



FACULDADE DE INHUMAS

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS

CURSO DE DIREITO

FELIX FERNANDES FERREIRA

A USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR

INHUMAS-GO

2019

FELIX FERNANDES FERREIRA

A USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professora orientadora: Esp. Juliana da Silva Matos

INHUMAS – GO

2019

FELIX FERNANDES FERREIRA

A USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO ALUNO

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, ____ de novembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professora: Esp. Juliana da Silva Matos
(Orientadora e presidente)

Professor: Esp. Fernando Hilário dos Santos
(Membro)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
BIBLIOTECA FACMAIS

F383u

FERREIRA, Felix Fernandes.

A usucapião por abandono do lar / Felix Fernandes Ferreira. – Inhumas: FacMais, 2019.
63 f.: il.

Orientadora: Juliana da Silva Matos.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas - FacMais, 2019.
Inclui bibliografia.

1. Abandono do lar, 2. Direitos reais, 3. Usucapião familiar. I. Título.

CDU: 34

Dedico este trabalho primeiro a Deus, pois ele esteve comigo em todos os momentos e graças a ele cheguei até aqui, a minha família, que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado saúde o que me possibilitou concluir mais uma etapa de minha vida, por me dar a oportunidade de realizar um sonho e prover o sustento espiritual, físico, emocional e financeiro durante toda esta caminhada.

Principalmente a minha mãe, Ana Lúcia, que foi a principal responsável por essa conquista, sempre me apoiando e me incentivando em todas as minhas decisões (por vezes contrárias aos seus pensamentos) e meu pai Robson Ferreira, a qual ambos proporcionaram as condições para que eu pudesse realizar este grande sonho. Aos meus amigos (Victor, Osvaldo, Pablo Henrique, Diogo e Yago), agradeço imensamente todo o apoio que demonstraram todos estes anos de caminhada.

Não posso deixar de agradecer meu avô Wilson Rodrigues que não se faz mais presente entre nós.

À Faculdade de Inhumas - FacMais e seu qualificado corpo docente, sem os quais eu não poderia alcançar está tão importante conquista e, principalmente, por despertarem em meu íntimo a certeza de ter escolhido o Direito.

Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, não precisa temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece, mas não conhece o inimigo, para cada vitória ganha sofrerá também uma derrota. Se você conhece nem o inimigo nem a si mesmo, perderá todas as batalhas.

Tzu, Sun. A arte da guerra

RESUMO

Esta monografia abordará o tema da usucapião familiar em uma preceptiva problematizada do ordenamento jurídico brasileiro, posto que o artigo 1240-A do Código Civil provocou uma mudança significativa no meio jurídico. Porquanto, a usucapião familiar é algo que foi recentemente introduzido na doutrina, para analisar tal modalidade é de suma importância esclarecer que o debate acerca do mesmo, se dá por se discutir principalmente se a expressão abandono de lar, que deverá ser interpretada com base nos Direitos Reais, tirando o enfoque da família, transferindo o sentido da expressão ao abandono do bem em si. Destarte, nesse cenário complexo, fica evidente que a nova modalidade da usucapião familiar apresenta diversas falhas e omissões que refletem em sua aplicação, mas, que não deixa de priorizar sua finalidade principal, que é garantir o direito à moradia em concordância com os preceitos constitucionais sociais.

Palavras-chave: Abandono do lar. Direitos reais. Usucapião familiar.

ABSTRACT

This monograph will address the topic of family adverse possession in a problematized preceptive of the Brazilian legal system, since article 1240-A of the Civil Code caused a significant change in the legal environment. Because family usucaption is something that has recently been introduced in the doctrine, to analyze such modality it is of utmost importance to clarify that the debate about the same happens mainly because the expression homelessness, which should be interpreted based on Real Rights, taking the focus of the family, transferring the feeling of the expression to the abandonment of the good itself. Thus, in this complex scenario, it is evident that the new type of family adverse possession presents several flaws and omissions that reflect its application, but which does not fail to prioritize its main purpose, which is to guarantee the right to housing in accordance with constitutional precepts.

Keywords: Abandonment of the home. Real rights. Family adverse possession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA POSSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	13
1.1 ORIGEM DA POSSE	13
1.1.1 Teoria Subjetiva de Savigny	14
1.1.2 Teoria Objetiva de Ihering	16
1.1.3 Teorias Sociológicas	17
1.2 POSSE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	19
1.2.1 Formas de aquisição, transmissão e perda da posse	20
1.3 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE	22
2 DA PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	25
2.1 PECULIARIDADES DA PROPRIEDADE	26
2.2 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE	29
2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	30
2.4 MODOS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL	32
2.5 USUCAPIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	34
2.5.1 Espécies de usucapião	35
3 A USUCAPIÃO FAMILIAR	42
3.1 O ABANDONO DO LAR E A DISCUSSÃO DA CULPA: DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE	42
3.2 CARACTERES DA USUCAPIÃO FAMILIAR	46
3.2.1 Da propriedade em relação ao regime da comunhão de bens	47
3.2.2 Do lapso temporal	48
3.2.3 Competência judiciária	48
3.2.4 Benefício único	50
3.3 OS REFLEXOS DO INSTITUTO NO DIREITO DE FAMÍLIA	51
3.4 A USUCAPIÃO FAMILIAR NO CASO CONCRETO	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Esta monografia abordará o tema da usucapião familiar em uma perspectiva problematizadora do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o artigo 1240-A do Código Civil provocou uma mudança significativa no ordenamento civil brasileiro, tanto no que tange ao Direito de Família quanto às formas de aquisição da propriedade privada e aos tipos de usucapião admitidos no sistema.

Visto que o conceito de abandono do lar, nessa nova modalidade de usucapião, foi recebido com bastante receio e muito se especulou acerca de seu significado dentro desse instituto. Assim, trouxe à tona questionamentos: se o fato de um dos cônjuges precisar provar que o outro abandonou o lar, com isso não estaria retrocedendo todo o processo de comprovação de culpa, pelo término da vida conjugal.

Nessa seara, a usucapião familiar propicia a comprovação da posse contínua e sem oposição da outra parte, a qual teria que provar que o cônjuge abandonou o lar e o fez por algum motivo. Desse modo, não se compromete com as despesas e cuidados do imóvel. Fato esse que abriria discussão a achar um culpado e/ou justificativas para tal feito.

Ademais, o presente estudo baseia-se em uma reflexão em que se verifica que o instituto tem raiz no direito à moradia consagrado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Trata-se de norma que protege pessoas, normalmente de baixa renda, as quais não têm imóvel próprio, seja urbano ou rural. A redação do dispositivo decreta praticamente as mesmas condições previstas no artigo 183 da Constituição Federal de 1988, para fins da chamada Usucapião Urbana ou Pró-moradia.

Outrora, chama-se a atenção no instituto da usucapião familiar no que diz respeito ao tipo de imóvel. Apenas o imóvel urbano pode ser objeto da Usucapião Familiar. É a moradia e não o trabalho que se necessita. Diante disso, o Artigo 1.240-A do Código Civil aparece em sede de regulamentação do Programa do Governo Federal “Minha casa, Minha vida”.

Assim, não há norma análoga ao Art. 191 da Constituição Federal de 1988, com relação à Usucapião de imóvel rural, qual seja a Usucapião pró-labore. Não se trata de dar terra a quem não tem. Embora, o imóvel deve ser de domínio do casal que se inicia com o casamento ou com a união estável, seja ela hétero ou homoafetiva, sendo esse imóvel pertencente ao casal em condomínio ou comunhão.

Por conseguinte, se o casal for casado pelo regime da separação total de bens e ambos adquiriram o bem, não há comunhão, mas sim condomínio e o bem poderá ser usucapido. Ainda, se o marido ou a mulher, companheiro ou companheira, cujo regime seja o da comunhão parcial de bens adquire um imóvel após o casamento ou início da união, este bem será comum e poderá ser usucapido por um deles.

Ainda, se casados pelo regime da comunhão universal de bens, os bens prévios e posteriores ao casamento, obtidos a qualquer título, são considerados comuns e, portanto, podem ser usucapidos nesta nova modalidade. Em resumo: existindo comunhão ou simples condomínio entre cônjuges e companheiros a Usucapião Familiar pode acontecer.

Nesta ocasião, o presente trabalho partiu da premissa da mudança significativa no ordenamento civil brasileiro, proporcionada pela inclusão do artigo 1240-A do Código Civil, tanto no que tange o Direito de Família quanto às formas de aquisição da propriedade privada e aos tipos de usucapião admitidos no sistema.

Sendo assim, parte-se do princípio que tanto a moradia quanto a propriedade são direitos fundamentais, constitucionalmente previstos. E, a fim de evitar que haja a aniquilação de um em face do outro, surge, nesse momento, a função social da propriedade, a qual exige do imóvel uma utilização racional e benéfica para a sociedade em que o proprietário está inserido.

É nesse diapasão que se verifica a constitucionalidade do instituto da usucapião, a qual estaria a usucapião familiar, tornando-se um instrumento limitador do Direito da propriedade. Ou seja, uma sanção patrimonial àquele que ocupa o imóvel sem observar os princípios da justiça e do bem comum? Questiona-se, ainda, se nessa modalidade de usucapião se resguarda a família ou o direito de propriedade, já que o

instituto da usucapião familiar, apesar de ser um instituto do direito de propriedade, está contextualizado nas relações familiares.

O trabalho tem por objetivos gerais e específicos compreender o cenário da usucapião familiar no ordenamento jurídico e sua aplicação. Verificar o papel da função social da propriedade no caso da usucapião familiar e analisar a flexibilização quanto ao instituto da propriedade e o instituto da família, a fim de possibilitar a usucapião familiar e observar casos reais onde se permitiu a usucapião por abandono do lar.

O método escolhido no trabalho é a pesquisa exploratória, a qual visa à elucidação de fenômenos ou a explicação daqueles que não eram aceitos apesar de evidentes. Assim, a metodologia aplicada pauta-se sob acervos bibliográficos, permitindo de forma ampla uma investigação nos materiais publicados em livros, artigos, dissertações, teses, doutrinas e jurisprudência. Nesse acervo reúnem-se os dados relevantes sobre o objeto de estudo, alcançando um conhecimento mais amplo de modo a compreender a possibilidade de usucapião por abandono do lar no ordenamento jurídico pátrio.

Corroborando com o método escolhido, vale-se ainda do método dedutivo, na medida em que se partiu de leis gerais como a Constituição Federal e o Código Civil de modo a compreender as questões referentes ao direito à família, propriedade e a usucapião.

No primeiro capítulo, ver-se-á posse, sua origem e teorias, esmiuçando o instituto da posse no código civil de 2002 e a função social da posse frente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

Já no segundo capítulo, destina-se ao estudo da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, suas peculiaridades, restrições quanto ao direito de propriedade, a função social da propriedade e os modos de aquisição da propriedade imóvel, dando ênfase na usucapião e suas espécies.

O terceiro capítulo destina-se analisar a usucapião familiar, o abandono do lar, a propriedade em relação ao regime da comunhão de bens, o lapso temporal, a

competência judiciária, bem como uma possível inconstitucionalidade da lei e seus reflexos no direito de família.

1. DA POSSE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Inúmeras são as dificuldades que aparecem no estudo da posse, muitos tratados já foram escritos. Apesar disso, continua sendo tema altamente discutido e controvertido. Segundo Ruggiero, citado por Cavalgante (2015), não há matéria que se ache mais cheia de dificuldades do que está, no que se refere à sua origem histórica, ao fundamento racional da sua proteção, à sua terminologia, à sua estrutura teórica, aos elementos que a integram, ao seu objeto, aos seus efeitos, aos modos de adquiri-la e de perdê-la.

O nosso direito, conforme explicita Gonçalves (2017), protege não só a posse correspondente ao direito de propriedade e a outros direitos reais como também a posse como figura autônoma e independente da existência de um título. Embora possa um proprietário violentamente desapossado de um imóvel valer-se da ação reivindicatória para reavê-lo, preferível se mostra, no entanto, a possessória, cuja principal vantagem é possibilitar a reintegração do autor na posse do bem logo no início da lide. E a posse, como situação de fato, não é difícil de ser provada.

1.1 ORIGEM DA POSSE

Desde os tempos remotos, a tutela da situação de fato originada pela posse é um mero reflexo da defesa da paz social. Se alguém, pela violência, se apodera de coisa que outro tem em seu poder, a quebra da paz tem uma sanção natural, restituem-se *manu militari* os sujeitos à situação anterior (ASCENSÃO, 1968).

