



**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

MARIA EDILENE BEZERRA DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO FAMILIAR
NO REGIME DE SEPARAÇÃO
TOTAL DE BENS.**

RECIFE

2013

MARIA EDILENE BEZERRA DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO FAMILIAR
NO REGIME DA SEPARAÇÃO
TOTAL DE BENS**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof^a Mct. Renata Cristina O. L. Andrade.

RECIFE

2013

Lima, M. E. B.

A possibilidade da usucapião familiar no regime de separação total de bens. / Maria Edilene Bezerra de Lima. O Autor, 2013.

89 folhas.

Orientadora: Profª Ms. Renata Cristina O. L. Andrade

Monografia (graduação) – Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Usucapião Familiar 3. Separação Total de Bens 4. Solidariedade

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2013-172

MARIA EDILENE BEZERRA DE LIMA

**A POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO FAMILIAR NO REGIME DA SEPARAÇÃO
TOTAL DE BENS**

DEFESA PÚBLICA, em Recife, xx de xxxx de 2013

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientadora: Prof^ª Mct. Renata Cristina O. L. Andrade

1º Examinador: Prof Dr. xxxx

2º Examinador: Prof Dr. xxxx

RECIFE

2013

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, por irradiar os bons fluidos da existência humana.

Aos meus pais **Marlene e Lourivaldo**, pelo dom e generosidade de me acolherem.

Aos meus filhos **Tibério e Mariana**, fonte de amor incondicional.

Ao meu sempre namorado **Claudionor**, cujo amor, carinho e empenho são como a luz do sol, que dia após dia vai e vem, mas nunca apaga.

Aos professores Ademário Andrade, Alessandra Lins, Andrea Campos, Aurélio Bôaviagem, Bruna Estima, Bruno Angelim; Clarissa de Oliveira, Cláudio Brandão, Cleidnaldo Santos, Danielle Spencer, Edmundo Borba, Eliezer Souto, Fábio Menezes, Francisco de Queiroz, Glauco Salomão, Gustavo Hahnemann, José Mario Wanderley, Juliana Esteves, Keila Sonale, Leonardo Siqueira, Liana Lins, Luiz Edmundo, Maria Regina Rosa e Silva, Nair Leone, Renata Andrade, Renata Celeste, Ricardo de Brito, Rômulo Freitas, Simone de Sá, Teodomiro Cardozo e Thiago Lapenda... sempre lembrados.

Por último, mas não menos importantes, aos colegas de sala: Alice, Amanda, Carla, Clarisse, Claudio, Debora, Ednaldo, Eugênio, Francisco, Guilherme, Jane, Sandra, Sueli, Josivan, Raquel, Taciana, Taiana, Wagner... sem eles seria impossível fazer parte de uma turma tão especial.

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade uma pesquisa bibliográfica e doutrinária, com fulcro na Lei 12.424/2011, em vigor desde 16/06/2011, que trouxe com ela o acréscimo de um novo artigo ao Código Civil, o artigo 1.240-A, tratando da nova modalidade de Usucapião.

Embora tenha liame com o Direito Real, vai interferir diretamente no Direito de Família, vez que prevê a declaração do domínio pleno do imóvel ao cônjuge ou companheiro que permanece no lar, após passado o prazo de dois anos ininterruptos, sem oposição, posse direta, sobre imóvel urbano de até 250 m², cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar. É discutido ao longo do trabalho os entraves e as possibilidades quanto à aplicação da referida usucapião no regime de separação total de bens.

Palavras – chave: usucapião familiar; separação total de bens e solidariedade.

ABSTRACT

This work aims a literature search and doctrinal, with fulcrum in 12.424/2011 Law, in force since 16/06/2011, which brought with it the addition of a new article to the Civil Code, Article 1240-A, treating the new way of adverse possession.

Although bond with the Right Real, will directly interfere in Family Law, as it provides for the declaration of the full ownership of the property to the spouse or partner who remains in the home after the last period of two consecutive years, without opposition, direct ownership, on urban property of 250 m², whose ownership split with ex-spouse or ex-partner who left home. It is discussed throughout the paper barriers and possibilities regarding the application of the prescription in the regime of separation of property.

Words - Tags: adverse possession family; separation of property and solidarity.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 ABORDAGEM GERAL SOBRE A USUCAPIÃO.....	11
1.1 Origem histórica e gênero da palavra.....	11
1.2 Da posse: origem e conceito.....	14
1.2.1 Objeto, natureza e modalidades.....	17
1.2.2 Modo aquisitivo, perda e efeito.....	22
1.3 Da propriedade: histórico e conceito.....	25
1.3.1 Característica, objeto e espécies.....	28
CAPÍTULO 2. USUCAPIÃO: CONCEITO E LEIS REGULAMENTADORAS.....	33
2.1 Fundamentos.....	33
2.2 Requisitos da usucapião.....	34
2.3 Espécies de usucapião.....	36
2.3.1 Usucapião extraordinária.....	37
2.3.2.Usucapião ordinária.....	37
2.3.3 Usucapião rural.....	38
2.3.4.Usucapião urbana.....	39
2.3.4.1 Usucapião urbana especial.....	39
2.3.5 Usucapião familiar.....	40
2.4.O Código de Processo Civil e a usucapião.....	40
2.5.A Constituição Federal e a usucapião.....	41
CAPÍTULO 3 USUCAPIÃO FAMILIAR E O DIREITO DE FAMÍLIA.....	43
3.1 Conceito de família.....	43
3.2 Evolução no conceito de família.....	44
3.3 Origem e transformação histórica do direito das famílias no Brasil.....	47
3.4 Casamento e união estável	47
CAPÍTULO 4 REGIMES DE BENS.....	50
4.1 Princípios fundamentais nos regimes de bens.....	52

