

A USUCAPIÃO FAMILIAR DIANTE DAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO INSTITUTO NO BRASIL: PRIMEIRO QUARTEL DO SÉCULO XXI

THE FAMILY ADVERSE POSSESSION FACING THE
MAIN INNOVATIONS OF THE INSTITUTE IN BRAZIL:
FIRST QUARTER OF THE 21ST CENTURY

LA USUCAPIÓN FAMILIAR ANTE LAS PRINCIPALES
INNOVACIONES DEL INSTITUTO EN BRASIL: PRIMER
CUARTO DEL SIGLO 21

No concernente ao uso, o homem não deve possuir os bens exteriores como próprios, mas como comuns, de tal forma que facilmente os comunique nas necessidades dos outros. (Santo Tomás).

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Breve resenha histórica do instituto da usucapião; 2. A usucapião e a legislação vigente; 3. Usucapião familiar e a efetivação do seu caráter social; 3.1. Breves considerações sobre algumas questões teóricas que perpassam a interpretação da codificação do Direito Privado brasileiro; Considerações Finais; Referências.

RESUMO:

O presente artigo faz parte das pesquisas desenvolvidas junto ao Grupo de Estudo e Pesquisa de Direito de Família e Sucessões, devidamente cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil “Lattes” e certificado pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e visa reexaminar as principais questões que perpassam o instituto

Como citar este artigo:
RIVA, Léia. Usucapião familiar diante das principais inovações do instituto no Brasil: primeiro quartel do século XXI. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 36, 2022, p. 375-394

Data da submissão:
14/07/2020
Data da aprovação:
26/04/2022

jurídico da usucapião de bens imóveis, com ênfase na usucapião familiar, a fim de demonstrar a construção e a interpretação doutrinária e jurisprudencial que delineiam *in casu* o atual panorama jurídico nesse primeiro quartel do século XXI. O procedimento metodológico constitui-se de pesquisa bibliográfica e documental e da análise interpretativa. O levantamento permitiu propor uma reflexão sobre os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial que delineiam o instituto da usucapião familiar, de acordo com a interpretação do atual panorama jurídico nesse primeiro quartel do século XXI. Diante dessa reflexão é possível assegurar que tanto a inclusão no ordenamento jurídico quanto a interpretação do instituto da usucapião familiar, por se encontrarem de acordo com os novos preceitos normativos, atendem aos ditames da Constituição brasileira, principalmente, após 1988, e da atual codificação do Direito Privado.

ABSTRACT:

This article is part of the research developed with the Study and Research Group on Family Law and Succession, duly registered in the Directory of Research Groups in Brazil “Lattes” and certified by the State University of Mato Grosso do Sul and aims to re-examine the main issues that permeate the legal institute of adverse possession of real estate, with emphasis on family adverse possession, in order to demonstrate the construction and doctrinal and jurisprudential interpretation that outline *in casu* the current legal panorama in this first quarter of the 21st century. The methodological procedure consists of bibliographic and documentary research and interpretative analysis. The survey allowed us to propose a reflection on the doctrinal and jurisprudential positions that delineate the family adverse possession institute, according to the interpretation of the current legal panorama in this first quarter of the 21st century. In view of this reflection, it is possible to ensure that both the inclusion in the legal system and the interpretation of the family adverse possession institute, because they are in accordance with the new normative precepts, meet the dictates of the Brazilian Constitution, especially after 1988, and the current codification of private law.

RESUMEN:

Este artículo es parte de la investigación desarrollada con el Grupo de Estudio e Investigación en Derecho de Familia y Sucesión, debidamente registrado en el Directorio de Grupos de Investigación en Brasil “Lattes” y certificado por la Universidad Estatal de Mato Grosso do Sul y tiene como objetivo reexaminar los principales temas que permean la usucapión de bienes raíces, con énfasis en la usucapión familiar, con el fin de demostrar la construcción y la interpretación doctrinal y jurisprudencial que *esbozan in casu el* panorama jurídico actual en este primer cuarto del siglo XXI. El procedimiento metodológico consiste en la investigación bibliográfica y documental y el análisis interpretativo. La encuesta permitió proponer una reflexión sobre las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que delinea el instituto de usucapión familiar, de acuerdo con la interpretación del panorama jurídico actual en este primer cuarto del siglo XXI. En vista de esta reflexión, es posible asegurar que tanto la inclusión en el ordenamiento jurídico como la interpretación del instituto de usucapión familiar, por estar de acuerdo con los nuevos preceptos normativos, cumplan con los dictados de la Constitución brasileña, especialmente después de 1988, y la actual codificación del derecho privado.

PALAVRAS-CHAVE:

Alterações; Usucapião; Usucapião familiar.

KEYWORDS:

Changes; Adverse Possession; Family adverse possession.

PALABRAS CLAVE:

Cambios; Usucapión; Usucapión familiar.