Já no que se refere a origem da posse, como já supramencionado é uma questão controvertida, malgrado se admita que em Roma tenha ocorrido o seu desenvolvimento. As diversas soluções propostas costumam ser reunidas em dois grupos: na qual no primeiro, englobam-se as teorias que sustentam ter a posse sido conhecida do direito antes dos interditos; no segundo, figuram todas aquelas que consideram a posse mera consequência do processo reivindicatório.

Dentre as teorias do primeiro grupo, destaca-se a de Niebuhr, adotada por Savigny, em que costumavam os romanos distribuir aos cidadãos uma parte dos terrenos conquistados e reservar para a cidade a parte restante. Como as constantes vitórias dessem a Roma grandes extensões de terras, resolveu-se conceder aos particulares a fruição das áreas destinadas às cidades, para que não ficassem improdutivas, repartindo-as em pequenas propriedades denominadas *possessionis* (SAVIGNY, 1893).

Ainda segundo o autor, essas concessões eram feitas a título precário e tinham natureza diferente da propriedade quiritária. Não podiam, por isso, ser defendidas pela *reivindicação*, restrita ao titular da propriedade. Para que não permanecessem indefesas, criou-se um processo especial, inspirado nas formas de defesa da propriedade, denominado interdito possessório.

Por conseguinte, dentre as teorias que afirmam ter a posse surgido como uma consequência do processo reivindicatório desponta a de Rudolf Von Ihering, segundo a qual os interditos possessórios, na sua origem, constituíam incidentes preliminares do processo reivindicatório. Antes que este assumisse forma contenciosa regular em juízo, o pretor podia entregar a posse da coisa litigiosa a qualquer das partes.

A contemplada não se eximia, todavia, do ônus de produzir prova de seus direitos. Depois de passar por diversas fases, esse processo preparatório adquiriu independência, desvinculando-se do petitório. Discute-se até hoje a origem da posse e dos interditos possessórios, sem que se possa apontar com certeza qual das teorias expostas reflete a verdadeira história do aludido instituto (RODRIGUES, 1980).

A respeito do conceito da posse há diversas teorias que visam explicar o seu conceito, Gonçalves (2017). As mesmas podem ser reproduzidas em dois grupos, na qual, o primeiro seria as teorias subjetivas, formada pela de Friedrich Karl Von Savigny, que foi quem primeiro tratou da questão nos tempos modernos; e o segundo, das teorias objetivas, cujo principal propugnador foi Rudolf von Ihering. Desta feita, surgindo posteriormente algumas teorias intermediárias que merecem destaque, como as de Perozzi, na Itália; de Saleilles, na França; e de Hernandez Gil, na Espanha.

1.1.1 Teoria Subjetiva de Savigny

Para Savigny, qualifica-se posse pela junção de dois elementos: o *corpus*, na qual é o componente objetivo que baseia na detenção física da coisa, e o *animus*, elemento subjetivo, que consiste na intenção de desempenhar sobre a coisa um poder no interesse próprio e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Desta forma, ficando nítido que não é propriamente a convicção de ser dono, mas o desejo de tê-la como sua, de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular (GONÇALVES, 2015).

Ademais, tanto o *corpus* quanto o *animus* são indispensáveis, uma vez que se faltar o *corpus*, inexistente posse, e se faltar *animus*, não existe posse, mas mera detenção. Destarte, para Savigny; obtém-se a posse quando, ao elemento material, agrega o elemento espiritual. Assim não constituindo relação possessória nesta teoria, aquelas em que a pessoa tem a coisa em seu poder, ainda que juridicamente fundada, por lhe faltar a intenção de tê-la como dono, o que dificulta sobretudo a defesa da situação jurídica (PEREIRA, 2004).

Visto que Savigny demandou um desenlace tangencial, elaborando assim uma nova categoria, na qual intitulou de posse derivada, sendo acolhida na transferência dos direitos possessórios, e não do direito de propriedade, extensiva ao credor pignoratício, ao precarista e ao depositário de coisa litigiosa, mantendo a coisa que lhes fora confiada (GOMES, 2004).

Porém, refutando a respectiva tese, considerando a posse sem o fito de dono, Savigny apontou a vulnerabilidade de sua ideologia, não obstante, que tenha se empenhado a fazer uma discrepância entre *animus* exigido para a posse e o do proprietário. Logo, no primeiro caso, o *animus* está além de uma representação, já no segundo caso aquele que tem o gozo do imóvel estaria representando o arrendante, o locador ou o nu-proprietário, cenário, no entanto, díspar da realidade apresentada.

Nesse segmento, o conceito do *corpus* como do *animus* passou por variações na própria teoria subjetiva, na qual *corpus*, primeiramente, apreciado como singelo contato físico com a coisa, a posteriori, converteu-se na mera probabilidade de operar esse contato, desta maneira, tendo sempre a coisa à sua disposição. A concepção de *animus* progrediu para cingir-se não apenas o domínio, mas também os direitos reais, sujeitando-se a eventualidade de posse sobre coisas incorpóreas.

1.1.2 Teoria Objetiva de Ihering

Na teoria de Rudolf von Ihering, o mesmo classifica como objetiva, devido não utilizar-se o *animus* com a mesma relevância empregada pela teoria subjetiva. Portanto, para Ihering, necessita somente do *corpus* para a configuração da posse. Todavia, nesta teoria, posse tem seu significado referente a conduta de dono, se revelando no modo como o proprietário atua em face da coisa, dispondo em relação a sua função econômica. Destarte, tem a posse quem age como dono, e, nessa prática já está incluído o *animus*, assim o elemento psíquico não se posiciona no desejo de ser dono, mas sim na vontade de realizar o que faz o proprietário, autonomamente de pretender ser dono. Assim, a conduta do dono pode ser apreciada objetivamente, sem a necessidade de pesquisar a intenção do agente (GONCALVES, 2015).

Nota-se que o diferencial entre a teoria de Savigny e Ihering encontra-se no fato de que a primeira, o *corpus* coligado à *affectio tenendi* propicia detenção, na qual somente se converte em posse quando é adicionado o *animus domini*. Já a segunda, o *corpus* aliado a *affectio tenendi* gera a posse, em que não é configurada como detenção quando haja um impedimento legal (PEREIRA, 2004).

No que pertinente, a teoria de Ihering, esta é mais adequada e satisfatória, sendo adotada no Código Civil de 1916 no artigo 485, ulteriormente pelo de 2002 no artigo 1.196¹. Posto que, há algumas situações em que a conduta que se assemelha a de dono não configura posse e sim detenção. Assim, não é possuidor o servo na posse,

¹ Dispõe textualmente o artigo 1.196: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (BRASIL, 2002).

aquele que conserva a posse em nome de outrem, ou em cumprimento de ordens ou instruções daquele que cuja dependência se encontre, conforme o artigo 1.198² do Código Civil.

1.1.3 Teorias Sociológicas

De acordo com Gonçalves (2015), às teorias sociológicas datam do início do século passado, sendo particularizadas pela análise da posse de modo autônomo para com a propriedade, assim, à medida em que dão ênfase ao caráter econômico e social deste instituto, ocasionam em determinadas situações de supremacia em relação à propriedade. Dessa maneira podendo citar três estudiosos, Silvio Perozzi, Raymond Saleilles e Antonio Hernandez Gil.

A teoria de Perozzi enseja segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Perozzi formulou, em 1906, na primeira edição de suas *istituzioni di diritto romano*, a teoria social da posse, caracterizada pelo comportamento passivo dos sujeitos integrantes da coletividade com relação ao fato, ou seja, a abstenção de terceiros com referência à posse. Segundo o mencionado autor, a posse prescinde do *corpus* e do *animus* e ressalta do fator social, dependente da abstenção de terceiros (GONÇALVES, 2015, p. 56).

No que se refere à teoria de Perozzi, esta foi erigida a partir da teoria social da posse, um soslaio em contraponto às teorias objetiva e subjetiva de Savigny e Ihering respectivamente. E que procurou constatar o fenômeno da autonomia da posse como uma qualidade de cunho sociológico, ou seja, o que garantiria a comparência da posse seria majoritariamente o corpo social, a rede de relacionamentos sociais que se formam ao longo da vida dos seres humanos, pois, sendo antagônico da propriedade, o corpo social não precisaria necessariamente de outras formas ou mecanismos para asseverar a posse (OLIVEIRA; OLDONI, 2013).

² Dispõe textualmente o artigo 1.198: Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas (BRASIL, 2002).

Por seu turno, no que diz respeito a teoria de Saleilles explana Carlos Roberto Gonçalves:

A teoria da apropriação econômica de Saleilles preconiza a independência da posse em relação ao direito real, tendo em vista que ela se manifesta pelo juízo de valor segundo a consciência social, considerada economicamente. O critério para distinguir a posse da detenção não é o da intervenção direta do legislador para dizer em que casos não há posse (GONÇALVES, 2015, p. 57).

Nessa vertente, leciona Álvaro Borges de Oliveira e Fabiano Oldoni (2013) que a teoria de Saleilles, por exemplo, abriu perspectivas sobre as ideias de Ihering aditados os aspectos econômicos à teoria Iheringia e, com isso, instituindo o que se denominou de teoria da apropriação econômica.

Na teoria de Hernandez Gil, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

A função social atua como pressuposto e como fim das instituições reguladas pelo direito. Na sua doutrina, as grandes coordenadas da ação prática humana, que são a necessidade e o trabalho passam pela posse. Todavia, nem os juristas nem os sociólogos se têm abalçado a dar uma significação específica da posse. Surpreende que a posse, diz o mencionado professor espanhol, com tão forte conteúdo de fato, isto é, de acontecer vital, se apresente como que estratificada nos livros e nos códigos. Ela tem sempre fundidas as suas razões nas mais elementares manifestações da convivência social e, contudo, não se retiram disso as indispensáveis consequências (GONÇALVES, 2015, p. 57-58).

Já a teoria de Hernandez Gil aquiesceu à posse como um fenômeno sociológico, na qual, pela sua teoria, os fatos em si corroboram maior indício na posse do que em outros direitos porventura existentes, realçando a estreita correlação entre o instituto da posse e os interesses da coletividade (OLIVEIRA; OLDONI, 2013).

Complementam Álvaro Borges de Oliveira e Fabiano Oldoni (2013) que as três teorias interpelam como fator fundamental o caráter social, não podendo ser olvidadas pelo jurista que, regularmente, culmina aceitando as teorias subjetiva e objetiva, as quais certamente muito aporte trouxeram à teoria possessória, mas, que necessitam ser ponderadas à luz do contexto histórico e cultural de suas épocas.

Nesse sentido, vale destacar o enunciado 492, da V Jornada do Direito Civil, de 2012, na qual a posse constitui direito independente em relação à propriedade e deve

exteriorizar o aproveitamento dos bens para a consecução de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.

Ficando evidente o grande passo na direção da concepção social da posse na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso XXIII³. Demonstrando a preocupação no que se refere à compreensão solidária dos valores individuais e coletivos, na qual buscando atender a relevância dos coletivos como prevenção aos direitos individuais, no Código Civil de 2002, no artigo 1.228, § 4º⁴.

1.2 POSSE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 trouxe inovações importantes a respeito do tratamento geral da posse. Conceito vital tanto para o Direito das coisas quanto para todo o direito privado. Tendo o conceito de posse, indiretamente dado no artigo 1.196⁵ do Código Civil, observando no artigo 1.198⁶ do mesmo diploma os casos em que configura detenção, complementando o quadro o artigo 1.208⁷, prescrevendo os atos que não induzem posse, mas sim mera permissão ou tolerância, e os atos que não autorizam a sua aquisição, sendo estes atos, violentos, ou clandestinos.

Portanto, o conceito de posse resulta da harmonização dos três dispositivos legais, em que basta que o possuidor interceda sobre a coisa, tal como faria

³ Dispõe textualmente o artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1988).

⁴ Dispõe textualmente o artigo 1.228: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (...) § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (BRASIL, 2002).

⁵ Dispõe textualmente o artigo 1.196: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (BRASIL, 2002).

⁶ Dispõe textualmente o artigo 1.198: Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas (BRASIL, 2002).

⁷ Dispõe textualmente o artigo 1.208: Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade (BRASIL, 2002).

comumente seu proprietário, zelando por ela, independentemente de ter que externar sua intenção de tê-la como sua, pois que seus atos assim já o demonstram por si mesmo.

Nessa vertente, conforme o enunciado 236 do Conselho da Justiça Federal, considera possuidor para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica.

Assim, a que se atentar o que dispõe o enunciado 492 do Conselho da Justiça Federal:

A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela (V Jornada de Direito Civil, 2012).