4.2 Pacto antenupcial.....	53
4.3 Tipos de regimes de bens.....	54
4.3.1 Regime da comunhão parcial ou limitada.....	54
4.3.2 Regime da comunhão universal.....	55
4.3.3.Regime da participação final dos aquestos.....	56
4.3.4 Regime da separação de bens.....	57
4.3.4.1 Obrigatoriedade do regime da separação de bens.....	59
4.4. Comunicabilidade e incomunicabilidade de bens.....	61
4.4.1 Comunicabilidade de bens com base na súmula 377.....	63
4.3.4.3 Da solidariedade familiar.....	66

CAPÍTULO 5 ASUSUCAPIÃO FAMILIAR E O REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS.....67

5.1 Requisitos do código civil para o cabimento da usucapião familiar.....	68
5.2 Função social da propriedade na usucapião familiar.....	69
5.3 Semelhanças e diferenças da usucapião familiar para a usucapião urbana.....	71
5.3.1 O abandono do lar.....	72
5.3.2 Prazo reduzido para dois anos.....	73
5.4 Possibilidade da usucapião familiar na separação obrigatória de bens.....	75
5.4.1 Súmula 377 e o regime da separação obrigatória de bens.....	75
5.4.2 Inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 CC.....	80
5.5.Alguns pesquisadores não concordam com a usucapião familiar.....	81

CONCLUSÃO.....84

REFERÊNCIAS.....87

INTRODUÇÃO

Este trabalho é fruto de uma pesquisa bibliográfica que aborda questionamentos sobre a nova modalidade de Usucapião, trata-se da usucapião familiar e suas repercussões no regime de separação total de bens, prevista no artigo 1.240-A do Código Civil de 2002.

Discute-se algumas implicações no Direito de Família e conseqüentemente a sua repercussão na sociedade. Por isto, podem ser observados dois pontos, que são de suma importância: a lei que está regulamentando este instituto, e também, a sociedade com sua imensa evolução amparada pelo que está diretamente ligado à aquisição imobiliária.

Com o intuito de responder a problemática, quanto a possibilidade de usucapião familiar no regime de separação total de bens, o presente trabalho está desenvolvido em quatro capítulos, onde relaciona a teoria ao tema, para que ao final possa ser preenchida uma ideia geral e completa da usucapião familiar.

Inicia-se o estudo trazendo uma abordagem sobre a usucapião; origem e gênero da palavra, conceito de posse e de propriedade, mostrando que, no estudo da usucapião se faz necessário diferenciar esses dois institutos.

Para tanto, são analisados no segundo capítulo os aspectos gerais da usucapião, suas características, natureza jurídica e espécies. Não há como se traduzir a usucapião sem conhecer os principais pressupostos de sua existência;

É abordado no terceiro capítulo, a usucapião familiar e o direito de família, fazendo um breve estudo desde o conceito de família até a evolução histórica do direito das famílias no Brasil.

Nessa sequência, no quarto capítulo, estuda-se os regimes de bens: origem, tipos, princípios fundamentais, importância do pacto antenupcial na escolha e a obrigatoriedade do regime de separação de bens imposto por lei nos casos expressos no artigo 1.641 do Código Civil, enfatizando o inciso II. Nesse sentido faz-se um paralelo com a Súmula 377, a comunicabilidade de bens e o princípio da solidariedade familiar.

Analisam-se no último capítulo, os requisitos para o cabimento da usucapião familiar, as semelhanças e diferenças entre essa e a usucapião urbana. Também é discutida a possibilidade da sua aplicação no regime de separação obrigatória de bens.

Diante o exposto, espera-se esclarecer algumas questões acerca da nova modalidade de usucapião, que além de ser interessante inovação, veio satisfazer uma necessidade social e econômica.

CAPÍTULO 1 ABORDAGEM GERAL SOBRE A USUCAPIÃO

É possível distinguir, dentre os diversos tipos de posse, um denominado de posse *ad usucapionem*, que se prolonga por determinado lapso de tempo estabelecido em lei, aliado a outros requisitos, dando ao seu titular o direito a aquisição do seu domínio.

Não há como estudar a usucapião, sem antes entender o significado de posse e propriedade, por isso a partir de agora aborda-se um breve esboço sobre o referido conteúdo.