INTRODUÇÃO

O conhecimento dos diferentes institutos jurídicos tutelados pelo direito privado é fundamental para se compreender o direito posto e aplicado. Existem alguns institutos intimamente ligados a outros, e assim, tem-se regras de direitos reais que refletem no direito de família e influenciam-no. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da usucapião fami-

liar, cujas origens estão naquele direito e, por tutelar as relações familiares, com ênfase no cônjuge ou companheiro abandonado no seu lar, incidem no direito de família.

O presente artigo faz parte das pesquisas desenvolvidas junto ao Grupo de Estudo e Pesquisa de Direito de Família e Sucessões, devidamente, cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil “Lattes” e certificado pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e visa reexaminar as principais questões que perpassam o instituto jurídico da usucapião de bens imóveis, com ênfase na usucapião familiar, a fim de demonstrar a construção e a interpretação doutrinária e jurisprudencial que delineiam *in casu* o atual panorama jurídico nesse primeiro quartel do século XXI.

A escolha das questões examinadas, a partir do direito de propriedade, visa estabelecer um raciocínio coerente em torno da matéria em termos dos conceitos, dos elementos constitutivos e das diferentes espécies de usucapião previstas tanto na legislação constitucional como infraconstitucional brasileira.

O procedimento metodológico constitui-se de pesquisa bibliográfica e documental; a análise interpretativa fundar-se-á “na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”. (SEVERINO, 1979, p. 60-62; ECO, 2010, p. 42; MARCHI, 2009, p. 66).

Para a investigação, far-se-ão algumas considerações no que diz respeito ao instituto jurídico da usucapião segundo previsto no Direito Romano, no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002; em seguida, colacionar-se-ão alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o instituto da usucapião familiar. Ao final serão apresentados os resultados do presente estudo.

1. BREVE RESENHA HISTÓRICA DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO

Os romanos não definiram o direito de propriedade, tarefa que coube aos juristas a partir da Idade Média. (ALVES, 2000a, p. 281). A definição do direito de propriedade é complexa “em face às alterações por que passou a estrutura desse direito ao longo de uma evolução de mais de uma dezena de séculos”, durante os quais o conteúdo do direito de propriedade “se reduz ou se alarga em face, não só do regime político, mas também

das exigências econômico-sociais. (ALVES, 2000a, p. 282). Cretella Júnior (2006, p. 127, itálicos do autor) leciona que na concepção romana o direito de propriedade era visto como uma “potestade quase soberana e intangível” e Marky (2008, p. 65) instrui que quem detém a propriedade (*dominium, proprietas*) exerce “um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea”.

A propriedade pode ser adquirida de vários modos, entre os quais se encontra a usucapião (*usucapio*). Etimologicamente, “do latim *usucapio*, de *usucapere* (usucapir), exprime o modo de adquirir pelo uso, ou adquirir pela prescrição” (SILVA, 1982, p. 442, v. IV, itálicos do autor).¹ No direito romano o usucapião “é o modo de adquirir a propriedade, segundo as regras do *jus civile*, reservados aos cidadãos, mediante o preenchimento das seguintes condições: coisa suscetível de usucapião; posse contínua durante certo prazo; título jurídico que justifique a posse (*justus titulus ou justa causa*); boa-fé (*bona fides*) do possuidor”. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 160, itálicos do autor).

Alves (2000a, p. 2 e 311) comenta que o usucapião é um “instituto antiqüíssimo, anterior à Lei das XII Tábuas”, a qual previa que a posse prolongada, pelo cidadão romano, durante certo tempo, gerava o direito ao usucapião. O instituto sofreu várias mudanças, em relação a sua forma de constituição, aos objetivos e aos requisitos para a aquisição da propriedade, durante os períodos que marcaram história interna do Direito Romano: direito pré-clássico, clássico e pós-clássico.

No direito clássico, ao lado da usucapião surge um instituto semelhante à *longi temporis praescriptio*: “aquele como modo *iuris civilis* de aquisição de propriedade, utilizável apenas por cidadãos romanos, e tendo por objeto somente coisas suscetíveis de *dominium ex iure Quiritium*; esta, a princípio, aplicável apenas a imóveis provinciais e em favor de estrangeiros e romanos”. (ALVES, 2000a, p. 312, itálicos do autor). Acresce-se que o usucapião é um dos modos de aquisição “do *jus civile*, reservado aos cidadãos, tem como efeito o nascimento da propriedade quirítária sobre móveis e imóveis (terras romanas e itálicas). (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 160, itálicos do autor). A propriedade quirítária originava-se do “simples fato de alguém ter a coisa em seu poder por certo tempo e sob certas condições”. (MARKY, 2008, p. 69, itálicos do autor).