Ainda que não possa haver posse de direitos, consegue-se deter bens em condições fixadas por certos direitos pessoais, a exemplo, a locação, o comodato, o depósito, o penhor e outros, que submetem ao exercício dos poderes de fato sobre a coisa, consertados no artigo 1.197⁸ do Código Civil, no qual se autoriza fragmentar a posse em direta e indireta, a dinâmica, por força de um direito pessoal, da posse direta sobre a coisa.

1.2.1 Formas de aquisição, transmissão e perda da posse

O Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, continua elencando as formas e regras da aquisição, transmissão e perda da posse. De início, quanto à aquisição da posse, preconiza o artigo 1.204 do Código Civil de 2002 que se adquire a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, diferentemente do antigo Código a qual contava as hipóteses de aquisição (BRASIL, 2002).

⁸ Dispõe textualmente o artigo 1.197: A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto (BRASIL, 2002).

Substituiu-se, portanto, uma relação supostamente fechada ou taxativa (*numerus clausus*) por um conceito aberto, a ser preenchido caso a caso (*numerus apertus*). E não poderia ser diferente, pois a atual codificação, no *espírito realeano* (Miguel Reale), segue um sistema de princípios, de cláusulas gerais (janelas abertas deixadas na lei), de conceitos legais indeterminados. Sendo assim, as formas de aquisição da posse que constavam da lei anterior servem somente como exemplo (DINIZ, 2007).

Como forma originária, o exemplo típico se dá no ato de apreensão de bem móvel, quando a coisa não tem dono (*res nullius*) ou for abandonada (*res derelictae*). Como forma derivada, o caso mais importante envolve a tradição, que vem a ser a entrega da coisa, principal forma de aquisição da propriedade móvel. A partir das construções de Washington de Barros Monteiro, classifica-se a tradição em: real, simbólica e ficta. No que pertine a tradição real; dá-se pela entrega efetiva ou material da coisa, como ocorre na entrega do veículo pela concessionária em uma compra e venda (MONTEIRO, 2003).

Já a tradição simbólica, há um ato representativo da transferência da coisa como, por exemplo, a entrega das chaves de um apartamento. É o que ocorre na *traditio longa manu*, em que a coisa a ser entregue é colocada à disposição da outra parte. Ilustrando, o Código Civil de 2002 passou a disciplinar, como cláusula especial da compra e venda, a venda sobre documentos, em que a entrega efetiva do bem móvel é substituída pela entrega de documento correspondente à propriedade (MONTEIRO, 2003).

Na tradição ficta, é aquela que se dá por presunção, como ocorre na *traditio brevi manu*, em que o possuidor possuía em nome alheio e agora passa a possuir em nome próprio (o exemplo típico é o do locatário que compra o imóvel, passando a ser o proprietário). Também há tradição ficta no *constituto possessório* ou *cláusula constitucional*, em que o possuidor possuía em nome próprio e passa a possuir em nome alheio (MONTEIRO, 2003).

Em havendo a aquisição ou transmissão da posse pelo *constituto possessório*, não restam dúvidas de que o novo possuidor poderá defender-se por meio das ações possessórias, como entende o STJ (REsp 173.183/TO, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01.09.1998, DJ 19.10.1998, p. 110).

Dessa forma, no que tange à transmissão da posse, prescreve o art. 1.209 do Código Civil de 2002: a posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem. Em regra, havendo transmissão da posse de um imóvel (bem principal), também haverá a transmissão dos móveis que o guarnecem (bem acessório), aplicação do princípio da gravitação jurídica, pelo qual o acessório segue o principal (TARTUCE, 2015).

Quanto à perda da posse, o legislador civil mais uma vez preferiu utilizar expressões genéricas no seu artigo 1.223, a qual versa que se perde a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o artigo 1.196. Em suma, cessando os atributos relativos à propriedade, cessa a posse, que é perdida, extinta (TARTUCE, 2015).

Por derradeiro, nos termos do artigo 1.224 do Código Civil de 2002, no qual só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido. Em outras palavras, se o possuidor não presenciou o momento em que foi esbulhado, somente haverá a perda da posse se, informado do atentado à posse, não tomar as devidas medidas necessárias ou se sofrer violência ao tentar fazê-lo, não procurando outros caminhos após essa violência.

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A expressão função social provém do latim *functio*, cujo significado é de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade, a qual utiliza-se o termo função para exprimir a finalidade de um modelo jurídico. Um certo modo de operar um instituto, ou

seja, o papel a ser cumprido por determinado ordenamento jurídico (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

A posse cumpre uma importante função social, ao passo que, quando se fala em função social da propriedade, já se está referindo sobre função social da posse, afinal, esta é a aparência daquela. Todavia, em muitos casos, a posse vem desacompanhada da propriedade, como é o caso do locatário, do usufrutuário, do devedor fiduciante e outros, assim, especialmente nesses casos se deve falar em função social da posse, como instrumento de promoção da dignidade humana (FIUZA, 2009).

No que é pertinente à função social da posse, o possuidor não é mais inserido entre os *erga omnes*, como mero sujeito passivo universal de um dever de abstenção, que difusamente titulariza o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra as suas obrigações perante a coletividade. Desta forma, o possuidor adquire individualidade e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte ao mínimo essencial (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Desta maneira, a propriedade recebe função social, mas quem a concede não é o proprietário, porém um possuidor. Surgindo uma tensão entre o direito fundamental individual de propriedade, do artigo 5º, XXII⁹, da Constituição Federal de 1988, e o direito subjetivo meta individual do inciso XXIII¹⁰. Logo, sendo necessário aprender a conviver com prováveis hipóteses de colisão entre os princípios da função social da propriedade e da função social da posse, sendo tal tensão, solucionada pela lei ou pelo magistrado, na vertente do princípio da proporcionalidade.

Nessa seara, explana Luiz Edson Fachin que:

⁹ Dispõe textualmente o artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade (BRASIL, 1988).

¹⁰ Dispõe textualmente o artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (BRASIL, 1988).

A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da relação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural de necessidade (FACHIN, 1988, p. 19).

Por conseguinte, a função social da posse tem uma roupagem diversificada da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas também se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Cumpre perceber que a função social da propriedade recebeu posituação expressa no Código Civil (art. 1.228, § 1º)¹¹, mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filtragem constitucional sobre esse importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva.

Ademais, Luiz Edson Fachin defende que o instituto da posse deve ser visto como um direito autônomo e não apenas como um simples fato inerente ao direito de propriedade:

Enquanto vinculada à propriedade, a posse é um fato com algum valor jurídico, mas, como conceito autônomo, a posse pode ser concebida como um direito. [...]. À medida em que a posse qualificada instaura nova situação jurídica, observa-se que a posse, portanto, não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas sim, e principalmente, sua causa e sua necessidade. Causa porque é sua força geradora. Necessidade porque exige sua manutenção sob pena de recair sobre aquele bem a força aquisitiva. Como se vê, vislumbra-se um patamar diferenciado de tratamento entre o instituto da posse e a propriedade, tomando relevo a questão na usucapião, particularmente aquele incidente em imóvel rural onde se evidencia, com maior clareza, a função social do fenômeno da posse (FACHIN, 1988, p. 13).

¹¹ Dispõe textualmente o artigo 1.228: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Neste debalde, segundo Torres (2007), a posse decorrente do direito de propriedade ou de algum direito real é a exteriorização das faculdades inerentes ao domínio, a ela vinculada e submetida, sem qualquer autonomia. E, em tese, segue a sorte do domínio, salvo se for autonomizada em consequência de algum vício no título aquisitivo. Assim, a posse desvinculada de qualquer direito subjacente é a verdadeira posse, aquela deve ser considerada como instituto jurídico autônomo, fenômeno isolável, destacado e paralelo ao fenômeno da propriedade como instituto que possibilita o exercício de poderes e faculdades sobre alguma coisa.

Destarte, complementa o supracitado autor que a função social somente é cumprida quando a ocupação produza moradia e habitação ou bens para garantir subsistência da família do possuidor. Ao passo que moradia, habitação e produção de alimentos básicos são elementos mínimos que permitem dar concretude aos mandamentos básicos de erradicação da pobreza e desigualdades sociais, permitindo vida, conforme exige a dignidade da pessoa humana (TORRES, 2010).

2. DA PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em análise ao artigo 1.228¹² do Código Civil, o mesmo não propicia uma definição de propriedade, limitando-se a conceber os poderes do proprietário, deixando assim o conceito de propriedade dinâmica. Verificando, também, que a palavra propriedade tem origem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, constituindo o que pertence a uma pessoa. Logo, a propriedade preconizaria toda relação jurídica de apropriação de bens corpóreos e incorpóreos.

Em sentido amplo, pois o direito de propriedade incide tanto sobre coisas corpóreas como incorpóreas, quando alude, exclusivamente, sobre coisas corpóreas tem a designação inerente ao domínio. Tal expressão advinda de *domar*, significando sujeitar ou dominar, equivalente à ideia de senhor ou *dominus*. A concepção de propriedade expressa-se, destarte, mais ampla e mais abrangente do que a de domínio.

Considerando-se exclusivamente os elementos precípuos, expostas no supracitado artigo, pode-se aclarar que o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua completude e dentro da linde prescrita na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Ensina Gomes, que:

A propriedade é um direito complexo, podendo ser conceituada a partir de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, a propriedade é a submissão de uma coisa, em todas as suas relações jurídicas, a uma pessoa. No sentido analítico, ensina o doutrinador que a propriedade está relacionada com os direitos de usar, fruir, dispor e alienar a coisa. Por fim, descritivamente, a propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pela qual uma coisa está submetida à vontade de uma pessoa, sob os limites da lei (GOMES, 2004, p. 109).

Para Tepedino, o conceito de propriedade está ligado a relações jurídicas complexas analisando múltiplos fatores:

¹² Dispõe textualmente o artigo 1.228: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002).

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, *uma situazione giuridica típica e complessa*, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.

Cuida-se da tese que altera, radicalmente, o entendimento tradicional que identifica na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da *massima signoria sulla cosa* – formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva.

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos extremamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário tenha espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de certos interesses extrapatrimoniais, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade (TEPEDINO, 2008, p. 316).

Percebe-se, assim, que a função social é íntima a própria construção do conceito de propriedade, sendo entendida como um dos direitos basilares do ser humano e relacionada aos quatro atributos previstos ao proprietário, na qual é usar, gozar, dispor e reaver.

Assim, a propriedade é o direito real por excelência, por abranger a coisa em todos os seus aspectos, sujeitando-a totalmente ao seu titular. É a plenitude do direito sobre a coisa, composta pela unicidade de poderes interligados.

2.1 PECULIARIDADES DA PROPRIEDADE

Como supracitado, a propriedade é conceituada a partir das faculdades jurídicas subjetivas contidas em tal direito, a qual seria o direito de usar, gozar, dispor e reaver um bem, sendo assim, usar, ou seja, *jus utendi*, traduz a possibilidade conferida ao proprietário de se servir da coisa e tê-la à disposição. Segundo preleciona a doutrina moderna, esta faculdade também traria para o proprietário a possibilidade de extrair os frutos naturais (LACERDA, 2017).

No que é pertinente a gozar, *jus fruendi*, compreende na faculdade que possibilita ao proprietário, enquanto titular do principal, extrair os acessórios da coisa, principalmente os denominados frutos e produtos (LACERDA, 2017).

Já falando em dispor, ou *jus disponendi*, é a faculdade conferida ao proprietário de alterar a substância da coisa por meio dos atos de disposição. A alteração da substância pode ocorrer por meio de atos jurídicos ou de atos materiais. Logo, os atos materiais são aqueles que não necessitam da participação de terceiros, como ocorre no abandono e na destruição, ao passo que, nos atos de disposição jurídica, fala-se em alienação, que poderá ser total ou parcial, sempre com a participação de um terceiro (LACERDA, 2017).

Ainda fala-se em reivindicar ou *jus perseguendia*, a qual é a possibilidade conferida ao proprietário de reaver a posse da coisa, exercendo essa faculdade diante de quem injustamente a possua ou detenha. A violação ao dever genérico de abstenção imposto a toda a coletividade faz nascer uma pretensão para o titular do direito real, que terá a faculdade de reivindicar sua coisa de quem quer que a injustamente possua ou detenha. O que fará pela submissão de sua pretensão à apreciação do Estado, por meio do exercício do direito de ação, trata-se da chamada ação reivindicatória (LACERDA, 2017).