1.1 Origem histórica e gênero da palavra

Fazendo uma análise histórica sobre a usucapião será tornado claro o sistema da sociedade atual, demonstrando a sua perduração e a sua total relevância para a sociedade. Pode ser observado em alguns doutrinadores, a exemplo de Lauro Rocha de Lima e Acelino Pedro Guimarães.¹, que a usucapião é originária do direito romano. Apesar de grande diversidade em relação à doutrina, é pacífico que o primeiro escrito sobre o referente tema fora elaborado pelo povo romano.

Esta divergência é transmitida por diversos historiadores, quando afirmam que este instituto surgiu na Grécia, através de Platão, em “A República”.

Grande parte da doutrina aceita que o estudo foi regulado pela Lei das Doze Tábuas, pois era estendido aos bens móveis e imóveis, e com o decorrer do tempo foram sendo modificadas por outras leis. Observe o que foi descrito por Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben, defendendo a teoria da Lei das Doze Tábuas:

Na história primeira do instituto, registramos o advento da Lei das XII Tábuas, que vinculou a posse prolongada no tempo à aquisição da propriedade, estipulando o prazo de aquisição em dois anos para os bens imóveis e em um ano para móveis e mulheres.²

Outra corrente contrária sobre o “nascimento” da usucapião é que o seu berço teria se dado na Grécia Antiga, sendo até encontrados focos sobre a sua existência na Bíblia, com a referência no Livro de Juízes, Capítulo 11, versículos 21 ao 26, este se deu no momento em que ocorreu a requisição do povo Amorreus sobre a

¹ GUIMARÃES, Acelino Pedro; LIMA, Lauro Rocha de. **Usucapião, Doutrina Prática, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Universidade de Direito, 1999.p. 20.

² FREYESBEN, Luiz Eduardo Ribeiro **A Usucapião Especial Urbana**. Obra jurídica: São Paulo, 1998.p. 19.

propriedade do país de Hesbom, naquela época ocupado pelo povo de Israel, no período de trezentos anos.³

Pode ser observado, também, que já existia a usucapião na era Romana, no qual só se visava os lucros, atribuídos aos interesses políticos. Para tanto ilustra Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben, que:

Originariamente de direito quiritário, isto é, próprio dos cidadãos romanos, a usucapião não aproveitava aos peregrinos (estrangeiros). Contudo, a conquista de novas terras pelo Império trouxe a lume os clamores pela proteção da posse de peregrinos, criando-se, então, o edito de Caracala (212 d.C.), que, estendendo a cidadania romana a todos os habitantes do Império, exceto aos peregrinos deditícios (aqueles que ofereciam resistência à dominação), permitiu que utilizassem a usucapião, preenchidos os requisitos legais, contribuindo, também, com o enriquecimento do tesouro romano, já que os tributos passaram a incidir sobre mais pessoas. Uniu-se o útil ao agradável.⁴

Construindo a história da usucapião, pode ser verificado que ela era voltada aos peregrinos, sendo suas características totalmente processuais, estes eram utilizados para suprir a lacuna de lei, era criado pelo Pretor, e seu efeito era o da extinção da ação reivindicatória, sendo inapto à aquisição da propriedade.

No que se refere ao processo, ele se configurava a *praescriptio longi temporis*. Foram unificados nos tempos do Imperador Justiniano os dois institutos, ou seja, usucapião e a *praescriptio longi temporis*. Nos tempos do Imperador Teodósio foi criado a *praescriptio longissimi temporis*, permitindo que a aquisição da propriedade fosse realizada a quem possuísse boa fé, que não possuísse título e exercesse a posse continuada por trinta anos, se esta não fosse acompanhada de boa fé ele apenas operava com a prescrição extinta da reivindicação.⁵

Com o passar dos anos, o instituto foi evoluindo, assim criando algumas características, a exemplo de suas formas, aquisitivas e extintivas, que são destacadas umas das outras. Para tanto, afirma Acelino Pedro Guimarães e Lauro Rocha de Lima:

Justiniano refundiu o instituto. As formas aquisitiva e extintiva foram destacadas uma da outra: a aquisitiva era o modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada; a extintiva era o meio pelo qual alguém se liberava da obrigação pelo decurso do tempo; (...).⁶

³ Cf LIVRO dos Juizes. Capítulo XI, 21:26. In: **BÍBLIA**.p.239-240. Disponível em: pt.wikipedia.org/wiki/li vro -dos- juizes. Acesso em: 01.02.2013.

⁴ FREYESLEBEN, 1998. p.20.

⁵ *Loc cit.*

⁶ GUIMARÃES; LIMA, 1999.p. 31.

A usucapião e a prescrição foram definidas, sob prisma idênticos, pelo Código Civil francês, sendo diferenciado apenas pela utilização dos termos “prescrição extintiva” para a prescrição, e, “prescrição aquisitiva” para a usucapião. Porém não foram cultivados esta acepção francesa pelos legisladores do Brasil, assim como explica Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben:

Não raras vezes, por conseguinte, tem-se reputado inadequado denominar a usucapião de prescrição aquisitiva, porquanto, para muitos, a prescrição limita-se a traduzir uma força extintiva; nunca criadora. No entanto, não percebemos a usucapião como instituto distinto da prescrição, e sim mera modalidade desta. Com a fusão da usucapião romana e da praescriptio longi temporis tornou-se inviável a delimitação dos institutos, pelo que, em nosso sentir, nada obsta que denominemos a usucapião de “prescrição aquisitiva”, inserindo-a como espécie do gênero “prescrição”.⁷

Assim foi verificado que a usucapião foi moldada desde os tempos remotos até a atualidade, objetivando o estudo dos requisitos de existência da prescrição e a definição da mesma.

