidos pela própria legislação de acordo com o contexto histórico, não havendo um padrão específico, nem podendo ser alterado pelas partes. O prazo é contado por dias e não por momentos ou horas, considerando o período de 24 (vinte e quatro) horas completas, excluindo-se o dia do início e contando-se o dia do fim.

É necessário mencionar que subsistem algumas situações em que o prazo não poderá ser computado para fins de aquisição por usucapião, uma delas é a citação em ação de direitos reais que suspendem o prazo. Outro caso é quando o titular do direito é pessoa pública que se encontra em outro país prestando serviço à União.

Em contrapartida, “há decisões no sentido de que a posse exercida entre a propositura e o julgamento da ação pode ser computada no prazo exigido para a aquisição por usucapião” (MONTEIRO *apud* GONÇALVES, 2011, p. 286).

Evidentemente, a diversidade de prazos também se dá em virtude dos elementos exigidos para a consumação da usucapião. Entende assim Orlando Gomes:

Abrevia-se o prazo quando o possuidor preenche os requisitos suplementares de *justo título* e *boa-fé*, mas neste caso, o alongamento, ou a abreviação do lapso do tempo não decorre de fatores externos. O que influi é o modo porque se possui o teor da posse (2008, p. 190, grifo do autor).

Observa-se quando do estudo dos prazos a diferença do período exigido para os bens móveis e imóveis. Denota-se que o prazo para os bens móveis é mais curto, o que se justifica pela sua dificuldade de individualização e facilidade de circulação. Em termos gerais, diante da diferenciação econômica com os bens imóveis, pressupõe-se um maior cuidado destes por parte do proprietário, o que denota a exigência de um maior lapso de tempo.

Outro fator que influencia na multiplicidade de prazos são os requisitos concernentes a cada modalidade, conseqüentemente fita-se minorar o prazo quando o possuidor preenche os pressupostos de justo título e boa-fé.

Alguns doutrinadores acrescentam a moradia do proprietário como estímulo sobre os prazos, defendendo que caso o proprietário more na mesma circunscrição territorial do possuidor, o prazo será mais curto. Para Gomes (2008), tal critério não é suficiente, haja vista que o proprietário pode se encontrar perto, mas ausente ou estar longe e presente.

O atual Código Civil reduziu os prazos, ficando o prazo de 15 (quinze) anos para a usucapião extraordinária, podendo ser reduzida para 10 (dez) anos em caso do possuidor conceder destinação econômica ao bem; e de 10 (dez) anos para a ordinária, podendo ser dilatado para 5 (cinco) anos caso o possuidor preencha os pressupostos de justo título e boa fé.

É cabível ressaltar que subsistem na lei, mais precisamente nos artigos 197 a 204 do CC/2002, causas que obstam, interrompem ou suspendem a contagem de prazo.

Assim, há situações em que o prazo não poderá ser computado para fins de aquisição por usucapião, uma delas é a citação em ação de direitos reais. Outro caso é quando o titular do direito é pessoa pública que se encontra em outro país prestando serviço à União, ou aqueles que se achem servindo às Forças Armadas em tempo de guerra. Além destes, não se conta o tempo entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal, o que, por analogia se estende à união estável, bem como, entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

2.3.3 Coisa

Antes de adentrarmos nas espécies de coisas objetos da usucapião, faz-se pertinente conceituar o que vem a ser a coisa em sua essência. Segundo Fiúza (2010, p. 171) "bem é tudo aquilo que é útil às pessoas", portanto, "sendo suscetível de apropriação" e coisa para o doutrinador é "todo o bem suscetível de avaliação econômica e apropriação pela pessoa".

Assim, denota-se que coisa, é todo o bem corpóreo ou singular passível de apropriação, não se admitindo, portanto, usucapião sobre universalidades de fato ou de direito. Nesta seara, a usucapião admite apenas a aquisição de coisa hábil. Neste sentido, utilizaremos a denominação bem em termos genéricos.

Em linhas gerais, todos os bens corpóreos, imóveis ou móveis podem ser objeto de usucapião, exceto, os bens públicos e os bens fora do comércio. Para Gonçalves, consideram-se bens fora do comércio:

Os bens *naturalmente* indisponíveis (insuscetíveis de apropriação pelo homem, como o ar atmosférico, a água do mar), os *legalmente* indisponíveis (bens de uso comum, de uso especial e de incapazes, os direitos de personalidade e os órgãos do corpo humano) e os indisponíveis pela *vontade humana* (deixados em testamento ou doados com cláusula de inalienabilidade) (2011, p. 275, grifo do autor).

Há uma severa discussão se os bens com cláusula de inalienabilidade podem ser objeto de usucapião. O Superior Tribunal de Justiça já afirmou tal possibilidade garantindo tal direito aos bens com cláusula de inalienabilidade e aqueles inalienáveis por força de decisão judicial, desde que se trate de inalienabilidade voluntária por ato do testador ou doador, conforme se depreende do primeiro precedente desta Corte nesse sentido:

DIREITO CIVIL. USUCAPIÃO. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL POR CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. BEM GRAVADO COM CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. – Na linha dos precedentes desta Corte, a existência de cláusula de inalienabilidade não obsta o reconhecimento do usucapião, uma vez tratar-se de modalidade de aquisição originária do domínio.(STJ - REsp: 207167 RJ 1999/0021037-9, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 21/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/09/2001 p. 226 JBCC vol. 194 p. 324 RDR vol. 22 p. 323 RJADCOAS vol. 28 p. 105).

Nesse norte, não são passíveis de se usucapir bens objeto de sequestro, bem como bens penhorados. Desta forma, a usucapião não poderá ser vista como uma fórmula de se adquirir um bem que de outra forma não poderia ser objeto de aquisição.

Somente poderão ser objeto de usucapião bens de domínio particular. Os bens públicos, como as terras devolutas, que são todas as terras que pertencem ao Estado, mas que não são utilizadas e não possuem uma destinação pública específica, encontram-se excluídos desse rol como já frisado anteriormente. São considerados bens públicos aqueles pertencentes ao Estado, incluindo-se aí as Autarquias e Entidades Estatais, ou ainda aquele bens que não as pertençam, mas que estão vinculados à prestação de um serviço público. São exemplos de bens públicos as terras devolutas e os terrenos da Marinha, este, que possui definição legal no Decreto-lei 9.760 de 5-9-1946 em seu Art. 2º:

São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar médio de 1831: os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; os que contornam as ilhas situadas em zona onde se façam sentir a influência das marés.

A atual Carta Magna em seus artigos 183 e 191, assim como o Código Civil de 2002 em seu artigo 102, preconizam que os bens públicos, sejam eles móveis ou imóveis não estão sujeitos à usucapião.

Persiste na minoria doutrinária, tal como defende Luciano de Camargo Penteadó e Carlos Roberto Gonçalves a possibilidade de se usucapir bens públicos com o fundamento do cumprimento da função social da propriedade prevista na Carta Maior. Sustentam tais doutrinadores que quando o bem não tiver uma destinação econômica ou social, não estarão cumprindo sua função social, devendo assim serem passíveis de usucapião, desde que preenchidos os demais requisitos. (GONÇALVES, 2011).

Como observam FLÁVIO TARTUCE e JOSÉ FERNANDO SIMÃO, tal entendimento é minoritário na doutrina. Embora a tese seja sedutora, seria necessário, para que pudesse vingar, rever o conceito de propriedade, superdimensionando a valorização da sua função social, o que não é aceito pela maioria dos juristas e aplicadores do direito. Seria mister, ainda, flexibilizar substancialmente o que se consta da Constituição Federal (TARTUCE e SIMÃO *apud* GONÇALVES, 2011, p. 278).

Não se pode deixar de citar o caso específico dos direitos de autor, que detém o poder de reivindicar os direitos autorais de sua obra contra aquele que utilize a mesma sem seu consentimento prévio e que venha a modificá-la ou destruí-la, haja vista ser um direito inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Igualmente, não podem ser usucapidos os terrenos baldios, por disposição do Decreto-Lei nº. 39/76, posteriormente alterada pelas Leis 68/93 e 89/97, ainda que tenha passado o decurso do tempo, haja vista serem considerados bens fora de comércio. Não fazem parte do rol dos bens de domínio público, nem pertencem aos bens privados do Estado.

Os baldios são, por via do estatuído na lei, terrenos possuídos e geridos por comunidades locais, constituídas pelo universo dos compartes ou moradores de uma ou mais freguesias ou parte delas, que têm direito ao uso e fruição, segundo os usos e costumes e constituem, em regra, logradouro comum, designadamente para efeitos de apascentação de gados, de recolha de lenhas ou de matos, de culturas ou outras fruições, nomeadamente de natureza agrícola, silvícola, silvo-pastoril ou apícola¹ (RODRIGUES, 2008, p. 37).

Assim, os baldios, são de propriedade das comunidades locais que os utilizam para exercer diversos tipos de atividades, sejam elas econômicas ou não, dando-lhes destinação social.

2.4 FUNDAMENTOS DA USUCAPIÃO

De início, pode-se afirmar que a usucapião possui como fundamento principal a acessão da paz social pela consolidação e destinação da propriedade, sendo proposta pela função social.

Para a doutrina majoritária, existem duas ordens de fundamentos para a usucapião: subjetivos e objetivos. De acordo com os ensinamentos de Orlando Gomes, pode-se observar com clareza no que consiste cada corrente:

As teorias subjetivas procuram fundamentar a usucapião na presunção de que há o animo de renúncia ao direito por parte do proprietário que não o exerce. O raciocínio é este: se o dono da coisa se desinteressa de sua utilização durante certo lapso de tempo, é porque a abandonou ou está no propósito de abandoná-la. Em verdade, porém, isto não ocorre. As mais das 26 vezes, não há de sua parte, essa intenção. Presumi-la, é desconhecer a própria natureza humana. (GOMES, 2008, p. 164).

Sob o aspecto objetivo, fundamenta-se, pois, na destinação social e/ou econômica dada a um bem que não está cumprindo a sua função, não podendo ser vista como um ataque à propriedade do dono, mas como um direito posto à disposição do possuidor que utiliza da posse da coisa por um determinado lapso de tempo de forma pública e pacífica com o propósito de dela se assenhorear.

O fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranqüilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos (GOMES e LAFAYETTE *apud* GONÇALVES, 2011, p. 258).

Embora possa haver um enriquecimento por parte do possuidor e em contrapartida um empobrecimento por parte do proprietário, há uma justificativa plausível no ordenamento jurídico para tal inversão que é o interesse público. Deste modo, foram razões de interesse público e de clamor social que conduziram à adoção da usucapião como meio legal de aquisição do domínio da propriedade, seja ela de bens imóveis ou móveis.

2.5 DAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS

Atentar-se-á neste tópico para o estudo da usucapião de bens imóveis, que é a parte mais ampla das espécies e a mais comumente utilizada. São modalidades de usucapião de bens imóveis: a usucapião extraordinária, a ordinária,

a especial rural, a especial urbana, a usucapião familiar e a especial indígena. Iniciar-se-á com a análise da usucapião disciplinada pelo artigo 1238 do Código Civil de 2002, qual seja a extraordinária.

2.5.1 Usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária prescinde de justo título e boa-fé. Esta requer apenas que o possuidor tenha como seu o imóvel, sem interrupções ou oposições, e que preencha o lapso de tempo de 15 (quinze) anos, caindo para 10 (dez) anos nos casos de utilização do imóvel como moradia fixa ou quando lhe dê destinação econômica, realizando nele obras ou serviços. Assim dispõe o artigo 1.238 do CC/2002:

Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo, reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Em detrimento do preceituado no referido artigo, denota-se que os pressupostos para a usucapião extraordinária são a posse, o tempo, a sentença do juiz e o registro no cartório competente.

Cumpra salientar, que poderão ser sujeitos ativos desta modalidade de usucapião tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, cabendo ao autor provar que detinha a posse do bem no período exigido, que essa posse era pública, que não houve oposições por parte do proprietário ou de terceiro interessado nem interrupções de qualquer natureza.

Tal assentimento ou aquiescência dos vizinhos, bem como a diuturnidade da posse, faz presumir que não existe direito contrário ao manifestado pelo possuidor. A usucapião repousa em duas situações bem definidas: a atividade singular do possuidor e a

passividade geral de terceiros diante daquela atuação individual. Se essas duas atitudes perduram contínua e pacificamente por quinze anos, ou dez anos, ininterruptos, consuma-se a usucapião. Qualquer oposição subsequente mostrar-se-á inoperante, porque esbarrará ante o fato consumado (MONTEIRO, 2009, p. 132-133).

Desse modo, preenchidos os demais requisitos, deverá o autor requerer judicialmente a declaração da situação. No entanto, tal sentença é meramente declaratória e serve de prova para certificar a existência do direito do possuidor que passou a ser proprietário e de título para a transcrição do registro no Cartório de Registro de Imóveis. Assim, para que o possuidor possa exercer plenamente o domínio, é necessário que proceda ao registro imobiliário. Só assim, estará livre para exercer todos os demais direitos de proprietário, como por exemplo, uma eventual hipoteca.

Haverá a redução do prazo para 10 (dez) anos, conforme o parágrafo único do tratado artigo, em duas hipóteses: quando o possuidor utilize do imóvel para sua moradia habitual, que é o caso em que, exige-se não só o *animus*, como também o *corpus*, ou seja, ainda que com intervalos justificados, como ausência por motivo de trabalho, o possuidor deverá permanecer no imóvel durante o período de 10 (dez) anos, sem assentar moradia em outro imóvel, ainda que seja proprietário; quando não estabelecida, ou se estabelecida moradia o possuidor tenha realizado no imóvel obras ou serviços de caráter produtivo.

Este último quesito, Gonçalves (2011) denomina de posse-trabalho. Nesta senda, vale qualquer obra, serviço, ou construção de caráter produtivo ou cultural, realizado pelo possuidor, que poderá se traduzir, na construção de benfeitorias, por exemplo.