No direito pós-clássico, Constantino “por meio de um rescrito, in-

roduziu, no direito romano, uma forma especial de usucapião: a *longissimi temporis praescriptio* (que os intérpretes denominavam *usucapião extraordinário*). (ALVES, 2000a, p. 314, itálicos do autor). Justiniano, finalmente, remodelou o instituto e introduziu nessa matéria várias inovações: “Fundiu o usucapião e a *praescriptio longi temporis* e modificou essencialmente a *praescriptio longissimi temporis*”. (MARKY, 2008, p. 85, itálicos do autor).

Além de inúmeras aplicações, no âmbito do direito das coisas, os romanos concentravam o usucapião “no direito das pessoas, no caso do casamento pelo uso (*usus*), em que o marido adquire a *manus* sobre a mulher depois de com ela coabitar durante um ano ininterrupto” e no campo do direito das sucessões o usucapião “como no caso do *usucapio pro herede*, ou seja, aquisição da sucessão vacante por usucapião de um ano”. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 161, itálicos do autor).

Quanto ao *usucapio pro herede*, Alves (2000a, p. 314, itálicos do autor) informa que ela ocorria “quando alguém se apossava de uma herança no intervalo compreendido entre a morte do *de cuius* e a aceitação da herança pelo herdeiro, mantendo-se na posse por um ano, e adquirindo, assim, a qualidade de herdeiro”. E, no tocante ao *usus*, faz-se necessário ponderar que entre os romanos, o casamento legítimo, justas núpcias (*justae nuptiae*) ou matrimônio (*matrimonium*), contraído de acordo com o direito civil (*jure civile*), poderia ocorrer pela *confarreatio*, pela *coemptio* e pelo *usus*.

Explica Monteiro (1980, p. 12) que a primeira correspondia ao casamento religioso, reservado à classe patrícia, a segunda ao casamento civil, reservado à plebe e a última “a aquisição da mulher pela posse, equivalendo assim a uma espécie de usucapião”.

Para não ultrapassar os limites do trabalho proposto, limitar-nos-emos à última forma de matrimônio. “*Usus* é o casamento cuja *manus* se caracteriza depois da coabitação contínua do homem e da mulher durante um ano”. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 82, itálicos do autor). Segue o autor lecionando:

É como que a transposição do instituto do *usucapião* (ou aquisição da propriedade através de posse contínua e prolongada) para o âmbito do *direito de família*. O paralelismo é perfeito, porque, assim, como no *direito das coisas*, a interrupção da posse não efetiva o usucapião, aqui também, se a

mulher, decorrido um ano, abandona o domicílio conjugal durante três noites consecutivas (*usurpattio tricotii*), a *manus* não se caracteriza, não há casamento. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 82, itálicos do autor).

Como visto, o *usus* era o modo de aquisição da *manus* pela convivência de um homem com uma mulher, durante um ano, ininterruptamente. “Realizava-se, assim, um estado possessório que, automaticamente, fazia nascer esse poder marital, a não ser que, durante cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do domicílio conjugal, o que era conhecido como usurpação das três noites (*trinocitii usurpatio*)” (AZEVEDO, 2002, p. 46 e 49, itálicos do autor). O *usus* era um instituto muito antigo e “no tempo de Gaio (século II d.C.) já era simples reminiscência histórica”. (ALVES, 2000b, p. 274).

O Código Civil de 1916, arts. 550 a 553, fiel à tradição do direito romano e com fundamento na legislação comparada, previa as regras jurídicas sobre o usucapião. Esses artigos sofreram alterações pela Lei n. 2.437, 07.03.1955, durante a vigência do Código de 1916. Os requisitos do usucapião foram previstos no art. 551 do Código Civil de 1916: decurso do tempo, posse, coisa hábil, justo título e boa-fé. A legislação reconheceu três espécies de usucapião: o extraordinário, o ordinário e o especial (*pro-labore*). No próximo item, abordar-se-á o instituto da usucapião segundo a norma vigente.

2. A USUCAPIÃO E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXII e XXIII, além de garantir o direito de propriedade como um direito fundamental, ressaltou sua função social. O direito de propriedade se encontra intimamente ligado ao direito à moradia. O Código Civil de 2002, art. 1.228, também enfatiza a função social da propriedade e dispõe sobre os atributos do direito de propriedade.

O usucapião “é o instrumento originário mais eficaz para atribuir moradia” (VENOSA, 2005, p. 226), a qual está consagrada como direito social fundamental (art. 6º da Constituição Federal de 1988).

Ao comparar o atual direito de propriedade com o anterior o Professor das Arcadas, Carlos Alberto Dabus Maluf (2011, p. 73) explica: “Ao antigo absolutismo do direito, consubstanciado no famoso *jus utendi et*

abutendi, contrapõe-se, hoje, a socialização progressiva da propriedade – orientando-se pelo critério da utilidade social para maior e mais ampla proteção aos interesses e às necessidades comuns”. A usucapião, de certa forma, atende a função social da propriedade. (TARTUCE, 2017, p. 1.019).