Na doutrina pode ser verificado que há uma grande discussão sobre o gênero da palavra: “o” usucapião, ou “a” usucapião.

Pode ser encontrado no dicionário da língua portuguesa o verbete: “u-su-ca-pi-ão, modo de adquirir propriedade móvel ou imóvel pela posse pacífica e ininterrupta, por certo tempo.”⁸ Na ortografia pode ser observado que a palavra é um substantivo masculino. Porém, *a priori*, não será aprofundada a sua definição, mas sim demonstrar o correto emprego da palavra na sua grafia.

Mesmo existindo uma enorme confusão quanto ao gênero a ser utilizado, se feminino ou masculino, alguns doutrinadores asseguram que sobre este assunto não há o que se discutir. Neste sentido, descrevem Acelino Pedro Guimarães e Lauro Rocha de Lima:

É notório como se embaralham os “doutores” do direito para explicar a origem do termo, que é latino e justifica o gênero da palavra, porque sempre em O terminam as duas partes do vocábulo USOCAPIO, (...). Como vemos não há um A, sequer, no final das duas partes; sempre O, até nas palavras que usamos para explicar o problema. Ipso facto, de onde vem esse A, que querem nos impor, se no latim não há nem rastro dele?⁹

De acordo com a Lei nº 6.969/81, o vocábulo é do gênero feminino: “a” usucapião.

⁷ FREYESLEBEN, *op. cit.*, p. 21.

⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5. ed., São Paulo. Positivo, 2010. P. 2.110.

⁹ GUIMARÃES; LIMA, *op. cit.*, p. 34.

A grande maioria dos doutrinadores utiliza o gênero masculino, mesmo com a colocação da lei no vocábulo feminino. Mas como o costume é uma das fontes de princípios e regras do Direito.

Portanto, a expressão “o” usucapião enquadrasse na tradição do Direito, e por isto foi consagrada pelo Código Civil de 1916, no qual em seu Capítulo II, Título II do Livro II, da IV Seção, utilizava a expressão “do usucapião”, e também referia-se “ao usucapião”.¹⁰

Em 2002, por meio da Lei nº 10.406, que consagrou o Novo Código Civil, pode ser observado que a Lei procura mudar os costumes, inclusive os dos juristas, colocando o termo no feminino. Observe como passou a ser tratado o vocábulo, dentro do seu Livro III, Título III, Capítulo II, Seção I, encontramos a expressão “Da usucapião” e no art. 1.244 traz em seu corpo de texto “à” usucapião.

Então pode ser observado que a posição sobre o gênero deve ser mudada por força de Lei, não utilizando mais o masculino e sim o feminino.

Para tanto, o doutrinador Silvio de Salvo Venosa, utiliza o termo no gênero masculino, observe a opinião do doutrinador:

Advirtamos, de plano, que 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, utiliza o termo no masculino. O novo Código opta pelo feminino.¹¹

Com o advento do Novo Código Civil, a mudança deve existir, não só dos doutrinadores, mas também da população. Antigos debates devem ser esquecidos, pois, agora é questão de mudança dos costumes, tanto da população quanto dos doutrinadores.

Contudo a discussão sobre o tema deve ser encerrada, o presente trabalho, segue a adaptação do Novo Código Civil.

1.2 Da posse: origem e conceito

A posse existirá, quando existir o exercício dos poderes de fato, inerentes a propriedade, com exceção da detenção, ou seja, obediência a uma ordem ou instrução, é o que diz o artigo 1.198 do Código Civil.

¹⁰ SALLES, José Carlos de Moraes Salles. **Usucapião de bens móveis e imóveis**. Revista dos Tribunais: São Paulo: RT, 2010 p. 35.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. V.5. Atlas: São Paulo, 2012. p. 190 e 191.

É possível distinguir, dentre os diversos tipos de posse, um denominado posse *ad usucapionem*, que se prolonga por determinado lapso de tempo estabelecido em lei, que aliado a outros requisitos, dá ao seu titular o direito a aquisição do seu domínio.

Quando analisada a origem da Posse, não há de se encontrar de maneira concreta a sua origem, porém podem ser encontradas duas teorias sobre o tema, que é a Teoria de Neibuhr e a Teoria de Ihering.

Observa-se, na teoria de Niebuhr, que o surgimento da posse deu-se com a distribuição de terras conquistadas pelos romanos, mas a título precário, surgindo um estado de fato protegido pelo interdito possessório.