2.5.2 Usucapião ordinária

Nesta modalidade de usucapião, exige-se que haja a posse exercida por 10 (dez) anos, com *animus domini*, de forma contínua, mansa e pacífica. O justo título e a boa-fé não são presumidos, sendo indispensáveis à aquisição do título.

O Art. 1.242 do Código Civil de 2002 assim dispõe: “Adquire também a propriedade do imóvel, aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé”.

A boa-fé possessória trata-se de um requisito subjetivo, ou seja, o possuidor deve acreditar veementemente que é o real proprietário do bem, ainda que seu título contenha vícios. O justo título é aquele que contém ou não formalidades, mas que até o momento da ação é tido como válido para o titular, mesmo que supervenientemente se descubra um vício que possa anulá-lo.

O justo título, por sua vez, consiste no documento apto a, em tese, produzir o efeito translativo do domínio. Trata-se de necessidade de negócio jurídico *instrumentado*, isto é, de título com a formalidade mínima da redação escrita, não bastando mero acordo verbal. Além disso, ele deve ser apto a transferir o direito real postulado, pelo seu próprio conteúdo, mas nas circunstâncias, ter falhado por alguma questão alheia à sua própria formação, isto é, por uma razão extrínseca. Falhas intrínsecas do título implicam nulidade, o que afasta seu qualificativo de justo. O título é justo quando válido, isto é, quando, conforme com as regras de validade do negócio jurídico em geral (PENTEADO, 2012, p. 323, grifo do autor).

Assim, quando o título não produziu o efeito esperado, como a transferência da propriedade (não da posse), o adquirente que possui o bem pelo tempo necessário, poderá usucapi-lo.

Interessante analisar as causas que tornam um título ineficaz, isto é, quais os motivos que impedem a habilitação do domínio por parte do possuidor, ainda que em poder do título.

A primeira causa trata-se da aquisição *a non domino*, que é quando o antigo titular, aquele que transmitiu a coisa, na verdade não era seu verdadeiro proprietário. Portanto, aquele que adquire um bem de alguém que não é seu dono realiza um negócio jurídico sem validade, ineficaz. Entretanto, se o atual titular acreditava ser o antigo proprietário o dono do bem, presume-se aí a boa-fé subjetiva e o título, mesmo anulável, servirá de instrumento hábil para o ingresso de usucapião ordinária.

O outro motivo capaz de tornar o título ineficaz denomina-se aquisição *a domino*, que se trata de vício pessoal, isto é, quando o transmitente não goza de direito para dispor, como, por exemplo, uma escritura de compra e venda passada

por incapaz, sem a assistência do seu representante legal; ou quando transfere a propriedade por ato nulo de pleno direito, como na hipótese de quem adquire por instrumento particular bem suscetível de transmissão apenas por instrumento público.

O parágrafo único do artigo ora em comento traz uma redução de prazo de 5 (cinco) anos para os casos de vício superveniente ao registro de bem adquirido a título oneroso. Nestas situações, deverá o titular de direitos pleitear ação de usucapião ordinária pedindo que se cancele o antigo e proceda-se a feitura de um novo registro.

O prazo de 5 (cinco) anos disposto neste parágrafo, será acrescido de 2 (dois) anos em virtude do disposto no Art. 2.029 do Código Civil de 2002 : “até dois anos da entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916”.

2.5.3 Usucapião constitucional

O nosso ordenamento jurídico admite, além das citadas espécies, outras modalidades de usucapião, que estão dispostas na Constituição Federal sob duas formas: a usucapião especial rural (*pro labore*) e a usucapião especial urbana (*pro misero*), sendo esta, inovação trazida pela nova Carta e regulamentada também pelo Estatuto da Cidade.

A usucapião especial rural é a modalidade mais antiga de usucapião, pois remota à Constituição de 1934, exigia como requisito indispensável, além do tempo, que a posse exercida, tenha caráter produtivo em virtude do trabalho do possuidor, demonstrando-se aí a preocupação do legislador com a função social da propriedade. Não se confunde, pois, com o previsto no Código Civil de 1916, que exigia apenas a posse, sem que houvesse necessidade do possuidor estabelecer residência e dar destinação efetiva ao bem.

A Constituição posterior, de 1937, não modificou o texto da anterior. A de 1946 também não trouxe alterações significativas, aumentando apenas a quantidade

de hectares, que passaram de 10 (dez) para 25 (vinte e cinco). Por fim, o Estatuto da Terra estabeleceu que:

Todo aquele que não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição, nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente, para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família garantir-lhe a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita (Artigo 98 da Lei 4.504/64).

O artigo 98 do Estatuto da Terra não estabeleceu uma dimensão exata para a área objeto da usucapião *pro labore*. A Lei nº. 6969/81 criada especialmente para regular a aquisição de imóveis rurais, determinou em seu Art. 2º que as terras devolutas eram passíveis de usucapião, entretanto a Constituição Federal de 1988 aumentou para 50 (cinquenta) hectares a dimensão da área das terras devolutas a serem usucapidas.

O Art. 191 da Constituição federal reza que:

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Da leitura do dispositivo legal, observa-se a existência de requisitos diversos dos já vistos nas modalidades anteriores, dos quais retiramos a ausência do domínio, ou seja, o possuidor não poderá ser proprietário de outra propriedade urbana ou rural. Tal ausência deverá perdurar nos 5 (cinco) anos exigidos. Passado o prazo, nada obsta que este adquira outros imóveis. O fato é como provar que o possuidor não possui outros imóveis. Para Araújo (2005) a prova da inexistência do domínio é um fato negativo, cabendo a usucapido o ônus de fazer prova do domínio.

Dentre as regras estabelecidas pela Carta Magna, só caberá usucapião, preenchidos os demais pressupostos do artigo, em área rural. Desta feita, o possuidor, além de estabelecer moradia fixa na propriedade rural, deverá tornar a posse produtiva.

O tamanho da área a ser usucapida não poderá ultrapassar 50 (cinquenta) hectares. Este foi um meio que o legislador utilizou para garantir ao pequeno produtor rural o direito à terra em que exerce seu labor.

O Artigo 65 do Estatuto da Terra dispõe que “O imóvel rural, não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural”. Buscou este dispositivo evitar o desmembramento desordenado que teria como consequência o surgimento de propriedades improdutivas que não estariam cumprindo sua função social.

Assim como nas outras espécies, exige a posse *ad usucapionem*, devendo o possuidor agir como se proprietário fosse. Esse *animus*, logicamente, deve ser bem mais acentuado, haja vista o possuidor ter na propriedade estabelecido sua moradia e seu sustento.

O prazo exigido é de 5 (cinco) anos, sem interrupções ou contestações. Por se tratar de posse *por labore*, deverá o possuidor exercer juntamente com sua família o labor diário, ou o período necessário para tornar a terra produtiva.

Se a posse for adquirida por meio de transmissão *causa mortis*, o sucessor, deverá também preencher os demais requisitos. Assim, se um filho herda a posse de uma área rural e se já possui outro imóvel, não sucederá na posse.

A usucapião especial urbana, contrariando a rural, é uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 em seu Art. 183, com características próprias que ressaltam o caráter social do instituto, determinando que o benefício não será concedido mais de uma vez ao mesmo possuidor, bem como de legitimar os loteamentos clandestinos dentro dos centros urbanos.

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

No que tange à área a ser usucapida, consolidou-se na doutrina, assim como defende a civilista Luciana Costa da Fonseca, que a posse deverá se dar em relação a terreno urbano sem construção, não podendo exceder 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, tendo em vista este tamanho ser suficiente para se

estabelecer uma moradia digna. Tal metragem abrange tanto a área do terreno, como a da construção, não podendo ultrapassar o limite imposto.

Em princípio, não é possível ao usucapiente, que exercer posse sobre área urbana com metragem superior, pretender usucapir área igual ou menor que a de duzentos e cinquenta metros quadrados, situado dentro de área maior, fundando sua pretensão no Art. 183 da Constituição Federal, O proprietário poderia ser surpreendido pela repentina redução da pretensão, uma vez que a usucapião de toda a área possuída só se consumaria em prazo maior. Poderia ele, por essa razão, ter deixado a adoção de providências visando à recuperação de seu imóvel para ocasião mais oportuna, dentro daquele prazo maior (SALLES apud GONÇALVES, 2011, p. 265).

O que ocorre na prática, é que a metragem dos terrenos objetos de ações de usucapião, na maioria das vezes já se encontram definidos pelo plano diretor das cidades acarretando assim muitos pleitos judiciais com áreas superiores a estabelecida em lei, qual seja 250 metros quadrados, o que tem levado a improcedência de muitos pedidos quando da análise deste requisito.

A posse, assim como nos demais casos deverá ser mansa e pacífica, sem utilização dos artifícios de violência, clandestinidade e precariedade, exceto nos casos de interversão na posse. O possuidor deverá estabelecer sua moradia e de sua família no imóvel.

O prazo exigido para esta espécie é de 5 (cinco) anos, começados a contar a partir da vigência da Constituição, respeitando o princípio da irretroatividade, assim, as primeiras ações de usucapião especial urbana só foram interpostas após outubro de 1993.

2.5.4 Usucapião urbana do estatuto da cidade

O Estatuto da Cidade trouxe inúmeras mudanças para as políticas urbanas, voltadas para a coletividade e não para o indivíduo, além de intensas modificações para o direito público e privado, dedicando uma seção específica para o tratamento da usucapião especial urbana.

As modificações nesse campo visam a tornar possível a coexistência de um sem-número de proprietários em áreas relativamente pouco extensas, e mais, acomodar o exercício de seus respectivos direitos à ideia da função que devem exercer (PENTEADO, p. 324).

A lei em comento busca o bem-estar social por meio do bom uso da propriedade para o pleno desenvolvimento da cidade. Trouxe em seu corpo dois tipos específicos: a usucapião singular ou simples e a coletiva.

A usucapião singular traz os mesmos requisitos da usucapião especial urbana, disposta no Art. 183 da Constituição Federal, acrescentando ao *caput* junto área, edificação urbana. Portanto, tanto a área (terreno com a construção), quanto à edificação (apenas a superfície), poderão ser objeto de usucapião.

Outra modificação trazida pelo Estatuto da Cidade foi a atinente ao § 3º, que estabelece a possibilidade da sucessão na posse para os herdeiros que residam no imóvel, o que foi também difundido pela jurisprudência, uma vez que a moradia está destinada ao possuidor e sua família.

Ao contrário do que dispunha a Constituição, não se faz necessário que o herdeiro se mantenha na posse pelo lapso de tempo exigido, mas que apenas já esteja residindo no imóvel quando aberta a sucessão.

Segundo Gonçalves (2011), o imóvel não poderá ser utilizado para outros fins, senão à moradia. No entanto, poderá conjugar com um pequeno comércio, desde que reste estabelecida a moradia.

O Art. 10 do Estatuto da Cidade traz uma nova modalidade com certas peculiaridades até então não tratadas, trata-se da usucapião coletiva, que tem um grande alcance social ao buscar identificar o domínio, confundido pela formação de favelas.

Trata-se de maneira de se propiciar a aquisição, *in solidum*, do imóvel, quer por conta da dificuldade em se identificar áreas, quer por conta da sobreposição, nestas áreas, da moradia de diversas famílias. Evidentemente voltado para propiciar a consolidação de situações jurídicas em regiões de forte adensamento populacional sem estrutura. A usucapião coletiva cria um condomínio especial regido pelas normas da ECid. (PENTEADO, 2012, p. 326)

O Artigo 10 da Lei nº 10.257/2001 reza que:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

A lei exige que seja área urbana maior que duzentos e cinquenta metros quadrados (chamada de condomínio), com ocupação coletiva e que não se possa identificar os terrenos ocupados, com lapso temporal de 5 (cinco) anos.

Na usucapião coletiva, o juiz estabelecerá uma fração igual para cada possuidor conforme o tamanho integral do terreno. Assim, por exemplo, se o terreno mede 300 (trezentos) metros quadrados e nele habitam 30 (trinta) famílias, independentemente do tamanho da área que cada uma ocupa, será dividida por igual para todos, *in casu*, 10 (dez) metros para cada.

Cumprir trazer à baila algumas decisões referentes a esta modalidade de usucapião quanto aos requisitos necessários para sua propositura:

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. NULIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS CÔNJUGES DOS RÉUS. NÃO ALEGAÇÃO POR OCASIÃO DA RESPOSTA. PRECLUSÃO TEMPORAL. ARTS. 183, 245, 300 E 473, TODOS DO DIGESTO PROCESSUAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. ARCABOUÇO PROBATÓRIO QUE BASTA À REJEIÇÃO DA TESE DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 330 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. INOCORRÊNCIA. EXPOSIÇÃO CONCATENADA DOS FATOS. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DO IMÓVEL. ATENDIMENTO AO ART. 282 DO ESTATUTO PROCESSUAL. **USUCAPIÃO ESPECIAL COLETIVA URBANA. REQUISITOS NÃO COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI. OPOSIÇÃO MANIFESTA. NÃO COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS IMÓVEIS EM NOME DOS RÉUS. NÚMERO DE PESSOAS QUE NÃO CARACTERIZA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA. ART. 10 DA LEI N. 10.257/2001 C/C ART. 333, INC. II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PLEITO DOMINIAL ACOLHIDO. JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE SUPOSTAR AS DESPESAS PROCESSUAIS SEM PREJUÍZO PRÓPRIO. IRRELEVÂNCIA. PROVAS DOCUMENTAIS QUE DENOTAM A HIPOSSUFICIÊNCIA DOS REQUERIDOS. ART. 5º, INC. LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Pelo princípio da eventualidade, cada faculdade há de ser manejada**

dentro da fase processual própria, sob pena de preclusão temporal. Sendo assim, se os contendores, na resposta, não invocaram a ausência de citação de seus consortes, não mais poderão fazê-lo nas razões de apelo. 2. Se a questão de mérito for de direito e de fato e não houver necessidade de dilação probatória para aferição, com segurança e certeza, de aspectos relevantes da causa, o julgamento antecipado da lide não importa em cerceamento de defesa ou violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Se, da leitura da petição inicial, é possível depreender a causa de pedir e o pedido apresentados pela autora, bem ainda as características do imóvel reivindicando, merece ser rechaçada a preliminar de inépcia da inicial. 4. A prescrição aquisitiva, que dá ensejo à usucapião especial coletiva urbana a que se refere o art. 10 da Lei n. 10.257/2001, não se configura na hipótese em que a área com mais de 250m² não for ocupada por população de baixa renda, não houver provas do exercício da posse com animus domini e da inexistência de outros bens imóveis em nome dos réus e, ademais, restar flagrante a oposição. 5. O inc. LXXIV do art. 5º da Constituição da República garante o benefício da justiça gratuita àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos. Havendo nos autos, como há, a comprovação da alegada carência econômico-financeira, a concessão da gratuidade é medida que se impõe. (TJ-SC - AC: 224498 SC 2007.022449-8, Relator: Eládio Torret Rocha, Data de Julgamento: 22/01/2009, Quarta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , da Capital). (grifo nosso).