Ademais, a propriedade, como direito real por excelência, tem características muito próximas dos direitos reais, visto que a mesma figura-se como um direito absoluto, em regra, mas que deve ser relativizado em algumas situações, ficou claro que a propriedade é o mais completo dos direitos reais. Diante do seu caráter *erga omnes*, ou seja, contra todos, é comum afirmar que a propriedade é um direito absoluto. Também no sentido de certo absolutismo, o proprietário pode desfrutar da coisa como bem entender. Porém, existem claras limitações dispostas no interesse do coletivo, caso da função social e socioambiental da propriedade (art. 1.228, § 1.º, do CC).

Além disso, não se pode esquecer a comum coexistência de um direito de propriedade frente aos outros direitos da mesma espécie, nos termos do art. 1.231 do CC, pelo qual se admite a prova em contrário da propriedade de determinada pessoa. A

propriedade deve ser relativizada se encontrar pela frente um outro direito fundamental protegido pelo Texto Maior. Por isso, pode-se dizer que a propriedade é um direito absoluto, regra geral, mas que pode e deve ser relativizado em muitas situações (TARTUCE, 2015).

Por conseguinte, conforme preceitua Diniz (2010), a propriedade constitui um direito exclusivo, ou seja, determinada coisa não pode pertencer a mais de uma pessoa, salvo os casos de condomínio ou copropriedade, hipótese que também não retira o seu caráter de exclusividade. Isso justifica a presente característica, a ser retirada do art. 1.231 do CC, pelo qual a propriedade presume-se plena e exclusiva, salvo prova ou previsão em contrário (presunção relativa ou *iuris tantum*). É correto afirmar que, apesar de ser um direito exclusivo, a propriedade envolve interesses indiretos de outras pessoas, e até de toda a sociedade, que almejam o atendimento à sua função social.

Uma outra peculiaridade do instituto da propriedade, vislumbra na qual a mesma tem caráter de direito perpétuo. Ou seja, o direito de propriedade permanece independentemente do seu exercício, enquanto não houver causa modificativa ou extintiva, sejam elas de origem legal ou convencional (TARTUCE, 2015).

Ainda sob este prisma das peculiaridades da propriedade, Gomes (2004) leciona que esta perfaz de um direito elástico, característica na qual a propriedade pode ser distendida ou contraída quanto ao seu exercício, conforme sejam adicionados ou retirados os atributos que são destacáveis. Na propriedade plena, o direito se encontra no grau máximo de elasticidade, havendo uma redução nos direitos reais de gozo ou fruição e nos direitos reais de garantia.

Além do mais, Tartuce (2015) ensina que a propriedade é um direito complexo, por tudo o que está sendo exposto, a propriedade é um direito por demais complexo, particularmente pela relação com os quatro atributos constantes do caput do art. 1.228 do CC. E a propriedade também é um direito fundamental, pelo que consta do art. 5.º, XXII e XXIII, da Constituição Federal de 1988.

Esse caráter faz que a proteção do direito de propriedade e a correspondente função social sejam aplicados de forma imediata nas relações entre particulares, pelo que consta do artigo 5.º, § 1.º, do Texto Maior (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Em reforço, o direito de propriedade pode ser ponderado frente a outros direitos tidos como fundamentais, caso da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988), particularmente naqueles casos de difícil solução.

2.2 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Inúmeras leis impõem restrições ao direito de propriedade, como o Código de Mineração, o Código Florestal e a Lei de Proteção do Meio Ambiente. Algumas contêm restrições administrativas, de natureza militar ou eleitoral. Observa-se que a própria Constituição Federal impõe a subordinação da propriedade à sua função social (GONCALVES, 2015).

Por conseguinte, conforme Gonçalves (2015) há ainda limitações decorrentes do direito de vizinhança e de cláusulas impostas voluntariamente nas liberalidades, como inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Todo esse conjunto, no entanto, acaba traçando o perfil atual do direito de propriedade no direito brasileiro, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social.

Nesse diapasão, nota-se que o artigo 1.229 do Código Civil de 2002 limita a extensão da propriedade pelo critério da utilidade, até onde lhe for útil. Não pode o proprietário opor-se a trabalhos realizados por terceiros a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los, notando-se assim a restrição é de cunho social.

Desse modo, o proprietário do imóvel tem direito não só à respectiva superfície como ao espaço aéreo e ao subsolo correspondente. Tendo em vista, porém, que a propriedade é também fato econômico, a extensão do espaço aéreo e do subsolo se delimita pela utilidade que o proprietário pode proporcionar.

Por conseguinte, conforme ministra Monteiro (1987), não lhe assiste o direito de impugnar a realização de trabalhos que se efetuem a uma altura ou a uma profundidade tais, que não tenha interesse legítimo em impedi-los.

Inter ressaltar que não prevalece entre nós a conhecida fórmula criada pelos glosadores e repetida pelos juristas em toda a Idade Média, ou seja, a *qui dominus est soli dominus est usque ad coelum et usque ad inferos*, na qual: quem é dono do solo é também dono até o céu e até o inferno (GONÇALVES, 2015).

Acrescenta o art 1.230 do estatuto civil que a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais que constituem propriedade distinta do solo para efeito de exploração ou aproveitamento e pertencem à União. A propriedade do produto da lavra é do concessionário que a explora, cabendo ao proprietário do solo apenas participação nos resultados da lavra.

2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade auferiu do constituinte maior relevância, passando ao patamar de princípio constitucional, recebendo assim um novo tratamento estatal, principalmente em relação à legislação infraconstitucional, demandando uma reestruturação do conteúdo e estrutura do direito à propriedade:

A consagração, no nível constitucional, do princípio da função social da propriedade, programaticamente, ainda que efetivamente não coarte o exercício do domínio, pelos proprietários (em especial dos proprietários dos meios de produção), em relação aos não-proprietários, confere à propriedade – e ao capitalismo – uma feição social. O capitalismo do estado liberal evolui para um capitalismo social, espécie de capitalismo mitigado (GRAU, 1989, p. 108-112).

Destarte, a diretriz constitucional expõe a redução dos direitos do proprietário, conforme esclarece Paulo Luiz Netto Lôbo:

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponíveis a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionado o exercício e o próprio direito.

Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação (LÔBO, 1999, p. 106).

Faz se mister enfatizar que a função social não coaduna essa ótica negativa de limitação, mesmo analisando uma outra positiva, na qual se retrata na pretensão do bem comum, na garantia da cidadania e na promoção da dignidade humana (AZEVEDO, 2016).

Este caráter, com certeza, tem uma magnitude em relação a função social:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas e de propriedade e as suas interpretações deveriam se atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social (PERLINGIERI, 2007, p. 226).

Outrossim, a função social tem um respeitado papel ativo, pois tem a ver com a contenção dos direitos do proprietário. Tratando-se de uma forma inovadora de percepção em relação aos direitos fundamentais, compatível com as ideias da segunda dimensão, com o intuito de nutrir a igualdade e justiça social (AZEVEDO, 2016).

Nessa seara, leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A noção da função social se vincula necessariamente à ideia do uso da coisa e, por isso, modifica significativamente conceitos e categorias do regime tradicional das situações proprietárias e possessórias. A função social é a essência dinâmica da estrutura jurídica, e não é mais considerada mero limite (externo) à situação jurídica (GAMA, 2011, p. 99).

Sob este prisma, outra particularidade significativa em relação ao cumprimento da finalidade social da propriedade, em especial aos bens imóveis, vincula na utilização destes, para fins de garantia do direito à moradia. Assim, tal direito deve ser encarado como basilar no que tange sobre a função social da propriedade, ao passo que o direito de ter um local para morar pode até mesmo se sobrepor aos direitos do proprietário inerte.

Isto posto, vê-se que é notório a função social da propriedade constante da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 sofreu forte influência da clássica doutrina de Leon Duguit, na qual para quem a propriedade já não é o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza (MALUF, 2011).

Ainda sobre o tema, preciosas são as palavras de Gomes:

Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir que pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade, para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea, adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se definam as funções sociais desse direito. No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse de não proprietários. Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política de limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem no qual recai o direito – conforme a intensidade do interesse geral que o delimita e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional. A propriedade deve ser entendida como função social tanto em relação aos bens imóveis como em relação aos bens móveis (GOMES, 2004, p. 129).

Assim, a propriedade deve sempre atender aos interesses sociais, ao que almeja o bem comum, evidenciando-se uma distinção positiva que deve ser dada à coisa.

2.4 MODOS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Como todo direito subjetivo, à propriedade, móvel ou imóvel pressupõe um título ou justa causa. Em qualquer ordenamento, o *título adquirido* da propriedade origina-se de um fato jurídico provocado pela natureza ou manifestação de vontade humana. A transmissão *causa mortis*, por exemplo, configura a primeira espécie, enquanto a doação, que é negócio jurídico, ilustra a segunda (NADER, 2016).

Destarte, Nader (2016) vislumbra que a Lei Civil estabelece regulamento distinto para as aquisições imobiliária e mobiliária, cercando a primeira de maior segurança jurídica. Enquanto o modo de aquisição imobiliária se opera, via de regra,

pela transcrição do título em cartório do registro público, a imobiliária se faz pela tradição.

Ademais, quando se fala em aquisição originária e derivada, importante destacar-se a distinção entre ambas, uma vez segundo Pietro Cogliolo, a diferença não tem apenas valor didático. Logo, utiliza-se a boa doutrina a distinção feita por Hugo Grócio e foi adotada pelos demais juristas da Escola do Direito Natural, para quem a classificação satisfaz a exigências científicas de direito privado uma coisa se torna de outrem por uma aquisição originária ou derivada. A aquisição original outrora, quando o gênero humano podia se reunir, pode ter tido lugar por meio de uma partilha. Hoje em dia, realiza-se somente pela ocupação (NADER, 2016).

Na originária, não há transmissão e, para todos os efeitos, o histórico da propriedade inicia-se com o adquirente. O domínio se apresenta isento de qualquer vício anterior e o fato jurídico não é gerador do imposto de transmissão, uma vez que transmissão não há. A usucapião e a acessão natural são exemplos da modalidade. Há quem sustente, como Pereira (2003), que na aquisição originária o bem, necessariamente, não foi objeto anterior de propriedade.

Outrora, na derivada, o adquirente assume o domínio em lugar do transmitente e nas condições em que a propriedade mobiliária ou imobiliária se encontrava, assim, eventuais limitações ou vícios que macularam a propriedade subsistem, apenas ocorrendo mudança subjetiva no domínio. Se a hipótese é de propriedade resolúvel, o adquirente assume o imóvel com a condição ou termo, sujeitando-se à perda da coisa. Somente na aquisição derivada verifica-se uma relação de causalidade entre a aquisição e o anterior estado jurídico da coisa (CORREIA; SCIASCIA, 1953).

No que é pertinente à aquisição *inter vivos* e *causa mortis*, a doutrina distingue a aquisição *inter vivos* e a *causa mortis*. Como a terminologia esclarece, a primeira se opera entre pessoas vivas, enquanto a segunda deriva do evento morte. Esta provoca a sucessão. Entre o evento morte e a sucessão não existe hiato, pois a aquisição é instantânea, ainda que não se tenha definido a identidade do sucessor (NADER, 2016).

Na seara da aquisição a título singular e universal, nota-se que na *sucessão in rem*, ou a título singular, adquire-se um bem ou um conjunto individualizado de bens, não a totalidade de um patrimônio. É a prática comum nas operações *inter vivos*, podendo configurar-se na transmissão *causa mortis*, quando o legatário sucede apenas em algum ou em alguns bens determinados, sem obrigar-se pelas dívidas pessoais do de cujus (NADER, 2016).

Já na *sucessão in universum ius*, ou a título universal, o objeto da aquisição é formado pela integralidade de um patrimônio, fato passível de ocorrer na sucessão hereditária, quando se assumem também as obrigações. Não é imperioso que haja apenas um herdeiro, pois, havendo dois ou mais, cada qual será adquirente a título universal e por cotas ideais (NADER, 2016).

Nesse debate há ainda a aquisição a título gratuito e oneroso, sendo nestas possível se verificar que se perfaz efeitos práticos na distinção entre a aquisição gratuita e a onerosa. Na primeira, inexistente contraprestação, pois o transmitente é movido por espírito de liberalidade. Na onerosa há ônus para quem transfere e para o adquirente. Em se tratando de contrato benéfico, prevê a Lei Civil, pelo artigo 114, que a interpretação do negócio jurídico deve ser estrita. É a hipótese da transmissão por doação pura (NADER, 2016).

