

USUCAPIÃO FAMILIAR E SEUS ASPECTOS GERAIS

Jênnie Delane de Melo Cruz¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiro Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente artigo vem tratar da usucapião familiar, versando a pesquisa sobre uma análise histórica, ou seja, como surgiu e quais os dispositivos que a respalda. A inovação trazida pela Lei 12.424/2011 trouxe algumas polêmicas, não obstante, criou a possibilidade de usucapir a quota-parte do bem comum do casal, daquele que abandonou o lar, porém, para que seja possível efetivá-la, esta deve ser assimilada dentro de uma estrutura lógica; de modo que não possibilite ser criadas injustiças, visto ser esse tema novo e complexo, o qual se insere no ambiente familiar.

Palavras-chave: Usucapião. Família. Abandono do lar.

ABSTRACT

Familiar Prescription and General Aspects

This present article refers about the Familiar Adverse Possession, versing the research about an historical analysis, in other words, how it began and whose devices it supports. The innovation brought by the Law 12.424/2011 caused some controversy, however, created a possibility of homesteading the quota-part of the good common of the couple who forsaken home, but, to be possible this effectiveness, that has to be assimilated within a logical structure; to cannot create injustices, as this is a new and complex theme and is inserted on a familiar ambience.

Key-words: Familiar Adverse Possession. Family. Forsake Home. Fault. Constitucionality

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte UNI-RN. Email: jennie.delane@yahoo.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: rosangela.mrm@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente tema tem por escopo analisar de forma exploratória e por meio de pesquisa bibliográfica o modo como foi inserido em nosso ordenamento o mais novo instituto do direito civil, mais precisamente, do direito das coisas, que é a modalidade de usucapião familiar ou usucapião por abandono do lar.

Para tanto, necessário se faz uma breve passagem pelos demais institutos de direito, que deram origem à usucapião, a saber: O direito à propriedade, o direito a posse.

No primeiro capítulo abordamos o direito à propriedade, sua evolução histórica, conceito; a sua função social, características; modo de aquisição e perda da propriedade.

No segundo capítulo, adentramos no instituto da posse, analisando o seu surgimento, significado e demais modalidades, e espécies necessários para sua configuração.

Em sequência, adentramos no instituto da usucapião, analisamos sua origem, conceito, requisitos e espécies; para daí, nos aprofundar no tema proposto.

Essa modalidade, embora tenha um liame com o direito real, vai interferir sobremodo no direito de família, visto que, para se configurar a Usucapião Familiar necessário se faz a presença de dois requisitos específicos, peculiar a essa modalidade, que é o abandono do lar e o prazo prescricional.

Assim, começamos destrinchando seus aspectos, como surgiu e qual o intuito do legislador ao criar essa modalidade, bem como, analisamos de forma sucinta a questão da inconstitucionalidade, discutida na ótica de alguns doutrinadores, como também a questão da culpa pelo requisito abandono do lar.

Outra novidade advinda desse tema, e bastante discutida, é a questão do prazo, visto ser menor até do que o prazo da usucapião dos bens móveis; sendo um período de 2 (dois) anos para que se enseje o direito de pleitear na justiça a usucapião, ou seja, transmite-se ao ex-cônjuge ou ex-companheiro o direito à meação que lhe era devida não fazendo nenhuma diferença o regime de bens adotado pelos cônjuges.

Embora a lei já traga previsão da possibilidade de, tanto os bens móveis quanto os imóveis poderem ser usucapidos, exige-se para esse novo modelo que o imóvel, objeto da usucapião seja comum ao dos ex-cônjuges ou ex-companheiros. Todavia, o instituto traz algumas semelhanças com a usucapião urbana, já prevista no art. 1.240 do CC/02³.

³ Art. 1.240 – “Aquele que exercer, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente, e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Por fim, concluímos demonstrando a importância desse instituto em nosso ordenamento civil, a evolução e a necessidade de celeridade das decisões, bem como, o amadurecimento desse instituto, por meio do legislador, doutrinador e juristas, que caso a caso; terá a possibilidade de melhorá-lo.

2 PROPRIEDADE

2.1 Evolução histórica

No instituto da propriedade, começamos analisando sua evolução histórica, para entendermos, como tudo começou; sendo, portanto, a base para a preparação dos demais institutos.

Sabe-se que a propriedade, desde o seu surgimento, evoluiu muito historicamente, como bem nos mostra Maria H. Diniz (2014, p.125):

[...] no início das civilizações as formas originárias de propriedade tinham uma feição comunitária. P. ex.: entre nossos indígenas, ao tempo da descoberta do Brasil, havia domínio comum das coisas úteis, entre os que habitavam a mesma oca, individualizando-se, tão somente, a propriedade de certos móveis, como redes, armas e utensílios de uso próprio.

No entanto, ao analisarmos como surgiu o direito à propriedade, podemos citar os dizeres de Cristiano Chaves de Farias (2011, p. 194), que aduz: “os direitos de propriedade surgem no instante em que os recursos se tornam escassos”. Ou seja, ao passo que a economia muda ou se desenvolve, pode ser que os recursos se tornem escassos, fazendo com que surja uma insegurança ao direito dos indivíduos. Desse modo, para que exista uma certa segurança no que tange à propriedade, é necessário que os seres humanos adquiram bens, isso faz com que eles se sintam seguros quanto ao futuro.

Ademais, é de suma importância o esclarecimento que traz o ilustre doutrinador Faria (2011, p. 194), acerca do exposto acima.

A relação entre propriedade e liberdade coincide com o surgimento do Estado, que protege a propriedade com um direito, da mesma forma que tutela o indivíduo contra o arbítrio do Estado. Sempre que o Estado reivindicar para si recursos produtivos, os indivíduos ou famílias não afirmam a sua liberdade, pois se tornam completamente dependente do poder soberano.

Como podemos observar o direito à propriedade surgiu em meio a lutas e conflitos entre os indivíduos e o Estado; aqueles buscando melhores condições de vida e segurança, já que havia grande escassez, tanto de recursos como na economia; por sua vez, o Estado, em sua soberania, buscava a todo custo protegê-la, visto que, em épocas remotas, poucos eram os que podiam cultivar a terra, e mesmo assim, não como sua, mas em troca de alimentos. Por conseguinte, longas foram as batalhas e lutas até que o indivíduo conquistasse seu espaço e obtivesse direito à propriedade.

2.2 Conceito

Por esse prisma, podemos então tentar conceituar o que é propriedade, haja vista os inúmeros conceitos doutrinários, bem como a amplitude que possui o termo propriedade. Nessa perspectiva, é compreensível, portanto, que cada indivíduo tente ter seu próprio conceito do que venha a ser “propriedade”. Ao analisarmos o termo propriedade, observamos uma harmonia com o que prediz o art. 1.228⁴, caput do Código Civil/02, descrita como sendo o direito que a pessoa natural ou jurídica tem, dentro dos limites legais, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, assim como de reivindicá-lo de quem, de forma injusta o detenha. O direito de propriedade é um direito natural, inerente ao ser humano e é garantido constitucionalmente⁵.

Citaremos aqui alguns conceitos concernentes à propriedade pela ótica dos doutrinadores. Segundo Arnaldo Rizzardo (2011, p. 168), “propriedade é um direito complexo, pois assegura ao titular a faculdade de disposição. Ou seja, a pessoa tem a possibilidade de dispor da forma que bem entender do bem/coisa, como usá-la, abandoná-la, aliená-la e destruí-la”. Já para o doutrinador Cristiano Chaves de Farias (2011, p. 260), “propriedade é uma relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas”.

⁴ Art. 1.228, caput, CC/02 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha.

⁵ Art. 5º. Inciso XXIII da CF/88 – É garantido o direito de propriedade.

Por essa perspectiva, é proprietário aquele que possui a capacidade de fazer o que lhe compete, ou o que bem entende ou sente vontade sobre o bem. Logo, quando se utiliza da propriedade se retira, sem necessidade de modificar sua substância, todos os serviços que ela possa lhe prestar. Quando se diz que alguém goza da propriedade, basicamente estamos nos referindo ao modo como ela é explorada economicamente. Nesse caso, um exemplo clássico de gozo é o do proprietário que não perde o título de proprietário e continua sendo possuidor indireto ao locar seu imóvel.