APELAÇÃO. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO COLETIVA URBANA. ART. 183 DA CF/88. USUCAPIÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE EM ZONA ESPECIAL DE INTERESSE SOCIAL, INDEPENDENTEMENTE DE SER AÇÃO COLETIVA OU NÃO. O LOTEAMENTO IRREGULAR NÃO OBSTA A USUCAPIÃO INDIVIDUAL QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA ANULADA. DECISÃO UNÂNIME. (TJ-PE - APL: 119219520068170001 PE 0011921-95.2006.8.17.0001, Relator: Eduardo Augusto Paura Peres, Data de Julgamento: 18/12/2012, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 237). (grifo nosso).

Conforme se observa da jurisprudência supracitada, a usucapião urbana coletiva tem o fito maior de garantir a função social da propriedade e o direito à moradia, ainda que os possuidores encontrem-se em situação de ilegalidade.

Passar-se-á no tópico seguinte ao estudo de uma espécie de usucapião não constante no Código Civil, qual seja a indígena, regulamentada pelo Estatuto dos Índios.

2.5.5 Usucapião indígena

Outra modalidade especial de usucapião é a indígena. São considerados índios os habitantes das selvas não integrados à civilização, sendo estes regulados por meio de legislação especial que é o Estatuto dos Índios, disposta pela Lei nº. 6.001/73.

Preceitua o Art. 32 do Estatuto dos Índios “O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”.

Deste mandamento retiramos os requisitos específicos para a propositura de uma usucapião indígena, quais são: a posse, mansa e pacífica pelo período de 10 (dez) anos, sem interrupções ou reclamações; a área terá de ser rural e particular, não ocorrendo nas propriedades cedidas pela União para a concessão e moradia dos índios, nem nas terras da tribo ou da reserva indígena, não podendo ultrapassar 50 (cinquenta) hectares.

Poderá usucapir o índio integralizado ou não na civilização. Se ele possui capacidade plena será apto a ingressar sozinho com ação de usucapião, sem a necessidade de ser representado pela FUNAI.

2.6 DA USUCAPIÃO DE BENS MÓVEIS

A usucapião de bens móveis é pouco utilizada em nosso ordenamento jurídico, haja vista, na maioria das vezes o possuidor ser sempre o proprietário, tornando-se raros os casos em que ocorre disputa sobre o bem. São tratadas apenas no Código Civil, admitindo-se as modalidades ordinária e extraordinária, com prazos mais reduzidos, haja vista a natureza da coisa.

É certo que os bens móveis não ocupam mais a posição de outrora, pois o desenvolvimento tecnológico e o redimensionamento da economia mundial agregaram aos mesmos um papel relevante nas transações comerciais. Como se sabe, uma boa carteira de ações pode valer mais que todos os bens imóveis de uma cidade. As

relações de comércio, sempre dinâmicas, exigem a presunção de propriedade em face da posse, pois se em cada transação comercial tivéssemos que investigar a origem da propriedade de bens móveis, teríamos um caos econômico (ARAÚJO, 2005, p. 207).

A primeira espécie de usucapião de bens móveis prevista pelo Código Civil de 2002 é a usucapião ordinária do Art. 1260 que dispõe: “Aquele que possuir como sua contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade”. Tal preceito se coaduna com as diretrizes da usucapião de bens imóveis no que tange aos requisitos genéricos e específicos, exceto pela diminuição do tempo.

O justo título e boa-fé exigidos são mais complacentes que o exigido pela Constituição Federal, de modo que, qualquer documento que prove a transferência do domínio será reputado válido, isto porque não há necessidade de escritura pública para a transferência de bens móveis.

A doutrina mais atual, tal qual a de Fernando Pereira Rodrigues, ainda defende a tese de que não havendo título, e caso o valor do bem seja inferior a 10 (dez) salários mínimos, poderá a prova do justo título ser verbal, por meio de testemunhas.

A outra modalidade de usucapião de bens móveis é a extraordinária, prevista no Art. 1261 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé”. Tratam-se dos mesmos pressupostos da usucapião extraordinária de bens móveis, reduzindo-se mais uma vez, apenas o lapso temporal.

Finalizando o estudo das espécies de usucapião, importante citar um caso especial e até interessante deste instituto que é a possibilidade de usucapião de linha telefônica, considerado por muitos juristas um caso excepcional, por se tratar de um serviço e não de um bem corpóreo passível de posse. A Súmula 193 do STJ assim dispõe “o direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião”.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E AS NOVAS ESPÉCIES DE USUCAPIÃO

O presente capítulo buscará demonstrar a função social da posse, bem como suas teorias, dentre elas as mais discutidas na doutrina civilista, quais sejam subjetiva e objetiva que tiveram como precursor Savigny e Ihering respectivamente. Abordar-se-ão a função social da posse e a posse trabalho como meio de aplicação desta função social.

Logo em seguida concentrar-se-á no exame da função social da família e a função social da posse como fundamento para necessidade de criação de um novo tipo de usucapião. Será tratada ainda a Lei Complementar nº 95/98 e sua relação com a usucapião familiar.

Antes de adentrar nas teorias sintetizadoras da posse e discutir se esta cumpre ou não uma função social, faz mister estabelecer a distinção entre posse e propriedade a fim de entender se aquela é subsidiária desta e quais as suas principais características.

A posse é um dos institutos mais controversos do ordenamento jurídico brasileiro e gera até hoje divergências doutrinárias em todos os seus aspectos, principalmente no que tange à sua natureza jurídica e pressupostos.

No sentido semântico do vocábulo, a posse advém de *possidere*, que significa o domínio de uma pessoa sobre uma determinada coisa. Há ainda outras interpretações que indicam que tal expressão sucede da palavra *potis*, que significa senhor.

Pode-se então conceituá-la como o poder de fato que uma pessoa exerce sobre determinada coisa, seja ela móvel ou imóvel, que se desdobra no exercício do uso, gozo, disposição ou reivindicação, ainda que independente de titulação jurídica formal.

Assim, a posse é o fato que permite e possibilita o exercício do direito de propriedade. Quem não tem a posse não pode utilizar-se da coisa. Essa a razão fundamental, entre outras, de ser protegido esse estado de aparência, como vimos. Sem proteção à posse, estaria desprotegido o proprietário. Por conseguinte, prefere o ordenamento proteger sempre e com maior celeridade e eficácia o que detém aspecto externo da propriedade, a investigar em cada caso, e demoradamente, o título de proprietário e senhor. (VENOSA, 2005, p. 48).

Cumpra discorrer também sobre a natureza jurídica da posse, se ela é um poder de fato ou o exercício de um direito. Para o direito romano a posse era definida não apenas como um fato, mas também como um direito. No entanto, alguns autores como Washington de Barros, Pontes de Miranda, Clóvis Beviláquia, defendem a posse como sendo um fato, por encontrar-se submissa a um interesse, ou seja, à vontade (*animus*) de uma pessoa que age com a intenção de ter a coisa para si como se sua fosse. Para Gonçalves: “a posse é um fato, uma vez que não tem autonomia, não tem valor jurídico próprio. O fato possessório não está subordinado aos princípios que regulam a relação jurídica no seu nascimento, transferência e extinção”. (2011, p. 73).

Em contrapartida, doutrinadores como Orlando Gomes e Caio Mario da Silva Pereira, partilham da corrente de Ihering, que defende a posse como um direito resultante de um fato, juridicamente protegido.

Ihering, por exemplo, via na posse um interesse juridicamente protegido. Em sua opinião, posse é direito do titular sobre a coisa. Logicamente esse direito nasce de um fato. Mas a posse difere de outros direitos reais. Enquanto nestes o fato é apenas sua origem, desaparecendo com o nascimento do direito, na posse, o direito só existe enquanto existir o fato. (FIÚZA, 2010, p. 882).

Por fim, persiste no Direito Civil uma terceira corrente no que tange a natureza jurídica da posse, qual seja a eclética, defendida por Raymond Saleilles, que aceita a posse como sendo um fato, quando considerada em si mesma e um direito pelo motivo de que da situação fática nascem direitos que produzem efeitos, como, por exemplo, a usucapião.

Uma vez que sobre a posse incidem direitos, esta se transforma em situação jurídica e dela decorrem dois elementos: um objetivo, chamado de *corpus*, que é a relação do homem com a coisa na qual se externa o exercício do seu direito para com ela e um subjetivo, o *animus*, que se trata do interesse do possuidor de ter a coisa para si.

Enquanto a posse é considerada um poder de fato sobre a coisa com a devida tutela jurisdicional, a propriedade é direito que se adquire através de justo título observada as formas legais.

Podemos afirmar que a posse constitui aspecto de propriedade do qual foram suprimidas alguma ou algumas de suas características. Da propriedade decorrem todos os demais direitos reais (usufruto, uso, habitação, superfície, servidão, hipoteca, penhor, etc.). Ou, em outras palavras, não existe direito real mais amplo que a propriedade. Em última análise, a propriedade é o epicentro das relações obrigacionais, sucessórias e familiares. (VENOSA, 2005, p. 52).

Para tanto, os dois institutos apresentam características comuns, motivo pelo qual se encontram interligados. No entanto, a posse não pode ser vista como subsidiária da propriedade, haja vista que poderá haver aquela sem esta.

Posse e propriedade, como se percebe tem elementos comuns, ou seja, a submissão da coisa à vontade da pessoa. Daí aflorar a noção de aparência no conceito de posse, pois a posse é a forma ordinária de ser exercido o direito de propriedade. Por isso, existe presunção de ser o possuidor da coisa seu proprietário. É certo que, cessa essa presunção tão logo, o possuidor declare, ou de algum modo se saiba, que ele possui outro título, como locatário, comodatário, depositário, representante do proprietário ou como usurpador. (VENOSA, 2005, p. 51).

Nesta senda, buscar definir o conceito de posse torna-se uma tarefa árdua e por vezes dificultosa. O próprio Código Civil não a define, mas nos permite interpretá-la a partir da normatização do conceito de possuidor. Conforme o seu artigo 1.196, a posse pode ser definida como o exercício de fato de um dos poderes de domínio, independentemente de título formal. Para melhor explicar e conceituar a posse passar-se-á ao estudo das suas teorias fundamentais.

3.1 TEORIAS DA POSSE

Com o escopo de tecer o estudo da posse e explicar o seu conceito, surgiram duas grandes teorias: A subjetiva, que teve como precursor Savigny; e a objetiva, cujo principal prógono foi Ihering. Ainda persistiram outras teorias sobre o tema que pouco repercutiram, a exemplo, as ecléticas e sociológicas.

A teoria de Savigny é caracterizada como subjetiva pelo fato de que em sua obra “Tratado da Posse”, o mesmo defendeu ser a posse um instituto autônomo,

na qual o *animus*, ou seja, a intenção de o possuidor ter a coisa como sua é requisito fundamental para efetivar tal direito.

Ademais, cumpre salientar, que a posse defendida por esta teoria, é a posse *ad interdicta*, que é aquela que dá ao possuidor direito à proteção possessória. Nesta seara, a posse seria constituída pelo *animus* acrescido da detenção, onde o possuidor exerce ânimo de dono.

Portanto, junto do *animus*, deve coexistir um elemento objetivo, qual seja o *corpus*. Tal elemento funda-se na detenção física da coisa, não bastando apenas à asseveração de ser dono, mas a intenção de ter o imóvel como seu e de exercer o direito de propriedade como se proprietário fosse.

Os dois citados elementos são indispensáveis, pois, se faltar o *corpus*, inexistente posse, e, se faltar o *animus*, não existe posse, mas mera detenção. A teoria se diz subjetiva em razão deste último elemento. Para Savigny adquire-se a posse quando, ao elemento material (poder físico sobre a coisa), vem juntar-se o elemento espiritual, anímico (intenção de tê-la como sua). (GONÇALVES, 2011, p. 50).

As principais críticas em relação à teoria de Savigny foram tecidas no que tange às posses chamadas anômalas, como exemplos a do credor pignoratício e a do depositário de coisa litigiosa. Após isso, o referido autor, criou uma terceira modalidade de posse para solucionar tais casos, a chamada posse derivada, na qual há a transferência apenas do direito possessório e não dos direito de propriedade.

Contrariando a própria tese, isto é, admitindo a posse sem a intenção de dono, Savigny mostrou a fragilidade de seu pensamento, embora tenha procurado fazer a distinção entre ânimo exigido para a posse e o ânimo do proprietário propriamente dito. No primeiro caso, o ânimo é mais que representação (*animus repraesentandi*). No outro, o arrendatário, o locatário e o usufrutuário estariam representando o arrendante, o locador ou o nu-proprietário, situação, no entanto, diferente daquela que a realidade apresenta. (RIZZARDO, 2010, p. 21).

Em contrapartida, Ihering, em obra posterior intitulada “Fundamentos da proteção possessória”, rebateu a teoria subjetiva de Savigny, redefinindo os conceitos de *corpus* e *animus*. Para ele, o *corpus* não era apenas o poder físico exercido pela pessoa sobre a coisa, mas sim a relação entre o possuidor e a coisa,

bem como a exteriorização dessa vontade, ainda que não se exerça poder físico sobre a coisa.