Por conseguinte, na aquisição a título gratuito, havendo inadimplemento, o beneficiário responde por simples culpa, enquanto a parte onerada, apenas por dolo, à vista do disposto no artigo 392. Já na transmissão a título oneroso, em caso de inadimplência, cada parte responde por culpa, ressalvadas as exceções legais. Charles Demolombe (1870) advertiu para a importância da presente distinção, dados os efeitos práticos que resultam de cada modalidade, quanto à forma da aquisição, capacidade das pessoas e disponibilidade dos bens.

2.5 USUCAPIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Conceitua-se usucapião como modo de aquisição da propriedade de bens móveis ou imóveis pelo exercício da posse, nos prazos previamente estabelecidos em lei. Surgiu no Direito Romano com o objetivo de regularizar a situação daqueles que, por irregularidades no momento da aquisição de bens, desejavam consolidar a nova situação patrimonial de acordo com as normas vigentes. Tal instituto foi regulamentado pela primeira vez na Lei das XII Tábuas (445 a.C.), com prazo de 1 (um) ano para bens móveis e de 2 (dois) anos para imóveis (SARMENTO, 2013).

Sob este prisma, elucida Sarmento (2013) que a usucapião só passou a ser tratada no feminino pelo novo Código Civil. Assim, não representa um ataque ao direito de propriedade, mas sim uma homenagem à posse, em detrimento daquele que, tendo o domínio, abandona o imóvel, deixando que outro o ocupe e lhe confira função social e econômica mais relevante.

Logo, a proteção jurídica da posse preexiste à da propriedade, sendo assim, no Brasil, a primeira lei que dispôs sobre propriedade imobiliária foi a de nº. 601, de 18 de setembro de 1850, popularmente conhecida como Lei de Terras, aprovada durante o reinado de D. Pedro II, duas semanas depois da Lei Eusébio de Queiroz, que aboliu o tráfico negreiro no Brasil.

Segundo Sarmento (2013), a Lei nº. 601/1850 tinha como objetivo organizar as doações de terras feitas desde o início do processo de colonização portuguesa, regularizar as áreas ocupadas depois de 1822 e incentivar a vinda de imigrantes para o Brasil, ao mesmo tempo em que buscava dificultar o acesso à terra por parte desse novo contingente de trabalhadores.

Por meio da usucapião, preenchidas as condições de tempo, continuidade e incontestabilidade, o possuidor pode requerer ao juiz que declare, por sentença, sua posse *ad usucapionem*, servindo o julgado como título para transcrição no registro de imóveis. Ao passo que a lei estabelece requisitos rígidos para que a pessoa possa adquirir a propriedade por usucapião, por se tratar de um modo originário de aquisição do domínio, em que não há transmissão da propriedade de um anterior para um novo proprietário.

Oportuno salientar que, na mesma medida em que há aquisição do domínio em virtude da prescrição aquisitiva, há também, por parte daquele que sofre a ação de usucapião, perda da propriedade, o que justifica a preocupação do legislador em criar requisitos rígidos para a aquisição por usucapião (SARMENTO, 2013).

Nessa vertente, verifica-se ser indispensável para a configuração da usucapião que a posse seja contínua, mansa e pacífica, com *animus domini*. Isto é, aquele que pretende adquirir o domínio precisa mostrar que possui a coisa como sua, sem qualquer oposição. Outro requisito essencial para o reconhecimento do instituto é o espaço de tempo necessário à consolidação da prescrição aquisitiva. O tempo varia de acordo com cada modalidade de usucapião (SARMENTO, 2013).

Inter ressaltar que são passíveis de usucapião apenas as coisas que possam ser apropriadas, inseridas no comércio. Assim, são insuscetíveis de usucapião direitos pessoais, bens gravados com cláusula de inalienabilidade, bens indivisíveis, bens de incapazes e bens de uso comum e especial, dentre outros.

2.5.1 Espécies de usucapião

No que diz respeito aos bens imóveis, há várias espécies de usucapião previstas no ordenamento jurídico brasileiro. As principais são as seguintes: usucapião extraordinária, usucapião ordinária, usucapião especial urbana, usucapião especial rural, usucapião coletiva, usucapião familiar, usucapião administrativa.

A primeira delas, a usucapião extraordinária, na qual ensina Gama:

É a que possui menores exigências para a sua consecução, no entanto demanda maior prazo para que seja reconhecida. Nesta modalidade, o usucapiente não precisa ter justo título, que é um documento que seria hábil para a transferência da propriedade, mas que em decorrência de um vício não o é, nem precisa estar agindo de boa-fé. Basta que ele mantenha posse por um prazo de 15 (quinze) anos ininterruptos, sem oposição do proprietário (GAMA, 2011, p. 327).

Sendo este prazo sintetizado para 10 (dez) anos, nos casos previstos no artigo 1.238, parágrafo único do Código Civil¹³, em que o legislador passou a tratar da posse-trabalho ou posse social, exigindo um prazo menor de posse contínua em caso de moradia habitual do possuidor ou da realização de obras ou serviços de natureza produtiva em relação ao bem.

Assim, ficando nítida a tentativa de a posse funcionalizada, em harmonia com a sociabilidade, evidente na legislação civil, sendo consequência da função social da propriedade, enaltecendo positivamente a atuação do possuidor que desempenha os atos propensos à realização dessa função social (GOMES, 2012).

Já a usucapião ordinária, de acordo com Sarmento (2013), os possuidores de boa-fé, por sua vez, dotados de justo título, sob a égide do antigo Código Civil, podem usucapir imóvel, no prazo de 10 anos entre os presentes e de 20 anos entre ausentes, desde que titulares de posse contínua e incontestada, o novo Código Civil, em seu artigo 1.242, reduziu o prazo de 10 anos.

Sendo este prazo convertido para 5 (cinco) anos, na hipótese acautelado no artigo 1.242, parágrafo único, do Código Civil, que também visa privilegiar a função social:

Art. 1.242 (...)

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (BRASIL, 2002).

A usucapião especial urbana, advinda do texto constitucional e normatizada também pelo Código Civil, é aquela, à qual detém área urbana máxima de 250 m², a utilização como moradia, a posse tranquila e sem oposição e não possuir o requerente

¹³ Dispõe textualmente o artigo 1.238: 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 (BRASIL, 2002).

outro imóvel. A área a que se refere a norma abrange o terreno e eventual construção sobre ele erguida, ante o conteúdo do art. 9º do Estatuto da Cidade, quando a posse é exercida sobre área superior a 250 m². Não é possível a aquisição da propriedade através da usucapião especial urbana, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir (SARMENTO, 2013).

Complementa Tartuce (2015) que a usucapião especial urbana tem como requisitos além dos supramencionados, a posse mansa e pacífica sem oposição com o *animus domini*. O imóvel deve ser utilizado para moradia da família nos termos do artigo 6º¹⁴, *caput* da Constituição Federal de 1988, e aquele que adquire o bem não pode ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano.

No que pertine, a usucapião especial rural, Azevêdo (2016), elucida que a mesma viabiliza a aquisição de imóveis rurais de até 50 (cinquenta) hectares, desde que sustente a posse ininterrupta e pacífica por um período de 5 (cinco) anos, sendo indispensável que o possuidor tenha tornado o imóvel produtivo, por meio do seu próprio trabalho, assim, tal espécie também é denominada como pró-labore.

Nessa seara, acrescenta Paulo Henrique Cunha da Silva:

(...) trata-se de posse pro labore em conjunto com a família, daí não assistir razão para que a modalidade especial de aquisição seja para áreas superiores ou inferiores a um módulo. Ora, o inciso II, do art. 4º, do Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), define como propriedade familiar o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente, trabalhado com a ajuda de terceiros, sendo o módulo rural uma unidade de medida, expressa em hectares, que busca exprimir a interdependência entre a dimensão, a situação geográfica dos imóveis rurais e a forma e condições do seu aproveitamento econômico (SILVA, 2007, p. 638)

No que versa a usucapião coletiva, em que está conjecturada no artigo 10 do estatuto da Cidade, a qual recai sobre o coletivo de áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para

¹⁴ Dispõe textualmente o artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, desde que estes não sejam proprietários de outro imóvel rural ou urbano (SARMENTO, 2013).

O instituto tem como objetivo legitimar as ocupações com ânimo definitivo por comunidades de áreas situadas na zona urbana, com centenas de famílias, sendo nesta modalidade admissível a soma do tempo de posses. Consoante o parágrafo único da norma fixada no artigo 10 do Estatuto da Cidade, devendo o Juízo no processo de usucapião atribuir igual fração ideal do terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão da área que cada um ocupe, salvo a hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação por dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos, obrigando os demais, discordantes ou ausentes (SARMENTO, 2013).

A lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011 incluiu no sistema uma nova espécie de usucapião que vem sendo chamada pelos juristas de Usucapião Familiar, previsto no artigo 1.240-A com a seguinte redação:

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 dívida 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.

§2º (Vetado) (BRASIL, 2002).

O enunciado nº 499 do Conselho da Justiça Federal aduz que a aquisição da propriedade categoria de usucapião conjeturada no artigo 1.240-A do Código Civil só pode suceder antes do divórcio. Ao passo que o requisito abandono do lar deve ser entendido em cunho de cautela, por meio da averiguação de que o afastamento do lar

conjugal retrata o descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, sobrepondo distintivamente daquele que se reteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas provindas da manutenção da família e do próprio imóvel. Assim justificando a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao objeto de usucapião.

A usucapião administrativa é aquela introduzida no âmbito dos procedimentos de regulamentação fundiária previstos na Lei n. 11.977/09, na qual dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e de outras questões tendentes à legislação de assentamentos urbanos. Neste ditame, ensina Azevêdo:

Nesta modalidade, que foi idealizada para solucionar problemas de moradia em áreas ocupadas por população de baixa renda, não há a interveniência do Poder Judiciário – daí porque a nomenclatura administrativa. Para fazer jus à usucapião, a situação fática deverá ser enquadrada em uma série de condições, que em parte dependem do possuidor, mas que em maior parcela deverão ser fruto de uma atuação do ente estatal no sentido de regularizar a posse (AZEVEDO, 2016, p. 156).

Complementa Gomes, citado por Azevêdo, na qual além dos requisitos supramencionados é necessário:

Área urbana decorrente de uma posse legitimada em cartório, através de instrumento público, registrado no Registro de Imobiliário. A área deverá ter sido objeto de definição para tal fim no plano diretor Municipal. Decorridos 5 (cinco) anos da legitimação da posse os detentores do título poderão, junto ao Registro de Imóveis, requerer a transferência a titulação, sendo a propriedade adquirida na forma da usucapião especial pró-moradia (AZEVEDO, 2016, p. 156).

Ficando claro, portanto, que se trata de um processo complexo e que necessita de uma atuação estatal, na qual não depende somente da vontade do possuidor, sequer vem externando a celeridade que a situação concreta carece.

Logo, constata-se que os pressupostos imprescindíveis para usucapião são a coisa hábil, decurso do tempo, justo título e boa-fé. Todavia, o justo título e a boa-fé somente são necessários na usucapião ordinária, visto que a ação de usucapião é de natureza meramente declaratória (GONÇALVES, 2015).

Na seara da usucapião de bens públicos, preliminarmente, crava pela sua impossibilidade, apesar disso, alguns autores entendem que os bens dominicais, exatamente por serem objeto de relações patrimoniais das pessoas jurídicas de direito público interno e não estarem afetados a uma função pública específica, estariam sujeitos a tal forma de aquisição originária da propriedade. Nessa vertente, de acordo com Farias e Rosenvald:

A nosso viso, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao princípio constitucional da função social da posse e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registros em nome de pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos, seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 267).

A parcela da boa doutrina que entende pela possibilidade da usucapião de bens públicos patrocina que determinados bens, tais como, os dominicais e as terras devolutas seriam apenas formalmente públicos. No escantilhão em que tal qualidade proviria apenas do liame de titularidade e não da afetação do bem a um fito público, premissa que corrobora a usucapião.

Na usucapião indígena, a qual encontra-se regida pela Lei nº. 6.001/73, em seu artigo 33, estabelece que 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. Caso o indígena esteja reintegrado à comunhão nacional ou tenha êxito em sua solicitação da liberação da tutela, poderá diretamente propor a ação de usucapião, ou, então, deverá fazê-lo com a assistência da FUNAI. Deve o índio possuir a área rural, inferior a 50 hectares, como sua, por um período de 10 anos consecutivos (SARMENTO, 2013).

A tutela dos índios origina-se no âmbito administrativo, ou seja, o que vive nas comunidades não integradas à civilização já nasce sob tutela. É, portanto, independentemente de qualquer medida judicial, incapaz desde o nascimento, até que

preencha os requisitos exigidos pelo art. 9º da mencionada Lei n. 6.001/73 e seja liberado por ato judicial, diretamente, ou por ato da Funai homologado pelo órgão judicial.