É de se observar, também, que na Teoria de Ihering, que é a teoria acolhida pelo Código Civil atual, a posse surgiu na medida arbitrária tomada pelo pretor, por causa dos diversos atritos ocorridos na fase inicial das ações reivindicatórias, era que se buscava, discricionariamente, a detenção ou a guarda da coisa litigiosa, esta era buscado a qualquer dos litigantes.¹² Com o passar do tempo foi se tornando definitivo, pois as partes eram inertes, passando, assim, o contemplado pela medida provisória, a não ter mais interesse na ação reivindicatória, pois lhe era assegurado praticamente o domínio.

Diante do exposto, pode ser afirmado que a posse é a consequência do processo reivindicatório. A busca pelo estudo e origem da posse, foi dada por meio de defesa do possuidor de um bem, que manteria a sua situação de fato, repelindo a violência, por isto foi dada uma prioridade, e esta prioridade visa a busca pela segurança, harmonia e a paz social. Observe o que afirma Silvio Rodrigues:

[...] a posse, situação de fato, vai ser protegida. Vai ser protegida porque aparenta ser uma situação de direito; e, enquanto não se demonstrar o contrário, tal situação prevalecerá.

Portanto, numa primeira conclusão, poder-se-ia dizer que a posse, mera situação de fato, vai ser protegida pelo legislador, não só porque aparenta ser uma situação de direito, como para evitar que prevaleça a violência.¹³

A priori, cabe declara aqui que a posse distingue-se da propriedade. Observe o que apresenta De Plácido e Silva:

Derivado do latim *possessio*, de *possidere* (possuir), formado de *posse* (poder, ter poder de), e *sedere* (estar colocado, estar fincado, assentar), literalmente exprime o vocábulo a detenção física ou material, a ocupação de uma coisa.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 27 ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 30.

¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das coisas**. 28 ed. V.5. Saraiva: São Paulo, 2003. p. 16.

Revela, assim, por sua origem, poder material sobre a coisa. A circunstância de a ter em mãos ou em poder.¹⁴

Desta maneira, afirma-se que posse é uma situação de fato, em virtude da qual se tem o pé sobre a coisa, locução que exprime o poder material ou a relação física que se estabelece entre a pessoa e a coisa.

Pode ser apresentado, para melhor definição de posse, em dois sentidos, que são: próprios/técnicos e impróprios.

Sentido próprio/técnico é dividida em subjetiva e objetiva, sendo a primeira de Savigny e a segunda de Ihering.

Segundo Savigny a posse é o poder imediato que tem a pessoa de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra agressão de quem quer que seja. Ele afirma que os elementos da posse são *corpus* e *animus domini*.

Segundo Ihering a posse é a exteriorização do domínio, ou seja, a relação exterior intencional, existente, normalmente, entre o proprietário e sua coisa. Ele traduz como elementos da posse o *corpus* (sendo o bastante para que haja a posse) e o *animus* que está insito no poder de fato exercido sobre a coisa, e a destinação econômica do bem.¹⁵

O Código Civil adotou a teoria de Ihering, desta forma, os doutrinadores brasileiros se basearam nesta teoria. Observe o que está descrito no art. 1.196 do Código Civil: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Podendo ser extraído assim o conceito legal de posse.

Já o sentido impróprio surge para designar tais características: a *propriedade* (comumente encontramos que determinada pessoa “possui” tal casa), *condição de aquisição do domínio* (na era romana só se obtinha o domínio com a tradição), *domínio político* (no direito internacional público fala-se da possessão de um país), *exercício de um direito* (posse do estado de casados para os que passavam como tais aos olhos do mundo), *compromisso do funcionário público* (na acepção de assumir um cargo, para o direito administrativo) e *poder sobre uma pessoa* (no direito de família quanto a posse dos filhos).¹⁶

Ainda pode ser aprimorada a definição de posse, observe o conceito nas palavras de Silvio Rodrigues:

[...] a posse consiste em uma relação de pessoa e coisa, fundada na vontade do possuidor, criando mera relação de fato. Tal relação de fato talvez nada mais seja que a exteriorização do direito de propriedade. Essa circunstância, contudo, não é

¹⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Forense: São Paulo, 2002. p. 620.

¹⁵ DINIZ, 2012, p. 33–39.

¹⁶ DINIZ, *op. cit.*, p. 33-34.

relevante, pois, mesmo que nenhum direito exista à posse, é ela protegida, até que o possuidor seja convencido por quem tenha melhor direito.¹⁷

A partir de agora será analisado o objeto e a natureza jurídica da posse, ou seja, elementos constitutivos da posse.

1.2.1 Objeto, natureza e modalidades de posse

Qual é o objeto da posse? Pode ser afirmado que o objeto da posse são as coisas corpóreas, com exceção se não estiverem no comércio, mesmo que gravadas com cláusulas de inalienabilidade, ou seja, as coisas coletivas, os direitos reais de fruição (uso, usufruto, habitação e servidão, e na dúvida dos doutrinadores se a enfiteuse pode ou não fazer parte deste rol, deve-se inseri-la), às coisas acessórias se puderem ser destacadas da principal sem alteração de sua substância, os direitos reais de garantia (penhor, anticrese) e finalmente os direitos pessoais patrimoniais ou de crédito.