No que diz respeito ao *animus*, para Ihering, não basta apenas a intenção de ter a coisa para si e nem a certeza de que é dono, mas a vontade de se assenhorar dela, ainda que não seja dono e nem que deseje ser.

A teoria de Ihering em matéria de posse é denominada também de teoria objetivista, porque, para ele, o fundamento da posse é o fato de o possuidor se apresentar socialmente como proprietário, daí ser conhecida sua assertiva segundo a qual, a posse é a imagem do domínio (*imago dominii*). O que caracteriza a posse é o *corpus*, ou seja, o contato físico, direto ou indireto com o bem, uma relação que passa pela visibilidade ou possibilidade concreta de reconhecer a posse e que se identifica com a chamada relação interna da posse. Essa relação estaria profundamente ligada à noção central do pensamento do mestre germânico, que é a noção de interesse. (PENTEADO, 2012, p. 563).

Persistem ainda outras teorias sobre a posse, posteriores as supracitadas, que defendem sobremaneira da função social da posse e seu caráter econômico, dentre elas pode-se citar a teoria da apropriação econômica de Saleilles, na qual defende a tutela econômica do possuidor a partir da consciência social, donde surge a autonomia da posse, bem como a teoria social de Hernandez Gil, que defende não apenas a função social da propriedade, mas também a da posse, tema a ser abordado especificamente em tópico posterior.

O Código Civil Brasileiro de 2002 adotou a teoria de Ihering, embora com as concepções da teoria subjetiva. Nesse sentido determina o artigo 1.196 que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Sabendo-se que os poderes inerentes à propriedade são o uso, gozo, fruição, disposição e reivindicação, o exercício de qualquer um deles fomentará posse, razão pela qual se considera em parte a utilização da teoria objetiva, defendida por civilistas, como Sílvio de Salvo Venosa, César Fiúza e Carlos Roberto Gonçalves.

Nesta senda, há também de se observar o exame do *animus*, como ocorre na usucapião, quando o Código Civil de 2002, dispõe sobre a necessidade de se demonstrar a intenção de possuir como dono, como no caso do artigo 1.238.

Malgrado o prestígio de Savigny e a adoção de suas teorias nos códigos de diversos países, a teoria objetiva de Ihering, revela-se a mais adequada e satisfatória, tendo, por essa razão, sido perfilhada pelo Código Civil de 1916, no art. 485, e pelo de 2002, como se depreende da definição de possuidor constante no art. 1.196, que assim considera aquele que se comporta como proprietário, exercendo alguns dos poderes que lhe são inerentes. (GONÇALVES, 2011, p. 55).

Por fim, extenuadas as teorias da posse, passar-se-á ao estudo da sua concepção social, reafirmada pela Constituição Federal e pelo Código Civil que atesta preocupação solidária dos valores individuais e coletivos pautados no bem comum.

3.2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Muito se discute se a posse cumpre ou não uma função social. Explicitamente verifica-se que o constituinte originário resguardou a função social da propriedade como um princípio constitucional, conforme se observa da leitura do artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal: “a propriedade atenderá a sua função social”. No entanto, o mesmo não ocorreu com o instituto da posse, razão pela qual se faz necessário aprofundar o seu estudo quanto a este aspecto.

O Código Civil Brasileiro de 2002 trata de maneira latente da função social da posse em seu artigo 1238, parágrafo único, na chamada usucapião extraordinária, reduzindo o prazo legal estabelecido no caput do referido artigo de quinze para dez anos, desde que o possuidor resida no imóvel ou nela desenvolva alguma atividade produtiva, restando claro, portanto o aspecto social da posse pautado no direito à moradia.

Em seu artigo 1.239, que regularizou o artigo 191 da Constituição Federal e que trata da usucapião especial rural, o legislador garantiu um prazo especial aos possuidores que estabelecem morada nas terras e que nela exercem labor tornando-a produtiva, demonstrando implicitamente a função social da posse.

Vale salientar, que também a usucapião especial constitucional, que trata o artigo 1.240 do CC/2002, estabelece um prazo menor para se usucapir, porém, em

contrapartida exige uma posse qualificada, ao estabelecer que a posse seja para fins de moradia do possuidor ou da sua família. O mesmo ocorre no parágrafo único do artigo 1.242 do CC/2002 que tutela aquele que: "... com base no registro de imóveis, adquira de boa-fé e a título oneroso determinado imóvel, cujo título tenha sido cancelado posteriormente, desde que tenha no imóvel estabelecido moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico".

Por fim, o Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001), dispõe que:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Ademais, ainda que muitos civilistas insistam em defender que a posse não possui uma função social, esta se encontra subentendida na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade e em quase todos os artigos do Código Civil que tratam da usucapião, de onde se depreende uma funcionalização do instituto da função social da posse.

Portanto, a posse passa a ser entendida não só como uma relação material do possuidor com a coisa, mas sim como uma situação de interesse pautada na função social da qual a mesma decorre, voltada para os interesses da coletividade e não apenas do possuidor, razão pela qual cumpre frisar que o instituto da posse atua erradicando as desigualdades sociais e fazendo crescer a justiça distributiva, garantindo sobremaneira a extensão do Estado Democrático de Direito.

Depreende-se então que a posse a partir do momento que garante ao possuidor o acesso a moradia ou as terras em consequência do seu trabalho efetiva o princípio maior do nosso ordenamento jurídico, qual o seja, o da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse contexto, mostra-se que a posse compreendida como fenômeno social satisfaz as necessidades básicas de uma sociedade como moradia e trabalho, efetiva Direitos Fundamentais Sociais, bem como os objetivos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana insculpidos na Carta Magna. Assim, contribuindo para que a sociedade brasileira seja verdadeiramente justa e solidária, e por consequência, o ordenamento jurídico brasileiro alcance o incessante

desejo de justiça social neste país com tantos contrastes sociais, como extensas propriedades que não atendem a função social em meio a milhares de pessoas sem lugar para morar ou trabalhar. (COSTA, 2012, p. 01).

Nesta seara, verifica-se que em muitas situações, principalmente naquelas em que persiste apenas a posse e não a propriedade, a exemplo do locatário, a posse deve ser tutelada, mesmo que seja contra o proprietário, haja vista inúmeras situações em que o possuidor não é dono e não possui casa própria, devendo ser-lhe garantido o direito a uma moradia digna, promovendo, por conseguinte, a dignidade humana.

Assim, a exemplo do que ocorre com o direito de propriedade, reconhecer o princípio da função social da posse é uma forma de garantir a efetividade do Estado Democrático de Direito, uma vez que permite a produção de riquezas não somente para o possuidor, mas para toda a coletividade e, principalmente, porque permite ao possuidor condições de viver com dignidade, garantindo seu sustento e de sua família pelo seu próprio trabalho. A posse num país como o Brasil é forma eficiente de aproveitamento econômico do solo e produção de riqueza não somente para o possuidor, mas sim para toda a sociedade. (NICOLETTO, 2007).

Assim sendo, observa-se que a posse, qualificada pela chamada posse-trabalho, que garante condições especiais de tempo para se usucapir desde que cumpra sua função social, enriquecida pelos valores do trabalho ou moradia possui uma proteção maior, até contra o próprio dono, motivo pelo qual se passará a um estudo mais aprofundado do instituto da posse voltada para o trabalho.

3.3 POSSE TRABALHO COMO MEIO DE APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

O direito à moradia digna e à alimentação, incontestavelmente são uma das principais garantias asseguradas pela Carta Magna, direitos esses que avalizam o princípio maior do nosso ordenamento jurídico, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Tais direitos foram garantidos por meio da Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2002 e encontram-se dispostos na Constituição Federal, no artigo 6º, *caput*, com a seguinte redação: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Assim, a posse desde que utilizada de forma a dar uma destinação socioeconômica ao imóvel, acaba por externar direitos fundamentais, como o direito ao trabalho. Referida posse é definida como *pro labore*.

A posse trabalho efetiva o direito social ao trabalho na medida em que o não proprietário utiliza-se, através de uma posse direta, da propriedade que não atende sua função social, para plantar e assim retirar alimentos que garantam a sua sobrevivência e a de sua família. É importante destacar que essa ramificação da posse é de extrema relevância não só por efetivar o direito de segunda dimensão do trabalho, mas por conferir ao não proprietário a dignidade da pessoa humana, uma vez que o possuidor, na medida em que se passa a plantar com o objetivo de retirar da terra os alimentos que saciem sua necessidade de alimento, ele passa com o seu trabalho a contribuir para o desenvolvimento nacional, sendo assim útil de alguma maneira para a sociedade, e não mais precisando dela, melhor, de terceiros para saciarem sua fome. (COSTA, 2012, p. 09).

A função social da posse pelo trabalho se exterioriza quando o possuidor utiliza do solo para explorar seu potencial econômico e usufrui dos frutos e da moradia, fazendo valer os direitos ao trabalho, à moradia e à alimentação.

Como visto, é pela posse que se exterioriza o uso, o gozo e a disposição do bem, ou seja, por sua posse no campo há o poder fático de ingerência socioeconômica da pessoa humana para a satisfação de suas necessidades de moradia e trabalho, conhecida como posse-trabalho. Trata-se a posse-trabalho de posse funcionalizada que acompanha o propósito do possuidor de usar do imóvel para sua lavoura e morada, já que não dispõe de outros bens para fazê-lo. Trata-se do exercício da posse que se manifesta pelos atos produtivos, enriquecido com valor do trabalho humano, desatrelado da figura da propriedade. (ARMANI, 2008, p. 71).

Desta feita, a posse *pro labore* se desdobra na intenção do possuidor, de além de utilizar o imóvel para sua morada, investir na produção das terras a fim de

tirar o seu sustento e/ou o de sua família. É, pois, a atuação da posse que se funcionaliza pelos atos de produção agregados pelo trabalho do homem.

A função social exercida pela posse-trabalho busca a proteção de possuidores e não possuidores, pois valoriza a exploração efetiva de terra mediante atos produtivos gerados pelo trabalho humano. Ressalte-se que é pela posse trabalho que se alcança a qualidade de vida dos cidadãos do campo, já que produz benefícios econômicos a todas as pessoas envolvidas na atividade agrícola ou pecuária. (ARMANI, 2008, p. 74).

Dada à análise da função social da posse, bem como as formas como se exterioriza, passar-se-á, nos próximos tópicos, a análise e discussão do objeto do presente trabalho, o estudo da mais nova modalidade de usucapião imposta pelo nosso ordenamento, a usucapião especial urbana por abandono de lar, criada com o advento da Lei 12.424/2011.

3.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO FUNDAMENTO PARA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM NOVO TIPO DE USUCAPIÃO

A Lei n.º 12.424 de 2011, que entrou em vigor no dia 17 de junho do mesmo ano, acrescentou ao Código Civil o artigo 1240-A, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de usucapião, a usucapião especial urbana por abandono de lar, também conhecida como usucapião familiar.

Importante salientar, que tal espécie fora criada, assim como as demais normas, com o intuito de atender a um anseio social, qual seja, a garantia do direito à moradia para aquelas pessoas que se encontram em uma situação desfavorável. Neste diapasão, posiciona-se Heidy Cristina Boaventura Siqueira:

Ao instituir a usucapião sobre análise, o legislador pátrio ansiou por resolver a incômoda situação de algumas pessoas, a maioria de baixa renda, que com auxílio financeiro do cônjuge ou companheiro, financiam um imóvel a fim de realizar o sonho da casa própria e dar guarida à sua prole. (2012).

A referida lei é decorrente da conversão da Medida Provisória nº. 514 de 2010. Tal medida, enviada ao Congresso Nacional em 1º de dezembro de 2010, buscava alterar a Lei nº. 11.977/2009 que regulava o programa federal “Programa Minha Casa, Minha Vida” (PMCMV), dentre outras legislações atinentes à moradia.

A finalidade da criação do PMCMV é, conforme o artigo 1º da Lei 12.424/11 “criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil seiscentos e cinquenta reais)”.

Observa-se que nenhum dos artigos dispostos na referida Medida Provisória, bem como na exposição de motivos de sua criação fizeram menção à alteração do Código Civil. No Congresso Nacional, a Medida Provisória foi prorrogada pelo seu presidente em 02 de março de 2011 por mais 60 dias, tendo sido modificada parcialmente na Câmara dos Deputados com a inclusão de dispositivo que inseriu o artigo 1.240-A no Código Civil, surgindo, desta feita, o Projeto de Lei de Conversão nº. 10 de 2011, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 27 de abril de 2011 e pelo Senado em 10 de maio do mesmo ano.

O Projeto de Lei de Conversão foi sancionado pela Presidenta da República Dilma Rousseff em 16 de junho de 2011, atribuindo à Medida Provisória nº. 514 de 2010 força de Lei, conforme determina a competência do artigo 84, inciso XXVI: “Compete privativamente ao Presidente da República: editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do artigo 62 ” . Nesta senda, dispõe o artigo 62 da nossa Carta Magna, com nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 32 de 2001: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las, de imediato ao Congresso Nacional”.

Cumprе ressaltar, que o § 2º do artigo 1240-A fora vetado pela Presidenta da República, através de comunicação feita pela mensagem nº. 203, de 16 de junho de 2011, por violar o pacto federativo instituído pela Constituição Federal: “os dispositivos violam o pacto federativo ao interferirem na competência tributária dos Estados, extrapolando o disposto no § 2º do art. 236 da Constituição”.

§ 2º: No registro do título do direito previsto no *caput*, sendo o autor da ação judicialmente considerado hipossuficiente, sobre os

emolumentos do registrador não incidirão e nem serão acrescidos a quaisquer títulos, taxas, custas e contribuições para o Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundos de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de Associação de classe, criados, ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação.

Resta lembrar, que para a edição de uma Medida Provisória, faz-se necessário o cumprimento cumulativo de dois pressupostos, quais sejam a relevância e a urgência.

Não há que se negar a relevância da norma, que busca, antes de tudo, assegurar o direito social à moradia para as populações de baixa renda. De outra banda, verifica-se que não há urgência no que tange à criação de uma nova modalidade de usucapião, devendo ser o tema tratado em projeto de lei, com o devido tempo e estudo, haja vista repercutir diretamente no seio das famílias, não tendo se preocupado o Executivo nas consequências jurídicas do seu ato.