Ademais, o direito de dispor é mais abrangente, refere-se ao poder de venda que o proprietário possui, ou até mesmo no caso de querer destruir e abandoná-la, tendo em conta que só o legítimo proprietário, reveste-se de tal prerrogativa. Além disso, existem outras especificidades que ajudam a elucidar o assunto proposto, devido à sua importância; a primeira refere-se ao sujeito que pode tanto fazer uso das prerrogativas, como reivindicá-las se necessário; bem como às espécies de sujeitos, ativo e o passivo. O primeiro diz respeito ao proprietário, que tanto pode ser pessoa física capaz quanto jurídica. Entretanto, se essa pessoa física for menor, haverá a necessidade de ser representado ou assistido, devido à falta de capacidade⁶. Ao passo que o sujeito pode ser qualquer pessoa da sociedade, e este deve respeito aos direitos do proprietário. O segundo, e não menos importante, é o objeto, que assim como os sujeitos (ativo e passivo), possui a sua peculiaridade dentro desse tema. Vale salientar, todavia, que o objeto da propriedade faz menção a tudo aquilo que a lei dela não o exclua, como aduz Maria H. Diniz (2014), podendo ser tanto bens corpóreos (móveis ou imóveis) como bem incorpóreos (direitos autorais, a vida etc.).

Não obstante, sob o viés da história, o tempo foi passando e o direito à propriedade foi auferindo destaque, foi se individualizando, inclusive ganhando um maior sentido com os romanos; de forma que deixou de ser coletiva e passou a ser familiar, visto que a propriedade coletiva não podia ser alienada. Com o passar do tempo, a coletividade se descaracterizou, desapareceu, perdeu sua importância, restando apenas a familiar, que ao passo que crescia, consolidava-se o poder do pater família.

Dessa forma, a propriedade coletiva cedeu seu lugar à propriedade privada⁷ que se sedimentava à garantia constitucional. Nessa perspectiva, a propriedade privada deve exercer

⁶ Capacidade é a medida da personalidade. Todas as pessoas possuem a capacidade de direito, ou seja, todos são capazes de adquirir direitos e deles gozar. No entanto, nem todos são capazes de exercer seus direitos e os atos da vida civil, que consistem na capacidade de fato. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acesso em: 02 out. 2014.

⁷ Art. 170, da Constituição Federal – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II – A propriedade privada; [...].

a sua função social⁸ para que esse direito permaneça intacto. Logo, o cordão umbilical que ligava à concepção individualista e liberal do direito de propriedade foi cortado por intermédio da ideia da função social da propriedade, pois caso esta não se amolde à função social, ou seja, aos interesses sociais, não gozará dessa proteção.

2.3 Função social da propriedade

No princípio da era liberal, o monarca justificava a propriedade como uma conquista de todos, uma vez que a população, tempos atrás, não tinha posses. Atualmente, o proprietário possui um lugar superior, podendo gozar e dispor da coisa como bem entender (CHAVES; ROSENVALD, 2011). Nas palavras do renomado doutrinador Cristiano Chaves (2011, p. 238): “A estrutura do direito subjetivo de propriedade é composta pelos referidos poderes, bem como pelo direito de exclusão de terceiros”. O direito subjetivo é inerente à função social e é composto por dois elementos: a estrutura e a função. Na estrutura, temos um modelo jurídico, ou seja, é o modo como é feita, sendo ela o gênero. Já a função é a espécie, é o modo para o qual ela foi criada, é o que dá a orientação para as causas finais.

Chaves (2011, p. 236), de forma bem clara define o que é a função social: “é um princípio que opera um corte vertical em todo o sistema de direito privado. Ela se insere na própria estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão pela qual ele serve e qual papel desempenha”.

A função social é inerente à propriedade privada, e todo aquele que exerce a propriedade e não dá a ela a utilidade que lhe é devida ensejará em penalidade, como adverte Comparato (apud CHAVES, 2011, p.246): “o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade”, visto que o direito a esta produz obrigações⁹. Portanto, seu uso é de interesse geral, ou seja, comum a todos.

Por sua vez, a constituição federal traz em seu texto, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XXII, que: “a propriedade atenderá a sua função social”, isso quer dizer que a função social é uma complementação do direito à propriedade. Quando se diz que a

⁸ Farias (2011, p.235) aduz que: “[...] a função social procede do latim *functio*, cujo significado é de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade”.

⁹ Art. 1.228, §1º do CC – “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservadas, 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”.

propriedade atenderá a sua função social, está sendo feita menção ao proprietário, pois é dever deste atuar de forma a colaborar com a sociedade.

Nesse sentido, Perlingieri (apud CHAVES, 2011, p.243) cita de forma clara o sentido da função social:

Ela deve ser entendida não como uma intervenção em ódio à propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito, um critério de ação para o legislador, e um critério de individualização da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as atividades do titular.

Logo, a função social nada mais é do que a soma dos elementos, ou seja, quando se usa, goza ou se reivindica, está sendo exercida a função social como forma de se buscar o bem-estar social, de modo que o proprietário, ao buscar a sua felicidade, compreenda que esta se condiciona em complementar a dignidade alheia, a saber: dos indivíduos de um modo geral.

2.4 Características da propriedade

As qualidades inerentes à propriedade compreendem o caráter absoluto, exclusivo, perpétuo, a elasticidade e a complexidade. Passaremos a explicar cada uma para uma melhor compreensão.

Absoluto – a esse respeito Maria H. Diniz (2014, p. 136) esclarece que: “[...] ela tem caráter absoluto não só devido a sua oponibilidade *erga omnes* mas também por ser o mais completo de todos os direitos reais”. Por conseguinte, o proprietário pode vendê-la, reformá-la etc., sendo, portanto, o mais completo de todos os direitos.

Exclusivo – faz parte de sua característica devida que o mesmo bem não pode pertencer a mais de uma pessoa, com as devidas ressalvas ao condomínio, visto que os condôminos possuem uma quota ideal do bem (DINIZ, 2014). Nesse caso, o proprietário pode opor-se a terceiro que queira se aproveitar do seu bem.

No que tange à perpetuidade, ela vem garantir que, mesmo que a propriedade não seja utilizada, não se extinguirá, a não ser que lhes sobrevenham causas extintivas legais, ou

pela vontade do proprietário. É por meio dessa característica que o proprietário pode passá-la a seus filhos com base no fenômeno jurídico da sucessão.

Já no que diz respeito à elasticidade – essa característica tem a peculiaridade de se dilatar, bem como de se contrair mediante seu exercício, conforme lhe sejam atribuídos ou retirados poderes destacáveis.

E por fim, temos como característica a forma complexa – assim nomeada por envolver a soma de três faculdades, bem como a de reaver de terceiro o bem.

2.5 Aquisição e perda da propriedade

Não obstante se ter o direito à propriedade, e ser esse uma garantia constitucional, há, no entanto, a possibilidade, tanto de adquiri-la como de perdê-la, concernente à aquisição, que se dá mediante o registro de imóveis; e pode ser também adquirida pela usucapião, acessão e por meio do direito hereditário (DINIZ, 2014, p. 152). Quanto à perda, ocorre de acordo com o exposto nos artigos 1.275, I a V; 1.276 e 1.228, §§ 3º, 4º e 5º do CC¹⁰, que elencam um rol exemplificativo pelo qual o proprietário pode perder seu direito sobre determinado imóvel. Além disso, existem outros meios não explicitados nesses artigos que ensejam a perda da propriedade.

Nesse sentido, a usucapião não é apenas modo originário de aquisição de propriedade, mas também um modo de perda para aquele proprietário desidioso que não cuidou de resguardar sua posse. Para atingirmos uma melhor compreensão do instituto da usucapião, começaremos com algumas considerações sobre a posse.

¹⁰ - Art. 1.275 do CC – “Além das causas consideradas nesse código, perde-se a propriedade:

I – por alienação;

II – pela renúncia;

III – por abandono;

IV – por perecimento da coisa;

V – por desapropriação”.

Art. 1.276 do CC – “O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições”.

Art. 1.228 do CC – “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”.

§3º - “O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”.