Com esta definição, apresentada de maneira resumida, pode ser observado o que Maria Helena Diniz define como o objeto da posse:

Podem ser objeto de posse todas as coisas que puderem ser objeto de propriedade, sejam elas corpóreas (salvo as que estão fora do comércio) ou incorpóreas (com exceção da propriedade literária, artística e científica, segundo alguns autores), pois na nossa legislação civil não está a posse limitada aos bens corpóreos.¹⁷

No que se refere a natureza jurídica da posse, existe grandes controvérsias sobre a mesma, os doutrinadores ficam divididos sobre se a natureza jurídica da posse é um direito real ou pessoal, ou até mesmo se é um fato.

De acordo com a definição de Savigny, anteriormente já expressa, a posse é ao mesmo tempo um direito e um fato. Mas para Lhering, a posse seria um direito, visto que este defende a tese do direito subjetivo segundo o qual aquele é o interesse juridicamente protegido. Silvio Rodrigues assim afirma:

Verdade que a posse difere dos outros direitos porque, enquanto nestes o fato que dá margem ao seu surgimento desaparece com a nascença do direito, na posse o direito só existe enquanto a situação de fato existir. Com efeito, nos outros direitos, o direito se separa do fato que o engendrou – tradição, ocupação, contrato, delito –

¹⁷ DINIZ, *op. cit.*, p. 42.

desde o momento, pertencem ao passado; enquanto na posse, ao contrário, a manutenção da relação de fato é condição da sobrevivência do direito à posse¹⁸

Muitos juristas negam à posse a natureza de um direito, a exemplo de Silvio Rodrigues, Clóvis Beviláqua, e muitos outros afirmam que a posse é mero estado de fato, em que a lei protege em atenção à propriedade, pois ela é manifestação exterior.

O art. 1.225 do Código Civil, de acordo com os que tentam enquadrar a posse como direito real, lista um rol de itens que configuram-se como direito real, *in litteris*: A propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca e a anticrese.

Com isto, pode ser afirmado que da maneira que se protege um direito real, também está protegendo uma propriedade, mas quando se refere a posse de direitos, trata-se de direitos distintos dos direitos de propriedade e assemelhados, por ser de tradição a uma enorme discussão histórica. Afirma Arnoldo Wald, que:

Assim sendo, não existe posse de proprietário, de usufrutuário ou de locatário, mas sim uma posse em que os atos praticados são os normalmente exercidos pelo proprietário, usufrutuário ou locatário, podendo tal posse pertencer ou não aos respectivos titulares do direito, pois a aparência pode coincidir ou não com a realidade¹⁹

Para a maioria da doutrina a natureza jurídica da posse é um direito real devido ao seu exercício direto, então no presente estudo seguiremos este pensamento, pois é sua oponibilidade *erga omnes* e sua incidência em objeto obrigatoriamente determinado, de acordo com a linha de raciocínio adotada por Ihering.

Observa-se dentro do Código Civil, entre os art. 1.196 a 1.202, as modalidades da posse, e elas podem ser divididas da seguinte maneira: Quanto à extensão da garantia possessória: posse direta e indireta; Quanto à simultaneidade do exercício da posse: composses (pro diviso e pro indiviso); Quanto aos vícios objetivos: posse justa e posse injusta; Quanto à subjetividade: posse de boa fé e posse de má fé; Quanto seus efeitos: posse *ad interdicta* e posse *ad usucapionem*; Quanto a sua idade: posse nova se tiver menos de ano e dia e posse velha se contar com mais de ano e dia.²⁰

O art. 1.196 e 1.197 do Código Civil mostra a modalidade da posse quanto à extensão da garantia possessória. Observe:

¹⁸ RODRIGUES, 2003. p. 21.

¹⁹ WALD, Arnoldo. **Direito das Coisas**. 18. ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 54.

²⁰ DINIZ, *op. cit.* p. 51 - 59.

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

Art. 1197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

A classificação da *posse direta e indireta* tem como objetivo determinar, em relação às pessoas, a extensão da garantia possessória e suas garantias.

De acordo com os artigos supracitados, podem ser tiradas algumas conclusões, seja primeiro que não se trata de posse do fâmulo, e sim que há duas posses paralelas e reais a do possuidor indireto que cede o uso do bem e a do possuidor direto, o qual recebe o bem por meio de um contrato.²¹ A enumeração dos artigos não é taxativa, e sim exemplificativa, sendo garantidos todos os casos em que a posse de uma coisa passa a outrem em virtude de obrigação ou direito.²²

Cabe ressaltar que existe certa necessidade de uma relação jurídica entre o possuidor direto e o indireto. Tendo em vista que as posses diretas hão de ser sempre temporárias, que são baseadas em uma relação transitória de direito e derivadas, observando que procedem de alguém, pois existe um intermediário. Já as indiretas coexistem. O grande Doutrinador Silvio Rodrigues, define bem isto, observe:

Diz-se indireta a posse quando o seu titular, afastando de si por sua própria vontade a detenção da coisa, continua a exercê-lo mediatamente, após haver transferido a outrem a posse direta.