3. USUCAPIÃO FAMILIAR

A usucapião, importante meio de aquisição da propriedade, evoluiu através dos tempos deixando de lado sua concepção individualista focada no mero interesse do possuidor, para atingir o auge de sua utilidade social por meio da garantia da função social da propriedade.

Assim, o legislador passou a criar modalidades e diminuir prazos para a aquisição por usucapião, visando privilegiar o possuidor que confere função social ao imóvel ao contrário do proprietário, de modo a consagrar a utilidade social da propriedade.

Desta feita, surge no ordenamento jurídico pátrio o artigo 1240-A da Lei n. 10406/02¹⁵, a qual provocou uma mudança significativa no ordenamento civil brasileiro, tanto no que tange o Direito de Família quanto às formas de aquisição da propriedade privada e aos tipos de usucapião admitidos no sistema. Uma vez que, parte do princípio que tanto a moradia quanto a propriedade são direitos fundamentais, constitucionalmente previstos.

3.1 O ABANDONO DO LAR E A DISCUSSÃO DA CULPA: DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE

Em conformidade com Gonçalves (2015), o abandono do lar conjugal por um dos consortes é um dos requisitos essenciais para a concessão da usucapião do artigo 1.240-A, do Código Civil, sendo também o mais polêmico de todos. Esta nova modalidade a muito se assemelha a usucapião especial urbana prevista no artigo 1.240 do Código Civil, tendo duas diferenças cruciais: primeiro que o bem a ser usucapido

¹⁵ Dispõe textualmente o artigo 1240-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 (BRASIL, 2002).

seja propriedade comum do casal; segundo que o abandono do lar conjugal tenha ocorrido de forma voluntária pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Nessa vertente, tem-se o enunciado 499, aprovado na V Jornada de Direito Civil como caracterização do abandono do lar:

A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito "abandono do lar" deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

Destarte, entende-se, *prima facie*, que não é qualquer abandono que caracteriza o requisito previsto no artigo 1.240-A do Código Civil, ao passo que não há como presumir que, se um dos cônjuges deixou o lar conjugal, o fez por sua própria vontade, haja vista que tal decisão pode ter decorrido de mútuo consentimento do casal, ou ainda pela insuportabilidade da vida em comum.

Por conseguinte, segundo Monteiro (2013), sobrevivendo à insatisfação pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, em relação ao uso do imóvel comum de forma unilateral pelo convivente que permaneceu no bem, a propriedade exclusiva não lhe será facultada. Sendo assim, tal irresignação poderá ser manifestada verbalmente ou por escrito e comprovada por meio de testemunhas, documentos, ou menos por toda e qualquer outro tipo de prova.

Inter ressalta que o abandono de lar é aquele que é executado sem justo motivo, uma vez que não se pode considerar abandono de lar aquela situação que o marido, costumeiramente, vinha agredindo sua esposa, e, sem outra alternativa, ela se afasta do lar. Neste caso para fins de usucapião familiar, não se considera o abandono do lar, consoante Tartuce:

Como incidência concreta deste enunciado doutrinário, não se pode admitir a aplicação da nova usucapião nos casos de atos de violência praticados por um

cônjuge ou companheiro para retirar o outro do lar conjugal. Em suma, a expulsão do cônjuge ou companheiro não pode ser comparada ao abandono (TARTUCE, 2014, p. 944).

Isto posto, para a lei, com o abandono de lar também se verificam outros deveres, que tinha este que abandonou o lar, com sua família, como o sustento da casa e a assistência material, deixando o outro companheiro ou cônjuge em situação fragilizada.

Salienta-se ainda que parte da doutrina esclarece que o abandono do lar do artigo 1.240-A do Código Civil não coincide com o abandono do lar do direito das famílias. Ao seu turno, Amorim (2011) explica que a Lei n. 12.424/11 não tinha como fim, simplesmente, incluir o artigo 1.240-A no Código Civil, mas regravar o Programa Minha Casa, Minha Vida, o qual é direcionado ao direito social de moradia, ou seja, o instituto foi pensado para amparar mulheres de baixa renda, beneficiárias do Programa, abandonadas pelos respectivos parceiros conjugais, propiciando a aquisição da propriedade exclusiva do imóvel residencial por meio do instituto da usucapião.

Todavia, a maior parte da doutrina ainda critica essa questão do abandono do lar, como Gonçalves (2015), que faz algumas críticas em relação ao termo abandono de lar. O doutrinador diz que ela ressuscita a discussão sobre a causa do término do relacionamento afetivo, uma vez que o abandono do lar deve ser voluntário, isto é, culposo.

Nesse debate, Martins (2012) explicita que a expressão começou a ser contestada, uma vez que parte substancial da doutrina acredita na revogação de qualquer dispositivo que se fale em culpa no direito das famílias, especialmente em relação aos reflexos patrimoniais do divórcio, ante a publicação da Emenda Constitucional n. 66/10.

Ainda em conformidade com a supracitada autora, dessa discussão nasceram duas correntes: a que acredita que a usucapião familiar provocou um nítido retrocesso, porque revive a culpa do direito das famílias, revogada pela Emenda Constitucional n. 66/10; e a que defende que o abandono do lar exigido pela norma de direito real não tem relação com aquele do direito das famílias.

Ao seu turno em defesa da primeira corrente, Dias acredita que a Lei provocou um desastre:

[...] De forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. A medida foi das mais salutares, pois evita que mágoas e ressentimentos –que sempre sobram quando o amor acaba –sejam trazidas para o Judiciário. Afinal, a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do vínculo que nasceu para ser eterno e feneceu (DIAS, 2011, s/p).

Na mesma linha de entendimento, Silva (2011) afirma que o Brasil, por intermédio da Emenda Constitucional n. 66/10, extirpou a culpa do Ordenamento Jurídico, preservando a intimidade dos cônjuges, e, por isso, o abandono voluntário do lar conjugal não pode mais ser discutido pelo poder judiciário.

Nota-se que os defensores desta corrente sustentam a existência de uma violação à Constituição Federal; na medida em que é forma de voltar a discutir o elemento culpa ao término da relação afetiva; para eles ela promove um verdadeiro retrocesso jurídico, afrontando o princípio constitucional da vedação ao retrocesso. Além disso, para Martins (2012), o instituto criou uma verdadeira sanção patrimonial para quem abandona o lar.

No que é pertinente à segunda corrente, acredita-se que o instituto da usucapião familiar não deu ensejo ao retorno da discussão da culpa. Para eles, o abandono do lar do artigo 1.240-A, nova ideia do direito real, não coincide com o abandono do lar do direito das famílias.

Nessa seara, para analisar se o abandono do lar implica na apuração de culpa, assim é mister contextualizar a regra do artigo 1.240-A do Código Civil, de direito das coisas, com o estado atual do direito de família brasileiro. Para tal, devemos levar em conta a problemática da Emenda Constitucional n. 66/10, e discussão sobre a extinção da separação judicial. Dessa feita, o sepultamento definitivo da culpa só ocorreu para aqueles que entendem que a separação judicial não mais existe.

Por conseguinte, para os defensores dessa corrente, a usucapião familiar, como todas outras modalidades de usucapião, exige que o proprietário deixe de praticar

atos que lhe são inerentes. Assim, de acordo com Martins (2012), estabelecem o entendimento de que o abandono do lar nada mais é do que a separação de fato e a cessação da composses, isto é, o não exercício de atos possessórios pelo cônjuge ou companheiro demandado, partindo daí a contagem dos dois anos de posse para a aquisição da propriedade.

Consequentemente, para que não fosse levado em consideração a questão da culpa pelo abandono, deveria ser compreendido no ordenamento pátrio o abandono de lar esculpido do artigo 1.240-A no Código Civil. Como sendo o simples fato de o ex-companheiro ou ex-cônjuge não querer mais o bem, assim compreendendo a expressão de acordo Moni (2014), como abandono do lar referindo-se a abandono do bem, e deixando de lado toda a confusão que traz novamente o termo abandono de lar e, assim também, a culpa pelo abandono.

3.2 CARACTERES DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Na usucapião familiar, apenas o imóvel urbano poderá ser objeto da usucapião por abandono de lar, assim sendo, consoante Alvarenga (2015), é a moradia e não o trabalho que se privilegia, por isso, o artigo 1.240-A do Código Civil, surge em sede de regulamentação do programa do Governo Federal “Minha casa, Minha vida”. Logo, o imóvel rural foi excluído dessa modalidade de usucapião.

Contudo, muito se critica a respeito dessa exclusão, pois a localização do domicílio de uma pessoa não é critério justificativo para tratamento diferenciado, caracterizando, assim, ofensa ao princípio da isonomia. Em defesa da aplicação da legislação também às famílias que vivem na área rural, alega Silva:

Nesse sentido, os efeitos do abandono são os mesmos, independentemente da localização do imóvel em que ficou residindo o abandonado. Quiçá não sejam mais gravosos na zona rural, na qual as relações sociais mais próximas favorecem que a pecha de abandonado passe a integrar de forma pejorativa a identidade social do que permaneceu no imóvel. Além disso, no Brasil, os índices de baixa escolaridade e alta pobreza são mais acentuados na zona rural, gerando entraves ao acesso à Justiça e a efetivação de direitos (SILVA, 2012, p. 34).

Por conseguinte, o imóvel deve ser de propriedade do casal que surge com o casamento ou com a união estável, seja ela hétero ou homossexual. No mais, segundo o art. 1.240-A, o imóvel deve possuir metragem de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados). Porém, imóveis com essa dimensão, dependendo da localização, podem representar valor elevado, podendo caracterizar o empobrecimento do ex-cônjuge abandonado e, conseqüentemente, enriquecimento ilícito do ex-cônjuge usucapiente.

3.2.1 Da propriedade em relação ao regime da comunhão de bens

Conforme ora supracitado, a usucapião por abandono de lar deve recair sobre imóvel comum do casal. Sendo assim, o imóvel pode ter sido adquirido na constância do regime de comunhão total de bens, em que os bens particulares e os adquiridos durante o casamento se comunicam, sendo passíveis da nova usucapião. Também poderá ser usucapido o imóvel adquirido durante o matrimônio regido pela separação parcial de bens, haja vista tratar-se de regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro, aplicando-se esse dispositivo à união estável, em decorrência da semelhança dos regimes (ALVARENGA, 2015).

Ademais, quanto ao regime de separação convencional de bens, no qual os nubentes optam pela incomunicabilidade total de bens, o imóvel poderá ser passível da usucapião por abandono de lar, caso o imóvel tenha sido adquirido por ambos os cônjuges, pois, dessa forma, esse bem se comunicará, segundo a Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal, a qual, no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Desta maneira, inexistente a comunhão; no entanto, existe o condomínio do bem e, por essa razão, se enquadra na referida modalidade de usucapião. Segundo Vilardo (2012), mesmo que o bem tenha sido adquirido por apenas um dos cônjuges e o regime

de bens seja a separação total, sendo esse bem utilizado como moradia do casal, deverá incidir o prazo da usucapião por abandono de lar.

Todavia, a doutrina majoritária entende que, havendo a aquisição do imóvel somente por um dos cônjuges, não há como suscitar a usucapião, pois a lei exige a co-propriedade do bem.

3.2.2 Do lapso temporal

Nota-se que o prazo exigido, na usucapião por abandono de lar, para que o possuidor se transforme em proprietário, é de apenas 2 (dois) anos. Esse é o prazo mais curto dentre as demais modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis, em que se requer o prazo de 3 (três) anos. Todavia, a brusca redução do lapso temporal causou grande espanto entre os doutrinadores e operadores do Direito, que consideram o prazo bastante exíguo em meio às dificuldades inerentes de uma separação e suas consequências com relação à questão financeira e filhos (ALVARENGA, 2015).

Porém, Tartuce (2012) atina que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo exige e possibilita a tomada de decisões com maior rapidez. Na mesma linha explana Pereira:

Na espécie, o prazo para conversão da posse em propriedade reduz-se a apenas dois anos, proporcionando a tutela mais célere dos direitos do cônjuge ou companheiro abandonado pelo outro, em benefício da preservação dos interesses existenciais de todas as pessoas que integram a entidade familiar (PEREIRA, 2012, p. 132).

Portanto, ao reduzir o prazo para dois anos de posse exclusiva após a separação de fato, a regra tem por finalidade privilegiar a proteção da segurança jurídica, essencial a toda usucapião.