§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 pessoa, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

§5º - “No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

3 POSSE

Dentro do instituto posse, analisaremos a possibilidade de aquisição de um imóvel pelo decurso do tempo, ou seja, pela inércia do proprietário. Por conseguinte, as teorias que deram norte à posse; fazendo com que tivéssemos uma maior compreensão a respeito deste instituto.

O direito à posse nasceu da necessidade do indivíduo de adquirir, tomar para si coisas, bens, e justificada tal vontade mediante o poder físico que “possui” sobre as coisas (CHAVES, 2011, p. 35). Quando se fala em posse, a primeira ideia que permeia o nosso pensamento é ser o dono o possuidor; mero engano comumente empregado pela sociedade. Nessa perspectiva, ao passo que as civilizações ficam mais complexas vai surgindo a necessidade de compreender que, para ser possuidor, não é necessário que o sujeito esteja constantemente em contato físico com a coisa, visto que o possuidor pode continuar sendo mesmo sem estar permanentemente com a coisa, pois para que se configure a posse física não necessita ser aquele sujeito que está ou não com a coisa, o detentor.

Definir o termo posse, assim como sua origem, não é uma tarefa das mais fáceis, tendo em vista a sua amplitude. Segundo o dicionário¹¹, posse nada mais é do que: “Retenção ou fruição de alguma coisa ou direito”, ou ainda: “Estado de quem possui uma coisa, de quem a detém como sua ou tem gozo dela”.

De maneira geral, podemos dizer que posse é o exercício, a exteriorização do domínio, e, é a partir dela que surge o direito à propriedade. Contudo, observamos, muitas vezes, alguns equívocos cometidos devido à linguagem “popular”, por exemplo: quando dizemos que “uma pessoa possui uma casa”, estamos nos referindo a ser ele o proprietário e não o possuidor; comumente se dá esse equívoco, até porque, a própria constituição brasileira nos leva a tal deslize, quando em seu art. 69, §5º¹² se utiliza de um termo, mas com outro sentido.

A posse, todavia, é um fenômeno fático, ou seja, pode se dizer que alguém possui esse lápis ou esse carro, pois a associação é feita devido àquele sujeito estar na posse desses bens, porém, não necessariamente, será ele o proprietário, pois a posse vai se configurar a partir do momento em que se ocupe a coisa, ou que se tenha poder sobre ela.

¹¹ Dicionário On Line de Português.

¹² Art. 69, § 5º - “São cidadãos brasileiros os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil”.

Quando falamos de posse, temos uma vaga ideia do que ela venha a ser; e para agravar a situação a doutrina não chega a um consenso, sendo vários os posicionamentos a esse respeito. Na visão da doutrinadora Diniz (2014, p. 45) existem duas teorias que foram o pontapé inicial para entendermos o que seja posse. Teorias, inclusive, defendidas por Savigny (Teoria de Niebuhr) e Von Ihering.

A teoria de Niebuhr defende a tese de que a posse surgiu com a repartição de terras conquistadas pelos romanos. Terras essas que eram loteadas, sendo uma parte dos lotes – denominadas *possessiones* – cedida a título precário aos cidadãos e a outra destinada à construção de novas cidades. Já a teoria aceita por Ihering explica o surgimento da posse na medida arbitrária tomada pelo pretor, que, devido a atritos eclodidos na fase inicial das ações reivindicatórias, outorgava, discricionariamente, a qualquer dos litigantes, a guarda ou a detenção da coisa litigiosa. Todavia, essa situação provisória foi-se consolidando em virtude da inércia das partes; como consequência disso, aquele que tivesse sido contemplado com a medida provisória, determinada, pelo pretor, passava a não ter mais qualquer interesse no prosseguimento da ação reivindicatória, uma vez que sua situação praticamente já lhe assegurava o domínio.

Para Savigny (apud CHAVES, 2011, p. 36), “a posse se compõe de dois elementos: o *corpus* e o *animus*”. O *corpus* traduz -se pela direção que a pessoa dá ao bem, ou seja, é o poder de controlar a coisa. Já o *animus*, diz respeito à vontade do possuidor, ou seja, sua real intenção, agindo como se proprietário fosse.

Para Savigny (apud CHAVES, 2011) não basta ter o *corpus*, é necessário que se tenha a vontade de ficar com a coisa para si. Para ele, a posse é uma conjugação dos dois elementos, pois seria considerado possuidor aquele que detivesse um poder imediato sobre a coisa, com a pura intenção de um dia tornar-se proprietário daquele bem. Não obstante, para Von Ihering (apud CHAVES, 2011, p. 37), “a posse é mero exercício de propriedade”. “A posse seria o poder de fato e a propriedade, o poder de direito sobre a coisa” (CHAVES, 2011, p. 38). Ou seja, é através da posse que o homem manifesta o direito de propriedade, desse modo, ela merece ser protegida. Ainda segundo Ihering (apud CHAVES, 2011, p. 38), “a tutela da posse não decorre da necessidade de evitar a violência, mas tem como único fundamento a defesa imediata da propriedade”. Para ele, o *animus* está implícito no *corpus*.

Geralmente, quando se está na posse de algo, é porque a pessoa é o dono, ou se sente como tal, o que será observado é se o possuidor tem o poder de usar economicamente o bem. Nesse sentido, ele dispensa o elemento volitivo e assinala que apenas o *corpus* é

necessário; para ele, possuidor é aquele que tem o poder de dar uma destinação econômica à coisa.

Ademais, Ihering (apud CHAVES, 2011) afirma, e com sentido, que é improvável que o legislador ou jurista assegure, com base apenas nesse elemento volitivo, se o possuidor tem a intenção de um dia tornar-se dono, por isso, afirma ele ser o *corpus* suficiente, visto que o ânimo está implícito no *corpus*. Dessa forma, o nosso Código Civil de 1916, bem como o nosso atual/2002, abarca, como regra, a teoria objetiva.

Em suma, é mister compreender a diferença entre posse e detenção, que para Ihering (apud CHAVES, 2011) não diz respeito apenas à vontade de possuir, visto que a detenção é o poder de fato e não de direito, sobre a coisa, imposta juridicamente, pois o proprietário repassou o direito de “cuidado” ao detentor, feito muitas vezes por meio de contrato.

Já a posse é o poder de dispor, usar, fruir sobre a coisa. Aqui, claramente percebemos a ideia de que o acessório (posse) segue o principal (propriedade). Ademais, o art. 1.196 diz que: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

Portanto, possuidor é quem usa de alguma das faculdades que é inerente ao proprietário (CHAVES, 2011, p. 40) em nome próprio. Um exemplo claro de um sujeito que se encaixa no art. 1.196¹³ do CC, e, todavia, não é possuidor e sim detentor. Como exemplo, temos o caso do motorista particular. Ele, naquele momento, para os que o veem, é o possuidor, visto que está na posse da coisa, ou seja, está usando o bem. Todavia, para o nosso ordenamento civil, essa pessoa não será considerado possuidor, pois ele não tem a intenção de ficar com o bem, ou seja, ele está utilizando o bem não em seu interesse, mas no interesse do proprietário. Ele, portanto, é subordinado, considerado mero detentor da coisa, e esta não gera efeitos possessórios.

Em razão da posse, teve-se a necessidade de explicar qual seria, ou o que seria o objeto da posse, e é por meio deles que se identificam qual o objeto e a que se refere a sua natureza. Segundo Maria Helena Diniz (2014, p. 59), “podem ser objeto de posse todas as coisas que puderem ser objeto de propriedade, sejam elas corpóreas ou incorpóreas”; com as devidas ressalvas.

Já Cristiano Chaves de Farias (2011, p. 79) acrescenta que, “segundo a doutrina e jurisprudência dominantes, podem ser objeto da posse as coisas corpóreas, que podem ser

¹³ Art. 1.196 do CC – Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

visualizadas e tocadas”. Para Arnaldo Rizzardo (2013, p. 29), “Em regra, qualquer coisa corpórea é objeto da posse. Cumpre, no entanto, que ela seja comerciável, ou tenha algum valor econômico e apresente alguma utilidade”.