Para Leandro Ambros Gallon, as alterações trazidas pela edição da Medida Provisória nº. 514/2011 ensejaram grandes discussões quanto à atuação do Executivo.

As alterações proporcionadas pela edição da MP nº. 514/2011, responsáveis por modificar substancialmente duas leis ordinárias em especial (Lei nº. 11.977/09 – PMCMV – e a Lei nº. 6.015/73 – LRP) e por incluir um dispositivo de grande relevo no Código Civil, porquanto se instituiu nova modalidade de usucapião, levantam dúvidas sobre a “atividade legislativa” da Presidência da República para a aprovação do tema por meio de medida provisória.

O ponto é realmente polêmico, uma vez que não se pode inviabilizar o Poder Executivo da edição de atos normativos, tampouco é possível permitir que haja atuação excessiva e constante por parte da Presidência da República (ou dos governadores, no caso dos Estados-membros que possuem no corpo das suas Constituições a previsão da medida provisória). (2011).

Observa-se que tal medida fora precipitada, e que por se tratar de novo modo de aquisição de propriedade deveria ter sido criada por meio do rito procedimental das leis ordinárias, tendo em vista sua complexidade e relevância.

Da análise do objeto do nosso estudo, qual seja a usucapião familiar, conclui-se que esta nova espécie podia até exigir certa urgência quanto à sua criação, por se tratar de garantia a um direito fundamental, entretanto, devia, pelo

fato de sua repercussão em outras áreas do Direito Civil, ter sido originada por meio de lei ordinária, através de um procedimento mais estudado e debatido, o que, por outro norte, não justifica a urgência da sua edição.

Portanto, pela ausência da urgência, resta evidente o vício formal de constitucionalidade da referida norma, cabendo, ao Poder Judiciário, decidir pela sua inconstitucionalidade.

3.4.1 Da usucapião familiar e a lei complementar nº 95/98

A Lei Complementar nº. 95/98 estabelece regras para a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Em seu artigo 7º, incisos I e II, determina respectivamente, que cada lei criada tratará de um único objeto e que não conterà matéria estranha a este.

Da relação da lei ora em comento com a Medida Provisória nº. 514/2010 percebe-se que a usucapião familiar, que traz o abandono do lar como motivo para a aquisição do imóvel por parte do ex-cônjuge que se manteve no bem, não condiz com o objeto do programa PMCMV da qual trata a medida, qual seja, a construção de moradias urbanas e rurais para pessoas com renda de até R\$ 4.650,00 (quatro mil seiscentos e cinquenta reais).

Considerar que haja uma conexão entre a finalidade da lei 12.424/2011 com a forma de aquisição via usucapião, seria a mesma coisa que condicionar a usucapião por abandono de lar somente às famílias que se enquadram na renda mensal supracitada.

Pelo exposto, percebe-se que a Lei 12.424/2011, foi além da exposição dos seus motivos, uma vez que, além de reger formas de financiamento de casas a pessoas de determinada renda, dispôs de meios de aquisição da propriedade imóvel com base na usucapião. (CARVALHO; MOREIRA, 2011, p. 1.737).

Plangente também foi o desrespeito da Lei 12.424/11 no que toca ao *caput* do artigo 8º da Lei Complementar 95/98, quando aquela entrou em vigor na data da sua publicação. O artigo 8º, em seu *caput*, dispõe que apenas leis de pequena repercussão podem entrar em vigor na data da sua publicação. Para

Penteado (2012), o legislador deveria ter estabelecido a *vacatio legis* a fim de permitir que as pessoas pudessem se adaptar ao novo regime.

Verifica-se que o legislador não se preocupou com as consequências jurídicas quando criou por meio de medida provisória, afastado, *in casu*, o pressuposto da urgência, nova modalidade de usucapião sem fazer qualquer menção na exposição dos motivos, além de tratar de diversos temas alheios à usucapião, não havendo qualquer correlação entre os objetos da medida. Observar-se-á ainda, no transcorrer do presente trabalho, que o legislador pecou em outros aspectos da usucapião familiar, trazendo grande insegurança para as relações jurídicas no que tange ao Direito das Coisas e ao Direito de Família.

4 DA USUCAPIÃO URBANA INDIVIDUAL POR ABANDONO DE LAR E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A usucapião familiar, instituto trazido pela Lei nº. 12.424 de 2011, que trata de questões correlatas à moradia, despertou inúmeras críticas dos operadores do direito, tanto pelo fato de ter sido editada violando normas constitucionais, quanto pelos seus reflexos negativos no âmbito das famílias.

Será feita neste último capítulo uma análise dos pressupostos do artigo 1.240-A do Código Civil de 2002, a fim de se chegar a um conceito mais claro e objetivo da nova modalidade de usucapião. Além disso, verificar-se-á o cumprimento ou não de preceitos fundamentais sob o ponto vista da igualdade social, calcada no princípio maior da dignidade humana, sob a égide do neoconstitucionalismo e da consequente despatrimonialização do Direito Privado.

Em seguida, passar-se-á ao estudo dos efeitos causados pela nova *legis* no âmbito do Direito das Coisas e do Direito de Família, a começar pelos reflexos patrimoniais causados em virtude do abandono de lar, considerado um retrocesso judicial, por fazer ressurgir a culpa, já abolida pela Emenda Constitucional nº. 66/10.

4.1 DA PREVISÃO LEGAL DA USUCAPIÃO FAMILIAR E SEUS REQUISITOS

A usucapião familiar é modalidade da usucapião especial urbana disposta no artigo 1.240 do Código Civil, acrescida de alguns requisitos. A Lei 12.424/11 criada com o intuito de regulamentar, conforme já falado, o PMCMV, dentre outros programas relacionados à moradia, acrescentou ao Código Civil, o artigo 1240-A, consoante dispõe seu artigo 9º:

A Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 1240-A. Art. 1.240-A: Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral,

desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º. O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

O novel instituto recebeu diversas denominações dos estudiosos, tais quais: usucapião especial por abandono de lar; usucapião pró-moradia; usucapião familiar; usucapião do cônjuge; usucapião do lar desfeito. Adotar-se-á no presente trabalho a denominação “usucapião familiar”.

Verifica-se da leitura do artigo, que a usucapião familiar muito se assemelha com a usucapião especial urbana, podendo ser considerada como uma subespécie desta. Exige além dos pressupostos já determinados pelo artigo 1.240 CC/2002, três requisitos para sua configuração, quais sejam: a existência de condomínio entre os cônjuges ou companheiros; que tenha ocorrido o abandono de lar por parte de um deles; que esse abandono tenha perdurado pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Nas palavras de Penteado:

As reformas recentes do direito das coisas impuseram uma preocupação com o direito à moradia (CF 6.º) e, portanto, com políticas públicas na área da habitação, como foi o caso do LRF. No âmbito do programa Minha Casa, Minha Vida, a L 12.424/2011 introduziu uma submodalidade de usucapião especial urbana, que exige, além dos requisitos da especial urbana já tratados, que haja condomínio entre o prescribente e seu cônjuge ou companheiro que tenha abandonado o lar. Neste caso, o tempo de usucapião será apenas de 2 (dois) anos de posse para a aquisição originária da fração ideal daquele que deixou o lar familiar. Obviamente, tendo em vista o julgamento da ADPF 132, em 05.05.2011, pelo STF, como ADIn, pode se dar em relações homossexuais como em heterossexuais, quer de casamento, quer de união estável (2012, p. 325).

Portanto, para que se configure a usucapião familiar, se fará necessário que a propriedade do imóvel seja do casal, patrimônio comum, decorrente do casamento ou da união estável, não podendo, o cônjuge possuidor reivindicar direito que não seja seu. O imóvel, objeto de usucapião só poderá ser urbano, afastando assim, a possibilidade de aplicação desta espécie, ainda que preenchidos os demais requisitos, a imóvel rural.

Acrescenta Heidy Cristina Boaventura Siqueira:

O imóvel comum na Usucapião Pró-Família pode ser fruto dos regimes de comunhão total ou parcial, regime de participação final de aquestos em havendo no pacto previsão de imóvel comum ou separação legal por força da Súmula 337 do STF, a qual prevê que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam. Quando o regime for de separação convencional de bens, a ausência dos bens comuns não permite a aplicação da Usucapião Pró-Família [...]. No regime de separação convencional, não há perspectiva de comunicação de patrimônio entre cônjuges e companheiros, afastando-se a Usucapião Pró-Família, sendo cabíveis as demais espécies de usucapião previstas no ordenamento legal com prazo mais longo. (2012).

O imóvel não poderá ser superior a 250 metros quadrados, o que justifica, de certo modo, a preocupação do legislador em assegurar o direito constitucional à moradia para pessoas de baixa renda. Infelizmente, na prática, há situações em que ainda que a área do imóvel seja pequena, seu valor será exorbitante, o que trará muitas complicações, principalmente para aqueles que perderem sua quota-parte, situação que será discutida em tópico posterior.

Ainda em relação ao imóvel, este só será objeto de usucapião se for destinado à moradia do cônjuge possuidor e de sua família, não podendo, por exemplo, usucapir imóvel de propriedade do casal, mas que se encontra locado a outra pessoa, devendo este ser o único imóvel de propriedade do cônjuge abandonado e que ele não tenha sido beneficiado anteriormente pelo mesmo instituto.

Outro requisito é que haja o abandono de lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos, observado o regime de bens. Assim, aquele que abandonou o lar, perderá o direito de propriedade sobre o bem imóvel caso não se oponha ou se manifeste quanto à propriedade do bem em uma possível ação de divórcio com a devida partilha de bens ou de qualquer outra forma que justifique seu interesse, descaracterizando o abandono.

Esse abandono de que trata a lei é aquele do artigo 1.573, inciso IV do Código Civil de 2002, que prevê a impossibilidade de comunhão de vida entre o casal.

A propósito, é interessante invocar o teor desta disposição legal, que estipula que somente o abandono voluntário pode ser tratado como infração aos deveres conjugais (ou da união estável, por extensão). Assim, embora o novo artigo 1.240-A do Código Civil não o preveja

expressamente, forçoso é entender que o ato de abandono a justificar a espécie de usucapião em apreço deve ser voluntário e injustificado. (GODINHO, 2011).

É requisito indispensável para a configuração da usucapião, a existência do *animus domini* por parte do cônjuge abandonado, ou seja, que reste demonstrada a intenção do possuidor em se manter no imóvel. Assim, uma ação reivindicatória, por exemplo, descaracterizaria o *animus*.

Salienta-se, que, assim como nas demais modalidades de usucapião, se o proprietário abandona seu imóvel, sem dar-lhe qualquer utilidade, age como se estivesse renunciando sua propriedade, o que gerará por meio da usucapião a perda do bem. Em contrapartida, aquele que se encontra na posse e cuida do imóvel, dando-lhe destinação econômica ou social terá o direito à propriedade, desde que não haja oposição por parte do proprietário.

Analisados os requisitos, pode-se conceituar a usucapião familiar como o meio de aquisição de propriedade urbana não superior a 250 metros quadrados, pelo cônjuge ou companheiro abandonado, desde que não haja oposição daquele que abandonou pelo prazo de 2 (dois) anos e que este seja o único imóvel de propriedade do possuidor.

Godinho (2011) esclarece:

A ideia que orienta a edição dessa nova forma de usucapião [...] é a de permitir que um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros oponha contra o outro a pretensão de usucapir a parte que lhe pertence. Com isso, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que continue a habitar o imóvel abandonado pelo outro consorte ou convivente passará a titularizar a integralidade da propriedade, outrora mantida em regime de condomínio (art. 1.314 do Código Civil) entre o casal.

Por se tratar de um assunto recente, cumpre-se esclarecer que a doutrina ainda não solidificou entendimentos acerca do tema, e que muitas discussões irão surgir, principalmente em relação aos pressupostos, haja vista envolver um tema polêmico, qual seja, o patrimônio.

4.2 FUNDAMENTOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR

A usucapião familiar traz a lume o intento de cumprir a igualdade social, quando garante o direito social à moradia para as pessoas que se encontram em situação patrimonial de hipossuficiência, e quando dá uma destinação legal a propriedade, fazendo com que esta cumpra sua função social. Ver-se-á, que apesar das polêmicas acerca da inconstitucionalidade da Lei 12.424/11, não resta dúvidas que esta trouxe grande inovação legal, justificada, por aqueles que a defendem como constitucional pelo fato de garantir direitos constitucionais fundamentais.

Conforme o artigo 6º da Constituição Federal e as Emendas Constitucionais nº. 26/2000 e 64/2010 são considerados direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Os direitos sociais buscam melhores condições de vida, consagrados como fundamento da República Federativa do Brasil. (LENZA, 2012).

Nos dizeres de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino “os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória de um Estado Social de Direito, tendo por objetivo, a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social”. (2008, p. 215).

Neste sentido, passar-se-á ao estudo dos motivos que fundamentam a constitucionalidade da Lei 12.424/11, ainda que o constituinte originário não os tenha explicitado na exposição dos motivos quando da criação da referida norma. Data vênua, importante frisar, que o presente trabalho manifestar-se-á em desfavor da constitucionalidade, por motivos a serem dispostos em tópicos posteriores.

4.2.1 Do cumprimento da função social da propriedade

O fim precípua da usucapião familiar é o cumprimento da função social da propriedade por se destinar a concessão de moradia para pessoas de baixa renda. Trata-se de garantia fundamental disposta no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988. O princípio da função social da propriedade foi tratado pela

primeira vez em nosso ordenamento jurídico no ano de 1964 por meio da Emenda Constitucional nº 10, que impulsionou a edição do Estatuto da Terra, que, conforme seu artigo 2º assegurava a todos a “oportunidade de acesso à propriedade da terra condicionada pela sua função social”.