No atual Código Civil o instituto da usucapião enquanto um modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais é tratado no Livro dos Direitos Reais, arts. 1.238 a 1.244. Algumas afirmações acerca da aquisição da propriedade pela usucapião remanesceram do antigo Código, tais como: a) o principal elemento dessa modalidade é a posse; b) é suscetível de prescrição aquisitiva todo e qualquer elemento objeto de posse, desde que não esteja fora do comércio nem seja bem público – embora haja controvérsias quanto às terras devolutas. Assim, tanto o domínio quanto a propriedade plena são passíveis de usucapião. “Também há outros direitos reais passíveis de aquisição como o domínio útil da enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, servidões etc. O usucapião também se aplica a semoventes e aos móveis em geral”. (VENOSA, 2005, p. 219).

No que diz respeito ao instituto, verifica-se que o conceito de usucapião ainda guarda semelhanças como o apresentado por Modestino (D. L. 41, tít. 3, lei 3), ou seja, “é a aquisição do domínio pela posse continuada, durante o tempo estabelecido pela lei” (*usucapio est adiectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti*). (AZEVEDO, 2019, p. 70); que a lei e a doutrina estabelecem os seguintes requisitos para a usucapião: coisa hábil (*res habilis*), justa causa (*iusta causa*), boa-fé (*bona fides*), posse (*possessio*) e tempo (*tempus*) e que, atualmente, as modalidades ou as espécies de usucapião de bens imóveis se encontram previstas no Texto Constitucional, no Código Civil de 2002 e na legislação especial.

De acordo com Diniz (2008, p. 153), das instituições jurídicas que surgiram no direito romano - uma “de caráter geral destinada a extinguir todas as ações” e a outra “um modo de adquirir, representado pela antiga usucapião. Ambas as instituições partiam do mesmo elemento: ação prolongada no tempo” formaram-se duas teorias sobre a usucapião: a monista e a dualista.

Essas teorias são explicadas pelos autores consultados, da seguinte

forma: Bevilaqua (1979, p. 1.032) entendeu, sob o prisma da teoria dualista, que o Código (1916) “denominou usucapião a prescrição aquisitiva, para evitar confusões, provenientes da identidade de certos cânones, que formam o tecido dos dois institutos: a prescrição propriamente dita ou liberatória e o usucapião ou prescrição aquisitiva”.

Esse posicionamento é contestado por Diniz (2008, p. 153-154) que, com base em vários autores e no Código Civil francês, defende a unicidade com o argumento de que a usucapião é “concomitantemente, uma energia criadora e extintiva. Extintiva porque redundante na perda da propriedade por parte daquele que dela se desobriga pelo decurso do tempo. Aquisitiva porque ele leva à apropriação da coisa pela posse prolongada. Ao passo que a prescrição é puramente extintiva”. Nesse sentido, Venosa (2005, p. 217) ressalta que entre nós é frequente “utilizar-se da expressão prescrição aquisitiva como sinônimo de usucapião”, mas que o “Código optou por tratar da prescrição extintiva na parte geral, disciplinando o usucapião no livro dos direitos reais, como forma de aquisição da propriedade, destinada a móveis e imóveis”.

Verifica-se, de acordo com o relato histórico, que o usucapião é a prescrição aquisitiva porque a “fluência de tempo é a determinadora da aquisição”. (SILVA, 1982, p. 442) e que, apesar das afirmações acima, grande parte da doutrina e da jurisprudência consultadas, com as quais se concorda, se reportam à usucapião como uma forma de prescrição aquisitiva da propriedade.

Atualmente, encontramos as seguintes modalidades ou espécies de usucapião e suas previsões legislativas – os pressupostos para a aquisição de cada uma delas não serão examinados, por desviarem-se dos objetivos propostos –: usucapião ordinária (art. 1.242, Código Civil/2002); usucapião extraordinária (art. 1.238, Código Civil/2002) e usucapião especial. A usucapião especial encontra-se subdividida em – usucapião especial constitucional rural – *pró-labore* (art. 191, *caput*, da Constituição Federal de 1988; art. 1.239, do Código Civil/2002 e Lei. n. 6.969/1981)²; usucapião especial constitucional urbana, *pró-misero* ou *pró-moradia* (art. 183 da Constituição Federal de 1988; art. 1.240 do Código Civil de 2002 e art. 9º da Lei 10.245/2001); usucapião urbana coletiva (art. 10 da Lei n. 10.257/2001); usucapião rural coletiva (art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil); usucapião indígena (art. 33 da Lei n. 6.001/1973) e usucapião fa-

miliar ou usucapião urbana por abandono do lar (Lei n. 12.424/2011; art. 1.241-A, do Código Civil de 2002) - esta será objeto de estudo a seguir.