No que se refere à natureza da posse, existe controvérsia. No entanto, os doutrinadores dividem-se em três correntes, quais sejam: a primeira afirma ser a posse um fato. A segunda corrente, amparada por Savigny, assegura ser a posse um fato e um direito. Por fim, a terceira corrente, liderada por Ihering, em sua teoria objetiva, afirma ser a posse um direito, ou seja, “é o interesse juridicamente protegido” (DINIZ, 2014, p. 66).

Além disso, Ihering (apud CHAVES, 2011, p. 450) indica que:

Donde se conclui que tirar a posse é paralisar a propriedade, e que o direito a uma proteção jurídica contra um ato tal é um postulado absoluto da ideia de propriedade. Esta não pode existir sem a tal proteção, donde se infere que não é necessário procurar outro fundamento para a proteção possessória; ela é incita à propriedade em si mesma.

Compreende-se que as duas teorias buscam não somente conceituar a posse como também analisar seus aspectos e demonstrar a sua importância dentro da sociedade de modo geral.

3.1 Modalidades de posse

São as diversas formas de posse, ou seja, de como se pode exercer a posse. A esse respeito, iremos falar sobre as mais relevantes. A posse direta se dá quando a coisa está sobre a posse direta de outra pessoa, “podendo o possuidor defender a sua posse contra o indireto”, (DINIZ, 2014, p. 70), tendo em seu auxílio, caso necessário, os interditos proibitórios. Ela decorre do direito pessoal ou real. Como exemplo desse tipo de posse, temos o depositário, o usufrutuário etc. Já a posse indireta diz respeito àquele que cedeu o uso do bem, como, por exemplo: quando o proprietário A aluga seu imóvel a B, este é possuidor direto, e aquele o indireto. Ambos podem se utilizar dos interditos possessórios.

No que diz respeito à composses, caracteriza-se quando duas ou mais pessoas possuem coisa indivisa, não excluindo umas o direito das outras. Essa modalidade subdivide-

se em composses “pro-indiviso” e “pro-diviso”, esta se refere ao fato de que, mesmo que haja uma separação de direito, já existe uma separação de fato, ou seja, são copossuidores, já possuem sua parte correspondente; aquela diz respeito às pessoas que têm um bem em conjunto e cada uma possui uma parte ideal, muito embora não esteja dividida de fato.

Quanto à posse justa, corresponde àquela não violenta, que não é clandestina nem precária. Diferentemente da posse injusta, que se reveste de vícios, ou seja, de violência; de clandestinidade e precariedade.

Temos ainda a posse de boa-fé, que é quando o possuidor ignorou os vícios que o impediam de ser o possuidor da coisa, isto é, que certo fato seja desconhecido pelo possuidor. Por fim, há a posse de má-fé. Nela, o possuidor tem ciência que seu direito é ilegal em virtude dos vícios e obstáculos da posse.

3.2 Efeitos da posse

Quanto aos efeitos da posse, faremos uma breve abordagem sobre o assunto. Não obstante, o possuidor terá direito aos efeitos oriundos da posse, quais sejam: o de recorrer aos interditos possessórios, visto que ele tem o direito de manejar as ações possessórias a seu favor quando seu direito de posse for violado, assim como o de ser indenizado pelos frutos que colher durante a sua posse, como também pelas benfeitorias que realizar enquanto possuidor, e ainda a condenação do réu em perdas e danos e pedido ao juiz de multa diária, se for o caso.

Os efeitos da posse podem ser classificados como a posse *ad interdicta*. É aquela em que o possuidor, quando se vir ameaçado em seu direito, aciona os interditos ou ações possessórias. E a posse *Usucapionem* – que surge por meio da usucapião que, para se efetivar, exige o cumprimento dos requisitos legais.

4 USUCAPIÃO

O instituto da usucapião, aqui analisado mostra a possibilidade de um sujeito adquirir uma propriedade devido ao seu uso, e sem oposição, ou seja, pelo decurso do tempo.

Demonstrando, todavia, como surgiu o instituto e quais os meios cabíveis para a interposição da ação de usucapião.

A usucapião, dentro do direito romano, já era considerada como um modo de aquisição da propriedade/domínio em que figura como elemento vital. O termo usucapião é oriundo do latim, nesse caso, CAPIO significa “tomar” e “USU”, “pelo uso”, ou seja, tomar pelo uso, que exige o complemento temporal para se efetivar (DINIZ, 2014, p. 176).

Por intermédio das leis das XII tábuas, era necessário ter como característica o prolongamento através do tempo, requisito primordial para esse instituto. Vale salientar que, no caso de bens imóveis, era necessário o lapso temporal de 2 (dois) anos, e de 1 (um) ano para os móveis, como também para as mulheres, visto que na antiga Roma elas eram uma das formas de matrimônio. A posteriori, o prazo foi alterado, passando os bens imóveis para 10 (dez) anos entre os presentes, e no caso dos ausentes, 20 (vinte) anos. Em seguida, passou-se a requerer uma posse baseada num justo título e na boa-fé.

Com Justiniano, as regras da *longi temporis praescription* amoldaram-se às da usucapião, preponderando estas em detrimento daquelas, conforme ressalta Maria Helena Diniz (2014, p. 176): “nem por isso a *longi temporis praescription* deixou de exercer sua influência, pois o termo “usucapião” designava a aquisição da propriedade por efeito de um longo exercício”. Já nas palavras do doutrinador Cristiano Chaves de Farias (2011, p. 230) “[...] a usucapião se converteu, simultaneamente, em modo de perda e aquisição de propriedade, considerada como prescrição aquisitiva”.

Assim, por meio da usucapião, o legislador consentiu em uma concreta situação fática que, sem ser impedida – alongou-se por certo lapso temporal, prevista em lei –, fosse convertida em uma situação jurídica, sendo, portanto, atribuída a situações fáticas que amadureceram com o tempo. Vale salientar, portanto, que não é só o lapso temporal o causador do direito, e sim, este, aliado à inércia do proprietário.

Nesse sentido, tanto Maria Helena Diniz (2014, p. 176), como Cristiano Chaves de Farias, utilizam-se do mesmo conceito¹⁴, com algumas nuances, a saber: “A usucapião é o modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos legais” (Cristiano Chaves (2011, p. 321).

O presente estudo tem por finalidade abordar dentro do instituto da usucapião apenas os bens imóveis, visto ser esse o seu objetivo principal, ou seja, tomar para si como se seu fosse um bem imóvel/uma propriedade, por conseguinte, é esse um direito “novo”. E,

¹⁴Art. 1.238 do CC – “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”.

embora os bens móveis também sejam passíveis de ser usucapidos, por ora não será aqui analisado, posto que todos os bens móveis podem ser objeto da usucapião, contanto que os bens não sejam públicos e se achem no comércio.

A usucapião advém do uso contínuo do bem, de forma mansa, pacífica e de forma prolongada, nela se consagra o princípio da função social da posse e da propriedade, pois esta não se justifica apenas pelo título, mas principalmente pela utilidade econômica que dá a essa propriedade. Por essa ótica, pode-se dizer que é relativo. É por meio da usucapião que se demonstra ter a posse, é por meio dela que se reivindica a propriedade que pertence a outrem.

A usucapião tem por fundamento a consolidação da propriedade e deve esta ser utilizada, a fim de garantir a estabilidade e segurança da propriedade (DINIZ, 2014, p. 180), visto que todo imóvel deve possuir função social e, no momento em que esta não está sendo utilizada, sendo o proprietário, portanto, negligente, o imóvel pode sim ser usucapido, dando juridicidade a uma situação fática, que é a posse em conjunto com o lapso temporal.

Maria Helena Diniz (2014, p. 179), em sua obra, traz um excelente posicionamento baseado nos pressupostos de Lacantinerie e Tissierp: “[...] a usucapião não é uma usurpação, mas sim um instituto imprescindível à estabilidade do direito, que pode e deve ser admitido sem que haja qualquer vulneração aos princípios de justiça e equidade”. Por sua vez, Pedro Nunes (apud RIZZARDO, 2013, p. 264) afirma que a usucapião “[...] é a prescrição aquisitiva da propriedade e de certos direitos reais, pela posse ininterrupta durante determinado prazo sob as condições legais que lhe são inerentes”.

4.1 Requisitos gerais

Para que seja reconhecida a usucapião, necessário se faz a observância de alguns requisitos essenciais a esse instituto, quais sejam: posse com *animus domini*; posse mansa, pacífica e contínua; e posse justa, e ainda o que regula o art. 1.242¹⁵, que acrescentou o justo título e a boa-fé.