A função social da qual trata o presente estudo, reconhece ser a usucapião familiar uma espécie de aquisição originária de propriedade calcada na função social da propriedade, não exatamente uma função patrimonial, como dispõe a Carta Maior, mas uma função com o escopo de fazer cumprir a igualdade social, quando o cônjuge que é abandonado não só afetivamente, mas patrimonialmente, encontra tutela em uma norma que garante, além de outros direitos, o da igualdade.

Nos dizeres de Voltolini, “o fundamento que leva à usucapião é o fato de que todo imóvel deve possuir uma função social, ou seja, deve ser utilizado pelo proprietário ao fim de gerar ao bem alguma utilidade e não apenas deixá-lo abandonado”. (2011).

4.2.2 Direito à moradia

O direito à moradia é um direito social e garantia fundamental que se encontra disposto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, conforme se observa “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os direitos sociais tratam-se de prestações positivas a serem asseguradas pelo Estado, garantindo assim melhores condições de vida para as parcelas mais pobres da população. Disciplinam situações individuais e coletivas e têm aplicação imediata.

Tratado de forma expressa apenas no ano de 2000 (dois mil), através da Emenda Constitucional nº. 26, o direito à moradia já encontrava amparo no artigo 23, inciso IX da CF/88, que estipula a competência a todos os entes federativos para promoverem programas de construção de moradia e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

O Estado também garante proteção à propriedade quando se trata de um único bem imóvel, denominado como bem de família, exceto, quando for bem de fiador em contrato de aluguel.

Nesta senda, observa-se que além do direito social à moradia, a Constituição Federal determina que esta seja digna. Cabe analisar o que vem a ser uma moradia digna. Numa sociedade em constante transformação, com uma escancarada desigualdade social, fica difícil encontrar uma definição. No entanto, conforme padrões estabelecidos pelo próprio Estado considera-se digna a moradia que possua o mínimo de condições para que o indivíduo e sua família possam nela estabelecer morada.

Assim, exige-se que a moradia contenha condições mínimas de higiene, como saneamento básico, água encanada; que não se encontre em área de risco; que possua energia elétrica, dentre outros quesitos.

Essa espécie de usucapião especial foi instituída com o escopo de proteger a família dos prováveis abandonos sofridos no ambiente familiar, garantindo o direito social à moradia, conforme disposto no artigo 6º da Constituição Federal, moradia esta, entendida como uma necessidade vital do cidadão, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. (CARVALHO; MOREIRA, 2011, p. 1.731)

Frise-se, que na modalidade de usucapião familiar, o cônjuge ou companheiro abandonado deve se encontrar em abandono total, haja vista que se o abandonado entrar com ação de alimentos, por exemplo, ou o que abandonou continuar mantendo-o, restará desconfigurado o abandono de lar e a hipossuficiência do que detém a posse.

Portanto, o direito à moradia na espécie em tela será devido às pessoas de baixa renda, como é o caso do cônjuge abandonado, desde que este se encontre em situação desfavorável. Há dois pontos a serem discutidos a esse respeito. O primeiro é que não seria justo que aquele que abandonou o lar depois de 2 (dois) anos sem prestar qualquer ajuda, ou se manifestar de qualquer forma volte e exija a partilha do único bem imóvel, tendo o abandonado arcado com sua manutenção, independentemente do regime de bens.

O segundo, é que, também não seria justo para o cônjuge que abandonou o lar, quando for casado sob o regime de comunhão parcial de bens ou viver em

união estável, perder sua parte do imóvel. Para Siqueira (2012, p. 5), esta modalidade de usucapião trouxe uma grande insegurança jurídica, e que pode gerar “uma distorção dos efeitos oriundos do regime de bens, o qual não pode ser alterado unilateralmente, por força do artigo 1.639 do Código Civil”.

Desta forma, entende-se que nos casos de usucapião familiar, o direito constitucional à moradia, inegavelmente, será garantido, mas apenas a um dos cônjuges, ao hipossuficiente, fato justificado por não possuir outro imóvel. Já o retirante, poderá ficar em situação de desigualdade, desde que também não possua outro imóvel.

Assim como muitas outras falhas, deveria o constituinte originário, no exercício da sua função legislativa ter acrescentado à Lei 12.424/11 a fim de torná-la mais justa, que assim como o cônjuge ou companheiro abandonado, o que abandonou o lar, só perderia a sua quota-parte da propriedade caso possuísse outro bem imóvel.

4.2.3 Direito à igualdade

Quando se fala em deveres conjugais, o Código Civil assegura a igualdade entre os cônjuges no que se refere à sociedade conjugal ou convivência formada pelo casamento ou pela união estável. O sistema jurídico garante tratamento igualitário a todos os cidadãos, tanto é que a Constituição Federal de 1988 afirma em seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, e que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destruídos, principalmente os da legitimidade, verdadeira *suma divisio* entre sujeitos e subsujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegiam, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas. O princípio geral da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao *status* de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados (art. 5º, I, da Constituição). (LOBO, 2011, p. 65).

O princípio constitucional da igualdade busca dizimar, acima de tudo, as desigualdades sociais entre os indivíduos. Em se tratando da usucapião familiar, resta certo que tal princípio busca garantir a igualdade patrimonial entre os cônjuges, quando assegura o direito de propriedade ao cônjuge ou companheiro que se encontra em uma situação menos favorecida.

Contudo, conforme analisado no tópico atinente à moradia, conclui-se que o legislador falhou ao tentar buscar a igualdade patrimonial dos cônjuges. Sabe-se que para alcançar a igualdade no caso desta modalidade de aquisição originária, far-se-á necessário estabelecer os limites patrimoniais do retirante, verificando se este possui ou não outro imóvel, pois, como já foi pautado, não haverá igualdade caso o retirante perca a propriedade do seu único imóvel.

Nos dizeres de Paulo Lobo:

O princípio constitucional da igualdade (*a fortiori* normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para a superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. (LOBO, 2011, p. 67).

Maria Berenice Dias explana que “o Código Civil consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautada pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros”. (2011, p.66).

4.3 EFEITOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR NO DIREITO DE FAMÍLIA

A usucapião familiar trouxe uma grande instabilidade para as relações jurídicas, por diversos motivos, alguns já citados, outros a serem explanados nos próximos tópicos. Antes de adentrarmos nas questões polêmicas, objeto do presente estudo, faz-se *mister* tecer as transformações sofridas pelo Estado que passou de liberal para social, e pelo próprio Direito Constitucional, que passa a exercer forte influência no direito privado.

Diante da superação dicotômica do direito público com o direito privado, passa-se a uma verdadeira constitucionalização do Direito Civil, que diante do princípio da dignidade da pessoa humana - princípio *mater* do ordenamento jurídico brasileiro - será estudado à luz das regras constitucionais, reconhecendo-se diretamente a aplicação dos direitos fundamentais as relações privadas. (LENZA, 2012).

O princípio da dignidade humana, elencado no artigo 5º da CF/88 como fundamento da República Federativa do Brasil, após a transição do estado liberal para social, concedeu ao indivíduo uma nova posição de valores, transpassando a regulamentação da vida privada calcada tão somente no caráter patrimonial, para a consagração dos valores do indivíduo como titular de interesses existenciais e não apenas patrimoniais, que é o que se denomina de despatrimonialização do Direito Civil.

Conforme Fachin (2001):

Enuncia o art. 1º, III, da CF/1988 que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macro-princípio*, ou *princípio dos princípios*. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falarem *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito Privado. Ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada. (*apud* TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 6, grifos dos autores).

Portanto, os princípios constitucionais, passaram agora de meros orientadores ao sistema jurídico infraconstitucional, para verdadeiras normas de eficácia imediata.

Maria Berenice Dias afirma que “os princípios constitucionais tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispendo exclusivamente de força supletiva”. (2010, p. 57).

Nos ensinamentos de Paulo Lobo:

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava. A eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que pugnavam por

sua inserção constitucional e contemplava a resistente concepção do individualismo e do liberalismo jurídicos, que repugnam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas – especialmente as de natureza econômica -, inclusive do Poder Judiciário. Sem a mediação concretizadora do Poder Judiciário, os princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa. (2011, p. 57).

Por se tratar de um assunto recente e de grande inovação legislativa, a usucapião familiar é objeto de inúmeros debates, que tratam da sua (in) constitucionalidade e aplicabilidade, merecendo uma análise mais apurada dos seus pressupostos, haja vista ser de grande interesse da sociedade e exercer forte repercussão no direito das coisas e principalmente nos relacionamentos conjugais.

Para Maria Berenice Dias (2011), o neoconstitucionalismo e a despatrimonialização do Direito Civil, tratam-se de modificações históricas para o formato e conceito do direito de família, na qual se busca o bem-estar dos indivíduos, não havendo qualquer razão que justifique a intervenção do Estado na vida privada, sob pena de ocorrer a “estatização do afeto”. Tal pensamento advém da própria Carta Maior, que determina que o Estado não interfira na vida privada.

O Direito, como ciência social que é, acompanhou, ainda que a passos lentos, tais mudanças. O Direito Civil, interpretado à luz da CRFB/1988, que tem como vetor axiológico a dignidade da pessoa humana, passou a convergir no sentido de enxergar o ser humano como titular de interesses existenciais, e não apenas patrimoniais. O direito de família, que antes reconhecia a família matrimonializada como a única juridicamente tutelada, amplia seu conceito e engaja-se na luta pelo direito de que homens e mulheres sejam felizes, independentemente dos vínculos afetivos que venham estabelecer (DIAS, 2011).

Partindo desta premissa, far-se-á uma análise dos pontos controversos do artigo 1.240-A, sob o prisma da constitucionalização do Direito Civil, baseado não mais no patrimônio, mas na dignidade da pessoa humana.

4.3.1 Do reflexo patrimonial

A usucapião familiar trouxe para o seio das famílias grandes reflexos patrimoniais ao impor a perda da propriedade do imóvel como uma espécie de sanção pelo fato de um dos cônjuges ou companheiros ter abandonado o lar. O artigo 1.240-A do Código Civil de 2002 mais uma vez fere o princípio da igualdade quando, com sua aplicação, deixa o retirante em uma situação desprivilegiada, muitas vezes na extrema pobreza, desfazendo-se a partilha de bens devida pelo regime do casamento.

Vencida a ação de usucapião familiar, enquanto o cônjuge abandonado deterá a totalidade do bem, que será no máximo 250 metros quadrados, o retirante, que teria direito a pelo menos metade, pelo regime da comunhão parcial de bens, por exemplo, não terá mais nada, criando-se, desta feita, um extremo prejuízo econômico para aquele que abandonou o lar, desde que não possua outro imóvel.

Para Siqueira (2011, *apud* Palermo, 2012):

Um imóvel com área limite, exigida por lei, de 250 metros quadrados, pode apresentar discrepância de valores, chegando a atingir preço elevado, dependendo do local onde se encontra. A possibilidade do ex-cônjuge ou ex-companheiro vir a perder sua cota parte no imóvel por abandono de lar pode acarretar desfalque patrimonial injustificável e, para o outro que lograr êxito no usucapião do bem, enriquecimento indevido.

Tal situação, inevitavelmente, gerará insatisfação para aquelas pessoas que se encontram em situação de dependência financeira do outro cônjuge, e que serão obrigadas a permanecer no lar, por medo de perder sua parte do bem, ficando sujeitas a aguentar uma insuportável vida a dois e a passar pelas mais difíceis situações, na maioria das vezes, de violência, humilhação e maus-tratos.

Vale ressaltar, que, de outra banda, o constituinte originário ao instituir a possibilidade de usucapião familiar apenas para os imóveis urbanos, desprezou as famílias que se encontram na mesma situação em áreas rurais. Desse modo, o cônjuge abandonado que reside em imóvel rural não poderá pleitear ao judiciário seu direito à propriedade sobre o bem imóvel por meio da usucapião familiar, uma vez que o artigo é claro: “1.240-A. Aquele que exercer, por 2 anos ininterruptamente

e sem oposição posse direta, com exclusividade sobre imóvel urbano de até 250 metros quadrados [...]”, situação esta que fere, novamente, diga-se de passagem, os princípios da igualdade e da dignidade humana.

Acrescenta Maria Berenice Dias (2011):

Quem lida com questões emergentes do fim dos vínculos afetivos sabe que, havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um afastar-se, lá permanecendo o outro, geralmente aquele que fica com os filhos em sua companhia. Essa muitas vezes é a única saída até porque, vender o bem e repartir o imóvel nem sempre permite a aquisição de dois imóveis.

Nesta seara, a usucapião familiar ao buscar resolver um problema afeto à moradia, trouxe muitas situações desconfortáveis para os relacionamentos conjugais, principalmente no que se refere a questões patrimoniais.

4.3.2 Da contagem do prazo

Uma grande inovação trazida pela usucapião do artigo 1.240-A do CC/2002 foi a redução do prazo para se usucapir, que passou de 5 (cinco) para 2 (dois) a anos, o menor prazo exigido dentre as espécies de usucapião existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Então, se o cônjuge abandonado permanecer no domínio do imóvel, sem interrupções nem oposições, utilizando-o para sua morada, desde que não possua outro bem imóvel e que não tenha sido beneficiado pelo mesmo instituto, passado os 2 (dois) anos terá direito a sua propriedade integral.

O prazo de 2 (dois) anos para se pleitear uma usucapião é muito exíguo, por diversos motivos. Um deles é a questão de envolver sentimentos humanos, o que se torna bastante complicado para aquele que permanece no lar, principalmente para tomar uma decisão, ou pelo fato de achar que ainda poderá voltar a se relacionar com o ex, ou até pelo fato de não querer deixá-lo numa difícil situação financeira.

Argumenta-se que o mundo pós-moderno exige uma rápida tomada de decisões, sendo tendência, portanto, a redução dos prazos legais.

Tal argumento, todavia, não contempla o fato de que se está a lidar com sentimentos humanos, os quais na maioria das vezes, os cônjuges ou companheiros têm dificuldades de romper definitivamente com o vínculo que os une, seja por que a união foi inicialmente projetada para ser eterna, seja porque a quebra da mesma bala profundamente a estrutura em que se baseou a vida do indivíduo. Trata-se, portanto, de difícil, demorada e dolorosa decisão, ainda que seja para pôr fim à infelicidade. (SIQUEIRA, 2012).