3. USUCAPIÃO FAMILIAR E A EFETIVAÇÃO DO SEU CARÁTER SOCIAL

A Lei n. 12.424, de 16.06.2011 altera a Lei n. 11.977/2009, que dispõe sobre o Programa do Governo Federal ‘Minha Casa, Minha Vida’ (PMCMV) e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, acrescentou ao Código Civil vigente o art. 1.240-A para regulamentar uma nova modalidade de usucapião chamada familiar, 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 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.

§ 1^o O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

O novo instituto assemelha-se à usucapião especial urbana já prevista pela legislação vigente. (TARTUCE, 2017, p. 1.031). Ensina o Professor das Arcadas Álvaro Villaça Azevedo (2019, p. 74) que a nova espécie de usucapião é quase a mesma prevista no art. 183, da Constituição Federal de 1988, cujos requisitos “são os mesmos, objetivando o instituto a fixação do usucapiente no imóvel com sua família”, mas, que a causa é diversa, por tratar-se de “abandono do lar”, portanto, com o “abandono nasce a usucapião familiar”. Nesse sentido comenta que essa espécie de usucapião “traz semelhanças em relação à usucapião especial urbana que já estava prevista”.

O instituto da usucapião familiar, afirmam Carmona e Cardoso (2016, p. 83, *itálico dos autores*) tem suas peculiaridades com todas as espécies de usucapião, que são “a posse (*possessio*), a pessoa (*persona habilis*), a coisa (*res habilis*) e o tempo (*tempus*). Quanto ao reduzido prazo para a aquisição do domínio, dois anos ininterruptos, Tartuce (2017, p. 1.031) explica:

A principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo prescrito, entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos). Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisão com maior rapidez. (TARTUCE, 2017, p. 1.031).

Segundo Cagliano e Pamplona Filho (2018, p. 1.060-1.062), o direito disposto na Lei n. 12.424/2011 são consagradores da usucapião familiar³, pró-família ou por abandono do lar conjugal; “por tratar-se de modo originário de aquisição da propriedade, prevalece em face do próprio direito decorrente da meação”; para que ocorra a usucapião o abandono do lar deve ser voluntário e unilateral. Não será reconhecido caso decorra de abandono forçado, como por ordem judicial emanada da Lei Maria da Penha (Lei. n. 11.340/2006) ou de acordo ou ajuste entre os cônjuges ou companheiros e conforme texto de lei, somente poderá ser reconhecido ao possuidor uma única vez.

A nova espécie de usucapião familiar cuida do cônjuge ou companheiro abandonado de baixa renda, que não tem imóvel próprio urbano ou rural, sem cuidados e sem recursos, que permanece no imóvel. Portanto, o imóvel utilizado para a moradia familiar, que era dividido com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, passa a ser exclusivamente do que foi abandonado. (AZEVEDO, 2019, p. 74).

Os Enunciados da V Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2011, no Conselho da Justiça Federal, dispõem sobre a matéria comentada, com o seguinte teor:

- Enunciado 498 - A fluência do prazo de 2 anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011.
- Enunciado 500 - A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.
- Enunciado 501- As expressões ‘ex-cônjuge’ e ‘ex-companheiro’, contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspon-

dem à situação fática da separação, independentemente de divórcio.

- Enunciado 502 - O conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código (Enunciado 502 da V Jornada de Direito Civil).

Em novembro de 2015, na VII Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado 595, com o seguinte teor: “O requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável”.

Conforme se depreende dos Enunciados acima, os quais buscam facilitar a compreensão e a interpretação do Direito Civil sobre a matéria em comento, a usucapião familiar é instrumento necessário para garantir ampla possibilidade de aquisição da propriedade para a família ou a entidade familiar, inclusive a homossexual; a contagem do prazo se dá a partir do início da vigência da alteração legislativa, a usucapião familiar “tem relação direta com a proteção do direito adquirido, retirada do art. 5º, XXXVI, da Constituição e do art. 6º da Lei de Introdução”; para a aquisição basta a separação do casal, não se exige o divórcio nem a averiguação da culpa. Apenas o abandono voluntário e a “ausência da tutela da família” já são suficientes para dar posse do imóvel. (TARTUCE, 2017, p. 1.033).

O fato de o Enunciado 501, da V Jornada de Direito Civil acima referir-se à “separação, independentemente de divórcio”, causa uma série de questionamentos na seara do direito de família, por conflitar, segundo parte da doutrina, com a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988, dada pela Emenda Constitucional n. 66/2010. Isto porque, para parte dos doutrinadores, a Emenda que instituiu o divórcio direto sem necessidade de prévia separação, bane do sistema jurídico o instituto da separação e a discussão sobre a conduta culposa, pelo abandono do lar, do cônjuge ou convivente pelo fim do casamento ou da união estável. O Enunciado citado retoma o instituto da separação e o art. 1.240 do Código Civil retoma a discussão da culpa, ao determinar a perda da propriedade por aquele que abandonou o lar.