É, portanto, o possuidor competente para a ação de usucapião; como nos mostra Arnaldo Rizzardo (2011, p. 258):

¹⁵ Art. 1.242 – “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Complementa o parágrafo único: “A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para a transcrição no Registro de Imóveis”. Justifica-se a disposição para ensejar a utilização deste instituto como meio de defesa, nas ações petitórias, impedindo a perda da posse por aquele que a exerce.

Diz-se da posse mansa aquela sem oposição, que não tenha sido contestada em juízo, do mesmo modo a pacífica; porém a continuada ou contínua, é aquela sem interrupção, ou seja, sem lapso temporal (que dentro daquele período se exerceu a posse). A posse justa é aquela sem violência. Pra que se obtenha a posse de boa-fé, o possuidor deve ignorar os vícios, ou os obstáculos que lhes impede de adquirir a coisa/bem. Ao contrário dá de boa-fé, dá-se a de má-fé, que é quando o possuidor é conhecedor dos vícios e obstáculos que o impedem de adquirir o bem.

4.2 Espécies de usucapião

Dentro do instituto da usucapião existem várias espécies, porém, concernente à legislação brasileira temos: A usucapião extraordinária; a ordinária; a especial, esta que se subdivide em urbana e rural; e a mais nova integrante tema do referido estudo, a usucapião familiar. A seguir, iremos abordar cada uma delas para uma melhor compreensão, visto que cada uma tem as suas peculiaridades.

No tocante à usucapião extraordinária, ela está prevista no art. 1.238¹⁶ do CC/02, e é uma das modalidades pela qual se adquire a propriedade. É ela talvez a mais comum, ou mais utilizada, também conhecida como a quinquenária. Para que seja possível usucapir pelo modo extraordinário, faz-se necessário que o possuidor tenha o *animus domini*; que a posse seja contínua, sem interrupção, de forma justa e com prazo de 15 (quinze) anos.

A posse com *animus domini* é aquela que a pessoa que está na posse a exerce em nome próprio, visto que a intenção de ser dono é própria desse instituto. Existe, portanto, uma presunção absoluta de justo título e boa-fé, em razão da usucapião extraordinária, esta independe de boa-fé ou má-fé, não sendo necessária sua demonstração em juízo.

¹⁶ Art. 1.238 do CC/02 – “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 Imóveis”.

De acordo com o código civil, é justa a posse que não se reveste de vícios e sem oposição. Nota-se, todavia, algumas nuances sobre os demais requisitos, a saber: que afasta a prova por intermédio do justo título e da boa-fé, pois esta se entende presumida. Há ainda o lapso temporal, que é de 15 (quinze) anos ininterruptos.

Nesse sentido, o legislador abriu a possibilidade de redução desse prazo quando usado para habitação regular, que passa de 15 (quinze) anos, para 10 (dez) anos; ou nos casos de exercer atividade produtiva. Desse modo, o prazo será contado da posse, devendo perfazer o lapso necessário à propositura da ação, e que, para ser reconhecida, dependerá de uma sentença declaratória¹⁷.

Conforme preconiza Arnaldo Rizzardo (2011, p. 267), “como a sentença é declaratória, limita-se a declarar uma situação jurídica preexistente e valendo como título hábil à transcrição. Cuida-se de uma sentença declaratória mandamental”. Sendo, portanto, seu efeito retroativo, ou seja, desde o momento inicial da posse (RIZZARDO, 2011), dando-lhe o direito de registrar o imóvel no Cartório de Registro de Imóveis.

A esse respeito, Natal Nader (1989 apud RIZZARDO, 2011, p.293) acrescenta:

O registro não é aquisição, mas tem várias finalidades: 1. Tornar pública a aquisição do domínio, de modo que a sentença tenha efeito *erga omnis* e não apenas entre aqueles que integram a lide; 2. Evitar solução de continuidade no Registro de Imóveis, provando a propriedade do adquirente e permitindo que este tenha a livre disposição do bem, alienando-o ou hipotecando-o.

Tem esta a finalidade de fortalecer uma situação fática, legalizando-se e transferindo-se para a propriedade (RIZZARDO, 2013). Ademais, para que se configure a usucapião ordinária é necessário ter o possuidor o *animus*, ser a posse mansa, pacífica e contínua, ser objeto hábil e pelo lapso temporal de 10 (dez) anos. Porém, existem algumas peculiaridades inerentes a esse tipo de usucapião, que é a necessidade de ter o possuidor o justo título¹⁸ e a boa-fé¹⁹, não exigidos no extraordinário.

Desse modo, para que o possuidor ajuíze uma ação de usucapião no modo ordinário, necessário se faz que a boa-fé exista do início ao fim do prazo prescricional.

¹⁷ Art. 941 do CPC – “Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial”.

¹⁸ O justo título é caracterizado por documento apto a transferir a propriedade, porém, não mais produzirá efeito, uma vez que o transmitente não é mais o dono da coisa ou bem.

¹⁹ Para se configurar a boa-fé, leva-se em conta que o sujeito acredita, de forma subjetiva, ou seja, tem ele certeza de ser o verdadeiro possuidor.

Entendem-se por objeto hábil, inicialmente, todos os bens imóveis ou móveis aptos à aquisição, excluindo-se, nesse caso, as coisas incorpóreas, os que não se encontrem no mercado e as coisas acessórias, tais como: o solo, os frutos etc.

A usucapião rural que se encontra no art. 1.239²⁰ do CC, bem como a Constituição Federal/88, em seu art. 191²¹. Também é conhecida como *pro labore* ou agrária. Para que se configure essa forma de usucapir, é necessária a existência do *animus domini*, o lapso temporal, de 5(cinco) anos, e que não seja em área superior a 50 (cinquenta) hectares; tendo ainda a obrigatoriedade da moradia, com posse de forma contínua, sendo o objeto trabalhado pela família tornando-se produtivo.

À usucapião especial urbana compete um caráter especialmente social, ressaltando que é também nova em nosso ordenamento, não sendo requisito, nesse caso, o justo título e a boa-fé. Será também considerada como requisito a posse mansa, pacífica e contínua exercida pelo lapso temporal de 5 (cinco) anos ininterruptos e sem oposição. Ademais, inovou com referência à metragem, visto que a única que trazia em seu texto a metragem era a posse rural. Desse modo, a especial Urbano exige como metragem uma área com 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel, seja urbano seja rural, e que utilize como moradia sua ou de seus familiares; aspectos, portanto, distintos da usucapião extraordinária.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo (2011, p. 295), em suas sábias palavras, declara que:

[...] o título de domínio e a concessão de uso assistem não somente às pessoas entre si, ou solteiras – tanto o homem como a mulher – mas igualmente aos componentes de uniões estáveis, formadoras de um conjunto familiar, o que não é novidade. Em verdade, a quaisquer pessoas, sejam casadas ou unidas entre si por um vínculo de fato, nunca se impediu que exercessem o direito ao reconhecimento do domínio da forma que pretendessem.

Por conseguinte, para se configurar a posse por usucapião especial urbano, é exigido como as demais que seja declarada por sentença, que deverá ser levada ao Cartório de

²⁰ Art. 1.239 do CC – “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-se produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

²¹ Art. 191 da CF – “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

Registro de Imóveis para sua transcrição e não poderá ser efetuada por mais de uma vez a mesma pessoa.

5 USUCAPIÃO FAMILIAR

A usucapião familiar, ou por abandono do lar, é a mais nova modalidade de usucapião, surgiu por meio da Lei 12.424/2011 que regula o Programa Federal Minha Casa Minha Vida, e está disciplinada no art. 1.240-A do CC²². Inicialmente, de um modo geral, teve o legislador, ao formular a Lei, boa intenção, mas, mal sabia ele o problema que seria suscitado. Não obstante, tem esta um cunho protetivo (CHALHUB, 2014, p. 90).

Esse instituto, que passamos a analisar, traz algumas similitudes com a usucapião urbana, disciplinada no art. 1.240²³ do CC, e já analisada no tópico antecedente, e disposta também na Constituição Federal em seu art. 183²⁴. Necessário se faz, portanto, saber onde se encaixa a usucapião familiar, se no modo originário se no derivado. Destarte torna-se salutar saber distinguir uma da outra, para que seja afastado todo e qualquer problema.