O prazo para começar a contagem dos 2 (dois) anos, ainda que contrário a Lei Complementar 95/98, por força do artigo 5º, inciso XXXVI, começará a contar da data da sua publicação, que se deu em 17 de junho de 2012. Portanto, em miúdos, o prazo só começará a contar para as relações conjugais que tiveram fim a partir desta data em virtude do abandono de lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros.

Resta salientar, que se houver qualquer tipo de demanda judicial ou extrajudicial imposta pelo retirante, no que diz respeito ao imóvel, como uma possível ação de partilha antes de passado o prazo imposto pelo artigo 1.240- A do Código Civil, este será paralisado, desconfigurando-se desta feita, a usucapião familiar pelo fato de ter ocorrido oposição do ex-cônjuge.

Muito se discute a respeito de qual seria o momento certo para o cômputo do prazo, se este deve ser contado a partir da separação de fato ou após o trânsito em julgado do divórcio. Aqueles que defendem que é a partir da separação de fato baseiam-se na ideia de que esta se dá quando um dos cônjuges abandona o lar em virtude do fim do relacionamento afetivo, devendo apenas o cônjuge abandonado fazer prova desse abandono, isto porque houve a separação. Noutra seara, os que defendem ser admitida a contagem do prazo somente a partir do divórcio tomam por norte a literalidade do artigo ora em comento, alegando que a lei dispõe que a propriedade que era dividida com “ex-cônjuge” ou “ex-companheiro” poderá ser objeto de usucapião.

Nas palavras de Godinho (2011):

A ser tomada esta derradeira interpretação como correta, nem mesmo nos processos judiciais de divórcio litigioso a questão seria aventada. A mera separação de fato do casal ainda não seria suficiente para permitir a incidência desta nova figura jurídica. Caberia, pois, em primeiro lugar, decretar o divórcio e colocar fim ao casamento, para que se pudesse atribuir aos outrora casados a

condição de ex-cônjuges, permitindo-se, agora sim, a discussão sobre a usucapião.

Portanto, essa visão literalista admite que o prazo só possa começar a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença do divórcio ou da dissolução da união estável, pois tendo havido o abandono de lar, estando os cônjuges separados de fato, ainda assim persistirá o matrimônio, “não podendo qualificar as partes como ex-cônjuges”. (GODINHO, 2011).

Destarte, este último posicionamento baseia-se unicamente na letra fria da lei, sem levar em consideração a situação daqueles casais que se encontram separados de fato há muitos anos e nunca pleitearam qualquer medida para desfazer o casamento ou a união estável, ficando assim prejudicados.

4.3.3 Da (des) necessidade da culpa

A usucapião familiar ao retirar o direito de propriedade daquele cônjuge ou companheiro que abandonou o lar, lhe impõe uma sanção de caráter patrimonial pelo fato de ter descumprido um dever conjugal, qual seja, a perda de sua parte do bem, fazendo ressurgir a culpa, o que não mais se admite, haja vista o abandono de lar ser modalidade de culpa e esta já ter sido abolida do Direito de Família, por meio da Emenda Constitucional nº. 66/2010, não se fazendo mais necessário perquirir qual dos cônjuges foi culpado pelo fim do relacionamento conjugal.

Entende-se por abandono de lar “o afastamento voluntário de um dos cônjuges ou companheiros do teto comum, com ânimo de não mais voltar a viver com a família e não mais cumprir com os deveres a ele impostos” (SIQUEIRA, 2012).

Buscar-se-á nos próximos tópicos, verificar como fica a situação do retirante em confronto com a culpa que lhe trará uma perda patrimonial muitas vezes inestimável, analisando-se os preceitos que a retiraram do âmbito das relações afetivas por meio de estudo das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 66/2010 no que tange ao divórcio e a união estável, focando nos litígios que

inevitavelmente surgirão no seio das famílias, bem como na análise do princípio da vedação ao retrocesso social, concluindo ser esta uma norma inconstitucional.

Antes de adentrar no estudo da Emenda, faz-se importante esclarecer que o legislador ao editar a Lei 12.424/11 e acrescentar o Artigo 1240-A ao Código Civil de 2002 determinando que o cônjuge que abandonar o lar por 2 (dois) anos perderá o direito a propriedade, não expôs os motivos deste acréscimo, ficando a cargo dos operadores do direito interpretar a *legis*.

Da novidade só restam questionamento. O que significa mesmo abandonar? Será que fugir do lar em face da prática de violência doméstica pode configurar abandono? E se um foi expulso pelo outro? Afastar-se para que o grau de animosidade não afaste a prole vai acarretar a perda do domínio do bem? Ao depois, como o genitor não vai ser tachado de mau pelos filhos caso manifeste oposição a que eles continuem ocupando o imóvel? (DIAS, 2011).

O abandono de lar é indiscutivelmente, o pressuposto mais polêmico da usucapião familiar. Data vênua cumpre-se fazer algumas considerações acerca deste agir. Denota-se que o abandono tem que ser voluntário e injustificado, ou seja, culposo, devendo aquele que abandona o lar por culpa do outro, proceder a uma medida extrajudicial ou judicial a fim de não ter futuramente seu direito à propriedade prejudicado.

O prazo do abandono tem que ser de 2 (dois) anos, diferente do que dispõe o artigo 1.573, IV, do CC/2002, que exigia o prazo de 1 (um) ano do abandono de lar para ajuizar a separação de corpos, artigo também em desuso por força da Emenda 66/2010.

4.3.3.1 A emenda constitucional nº 66/2010 e o abandono de lar

A construção histórica da família nos remete a um passado no qual predominava o patriarcalismo, e as famílias, devido a moral e cultura da época deveriam manter-se constituídas, independentemente da existência do afeto, de forma que o Código Civil brasileiro de 1916 já admitia a dissolução do casamento, conquanto um dos cônjuges houvesse cometido algo muito grave para que o outro

pudesse pedir a separação. No entanto, o Estado e até mesmo a sociedade viam o casamento como uma instituição que não poderia falir e que deveria perpetuar, ainda que contrária à felicidade, e impunha verdadeiras sanções para o culpado pelo fim da sociedade conjugal.

O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus membros. O rompimento da sociedade conjugal, portanto, afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram. [...] o vínculo matrimonial deveria ser preservado, na lógica do Código, mesmo se os cônjuges individualmente já não mantivessem qualquer vida em comum. (TEPEDINO, 2001, p. 84).

A Constituição Federal de 1988 traz uma nova ótica à entidade familiar, dando ênfase aos princípios da dignidade humana e intimidade, de maneira que o casamento é visto não mais como uma instituição, priorizando o afeto como direito personalíssimo e indispensável à própria condição humana (DIAS, 2011).

A família recuperou a função, que por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz desapontar [...] forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana, nas relações familiares. (LÔBO, 2011, p. 71).

O elemento culpa como fator indispensável ao término da sociedade conjugal fora muito criticado, porém ainda persistiu no Código Civil de 2002 até a edição da Emenda Constitucional nº 66/2010, também conhecida como PEC do divórcio, levando-se em conta que para se ter deferida a separação é obrigado que um dos cônjuges cometa qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum, conforme dispõe o seu Art. 1.572, caput, do CC/2002 não importando para o juiz se apenas acabou o afeto, que é o principal sustentáculo de uma relação familiar.

Nesta senda, se posiciona Maria Berenice Dias:

O legislador sempre tentou impedir a dissolução dos vínculos conjugais, tanto que não previa a possibilidade de um dos cônjuges buscar a separação se não tivesse um dos motivos elencados na lei que pudesse imputar ao outro. Nítida era a postura punitiva do Estado e a intenção de manter, a qualquer preço, o laço matrimonial. (DIAS, 2010. p. 115)

Vale salientar que antes da Emenda 66/2010, restando-se caracterizado um dos motivos dispostos no Artigo 1.573 do Código Civil de 2002, tais quais: adultério; tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono do lar; condenação por crime infamante e conduta desonrosa, geraria responsabilidade civil, ficando o cônjuge “culpado” sujeito a sanções após a dissolução do casamento, quais são a perda do nome de casado e os alimentos limitados ao indispensável à sobrevivência, e agora com a edição da Lei 1.2424/11 a perda do patrimônio a qual teria direito pelo regime de bens.

Com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 quase todo o capítulo do Código Civil de 2002 que trata da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal fora derogado, extinguindo-se por completo a culpa e o instituto da separação judicial, dando nova redação ao Art. 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, não mais necessitando de prévia separação judicial por mais de um ano, nem comprovar separação de fato por mais de dois anos, bastando apenas a vontade de um dos cônjuges ou ambos de se separarem independentemente do motivo e do tempo.

Desta feita, o descumprimento dos deveres do casamento não mais acarreta sanções. Antes da referida emenda, em se tratando do nome, aquele considerado “culpado”, só continuaria com o sobrenome do outro cônjuge se após verificado a culpa o cônjuge “inocente” assim consentisse, de acordo com o Art. 1.578 do CC/2002. Após a emenda é facultado ao cônjuge, homem ou mulher, que adotou o sobrenome do outro optar pela exclusão ou retorno ao nome de solteiro. Assim também se manifestou Maria Berenice Dias a esse respeito:

Com o desaparecimento do instituto da separação após a promulgação da EC 66/10, sumiu a perversa punição a que ficava sujeito o culpado de perder um de seus atributos da personalidade: o direito de adotar o nome que utilizou ao casar. Nome que é seu, pois não lhe foi emprestado pelo cônjuge, que o usava desde o nascimento. (2011, p. 115).

Já em relação aos alimentos, antes da EC 66/2010, o Código Civil de 2002 limitava a quantidade de alimentos ao necessário para subsistência do cônjuge culpado, conforme preceitua o Artigo 1.694, parágrafo 2º do CC/2002: “Os alimentos serão apenas indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar culpa de quem os pleiteia”.

Após a promulgação da emenda, o cônjuge que de alimentos precisar, deverá pleitear na quantidade suficientemente necessária para manter o padrão de vida que tinha antes de se separar, levando-se em conta o binômio: necessidade e possibilidade, independentemente de ter dado causa a separação.

Resta lembrar que em relação ao direito sucessório também houve uma importante mudança após a emenda. Antes, estando o casal separado de fato há dois anos, seria possível que o cônjuge sobrevivente requeresse a herança, restando apenas necessário que o término do relacionamento tivesse se dado por culpa do “*de cujus*”, com a emenda, exclui-se qualquer possibilidade de se pleitear direitos sucessórios após a separação de fato.

Para tanto, a jurisprudência dominante já vem se posicionando nesse sentido:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. 1. O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após decisão liminar de separação de corpos. 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. 3. Recurso especial não conhecido.(STJ - REsp: 1065209 SP 2008/0122794-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 08/06/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/06/2010).

Verifica-se, portanto, a tamanha importância das mudanças trazidas pela EC 66/2010, que extingue a culpa do ordenamento civil assegurando direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, liberdade, solidariedade e assegura que a família se mantenha pelo afeto.

A favor da Emenda e contrária à culpa, Maria Berenice Dias assim se posiciona:

A averiguação, identificação e apenação de um culpado, só tem significado quando o agir de alguém coloca em risco a vida ou a integridade física, psíquica ou patrimonial de outra ou de outras pessoas, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito. Fora disso, não se encontram motivos que levem o Estado a perseguir culpados, e muito menos, tentar puni-los. (2011, p. 112).

Antes da Emenda Constitucional nº 66/2010, se fazia necessário que um dos cônjuges provasse que o outro fora culpado pelo fim do relacionamento conjugal para ter seu pedido de separação deferido, o que não é diferente do estudo em tela, no qual caberá ao cônjuge abandonado o ônus de provar que seu ex abandonou o lar, a fim de restar demonstrada a culpa.

[...] Por outro lado, a medida pode contribuir para fomentar ainda mais as disputas entre os casais, porquanto esta nova forma de usucapião pressupõe o abandono do lar por um dos cônjuges ou companheiros, requisito que deverá ser comprovado pelo outro. Com isso, certas batalhas judiciais que têm por objetivo imputar a um ou outro membro da família a responsabilidade pela prática de alguma infração que possa ter ensejado a ruptura da relação tendem a se tornar ainda mais turbulentas, já que a discussão sobre o eventual abandono de lar passa a ser elencada como pressuposto desta recente espécie de aquisição de propriedade por usucapião. (GODINHO, 2011).

O abandono de lar como forma de descumprimento dos deveres conjugais deve ser entendido como aquele abandono voluntário, no qual o retirante expõe o nítido interesse de não mais prestar auxílio à família, seja este patrimonial ou moral. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

O que caracteriza o abandono do lar é o animus, a intenção de não mais regressar à residência comum. [...] Só a ausência do lar conjugal durante um ano contínuo, sem essas finalidades, caracteriza o abandono voluntário, como dispõe o Art.1.573, IV do Código Civil. (2006, p.175).

Em outras palavras, o abandono poderá ser físico, caso em que o cônjuge abandona o lar e continua ou não a prestar assistência moral e/ou econômica a família, ou ainda poderá ser tal abandono moral, que se dará quando o cônjuge deixar de cumprir com suas obrigações conjugais, ainda que permaneça no domicílio, o que leva a entender que poderá haver abandono ainda que o cônjuge

continue a habitar o imóvel, situações a serem analisadas observando-se o *animus* assistencial.

O abandono do lar não significa necessariamente em abdicação do direito de propriedade e sequer em abandono desta. Neste sentido, pode ocorrer a situação em que o ex-cônjuge tenha o justo título da propriedade, tenha o *animus domini* sobre a mesma, e deste modo, em um aspecto geral, não poderia ser réu em uma ação de usucapião. Contudo, pelo fato de ter abandonado o lar, entende-se que deixaria de ter o *animus domini* e a partir de então, poderá ser réu desse tipo de ação com base na aplicação da “usucapião por abandono de lar”. (MOREIRA; CARVALHO, 2011, p. 1.733, grifos dos autores).