A outra corrente, que se demonstra favorável e com a qual se con-

corda, argumenta no sentido de dar destaque ao fato de o instituto ter por meta resguardar o direito de quem atende à função social do imóvel, em consonância com o disposto na Constituição de 1988, como se posicionam Luiz Edson Fachin e Maria Helena Diniz, citados por Carmona e Cardoso (2016, p. 94).

Sob o prisma do direito de família, Diniz (2018, p. 350, *itálico da autora*) comenta que a possibilidade de o ex-cônjuge adquirir, por meio da usucapião familiar, a propriedade integral de imóvel de até 250 metros quadrados, é um dos efeitos patrimoniais da separação judicial e que apesar de o art. 1.240-A do Código Civil, acrescido pela Lei n. 12.424/2011, “contrariar preceitos sobre a propriedade e regime de bens, aquele artigo prevalece sobre eles por ser *norma especial*”.

Verifica-se, de acordo com a Constituição Federal de 1988, que o instituto da usucapião familiar é uma forma de efetivação dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito social à moradia. No que se refere a este último, Carmona e Cardoso (2016, p. 97) comentam que o instituto da usucapião familiar efetiva o direito à moradia daquele que foi abandonado, “pois o bem objeto de meação não poderia ser vendido sem a outorga marital, ficando fora do comércio. Instituída a usucapião familiar, o membro abandonado obtém o direito à moradia de forma justa, atendendo aos princípios do atendimento da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana”.

Ao se consultar a farta jurisprudência acerca da usucapião familiar firmada pelos Tribunais de Justiça dos estados, denota-se junto à maioria dos julgados consultados o rigor em relação ao preenchimento dos requisitos exigidos, quais sejam: 2 (dois) anos de posse exclusiva, sem oposição, de bem imóvel comum do casal (ex-cônjuge/ex-companheiro); imóvel localizado em área urbana de até 250 metros quadrados; abandono do lar pela parte adversa; não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural; a usucapião familiar não pode ter sido reconhecida mais de uma vez ao mesmo possuidor.

Em razão da ausência de um ou mais dos requisitos legais objetivos da lei para a usucapião familiar o recurso não é deferido, como se depreende nos seguintes julgados: - falta de configuração do abandono, de comprovação de que não há outro imóvel em nome daquele que pleiteia a usucapião e de que ele não foi beneficiado pelo instituto mais de uma

vez - (TJDF; APC 2016.05.1.008033-7; AC. 109.9666; 5ª T. Cív.; Rel. Des. Robson Barbosa de Azevedo; DJDFTE 01.06.2018); ausência de comprovação do abandono, o ex-cônjuge deixou o lar conjugal em decorrência da separação e concordou com a permanência no imóvel da autora em razão dos filhos e “não desinteresse de sua parte pelo bem ou desistência de sua propriedade” - (TJSE; AC 2018.00.832.388; AC. 3081/2019; 2ª C. Cív.; Rel. Des. Luiz Antônio Araújo Mendonça; DJSE 25.02.2019); não preenche os requisitos legais para a usucapião, por inexistir “transcurso do prazo para a prescrição aquisitiva a partir da separação de fato, porque esta hipótese não é prevista pela lei civil para a dissolução da conjugal- (CC, art. 1.571), permanecendo hígida a regra de não fluência de prazo prescricional entre cônjuges (TJMG; APCV 1.0694.14.003695-5/001; 12ª C. Cív.; Rel. Des. José Flávio de Almeida; DJEMG 20.02.2017).

A flexibilização do requisito que diz respeito ao tamanho do imóvel para a aquisição da propriedade, por meio da usucapião, também foi verificada. Consta da decisão, nos autos abaixo mencionados, que a apelante reside no imóvel de 296,94 metros quadrados, com a prole portadora de necessidades especiais, “especificamente, esquizofrenia crônica, doença mental incapacitante” e que obstar “a declaração de usucapião violaria de forma reflexa os direitos consagrados pela Lei n. 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência”, sendo dada “ao art. 1.240-A do CC/02 interpretação favorável à apelante que detém a curatela da prole portadora de necessidades especiais”. (TJAM; APL 0605240-42.2014.8.04.0001; 2ª C. Cív.; Relª. Desª. Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura; DJAM 04.04.2017).

Por outro lado, os tribunais têm deferido e/ou mantido a sentença quando mencionados requisitos forem atendidos e reafirmam, como ilustra o julgado a seguir, o entendimento de que por tratar-se de prescrição aquisitiva, “não se discute culpa pela separação do casal” - (TJSP; APL 0005343-65.2014.8.26.0396; AC. 12040493; 6ª C.D.Priv.; Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella; DJESP 11.12.2018).