3.2.3 Competência judiciária

Observa-se que uma dúvida paira sobre a competência para processar e julgar o pedido da usucapião familiar. Nessa perspectiva, supõe-se que, por se tratar de um desdobramento da usucapião especial urbana, seria competente o juiz da vara cível.

Assim, analisando a presente modalidade sob o prisma das demais modalidades da usucapião, percebe-se que por se tratar de direito real e por ter como objeto da ação de usucapião o imóvel, entende-se que se deve impetrar a demanda na vara cível. Além disso, por haver a falta de inflexão sobre o bem e não sobre a família propriamente dita; entende-se que a vara cível que deveria ser a competente na ação.

Nessa vertente, já foram iniciadas demandas na vara cível que foram encaminhadas à vara de família, havendo um conflito negativo de competência, quando ambos os juízos se declaram incompetentes:

Conflito Negativo de Competência. Ação de usucapião por abandono de lar (artigo 1.240-A do Código Civil) – Ajuizamento perante a Vara Cível – Redistribuição à Vara da Família – Descabimento – Instituto que visa o reconhecimento da posse de meação do ex-cônjuge sobre o bem imóvel do casal, fundada no abandono do lar conjugal – Ação de direito real – Tutela de caráter exclusivamente patrimonial, que não se insere na competência da Vara especializada. Conflito procedente - Competência do Juízo Suscitado. (Relator(a): Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público); Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 11/05/2015; Data de registro: 13/05/2015).

Tendo em vista o exposto acima, entende-se que a jurisprudência não possui uma resposta em relação ao juízo competente para processar e julgar as demandas. Porém, conforme Vieira (2015), ao analisar a supramencionada competência um pouco mais profundamente, chega-se a outra conclusão, uma vez que, ao se verificar o caso, considerou-se que, mesmo que possua natureza cível de direito real, o requerimento da usucapião versa sobre uma relação de família, isto é, o que se deseja é usucapir a meação do imóvel cujo proprietário é o ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Na mesma linha de raciocínio, vislumbra Farias (2015), nessa lógica que, apesar do pedido de usucapião ter natureza cível, a causa de pedir da aquisição originária, nessa hipótese, é uma relação familiar, e, por isso, a competência é de vara de família. Logo, ficando íncrito apontar o ponto de vista jurisprudencial:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável. RECONVENÇÃO. Pedido relativo à Usucapião Familiar. Cabimento. Matéria afeta à competência do juízo de família. 1. Nos termos do art. 315 do Código de Processo Civil, a reconvenção é cabível nas hipóteses em que há conexão “com a ação principal ou com o fundamento da defesa”. 2. Na hipótese vertente, a reconvenção apresentada pela ora agravante tem por objeto a Usucapião Familiar do imóvel de propriedade do excompanheiro, sendo conexa com o fundamento da defesa apresentada, razão pela qual deve ser recebida e devidamente processada pelo Juízo de Família. 3. Agravo de Instrumento conhecido e provido.

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL. COMPETÊNCIA. A ação de usucapião com base em alegação de abandono do lar conjugal envolve ex-cônjuges. Nela debate-se abandono conjugal e existência de bem comum. Em face dessas circunstâncias, entende-se que a competência para processar e julgar tal demanda é do juízo especializado de família. Essa conclusão vale especialmente para o caso concreto, já que a ação de usucapião é conexa (por identidade de objetos) à outra ação declaratória de qualidade sucessória e de exclusão de bens da herança que tramita perante o juízo de família. JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO. (Conflito de Competência Nº 70063771927, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 23/04/2015).

À vista disso, constata-se que a jurisprudência não evidencia qual juízo é competente para processar e julgar a ação de usucapião familiar. Porém, a doutrina aponta como juízo competente a vara especializada em família. Ao passo que, Farias (2015), é categórico ao explicitar que a competência para processar e julgar o pedido de usucapião conjugal é do juiz da vara de família, em razão da matéria.

Ademais, a competência absoluta do juízo é imposta em razão da matéria que versar a demanda. Nesse sentido, como apontou Farias (2015), a usucapião familiar tem como regra competência absoluta, pois, como se tratou anteriormente, sua matéria versa sobre a relação familiar. Logo, doutrinariamente expondo, não somente trata-se de competência da vara especializada em família, como também é regra de competência absoluta.

3.2.4 Benefício único

Verifica-se que o parágrafo 1º do artigo 1.240-A, do Código Civil explana uma salvaguarda notável, uma vez que o direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. Isso porque, tendo em vista o diminuto prazo de anos para que o ex-cônjuge ou ex-companheiro possa se beneficiar da prerrogativa da usucapião familiar, bem como considerando a rapidez com a qual as relações afetivas são estabelecidas atualmente, a atitude evita que alguns sejam demasiadamente enriquecidos pelo instituto e outros percam abruptamente sua propriedade (ACOSTA, 2013).

Além do mais, consoante as alegações de Palermo (2012), a limitação prevista no parágrafo 1º do artigo 1.240-A do Código Civil, denota o objetivo social do dispositivo, sendo certo que o objetivo da propriedade não só é satisfazer o interesse do dono, mas também o da sociedade em geral. A propriedade, hoje, além das faculdades (usar, gozar, dispor, reivindicar) deve respeitar o interesse geral.

3.3 OS REFLEXOS DO INSTITUTO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Embora o instituto da usucapião pertença aos Direitos Reais, por tratar-se da prescrição aquisitiva de um bem, essa nova usucapião abordada neste trabalho não concerne unicamente ao Direito das Coisas. Muitas são as características que fazem com que a usucapião presente no art. 1.240-A do Código Civil, constante do Livro do Direito das Coisas, também faça parte do Direito de Família e seja por ele regulamentada.

Debutar-se pelos legitimados da ação de usucapião, segundo a lei, devem ser cônjuges ou companheiros e necessitam estar separados de fato. Igualmente, tanto o instituto do casamento, quanto o da união estável, além da separação, são tratados pelo Direito de Família. No mais, exige-se a co-propriedade do imóvel. Desse modo, para que essa co-propriedade seja estabelecida, é necessário analisar o regime de bens adotado pelos cônjuges, estando presente mais uma vez o Direito de Família (ALVARENGA, 2015).

Outrora, apenas não se pode concordar que o abandono de lar mencionado nessa usucapião seja considerado como aquele presente no Direito de Família ao falar da separação, haja vista que se faz maior sentido apreciá-lo como abandono do imóvel, objeto da usucapião. Assim sendo comprovada a relação do Direito de Família com a usucapião presente no art. 1.240-A do Código Civil, tornam-se indiscutíveis os reflexos que o instituto pertencente aos direitos das coisas causa em face das famílias.

Percebe-se, conforme Alvarenga (2015), que um dos possíveis danos causados ao Direito de Família pela usucapião por abandono de lar ocorre em decorrência da possibilidade da decadência da instituição familiar, uma vez que põe fim à possibilidade de restauração do relacionamento após a pressão do legislador de se tomar uma rápida decisão com a finalidade de regularizar a situação conjugal.

Por sua vez, Guazzelli deslinda:

Com efeito, o legislador criou uma norma que acaba por impor a necessidade de tomada de atitude para formalização da ruptura do casal, quando, quiçá, o mais adequado fosse resguardar aos companheiros ou cônjuges a possibilidade de aguardar que essa ruptura familiar se acomodasse e se estabilizasse naturalmente no mundo dos fatos para, apenas posteriormente, ser formalizado o rompimento no universo jurídico, e se fosse o caso (GUAZZELLI, 2012, p. 99).

Correlacionando, elucida Alvarenga (2015), que o vínculo sentimental existente ao longo de uma separação é muito forte. Porquanto, a lei desobedece ao ciclo natural da separação, evitando muitas vezes que a reconciliação prevaleça, pois, ocorrida a ruptura da relação, aquele cônjuge que pretende deixar o imóvel deve tomar as medidas cabíveis, de modo a não dar oportunidade à aplicação da usucapião por abandono de lar.

3.4 A USUCAPIÃO FAMILIAR NO CASO CONCRETO

Os juízes, por muitas vezes, decidem sobre o instituto da usucapião averiguando todas as circunstâncias às quais ela está inserida. Ficando assim, sob a visão dos tribunais para decidir sobre os requisitos que demonstram se o cônjuge faz,

ou não, jus ao direito de usucapir a parte da propriedade que pertence ao outro. Nesse sentido ensina Tartuce:

A aplicabilidade do instituto fica, por vezes, submetida ao entendimento dos tribunais acerca da matéria, bem como, das circunstâncias nas quais ela está inserida, inclusive quanto a contagem do prazo, a ausência ou presença de culpa do ex-cônjuge, ou ainda, a demonstração do abandono do lar para a caracterização da Usucapião Familiar, ou a hipótese de violência doméstica ou familiar capaz de afastar a incidência do instituto (TARTUCE, 2014. p. 779).

Acontece que esta modalidade encontra-se em difícil aplicação à realidade, pois de certo modo, são poucas decisões as quais o instituto consegue ser aplicado com êxito. Entretanto, os bens cabíveis à usucapião familiar encontram-se em constantes reformas de decisões, as quais buscam encaixar a nova modalidade a realidade social, assim, cumprindo com sua finalidade.

Nessa seara, Souza (2018) ilustra que nos autos de uma ação de divórcio a requerida alegou que desde o ano de 2005, quando houve abandono do lar conjugal por parte do apelado, exerceu a posse direta e exclusiva do bem, vindo modificar seu domicílio somente em meados de 2012.

Ainda segundo o autor, ficou comprovado *in casu*, que o varão abandonou a residência, ficando a virago na posse direta. O relator afastou a aplicação da nova modalidade de usucapião em razão da contagem da prescrição aquisitiva, já que a norma incluída no ordenamento jurídico havia entrado em vigor a posteriori do período considerado pela requerida, o pressuposto não estaria, portanto, caracterizado (SOUZA, 2018).

Corroborando Farias e Rosenvald deslindar:

Aliás, como bem sinalado pelo juízo monocrático, a função social de moradia deixou de cumprir seu papel a ambos os cônjuges, tendo em vista que o varão abandonou o lar, e a virago se afastou, inicialmente, por força dos episódios de violência sofrida pelo filho, mas que perdeu após a saída dele do local no ano de 2015, passando a ré, ao que tudo indica, auferir renda com aluguel do referido bem (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 463).

Vislumbra-se a possibilidade de se caracterizar a posse *ad usucapionem* no âmbito familiar a partir do pressuposto do lapso temporal de dois anos, quando definido o termo inicial da data em que ficou demonstrado a abstenção do consorte, o que não ocorreu, *in casu*, pelo tempo entre a data de vigência da lei e a data de propositura da ação e o tempo de moradia do cônjuge.

Por conseguinte, tem-se a apelação cível interposta ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para reforma da sentença proferida na ação de usucapião especial urbano por abandono do lar conjugal:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). USUCAPIÃO FAMILIAR. ABANDONO DO LAR. Aquele que exercer, por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dívida 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 (art. 1.240-A do CCB). TERMO INICIAL. O termo inicial do prazo de dois anos para a usucapião familiar deve ser contado a partir da vigência da Lei n. 12.424/2011. CASO CONCRETO. No caso concreto, não restaram preenchidos os requisitos, mormente considerando a inaplicabilidade retroativa da lei que introduziu no ordenamento jurídico a modalidade de usucapião familiar e a ausência do preenchimento do lapso temporal exigido. APELAÇÃO DESPROVIDA (BRASIL, Apelação Cível Nº 70076581503, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 26/07/2018).

Dessa maneira, mesmo diante da saída da residência pelo ex-cônjuge, para que a permanência se caracterize de forma ininterrupta e sem oposição, não poderá haver ação impetrada por parte daquele que abandonou o lar. Do contrário, excluirá a situação de abandono e, assim, não computará o marco de tempo necessário para ajuizamento da usucapião familiar.

Nessa vertente, vê-se a apelação cível interposta ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para reforma da sentença proferida na ação de usucapião especial urbano por abandono do lar conjugal, a qual vislumbra que:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO. BENS IMÓVEIS. IMÓVEL URBANO. USUCAPIÃO FAMILIAR (ARTIGO 1.240-A, DO CC). Nulidade da sentença por extra petita. Configuração. Hipótese em que inviável o

reconhecimento da modalidade de usucapião diversa da que foi objeto do pedido inicial, tendo em vista a incompatibilidade dos fatos com a norma do art. 1.238 do CC/02. Mérito. Julgamento na forma do artigo 1.013, §3º, II, do CPC/15. No caso, não estão preenchidos pelo menos dois dos requisitos legalmente exigidos (artigo 1.240-A, do CC) para o reconhecimento do direito alegado pela autora, quais sejam, a metragem limite do imóvel e o prazo mínimo da prescrição aquisitiva. APELAÇÃO PROVIDA (BRASIL, Apelação Cível Nº 70077240091, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 30/08/2018).