Nessa perspectiva, podemos dizer que a aquisição originária é aquela em que não houve a necessidade de ser transmitida por outrem, por ser ela um direito subjetivo. Já a aquisição derivada necessita de um título anterior de alguém. Ou seja, se houver dependência, se a situação jurídica é anterior à condição *sine qua non* (indispensável) para a aquisição, ela será derivada. No momento, não há o que falar nessa dependência quanto à usucapião, nem tampouco na usucapião familiar.

Concernente às modalidades de usucapiões, elas possuem suas peculiaridades, distinguindo-se, assim, da usucapião familiar, visto que elas possuem rito especial, porém a usucapião familiar não se submete a esse rito, uma vez que autor e réu são coproprietários e não têm qualquer possibilidade que interesse de terceiro seja afrontado. Todavia, para que se configure a usucapião familiar deve ser observado o fator preponderante da norma, qual seja o

²² Art. 1.240-A do CC – “Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptos e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrado) 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”.

²³ Art. 1.240 do CC – “Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

²⁴ Art. 183 da CF – “Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

abandono do lar por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiro, independentemente de ser uma relação de casamento ou união estável²⁵.

Desse modo, leva-se a crer que o cônjuge que abandonou o lar, ou que foi “culpado” pela dissolução do matrimônio sofrerá uma penalidade devido ao seu abandono, isto é, perderá a sua quota-parte a que tem direito no imóvel; que seria objeto de futura partilha. Ou seja, perderá o direito à propriedade, desse modo, cedendo o direito ao outro usucapir o bem. Nesse sentido, segundo preleciona Heidy C. Boaventura Siqueira, “[...] a expressão²⁶ “ex-cônjuge” e “ex-companheiro” refere-se ao fim do casamento ou união estável, seja de fato (simples saída do lar) ou de direito (sentença ou escritura pública de divórcio ou dissolução de união estável ou medida cautelar de separação de corpus)”.

Para uma melhor compreensão, analisaremos os requisitos configuradores desse instituto, a saber: exercer por 2 (dois) anos ininterruptos e sem oposição a posse; o imóvel deve estar localizado em área urbana, e não ser superior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados); e ser a propriedade comum aos cônjuges.

Insta salientar, todavia, que essa modalidade não engloba as famílias de baixa renda que residam em área rural. Destarte fez o legislador desarrazoada distinção entre pessoas e a localização do seu domicílio, ferindo sobremodo o princípio da igualdade.

Maria Berenice Dias (Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?)²⁷, em seu posicionamento, de forma crítica, explana sobre o assunto, tendo em vista a importância e as polêmicas trazidas por esse instituto, pois, para que se configure a posse, um dos requisitos é o *animus domini*, e dessa forma aduz ela:

Para atribuir a titularidade do domínio a quem tem a posse, sempre houve a necessidade de identificar sua natureza. Ou seja, para adquirir a propriedade o possuidor precisa provar o *animus domini*, isto é, que exerce a posse como se dono fosse. No entanto, nesse novo usucapião, o que se perquire é a causa de um dos cônjuges ou companheiro ter se afastado da moradia comum. Deste modo, se houve abandono do lar, o que lá permanece torna-se proprietário exclusivo, (Maria Berenice).

Já concernente à posse aqui citada, esta deve ser exercida pelo período de 2 (dois) anos após o abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro. Essa posse, entretanto, deve

²⁵ Enunciado 500 da V Jornada de Direito Civil: “A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do CC/02 pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas”.

²⁶ Enunciado 501 da V Jornada de Direito Civil: “As expressões ‘ex-cônjuge’ e ‘ex-companheiro’, contidas no art. 1.240-A do CC/02 correspondem à situação fática de separação, independentemente do divórcio”.

²⁷ Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa? – Disponível em: <www.mbdias.com.br> e <www.mariaberenice.com.br>.

se configurar exclusiva do (ex)cônjuge ou (ex)companheiro que continuou no lar. Ademais, ao adentrarmos na esfera do tão polêmico “abandono” do lar, que é um dos requisitos configuradores dessa modalidade de usucapião, percebe-se que o assunto ainda tem muito a ser discutido e analisado.

Portanto, necessário se faz que o abandono do lar esteja caracterizado por atitudes, sejam comissivas sejam omissivas, que demonstrem de fato o rompimento da vida conjugal²⁸. Consequentemente, também não se configurará abandono do lar, mesmo que este não tenha ajuizado ação de divórcio, se o ex-cônjuge ou ex-companheiro continua pagando, por exemplo, o IPTU, entre outras taxas.

Sob esse prisma, Cristiano Chaves de Farias²⁹ (2011, p.) acrescenta: “Funda-se, pois, na separação de fato como fator suficiente para comprovar a cessação da afetividade e, por conseguinte, da base de sustentação do casamento ou união estável”.

Para Farias (2011, p. 126), a norma colabora, ou seja, incentiva a regularização das pendências conjugais, a saber:

Enfim, a pretensão normativa é mais simbólica do que concreta. Não se podendo incentivar o requerimento da usucapião, mas, ao contrário disso, colaborar para que as pessoas que se separam faticamente regulamentem, em definitivo, a sua situação, evitando deixar pendências jurídicas, econômicas e sociais – para além das pendências afetivas que foram deixadas pela erosão afetiva.

Dessa forma, portanto, abre vazão para que surjam vários questionamentos, tais como: o que viria a ser o abandono do lar? E se quem abandonou tiver sofrido violência ou for expulso do lar? Fazendo surgir outros problemas a ser resolvidos pelo judiciário. Desse modo, salutar se faz mencionar o que seria a culpa.

Segundo Maria Berenice Dias³⁰

A perquirição da culpa, além de ser de todo impertinente, tem sequelas perversas. Evidencia que o interesse do legislador é simplesmente a manutenção dos sagrados laços do matrimônio, punindo quem dele quer se afastar. O culpado perde a própria identidade, pois o uso do nome depende da benemerência do inocente (art. 1.578 do CC/02). Ainda que não mais seja condenado a morrer de fome, o responsável pela separação irá receber

²⁸ Farias, Cristiano Chaves de – Radiografia do novo Usucapião Especial Conjugal (Por abandono de lar): Dissecando a aquisição originária da meação sobre o imóvel comum do casal.

²⁹ Farias, Cristiano Chaves de – Radiografia do novo Usucapião Especial Conjugal (Por abandono de lar): Dissecando a aquisição originária da meação sobre o imóvel comum do casal.

³⁰ Culpado ou inocente? – Maria Berenice Dias – Disponível em: <www.mbdias.com.br>.

alimentos tão-só para assegurar a sobrevivência (art.1.704, parágrafo único do CC/02).

Sendo, portanto, esse fato extinto pela emenda 66/2010, que também alterou o art. 226, § 6º³¹ da Constituição Federal, não havendo a necessidade de processo prévio ou de ser comprovada a separação de fato, passou o divórcio a ser aplicado imediatamente.

Diante do cenário nacional, percebe-se que esse instituto tem ganhado força, visto ter seu caráter valorado na função social da propriedade e na satisfação da população. Assim, o Código condiciona o instituto com a função social exposta na Constituição Federal.

A lei foi criada como medida protetiva, ou seja, com o intuito de garantir o direito à moradia. No entanto, essa lei, para alguns doutrinadores, tais como Maria Berenice, é nada mais nada menos que um retrocesso, visto que, segundo ela, ressuscitou problemas que já haviam sido sepultados, a saber: a culpa, pois no momento em que um dos cônjuges deixa o lar, o imóvel em que residia que foi adquirido por esforço comum, torna-se uma espécie de punição³² para esse cônjuge.

Isso se torna um verdadeiro entrave diante dos conflitos familiares, fazendo, dessa forma, ressurgir a culpa, desrespeitando sobremodo o princípio da liberdade, violando, ainda, a intimidade do casal, ou seja, deixando implícitos os motivos pelos quais acabou a relação; e que, do ponto de vista da doutrinadora, só cabe aos cônjuges saber, e não ao judiciário.