3.1. Breves considerações sobre algumas questões teóricas que perpassam a interpretação da codificação do Direito Privado brasileiro

Poucos juristas se preocupam em discutir e compreender questões afeitas à interpretação do direito, principalmente, do direito privado. Interpretar o sistema jurídico é uma tarefa complexa, relativa e provisória,

porque o novo conhecimento, algumas vezes, nega ou parte do conhecimento anterior para se constituir. Em atenção aos objetivos do presente estudo, é preciso indagar acerca da interpretação da codificação do Direito Privado brasileiro. O que será resenhado de maneira sucinta.

Constata-se que o Código Civil de 1916 “refletia as concepções predominantes em fins do século XIX e no início do século XX, hoje em grande parte ultrapassadas, baseadas que estavam no individualismo então reinante, especialmente ao tratar do direito de propriedade”. (GONÇALVES, 2002, p. 03). Tartuce (2017, p. 56, *itálicos do autor*) explica que o Código de 1916, em sua visão filosófica, foi concebido à luz da teoria positivista⁴, tendo como um de seus principais expoentes Hans Kelsen, no qual prevalecia “uma pirâmide de normas, um sistema fechado e estático”, que privilegiava “o apego à literalidade fechada da norma jurídica, prevalecendo a ideia de que a norma seria suficiente. A frase-símbolo dessa concepção legislativa era: *o juiz é a boca da lei*”.

O Código Civil de 2002, sustentado pelos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, ao buscar se afastar “das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo” (GONÇALVES, 2002, p. 03), valoriza “um sistema baseado em cláusulas gerais [como a da função social da propriedade e da boa-fé], que dão certa margem de interpretação ao julgador”. (TARTUCE, 2012, p. 75).

Em sua genialidade, Flávio Tartuce (2012, p. 86) defende que a concretização do direito civil contemporâneo “deve ser enfocada à luz da teoria elaborada pelo principal idealizador do atual Código Civil, o professor Miguel Reale”, o qual “criou a sua própria teoria do conhecimento e da essência jurídica, a *ontognoseologia jurídica*, em que se busca o papel do direito nos enfoques subjetivo e objetivo, baseando-se em duas subteorias ou subciências: *o culturalismo jurídico* e *a teoria tridimensional do direito*”. (TARTUCE, 2012, p. 87, *itálicos do autor*)

Sob a perspectiva da teoria tridimensional de Miguel Reale⁵, a qual é marcada por três subsistemas: dos fatos, dos valores e das normas⁶, o atual Código caracteriza-se por um “sistema aberto e dinâmico, em constantes diálogos” e privilegia “a ideia de interação de visão unitária do sistema, prevalecendo a constatação de que, muitas vezes, a norma não é suficiente. As cláusulas gerais são abertas e devem ser analisadas caso a

caso. Frase-símbolo: *direito é fato, valor e norma*". (TARTUCE, 2017, p. 56, itálico do autor).

Também para a interpretação, a constante interação entre o Direito Civil e o Texto Maior mostra-se necessária. "Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade em sentido amplo ou isonomia servirão sempre de socorro ao civilista na análise de questões polêmicas e de casos práticos que surgem na prática". (TARTUCE, 2012, p. 68).

Portanto, o intérprete do direito civil atual deverá considerar a aplicação dos princípios constitucionais fundamentais, os quais são "valores [como a dignidade da pessoa humana, ao direito à vida, à liberdade, à igualdade] albergados pelo Texto Maior, a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação". (BASTOS, 1997, p. 154; 2014, p. 171-172). Para a interpretação constitucional, Barroso e Barcelos (2008, p. 332) lecionam que considerados os elementos do caso concreto, os princípios a serem preservados e os "fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção de soluções constitucionalmente adequada ao problema a ser resolvido", assim, a interpretação "envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como não poderia ser diferente, percebe-se que o instituto da usucapião acompanha toda a construção jurídica do direito de propriedade, o qual parte de uma noção absoluta, perpétua e exclusiva de propriedade para uma interpretação que considere a dignidade da pessoa humana e o interesse da coletividade por meio da função social a ser desempenhada pela propriedade. Do mesmo modo, é possível aferir que as recentes espécies de usucapião também estão consolidadas em argumentos como a efetivação dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito social à moradia.

Várias são as modalidades ou espécies de usucapião de bens imóveis. Verifica-se que: a) as categorias do instituto têm aumentado, sobretudo, no corrente Século. Isso demonstra a intenção dos legisladores de protegerem o maior número de pessoas ao garantir-lhes o direito de propriedade

e, no caso da usucapião familiar, o próprio direito à moradia; b) a usucapião familiar passou a ser regulamentada numa perspectiva cada vez mais dinâmica dentro de uma visão que vai ao encontro da concepção filosófica do atual Código Civil.