Dessarte, nota-se que o apelante alega a nulidade da sentença, por extra petita, uma vez que o pedido da parte autora foi de reconhecimento da prescrição aquisitiva na modalidade decorrente de abandono de lar. No entanto, o julgador a quo reconheceu a modalidade de usucapião extraordinária, conforme artigo 1.238, do Código Civil. No mérito, alega a necessidade de reforma da sentença, porque o imóvel possui dimensão maior do que a prevista em lei e a autora não detém a posse exclusiva do bem para fins de reconhecimento da usucapião na forma do artigo 1.240-A, do Código Civil.

Sendo assim, leciona Souza (2018) que a lei busca favorecer a população de baixa renda, sendo que a metragem não poderá ser maior, no entanto, poderá gerar efeito contrário, isso porque a modalidade da usucapião permite-se o enquadramento de imóveis menores, afastando assim o enriquecimento sem justa causa de um indivíduo em razão do abandono do lar.

Ademais, a primeira sentença em Ação de Usucapião Familiar, na Comarca de Anápolis, foi proferida pelo juiz Johnny Ricardo de Oliveira Freitas, titular da 5ª Vara Cível, em 12 de agosto de 2014, nos autos do processo nº 201104944361, publicada no Diário Oficial da Justiça do Estado de Goiás, em 03 de outubro de 2014 (RODRIGUES, 2015).

Conforme versa Rodrigues (2015) na sentença observa-se a compatibilidade da aplicação prática com as questões levantadas pelos doutrinadores pesquisados, destacando-se a carência de detalhamentos e inobservância de coerência quanto a princípios básicos, próprios do Instituto, na lei que criou essa nova forma de Usucapião.

Na sua lavra, o magistrado asseverou que a autora da Ação contraiu núpcias com o réu em 1982, com separação em 1999 e sentença de divórcio prolatada no mês de dezembro de 2001, ficando a partilha de bens a ser feita em autos próprios, o que não ocorreu; permanecendo o regime patrimonial do casal em comum.

Destarte, em 9 de dezembro de 2011, o ex-marido protocolou Ação de Extinção de Condomínio, alegando que a ex-mulher, por diversas vezes, havia impedido a venda do único imóvel que o casal tinha em comum. Tal fato levou logo em seguida, em 12 de dezembro de 2011, a autora a propor Ação de Usucapião, baseando-se na nova lei.

Por seu turno, o juiz, na fundamentação, considerando que em se tratando de uma nova legislação (Lei n. 12.424) a ser aplicada, a primeira indagação dizia respeito ao início da contagem do prazo de 2 anos, previsto na lei, para caracterização da prescrição extintiva do direito de propriedade do ex-marido.

Isto posto, vale ressaltar os dizeres de Freitas:

[...] quanto aos efeitos do casamento, a doutrina distingue os efeitos pessoais dos patrimoniais. Quanto aos primeiros, as modificações da lei nova são suscetíveis de aplicação imediata, por isso que são situações jurídicas afastadas do âmbito dos bens pessoais ou patrimoniais de qualquer dos cônjuges, enquanto que, em relação aos segundos, dada a sua natureza patrimonial, há lugar para o princípio da irretroatividade. [...] Por outro lado, se a lei declarar prescritível um direito até então imprescritível, também tem eficácia imediata, exceto em relação ao prazo, que se conta a partir da vigência da lei instituidora (FREITAS, 2014, p.3).

Sendo assim, o magistrado, lembrando que a aplicação retroativa do prazo previsto na Lei 12.424 que entrou em vigor em 16 de junho de 2011, comprometeria a estabilidade das relações de direitos e ofenderia o princípio da segurança jurídica. E que o prazo de dois anos deverá ser computado a partir da publicação da lei (início em 16/06/2011, completando-se em 16/06/2013) e que a Requerente propôs a ação em 12 de dezembro de 2011, portanto, com menos de seis meses após a vigência da lei, asseverou que:

[...] No presente caso, constata-se que a autora não comprovou a posse pelo período de 02 anos, conforme previsão do Art. 1240-A do CC, até porque lhe seria impossível fazê-lo. [...]. Desta forma, o seu pedido deve ser rejeitado pela

ausência de lapso temporal. E mesmo que assim não o fosse, não se faz presente o requisito do abandono do lar pelo ex-cônjuge. Até porque não havia nenhum lar para ser abandonado, posto que o casal estivesse legalmente divorciado, desde 05 de dezembro de 2001. [...]. O que desde então passou a existir entre eles é uma relação condominial sobre uma propriedade imóvel, regida apenas pelas normas do 'Direito das Coisas', sem qualquer vinculação de natureza familiar, que seria o objeto da nova legislação. [...] (FREITAS, 2014, p. 3-4).

Logo, conforme assevera (FREITAS, 2014), não houve decisão de mérito, pois o juiz na sentença julgou improcedente o pedido da autora da ação, afirmando que, como ficou demonstrado que não decorreu o lapso temporal previsto na lei, o pedido de usucapião não merece prosperar. Mesmo assim, na lavra do magistrado, percebe-se, na aplicação prática, a incompletude da lei.

Portanto, fica evidenciado nesse sentido que os doutrinadores encontram diversos desafios ao tratar desta nova modalidade, sendo que seus requisitos são muito rigorosos e não há possibilidade que permita a procedência da ação sem preencher todos os requisitos trazidos no corpo da lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Usucapião Familiar surgiu com o objetivo de dar efetividade ao Direito Social à Moradia previsto na Constituição Federal. Desta feita, apesar de pertencer aos Direitos Reais, apresenta implicações no âmbito do Direito de Família. Seu surgimento provocou variações entre os juristas, pois apresenta uma série de requisitos diferenciados das demais espécies de Usucapião existentes no ordenamento jurídico; dentre eles o lapso temporal mais curto, as partes envolvidas (cônjuges ou companheiros) e, principalmente, a exigência do requisito abandono do lar.

Por conseguinte, a usucapião familiar deve ser interpretada de maneira sistematizada e, sobretudo, de acordo com a Constituição Federal, sendo certo que o polêmico elemento do abandono do lar mencionado pelo legislador não deve ser entendido como sanção àquele que se ausenta do lar conjugal e descumpre um dos deveres matrimoniais que é a coabitação.

Isso uma vez que a doutrina e a jurisprudência despontavam afirmando a desnecessidade de perquirição da culpa no momento da dissolução da sociedade conjugal. Sendo tal entendimento positivado através da edição da Emenda Constitucional nº 66/2010, que tornou o divórcio direito potestativo do consorte.

À vista disso, verifica-se que não é possível sustentar que a usucapião familiar representou retrocesso na medida em que teria introduzido no ordenamento jurídico a questão da culpa. Tendo em vista que o termo “que abandonou o lar” mencionado no art. 1.240-A do Código Civil; deve ser interpretado como abandono possessório do imóvel comum, com a ausência de exercício dos poderes inerentes ao proprietário, e como abandono familiar, material e moral.

Consequentemente, haverá a incidência do instituto tão somente naquela situação para o qual foi efetivamente pensado, qual seja a regularização fundiária de

imóveis populares de onde, durante o período de financiamento em especial, um dos consortes desaparece, sem deixar paradeiro conhecido.

Portanto, fica evidente que a nova modalidade da usucapião familiar apresenta diversas falhas e omissões que refletem em sua aplicação, mas que, ainda assim, não deixa de priorizar sua finalidade principal, que é garantir o direito à moradia em concordância com os preceitos constitucionais sociais.

Por fim, a modalidade da usucapião familiar foi criada para reafirmar a previsão Constitucional, a saber, uma moradia digna e adequada. Entretanto, para sanar questões de delimitações muito específicas, trazidas pelo corpo da lei, o Judiciário deverá buscar apoio na doutrina, e do fruto da atividade dos tribunais, que através das jurisprudências buscam padronizar um entendimento, para que ao julgar não cometa iniquidades.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Renata Karla Mantovani. **A Usucapião Familiar**. UFPR: Paraná, 2013.

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. **Usucapião por abandono de lar: lei nº 12.424 de 16 de junho de 2011**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 575 - 594, jan./jun. 2015

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. **Primeiras impressões sobre a usucapião especial urbana familiar e suas implicações no direito de família**. IBDFAM, 2011.

Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20abandono%20do%20lar%2001_09_2011.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa, 1968.

AZEVEDO, Pedro Pontes de. **Usucapião da propriedade possível em terras públicas: o direito de superfície e à moradia em áreas de exclusão social**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 19 jul. 2019.

_____. **Apelação Cível Nº 70076581503**. Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 26/07/2018. Disponível em: <
<
<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/4879/TCC%20Clarisse%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20de%20Souza.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em: 04 nov. 2019.

_____. **Apelação Cível Nº 70077240091**. Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 30/08/2018. Disponível em: <
<
<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/4879/TCC%20Clarisse%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20de%20Souza.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em: 04 nov. 2019.

CAVALCANTE, Rafael Pinheiro Gonçalves. **Breves reflexões acerca do instituto da posse e a sua importância para a sociedade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 jan 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42952/breves-reflexoes-acerca-do-instituto-da-posse-e-a-sua-importancia-para-a-sociedade>. Acesso em: 18 jul. 2019.

CORREIA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**, 2ª ed., São Paulo, Edição Saraiva, 1953.

DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Correio Braziliense, 2011. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_fim_da_separa%E7%E3o_-_um_novo_recome%E7o.pdf >. Acesso em: 08 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

_____. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. **Curso de direito civil: reais**. 11.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 13.ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

FREITAS, Johnny Ricardo de Oliveira Freitas. **Sentença** (Processo 201104944361 – Comarca de Anápolis-GO. – 5ª Vara Cível). Anápolis: Diário Oficial da Justiça do Estado de Goiás, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19.ed. atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Direitos reais**. 21.ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. **Direito das Coisas**. 10.ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

_____. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. A Propriedade na Nova Constituição. **Cadernos FUNDAP**, São Paulo, a.9, nº17, dez. 1989, p. 108-112.

GUAZZELLI, Mônica. **Usucapião por abandono do lar conjugal: repercussões no direito de família**. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, v. 28. jun./jul. 2012.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **OAB 1º fase: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa – Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, v.36, nº141, jan./mar. 1999.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito da Propriedade**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS, Fernanda da Silva. **A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal: a volta da culpa?** PUC-RIO, 2012. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/fernanda_martins.pdf>. Acesso em 19 set. 2019.

MONI, Alexandre Rocha. **Análise Constitucional da Usucapião Familiar**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014.

MONTEIRO, João Batista. **Ação de Reintegração de Posse**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37.ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, volume 4: direito das coisas. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; OLDONI, Fabiano. **Aquisição da propriedade ilícita pela usucapião**. São Paulo: Paço Editorial, 2013.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A nova usucapião especial por abandono do lar e a função social da propriedade.** Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abr/maio 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. IV

_____. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**, 18ª ed., obra atualizada por Carlos Edson do Rego Monteiro Filho, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003.

_____. **Instituições de Direito Civil.** 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODRIGUES, Manuel. **A posse.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1980.

RODRIGUES, Rivaldo Jesus. PIETRAFESA, José Paulo. FERREIRA, Rildo Mourão. **Usucapião Familiar: ineditismo e polêmicas jurídicas.** Anápolis: Revista Jurídica, Ano XV, n. 25, 2015, v2, Jul. – Dez.

SARMENTO, Débora Maria Barbosa. **Usucapião e suas Modalidades.** Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Traité de la possession en droit romain.** Bruxelles, 1893.

SILVA, Luciana Santos. **Uma afronta à Carta Constitucional: usucapião pró-família.** Revista Síntese Direito de Família. v. 14. n. 71, pp. 32-36. São Paulo, abr. e maio. 2012.

SOUZA, Clarisse Conceição de. **Usucapião Familiar: Uma Análise da Aplicabilidade da Modalidade à Realidade Social.** Canela: UCS, 2018. Disponível em: <
<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/4879/TCC%20Clarisse%20Conceicao%20de%20Souza.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 03 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Direito Civil: Direito das Coisas.** 7.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____, **A propriedade e a posse**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

VIEIRA, Viviane Garcia. **Usucapião Familiar – Avanço ou retrocesso?** Rio Grande: FURG, 2015

VILARDO. Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião especial e abandono de lar: usucapião entre ex-casal**. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n. 27. abr. e maio 2012.