[...] O proprietário, por força de seu direito dominial, exerce a posse como corolário do domínio. A essa posse dá-se o nome de posse indireta. [...] ²³

No que diz respeito à simultaneidade do exercício da posse, pode ser encontrado no art. 1.199 do Código Civil: Art. 1.199 – “Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores”. Daí identifica-se a comosse, e podem ser analisadas suas divisões, que são, comosse *pro diviso* e a comosse *pro indiviso*.

Com o artigo supramencionado ficam evidentes dois requisitos para configurar a comosse, há uma pluralidade de sujeitos e a coisa indivisa. Podem ser comosse dos cônjuges, do condomínio, dos herdeiros e outros.

É de se observar que no art. 1.200 do Código Civil, surge a imagem da posse justa e da posse injusta, “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”. Desta

²¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, 13. ed. V. 3. Livraria Del Rey: São Paulo, 2002. p. 36.

²² DINIZ, *op. cit.*, p. 52.

²³ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 25.

maneira, o próprio artigo define o que é uma posse justa, então, conclui-se que a posse injusta é a que contém os vícios que lhe é contrária a posse justa. Sobre este assunto, Silvio Rodrigues, também se manifesta:

Diz-se violenta a posse conseguida pela força injusta. [...] nega a lei ao esbulhador a proteção possessória.
 [...] ainda que o autor da violência seja o proprietário, deve a vítima ser reintegrada, porque não pode o esbulhador fazer justiça por suas próprias mãos.
 Posse clandestina é a que se constitui às escondidas. [...] ocultando seu comportamento. Isso em rigor não é posse. Sim, porque se a posse é a exteriorização do domínio, na clandestinidade não há qualquer exteriorização.
 Diz-se precária a posse daquele que, tendo recebido a coisa para depois devolvê-la (como o locatário, o comodatário, o usufrutuário, o depositário), a retém indevidamente quando lhe é reclamada.²⁴

No que se refere à precariedade da posse é de se afirmar que esta não cessa jamais, diferente da violenta e da clandestina. E em momento nenhum pode se falar que com o passar do tempo a pessoa adquire a posse jurídica.

Pode ser observado outra modalidade no que se diz respeito a posse, abrangendo esta outra modalidade a subjetividade, sendo assim, a posse de boa fé e de má fé, estão bem definidas no Código Civil no art. 1.201: onde “é de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

No que diz respeito à posição psicológica do possuidor para posteriormente configurá-la juridicamente, cabe destacar que é muito subjetivo este tipo de classificação. Se observar que no nosso Código Civil atual, por exemplo, seu artigo 490, prescreve: “É de boa fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído”; e em seu parágrafo único: “O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção”. Do disposto, vemos que será a posse de má fé quando o possuidor a exercer a despeito de estar ciente de que esta é clandestina, precária, violenta, ou encontra qualquer outro obstáculo jurídico à sua legitimidade. Diante do exposto esclarece Silvio Rodrigues:

Cumprido, entretanto, notar que não se pode considerar de boa-fé a posse de quem, por erro inescusável, ou ignorância grosseira, desconhece o vício que mina sua posse. Assim, se o possuidor adquiriu a coisa possuída de menor impúbere e de aparência infantil, não pode alegar ignorância da nulidade que pesa sobre o seu título. Como também não pode ignorá-la se comprou o imóvel sem examinar a prova de domínio do alienante. Nos dois casos, sua ignorância deflui de culpa grave, de negligência imperdoável, que por isso mesmo é inalegável.²⁵

²⁴ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 27–28.

²⁵ RODRIGUES, *op. cit.* p. 31.

O artigo 1.202 do Código Civil demonstra o nascimento da posse de má fé e morte da boa fé. Aduz o artigo “A posse de boa fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente”.

Por este artigo, supramencionado, é de se levar ao raciocínio da inversão do ônus da prova. A prova do conhecimento da má fé cabe a quem argui a mesma, se fazendo pelas circunstâncias externas capazes de revelar que o possuidor tomou ciência de que vinha exercendo uma posse viciosa.

Por meio da posse justa é encontrado um meio de posse quer para o efeito de interditos (*ad interdicta*) quer para os efeitos da usucapião (*ad usucapionem*). Assim, o titular de uma posse justa pode reclamar e obter proteção possessória contra quem quer que o esbulhe, perturbe, ou o ameace, mesmo que o autor destas seja o proprietário da coisa.

O relato sobre as modalidades da posse quanto seus efeitos aludiu esses dois tipos a posse *ad interdicta* (a que se pode amparar nos interditos, caso for ameaçada, turbada, esbulhada ou perdida) e a posse *ad usucapionem* (a que der origem à usucapião da coisa desde que obedecidos os requisitos legais).²⁶

Deste modo retrata a situação da posse *ad interdicta* e *ad usucapionem* Silvio de Salvo Venosa:

Toda posse passível de ser defendida pelas ações possessórias é denominada *ad interdicta*, isto é, a que possibilita a utilização dos interditos para repelir ameaça, e mantê-la ou recuperá-la. Na verdade, toda situação de fato definida como posse merece, em princípio, proteção possessória. Vem à baila tudo o que dissemos a respeito da posse justa e da posse de boa fé. Mesmo o possuidor injusto ou de má fé com relação a determinado sujeito poderá defender a posse contra terceiros, em relação aos quais a exerce sem qualquer vício.