Observa-se, portanto, que a usucapião familiar admite prévia relação jurídica de copropriedade sobre o que vai ser adquirido por usucapião e o que vai se perder em razão dela (CASSETTARI, 2013). Ademais, a finalidade da norma contida no art. 1.240-A, segundo Cristiano Cassettari (2013, p. 463) é “estabilizar a situação jurídica daquele que remanesceu no imóvel, e não lhe conferir patrimônio imobiliário, do qual já é titular”.

Outra posição favorável à nova modalidade é a do doutrinador Flávio Tartuce, que segue a corrente dos favoráveis ao novo instituto, acreditando que a norma foi de grande significado e avanço. Nesse sentido, Tartuce afirma:

A nova categoria merece elogios, por tentar resolver inúmeras situações que surgem na prática. É comum que o cônjuge que tome a iniciativa pelo fim do relacionamento abandone o lar, deixando para trás o domínio do imóvel comum. Como geralmente o ex-consorte não pretende abrir mão

³¹ Art. 226, da CF – “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

§6º - “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

³² Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa? Maria Berenice – Disponível em: <www.mbdias.com.br>.

expressamente do bem, por meio da renúncia a propriedade, a nova usucapião acaba sendo a solução. Consigne que em havendo disputa, judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizado a posse *ad usucapionem*, não sendo o caso de subsunção do preceito. Eventualmente, o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar pode notificar o ex-consorte anualmente, a fim de demonstrar o impasse relativo ao bem, afastando o cômputo do prazo.

Para ele, é mais um avanço com grande abrangência social, e que veio para tentar estimular as partes a realizarem o divórcio, evitando que a situação de abandono se prolongue no tempo, visto que a tendência do mundo contemporâneo é a rapidez das decisões.

A esse respeito, em nosso ordenamento jurídico existem vários posicionamentos acerca da matéria, muito embora seja um tema relativamente novo, observamos, todavia vários julgados em diversos Estados brasileiros que envolvem essa problemática, apresentando, por sua vez, posicionamentos diferenciados, dos quais transcreveremos alguns a título de exemplificação.

Em importante julgado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal³³, afastou a possibilidade de aplicação da usucapião familiar ao argumento de que a separação de fato, realizada de comum acordo não configura abandono do lar.

³³ DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO LITIGIOSO. BEM IMÓVEL. USUCAPIÃO ESPECIAL POR ABANDONO DO LAR (ARTIGO 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL). USUCAPIÃO FAMILIAR OU PRÓ-FAMÍLIA. REQUISITOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. BENS. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. ESFORÇO COMUM. PRESUNÇÃO LEGAL INERENTE AO REGIME DE BENS. PREVALÊNCIA (CC, ARTS. 1.658 E 1.660, I). DÍVIDAS. ASSUNÇÃO NA CONSTÂNCIA DO VÍNCULO. RATEIO. RESOLUÇÃO INERENTE AO REGIME DE BENS. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INTERPRETAÇÃO. MODULAÇÃO LEGAL. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. SENTENÇA MANTIDA. 1. A SENTENÇA QUE EXAMINA DE FORMA CRÍTICA E ANALÍTICA TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS, RESULTANDO DA FUNDAMENTAÇÃO QUE ALINHARA O DESATE AO QUAL CHEGARA COM ESTRITA OBSERVÂNCIA DAS BALIZAS IMPOSTAS À LIDE PELO PEDIDO, SATISFAZ, COM LOUVOR, A EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-RACIONAL QUE LHE ESTAVA DEBITADA COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE PERSUASÃO RACIONAL INCORPORADO PELO LEGISLADOR PROCESSUAL E À INDISPENSABILIDADE DE RESOLVER ESTRITAMENTE A CAUSA POSTA EM JUÍZO, NÃO PADECENDO DE VÍCIO DE NULIDADE DERIVADO DE CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, NOTADAMENTE PORQUE NÃO HÁ COMO SE AMALGAMAR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO COM FUNDAMENTAÇÃO DISSONANTE DA ALINHADA PELA PARTE INSATISFEITA COM O DECIDIDO (CF, ART. 93, INC. IX). 2. O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ, CONQUANTO VIGORANTE NO PROCESSO CIVIL E REVESTIDO DE PRAGMATISMO, POIS DERIVADO DA CONSTATAÇÃO DE QUE O JUIZ QUE COLHERA A PROVA, TENDO MANTIDO CONTATO COM AS PARTES E AFERIDO PESSOALMENTE IMPRESSÕES QUE EXTRAPOLAM O CONSIGNADO NOS TERMOS PROCESSUAIS, RESTA PROVIDO DE ELEMENTOS APTOS A SUBSIDIAREM A ELUCIDAÇÃO DA LIDE, DEVE SER INTERPRETADO DE FORMA TEMPERADA E EM CONSONÂNCIA COM A DINÂMICA PROCEDIMENTAL, QUE É DESENVOLVIDA NO INTERESSE DAS PARTES E SOB MÉTODO

Já o Tribunal do Rio Grande do Sul³⁴, reconheceu a usucapião familiar em favor do cônjuge que foi abandonado pelo outro e permaneceu por mais de 20(vinte) anos residindo somente com os filhos no imóvel do casal.

Quanto à questão da (in)constitucionalidade, a grande discussão diz respeito se é ou não o instituto constitucional. Essa discussão dá-se devido à usucapião familiar ter surgido de uma Medida Provisória, ou seja, criada e editada em caráter de urgência e relevância. Por ser de competência da Presidência da República, encontra-se amparada no art. 62 da CF e seu

REVESTIDO DE RACIONALIDADE E LOGICIDADE. 3. O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ, DE ACORDO COM O DISPOSITIVO QUE O IMPRECARA NO SISTEMA PROCESSUAL, É MODULADO DE CONFORMIDADE COM A PREMISSA DE QUE A VINCULAÇÃO SOMENTE PERDURA EM PERMANECENDO O JUIZ QUE PRESIDIRA A AUDIÊNCIA, COLETARA PROVAS E ENCERRA A INSTRUÇÃO EM EXERCÍCIO NO JUÍZO NO QUAL TRANSITA A AÇÃO, RESULTANDO QUE, EM HAVENDO SEU AFASTAMENTO DAS ATIVIDADES JURISDICIONAIS OU DO JUÍZO NO QUAL TRANSITA A LIDE, POR QUALQUER MOTIVO, A VINCULAÇÃO CESSA, POIS O PROCESSO, ACIMA DE TUDO, É CONDUZIDO DE FORMA IMPESSOAL E NO INTERESSE DAS PARTES, NÃO DO ÓRGÃO JUDICIAL (CPC, ART. 132). 4. O RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR, PREVISTA NO ARTIGO 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL - USUCAPIÃO FAMILIAR OU PRÓ-FAMÍLIA -, ENSEJANDO QUE IMÓVEL COMUM PASSE AO DOMÍNIO EXCLUSIVO DE UM DOS CÔNJUGES À MARGEM DO REGIME DE BENS QUE NORTEARA O CASAMENTO, TEM COMO PREMISSA O ANIMUS ABANDONANDI DO CÔNJUGE QUE DEIXA O IMÓVEL NO QUAL ESTAVA ESTABELECIDO O LAR CONJUGAL, DETERMINANDO QUE O CONSORTE QUE NELE PERMANECERA ASSUMISSE OS ENCARGOS GERADOS PELA COISA E PELA FAMÍLIA, NÃO SATISFAZENDO ESSA PREMISSA A SEPARAÇÃO DE FATO REALIZADA DE COMUM ACORDO, CONQUANTO TENHA RESULTANDO NA SAÍDA DO VARÃO DO LAR CONJUGAL E A PERMANÊNCIA DA CÔNJUGE VIRAGO NO IMÓVEL COMUM. 5. SOB A REGULAÇÃO LEGAL, O CASAMENTO REALIZADO SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS RESULTA NA PRESUNÇÃO DE QUE OS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO VÍNCULO A TÍTULO ONEROSO E AS DÍVIDAS CONTRAÍDAS NA CONSTÂNCIA DO VÍNCULO EM FAVOR DA FAMÍLIA COMUNICAM-SE, PASSANDO A INTEGRAR O ACERVO COMUM, DEVENDO SER RATEADOS NA HIPÓTESE DE DISSOLUÇÃO DO RELACIONAMENTO CONJUGAL, OBSERVADAS AS EXCEÇÕES ESTABELECIDAS PELO PRÓPRIO LEGISLADOR À PRESUNÇÃO LEGAL EMOLDURADA COMO FORMA DE SER PRESERVADO O ALCANCE DO REGIME PATRIMONIAL ELEITO (CC. ARTS. 1.658, 1.659, II, E 1.660, I). 6. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. UNÂNIME. (TJ-DF - APC: 20130110055596 DF 0001688-71.2013.8.07.0001, Relator: TEÓFILO CAETANO, Data de Julgamento: 07/11/2013, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 29/11/2013 . Pág.: 84).