Assim, a análise dos dados demonstra que o instituto da usucapião desafiou o tempo, esteve presente em todas as legislações, sucessivamente, desde o direito romano até o atual, e que suas diversas modalidades acompanham toda a construção jurídica marcada por grandes mudanças e inovações. Está, portanto, de acordo com o atual panorama jurídico nesse primeiro quartel do século XXI, ao considerar a finalidade social do instituto o qual compreende o individual e o social e, especificamente, no direito de família ao preservar a família.

A usucapião familiar está consubstanciada na proteção outorgada à família ou à entidade familiar de baixa renda, o que também é reafirmado pela farta jurisprudência existente, a qual, apesar de se mostrar com limites bem delineados em relação aos requisitos exigidos para a aquisição da propriedade por meio da prescrição aquisitiva, admite a flexibilização diante de situações excepcionais e que conflitam com outros dispositivos legais. Apesar de colacionar uma única decisão nesse sentido, é possível afirmar que a mesma deve servir de guia para outros entendimentos doutrinários e jurisprudenciais por considerar a atual construção jurídica e pautar-se na prevalência de direitos como à vida digna e à moradia.

As principais questões reexaminadas foram capazes de demonstrar que a usucapião familiar acompanhou e atendeu os novos requisitos exigidos para a socialização do direito à propriedade e garantia do direito à moradia e, no direito de família, prevaleceu sobre os institutos que versam sobre o direito à meação, ao regime de bens e a discussão da culpa do ex-cônjuge ou convivente pela separação.

Diante do exposto, pode-se inferir que em relação à usucapião familiar, por tratar-se de um instituto novo - ou seja, não atingiu ainda sua primeira década de vigência - muitas questões surgirão, demandarão novos estudos e interpretações jurídicas capazes decidir os litígios de acordo a Constituição Federal de 1988 e com a atual visão filosófica do direito civil a fim de garantir segurança jurídica aos casos concretos.

O levantamento permitiu propor uma reflexão sobre os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial que delineiam o instituto da usuca-

pião familiar, de acordo com a interpretação do atual panorama jurídico nesse primeiro quartel do século XXI. Diante dessa reflexão é possível assegurar que tanto a inclusão no ordenamento jurídico quanto a interpretação do instituto da usucapião familiar, por se encontrarem de acordo com os novos preceitos normativos, atendem aos ditames da Constituição brasileira, principalmente, após 1988, e da atual codificação do Direito Privado.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000a. v. I.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000b. v. II.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. V.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

CAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARDOSO, Mara Lúcia Guimarães. Usucapião familiar: uma forma de efetivação do direito à moradia. In: **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Ale-

gre. v. 13, p. 77-100, jul./ago. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 32. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento**. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito de família. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito das coisas. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983. t. I.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das coisas**. 23. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 5.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes Ltda, 1979.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio

de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Lei de introdução e parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.

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

'Notas de fim'

1 Segundo Venosa (2005, p. 216, itálico do autor): “a palavra usucapião também pode ser utilizada no gênero feminino. Os que se referem ao instituto como ‘a usucapião’ prendem-se à origem latina do vocábulo. O Código Civil de 1916, no entanto, utilizou o termo no masculino. O vigente opta pelo feminino”. No presente trabalho, por considerar que ambas estão corretas, não se privilegiará nenhuma; portanto, o termo será utilizado tanto no masculino como no feminino.

2 “Desde a Constituição de 1934, em seu art. 125, já existia a usucapião constitucional rural ou pró-labore; depois, repetida na Constituição de 1937 (art. 118) e na Constituição de 1946 (art. 156, § 3º.)”. A Constituição de 1988 voltou dessa espécie de usucapião. (AZEVEDO, 2019, p. 73).

3 Expressão consagrada no âmbito deste trabalho.

4 O positivismo, fundado por Augusto Comte (1798-1857) e, amplamente, difundido por seus discípulos, em linhas gerais, foi fundado contra a metafísica e baseia-se na neutralidade – na separação entre sujeito e objeto; na impossibilidade da compreensão subjetiva do objeto – o positivismo toma o que o sujeito fala como o que ele, realmente, pensa; na objetividade do conhecimento – o conhecimento dá-se quando o pesquisador não influencia e intervém o menos possível sobre o objeto de estudo; no estudo dos fenômenos sociais como se fossem fenômenos naturais – fato social como coisa (Durkheim) e na probabilidade ao dimensionar a ação social (Max Weber); utilizando técnicas de coleta de dados quantitativas, desprezando, dessa forma, as qualidades intrínsecas do objeto (LOWY, 2003).

5 A Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, é amplamente explicada em várias obras do Mestre, como: REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003; Lições Preliminares de Direito. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1981.

6 Demonstra Miguel Reale (1981, p. 65, itálicos do autor) que: “onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; [...] tais elementos (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta”. O autor em sua obra Teoria Tridimensional do Direito (2003, p. 54) explica que o valor pode ser religioso, moral, estético etc.