É de causar estranheza a intenção do legislador em trazer de volta a culpa para a realidade das famílias brasileiras, na qual o Estado busca a qualquer custo sua manutenção. Evidente é que, o constituinte originário não se pautou nos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e intimidade ao passar novamente a expor a vida privada dos cônjuges ao judiciário, trazendo à tona grande retrocesso social.

Foi a jurisprudência que passou a reconhecer como desnecessária a identificação da conduta culposa, bem como a dispensar a comprovação dos motivos apresentados para conceder a separação. Como a própria demanda já evidenciava o fim do vínculo afetivo passou a dissolução da sociedade marital a ser chancelada sem identificar a culpa de qualquer dos cônjuges. A violação ao direito à privacidade e à intimidade, pela identificação das culpas, constitui afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, cânone maior da Constituição federal. Desse modo, a ingerência determinada pela lei na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro para que o juiz impusesse a pecha de culpado ao réu, era visivelmente inconstitucional. Não tem sentido averiguar a culpa, com motivação de ordem íntima, psíquica, quando a conduta pode ser apenas sintomas do fim. (DIAS, 2011, p. 316).

Após a edição da Emenda Constitucional nº. 66/2010 não se é mais admissível impor qualquer tipo de sanção a um dos cônjuges pelo fato de ter descumprido alguma obrigação conjugal, seja esta moral ou até mesmo patrimonial, e o mesmo vale para as demais relações jurídicas que envolvem o Direito de Família.

Ao trazer para o ordenamento jurídico a possibilidade de “usucapião por abandono de lar” o legislador promove involução nos rumos do direito de família e das coisas, voltando a perquirir culpa pelo desfazimento do núcleo familiar. E mais, impondo uma sanção de caráter patrimonial por uma violação de direitos familiares pessoais. (MOREIRA; CARVALHO, 2011, p. 1733).

Com o advento da Lei 1.2424/11, aquele que abandona o lar, não mais poderá se manter inerte quanto ao momento da partilha dos bens, a fim de ilidir os possíveis efeitos da nova usucapião. Deverá se ativer ao tempo como forma de manter resguardado seu direito à propriedade, procedendo ao quanto antes ao divórcio e partilha de bens.

Fato que chama atenção é a situação daqueles que desconhecem à nova lei e que passado o lapso exigido, qual seja de 2 (dois) anos, serão surpreendidos com a perda do bem, sem sequer puderem se defender.

Advogando em prol daquele que abandona o lar, sugere-se que o mesmo busque uma cautelar de separação de corpos, seguido do divórcio e da divisão dos bens (de acordo com o regime de comunhão) ou, ainda, quaisquer procedimentos judiciais para salvaguardar seus direitos. Em contrapartida, advogando a favor daquele que foi abandonado, sugere-se que o mesmo providencie todo e qualquer tipo de prova testemunhal capaz de comprovar o abandono, e, ainda, que aguarde o prazo de 2 (dois) anos após a publicação da Lei 12.424 para que fique garantido seu direito seu direito à usucapião. (MOREIRA; CARVALHO, 2011, p. 1735).

Muitos enfrentamentos ainda virão com o intuito de adequar o instituto ao fim que se destina, no entanto, caberá aos doutrinadores e a jurisprudência, a justa e prudente interpretação da lei e aos operadores do direito que reivindicuem as questões controvertidas, primando sempre pelos princípios constitucionais como base do nosso ordenamento jurídico. (SIQUEIRA, 2012).

Portanto, no decorrer do tempo, conforme forem se solidificando as principais questões controversas relativas ao instituto, é que será possível buscar a melhor solução para cada caso concreto.

4.3.3.2 O direito social à moradia e o princípio da vedação ao retrocesso social

Não bastasse a Lei 1.2424/11 nascer eivada de inconstitucionalidade, a matéria ora tratada perfaz-se de descumprimentos a preceitos sociais ao regressar a situações já exterminadas pela justiça e pela própria sociedade. A imputação de culpa ao cônjuge que abandona o lar fere descaradamente o princípio da vedação ao retrocesso social, que mesmo não previsto em nosso atual texto constitucional, foi adotado pela doutrina que consagra o Estado como além de democrático, social.

A Constituição Federal, em detrimento da proteção à família, assegura o direito à igualdade entre os familiares, não podendo sofrer limitações por parte do Estado ou até mesmo restrições da legislação ordinária. Por se tratar de direito subjetivo, o direito à igualdade é considerado garantia fundamental, não podendo sofrer retrocessos sociais, sob pena de contrariar os próprios preceitos fundamentais.

De uma forma mais límpida, explica Maria Berenice Dias:

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva para sua satisfação – passa a haver também uma obrigação negativa de não se abster de modo a assegurar a sua realização. O legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela Constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Do mesmo modo, todo e qualquer tratamento discriminatório levado a efeito pelo Judiciário, mostra-se flagrantemente **inconstitucional**. (2011, p. 70, grifo nosso).

Além disto, ainda que busque cumprir a função social da propriedade, nada justifica a intervenção do Estado na vida privada, não se admitindo que leis infraconstitucionais violem princípios constitucionais, por serem estes, norte de todo o ordenamento jurídico, quicá do Direito de Família. Portanto, fazer renascer a culpa, traz de volta a instabilidade para a ordem constitucional já imposta por lei anterior.

Ademais, ao erigir a dignidade da pessoa humana, à condição de fundamento do Estado democrático de Direito, a CRFB/1988 faz da pessoa alicerce e fim da sociedade e do Estado [...] Desse modo, à luz dos princípios irradiados pela CRFB/88, não é aceitável que o

legislador ressuscite a investigação da culpa pelo fim do casamento ou união estável, área, como já se disse, sensível e dolorosa da vida do ser humano, que nenhum benefício de satisfação patrimonial trará a qualquer membro da família, tão somente para se discutir questão patrimonial. (SIQUEIRA, 2012).

Ressalte-se que, ainda que o artigo 1.240-A do CC/2002 traga inúmeras críticas quanto à sua validade, certo é que o novel instituto já se encontra em vigor, cabendo um estudo adequado, no qual deverá se analisar caso a caso, devendo a lei ser aplicada de forma adequada, e que só após sua aplicação, é que serão norteados os caminhos a serem seguidos e quais as melhores soluções, embora que muitas mudanças pudessem ter sido evitadas pelo próprio legislador.

Por fim, não se pode negar a inconstitucionalidade formal da lei 12.424/11 por diversos motivos, dentre eles a não coincidência dos assuntos tratados por esta, bem como a ausência do pressuposto constitucional da urgência, o que não impediria que a usucapião familiar fosse tratada por meio de lei ordinária, com um maior e mais apurado estudo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do presente trabalho é sem dúvida instigante, exigindo-se uma maior atenção e aprofundamento quanto ao estudo da nova espécie de usucapião, conforme a lei for sendo aplicada nos casos concretos.

O direito a moradia é uma garantia constitucional, na qual o legislador prevê que a propriedade deverá cumprir sua função social. Diante destes preceitos, surgiram no ordenamento Civil diversas modalidades de usucapião como forma de aquisição originária da propriedade. A usucapião familiar, considerada por muitos como inconstitucional, trouxe grande inovação ao estabelecer o direito de propriedade ao cônjuge abandonado, exigindo-se o menor lapso temporal dentre as espécies existentes, entretanto, causou alvoroço na comunidade jurídica por trazer questões polêmicas e até mesmo em desuso.

Os requisitos da nova usucapião, analisados sob a égide do neoconstitucionalismo, ensejaram inúmeras críticas, fazendo-se necessário tecer discussões quanto à sua inconstitucionalidade formal e material, como também, quanto aos reflexos negativos para as relações conjugais, observado o princípio maior da dignidade humana.

Das análises críticas do terceiro capítulo, verificou-se que não há controvérsias dentre as opiniões dos estudiosos, e que a maior parte prima pela inconstitucionalidade da referida norma. No entanto, enquanto os digníssimos legisladores não resolverem por solucioná-la da melhor forma que atenda as aspirações sociais, eis que o cônjuge “retirante” vai ficar na maior parte das vezes em desvantagem em relação ao cônjuge “abandonado”, e não se sabe até quando, pois a partir do momento que o artigo 1240-A do CC/2002, já em vigor, comece a ser utilizado, não há que se fazer uma interpretação diferente, haja vista a lei ser clara.

Do que fora explanado, conclui-se que o legislador com o primordial desiderato de resolver um problema social afeto à moradia, trouxe mais problemas que soluções quando acrescentou o artigo 1.240-A ao Código Civil de 2002, violando diversos princípios constitucionais e trazendo à tona um grande retrocesso social ao perquirir novamente o instituto da culpa.

Na realidade, denota-se que o legislador quando da edição da norma preocupou-se apenas em “criá-la” a fim de atender um fatídico anseio social, pouco

se importando com a repercussão que esta traria para o seio das famílias, o que vem causando uma total instabilidade nas relações conjugais.

O que se pretende é que o Direito e a justiça façam jus aos seus preceitos e princípios valorativos, de forma que instigue o legislador, quando da edição de normas, a fazê-las em detrimento da sociedade, calcada não somente no ideal de justiça social, mas também, respeitando o indivíduo como pessoa detentora de direitos, editando-se normas não apenas para atender, “às pressas”, um anseio geral, devendo preceder antes da edição a um estudo social, a fim de se evitar diversos transtornos que vêm e que ainda virão a surgir nas famílias brasileiras, pois constar a norma no papel e torná-la válida é fácil, mas ter aplicabilidade e respeitar as normas já postas é uma situação bem mais complexa.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. v. I. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARAÚJO. Fábio Caldas de, **O usucapião no âmbito material e processual**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARMANI, Wagner José Penereiro. **A posse como garantia da cidadania**. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/MUJDNHXHONYT.pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL, **Código Civil de 2002**, Brasília: Câmara dos Deputados, Edição Câmara, 2012.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2010.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 14 de dez. 2013.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

_____. **Lei n.º 4.504, de 30/11/64**. (Estatuto da Terra). 13 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

_____. **Lei nº 6.001/1973** (Estatuto do índio). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 28 de nov. 2013.

_____. **Lei nº 10.257/2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 09 fev. 2014.

_____. **Lei nº 11.977/2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm>. Acesso em: 02 dez. 2013.

_____. **Lei nº. 12.424/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº: 207167 RJ 1999/0021037-9**, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data de Julgamento: 21/06/2001, Quarta Turma. Data de Publicação: DJ 03/09/2001. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7940360/recurso-especial-resp-207167-rj-1999-0021037-9-stj>>. Acesso em 11 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº: 1065209 SP 2008/0122794-7**, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 08/06/2010, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 16/06/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14634120/recurso-especial-resp-1065209-sp-2008-0122794-7>>. Acesso em: 21 de fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 193**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/servico-essencial.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2012.

CARVALHO, Ricardo Rafael Garcia de; MOREIRA, Fernanda Coelho dos Santos. Usucapião por abandono de lar. In: A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euramericano. 10, 2011 Vitória-ES. **Anais XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

COSTA, Samara Danitielle. A função social da posse. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12222>. Acesso em 15 jan. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Usucapião e abandono de lar: a volta da culpa?** Disponível em: [http://ibdfam.org.br/ img/artigos/usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf](http://ibdfam.org.br/img/artigos/usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf). Acesso em: 10 jan. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Volume 5: Direito de Família. 21.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: O dicionário da língua portuguesa**. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIÚZA, Cezar. **Direito Civil: Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GALLON, Leandro Ambros. **Reflexões sobre a inconstitucional usucapião instituída com as alterações do Programa “Minha Casa, Minha Vida”**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/21136/reflexoes-sobre-a-inconstitucional-usucapiao-instituida-com-as-alteracoes-do-programa-minha-casa-minha-vida>> Acesso em: 15 de janeiro de 2014.

GODINHO, Adriano Marteleto. **A nova modalidade de usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil**. Disponível em: < <http://www.adrianogodinho.com.br/2011/06/nova-modalidade-de-usucapiao-prevista.html>> Acesso em: 13 de fevereiro de 2014.

_____. **Primeiros apontamentos sobre a nova modalidade de usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19573/primeiros-apontamentos-sobre-a-nova-modalidade-de-usucapiao-prevista-pelo-art-1-240-a-do-codigo-civil>> Acesso em: 02 de fevereiro de 2014.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 5 : Direito das Coisas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6 : Direito de Família. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, volume 3: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2009.

NICOLETTO, Rodrigo Lucietto. **Função social da posse: efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana**. In: *Diritto Brasileiro*, dez 2007. Disponível em <<http://www.diritto.it/docs/25145-fun-o-social-da-posse-efetivando-o-princ-pio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em 15 jan. 2014.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A nova usucapião especial por abandono de lar e a função social da propriedade**. In: *Revista IOB de direito de família*. v. 14, n. 71. São Paulo: abril/maio, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 3. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº: 119219520068170001 PE 0011921-95.2006.8.17.0001**, Relator: Eduardo Augusto Paura Peres. Data de Julgamento: 18/12/2012, 6ª Câmara Cível. Disponível em:<<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22861373/apelacao-apl-119219520068170001-pe-0011921-9520068170001-tjpe>>. Acesso em 11 fev. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Fernando Pessoa. **Usucapião: constituição originária de direitos através da posse**, 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito das Coisas**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUGIERRO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. v. 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1972.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº: 224498 SC 2007.022449-8**, Relator: Eládio Torret Rocha. Data de Julgamento: 22/01/2009, Quarta Câmara de Direito Civil. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6465916/apelacao-civel-ac-224498-sc-2007022449-8>>. Acesso em 11 fev. 2014.

SIQUEIRA, Heidy Cristina Boaventura. **Usucapião especial urbano por abandono de lar: comentários ao artigo 1.240-A do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/usucapiao-especial-urbano-por-abandono-de-lar-comentarios-ao-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro,38492.html>> Acesso em: 12 de janeiro de 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. v 5: Direito de Família, 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VOLTOLINI, Gabriela C. Buzzi. **A nova forma de aquisição de propriedade: a usucapião familiar**. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/Noticias_leiamais.aspx?NewsID=5148&TipoCategoria=1&AspxAutoDetectCookieSupport=>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2014.