³⁴ APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA E AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. USUCAPIÃO ESPECIAL POR ABANDONO FAMILIAR. RECONHECIMENTO. Ainda que a apelante não tenha tido vista de documentos juntados pelo apelado, não se verifica nisso cerceamento de defesa se os documentos em questão não são acolhidos pela sentença para decidir contra a apelante. Na hipótese, da falta de intimação sobre a juntada dos documentos não resultou nenhum prejuízo para a apelante. E sem prejuízo não há nulidade. Não há falar que a sentença padeça de ausência de prestação jurisdicional por não ter tratado de questão suscitada pela apelante apenas depois da prolatação da sentença. Caso de réu/apelado que abandonou o lar e a família há mais de 20 anos atrás, deixando a ré/apelante residindo sozinha com os filhos comuns por todo esse tempo. Tratando-se de imóvel com área inferior ao limite legal, reconhece-se o direito à usucapião especial por abandono do lar. Inteligência do art. 1.240-A, do CCB. REJEITADAS AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70058681693, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 10/04/2014).

(TJ-RS - AC: 70058681693 RS , Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 10/04/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/04/2014).

parágrafo único, sendo encaminhada ao Congresso Nacional onde será analisada com interstício de 30 dias a partir da sua publicação, para ser convertida em lei.

Consequentemente, compete ao Congresso Nacional e ao Supremo Tribunal Federal o controle preventivo e o repressivo no tocante à matéria.

A discussão a respeito da inconstitucionalidade da usucapião familiar é exatamente, ter sido ela introduzida em nosso ordenamento jurídico mediante medida provisória, tendo sido inicialmente criada para regular, proteger o Programa Federal Minha Casa Minha Vida, residindo aí, parte da discussão, sendo acompanhada pelos dispositivos do “abandono” do lar, bem como da volta da “culpa”.

Não obstante, fere também alguns princípios constitucionais, tais como: o princípio da igualdade, entre outros. Porém, insta salientar que, se para alguns doutrinadores, como, exemplo, Cristiano Cassettari (2013), fere esse princípio; para outros, como, Luiz Edson Fachin (2011), não fere.

O instituto protege o direito à moradia da pessoa que ficou no imóvel. Trata-se de uma escolha que visa proteger o mínimo existencial daquele que, materialmente, pouco ou nada mais possui, ainda que isso se dê em detrimento da hipótese abstrata de tutela à propriedade daquele que abandonou o lar.

Assim, assegura segurança jurídica material àquele que permaneceu no imóvel, visto ter sido abandonado não apenas financeira como moralmente.

Para que a inconstitucionalidade seja afastada, necessário se faz o estudo de alguns dispositivos dessa lei, como a tentativa de minorar sua problemática. Vejamos, pois, o termo “posse direta”, que é quando o possuidor possui a coisa, porém, temporariamente, o que não é o caso desse instituto, devendo, portanto, fazer referência apenas à posse, sem utilizar o termo “direta”. Outro questionamento diz respeito ao “abandono” do lar, suscitando a inconstitucionalidade, visto ter sido a culpa revogada do nosso Código Civil em 2009. Sendo, contudo, o abandono aqui descrito interpretado apenas como o rompimento da relação conjugal, ou seja, do matrimônio.

A esse respeito, sabidamente descreve Luiz E. Fachin (2011) que:

Impede ressaltar que quando o artigo trata de imóvel “cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar” ele se

refere à propriedade em sentido amplo, de modo que não é necessário que o imóvel seja de titularidade do usucapiente, o que seria um dissenso, podendo, por exemplo, incidir o pedido de usucapião sobre bem advindo de herança ainda que o regime de bens entre os cônjuges seja o de separação total. Por fim, destaque-se que a novel modalidade não implica alteração do regime de bens, já que se trata de aquisição originária da propriedade.

Portanto, o novo dispositivo, nada obsta de ser aceito, visto que respeita os pressupostos constitucionais na sua estruturação.

6 CONCLUSÃO

A nova modalidade que entrou em vigor no nosso ordenamento pátrio na data de sua publicação, ou seja, em 16 de junho de 2011, foi e ainda é, para alguns doutrinadores, duramente criticada devido às várias falhas técnicas e imprecisões textuais demonstradas no tópico anterior, deixando margem para discussão, fazendo surgir diversas dúvidas nos operadores do direito; portanto, deve ser ela analisada com cautela, caso a caso, para que não ocorram injustiças.

Ademais, a situação é nova para o nosso ordenamento jurídico, consequentemente, faz-se necessária uma maior maturação sobre o tema, para que na medida em que forem sendo aplicadas ao caso concreto, melhores soluções sejam encontradas. Não obstante, a inovação é de suma importância, tanto para a sociedade como para o direito civil, especificamente para o direito das coisas, bem como para o direito de família.

Por conseguinte, nota-se que o legislador, em seu intento, buscou, ao criar a norma, otimizar a partilha que, na maioria das vezes, arrasta-se por anos, fazendo com que o outro que deixou o lar busque de imediato o que é seu por direito, sob pena de perder a sua quota parte. Essa foi, então, uma forma de solucionar um problema social relacionado com a moradia, o que fez surgir várias problemáticas a respeito do tema, abarcando todos os aspectos.

Notadamente, a nova modalidade não é uma sanção para aquele que sai do lar, mas apenas uma forma de consolidação daquele que continuou nele. O que se pretende, portanto, é que no momento em que houver a separação de fato seja ajuizada de pronto a ação de divórcio, para que o outro cônjuge não incorra em perda do bem e, consequentemente, interrompa-se a contagem do prazo prescricional.

Logo, este trabalho buscou mostrar alguns efeitos advindos dessa norma, referentes à sua aplicação. Nessa perspectiva, nota-se um grande avanço social devido ao

mundo atual necessitar de respostas rápidas, porém, de forma pensada. Certamente, a questão em tela ainda necessita de muitos esclarecimentos, que só o tempo, o estudo dos casos concretos e o amadurecimento do tema trarão. Insta, todavia, aos intérpretes, doutrinadores, juristas, advogados etc. debruçarem-se sobre o assunto em busca de afastar qualquer dúvida acerca dessa problemática.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Lei 10.406, de Janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro, 2002.

CASSETTARI, Cristiano. *10 Anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002. Usucapião Familiar: Primeiras Impressões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. **Direitos Reais**. 2ª edição. Paraná-PR. Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. **Direitos Reais** 7ª edição. Editora Lamen Juris.

DINIZ, Maria Helena. **Direito das coisas**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Culpado ou inocente?** Disponível em: <www.mbdias.com.br>. Acesso em: 2 jun. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Disponível em: <www.mbdias.com.br>. Acesso em: 2 jun. 2014.

DICIONÁRIO On line de Português. Disponível em: <www.mbdias.com.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos Reais*. 7ª edição. São Paulo: Editora Lamen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Radiografia do novo usucapião conjugal (por abandono do lar): dissecando a aquisição originária da meação sobre o imóvel comum do casal**.

FACHIN, Luiz Edson. **A constitucionalidade da Usucapião Familiar do artigo 1.240-A do Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>

Jurisprudência, <http://www.jusbrasil.com.br/>

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2013.

SIQURIRA, Heidy Cristina Boaventura. **Usucapião especial urbano por abandono de lar: comentários ao artigo 1.240-A do Código Civil Brasileiro.**

<http://www.conteudojuridico.com.br> Montes Claros-MG.

TARTUCE, Flávio. **A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal**. In: Revista IOB de direito de família. v. 14, n. 71. São Paulo: abril/maio, 2012, p. 16-17.