Um dos principais efeitos da posse é a possibilidade de, com ela, alcançar-se a propriedade pelo decurso de certo tempo. A posse hábil para isso denomina-se *ad usucapionem*.²⁷

Em último comentário quanto às modalidades da posse é necessário se referir à idade desta, seguindo os preceitos dos seguintes artigos do Código de Processo civil: Art. 924. “Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório”. Art. 927. “Incumbe ao autor provar: III – a data da turbação ou do esbulho.”

²⁶ DINIZ, *op. cit.*, p. 58.

²⁷ VENOSA, 2012, p. 80.

Pode ser percebido que posse nova é aquela que tem menos de ano e dia e velha se possuir mais de ano e dia. A importância desse prazo se dá porque contra a posse nova pode o titular do direito lançar mão do desforço imediato ou obter a reintegração liminar em ação própria, ao passo que se for posse velha o possuidor terá a proteção dos interditos possessórios, até que o órgão judicante o convença da existência de um direito melhor do que o seu.²⁸

Pelo exposto é de se concluir que a exposição sobre as modalidades de posse existentes na lei, servem para melhor compreensão do capítulo em que propriamente será analisada a usucapião.

1.2.2 Modo aquisitivo, perda e efeito da posse

No decorrer deste item serão analisados os modos de aquisição da posse, e este é dividido em: aquisição originária e aquisição derivada.

Sobre a aquisição originária a posse não depende de translatividade, ou seja, não depende da anuência do antigo possuidor para concretizar-se, efetiva-se unicamente por vontade do adquirente sem que haja colaboração de qualquer outra pessoa.²⁹ São modos aquisitivos originários da posse: apropriação do bem (onde o possuidor passa a ter condições de dispor dele livremente, excluindo a ação de terceiros e exteriorizando seu domínio); e o exercício do direito (consiste na manifestação externa do direito que pode ser objeto da relação possessória como a servidão, uso, etc).³⁰

Na aquisição derivada, pode ser observado que para a posse é necessária a existência de uma posse anterior, que é transmitida ao adquirente, em virtude de um título jurídico, com a anuência do possuidor primitivo, configurando um ato bilateral.³¹

São modos aquisitivos da posse derivada: a tradição (que é a entrega ou transferência da coisa, sem necessidade de declaração de vontade); o constituto possessório (quando o possuidor de um bem que o possui em nome próprio passa a possuí-lo em nome alheio); e a

²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.v.2, p. 33.

²⁹ LOPES., Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 153.

³⁰ DINIZ, *op. cit.*, p. 63.

³¹ *Loc cit*

accessão (onde a posse pode ser continuada pela soma do tempo do atual possuidor com o de seus antecessores, abrangendo a sucessão e a união).³²

Diante as definições faz-se necessário a análise do art. 1.205, I e II do Código Civil, que alude quem pode adquirir a posse..“A posse pode ser adquirida. :I - pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante; II - por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.”

Como foi observado neste artigo no inciso I, é o caso da pessoa que pretende adquirir a posse, devendo para isso estar em pleno gozo de sua capacidade de exercício ou de fato e que pratique o ato gerador da ralação possessória, de modo que caracterize a exteriorização do domínio.

Também podemos verificar a possibilidade da aquisição por representante ou procurador de quem quer ser possuidor, caso em que é preciso que haja a vontade do representante e a do representado.

Já no inciso II é encontrada a possibilidade da aquisição da posse por terceiro sem procuração ou mandato, sendo o caso em que esta fica na dependência da ratificação da pessoa em cujo interesse foi praticado o ato.

Hão de serem analisadas neste item, as causas que desencadeiam a perda da posse, de acordo com os apontamentos do art. 1.223 e 1.224 do Código Civil:

O artigo 1.223 diz que perde a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196, mencionado anteriormente. Já o artigo 1.224 afirma que só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

De forma mais esclarecedora, abaixo estão listado os modos pelos quais a pessoa pode perder a posse da coisa: Pelo abandono intencional para se privar de sua disponibilidade física e de não mais exercer sobre ela atos possessórios; Pela tradição (entrega da coisa); Pela perda ou destruição da coisa, pois desaparecendo o objeto da posse, desaparece o corpus. Não podemos confundir as coisas perdidas ou destruídas com as abandonadas. Aquele que perdeu não se despojou da posse; Pela posse de outrem. O titular deve permanecer vigilante sobre o objeto de sua posse. Sabendo da perda da posse e mantendo-se inerte o possuidor de turbacão ou esbulho deve lançar mão dos meios na ordenacão para manter sua posse; Pelo constituto possessório (inversão do *animus*, que serve para modificar a natureza da posse), sendo

³² DINIZ, *op. cit.*, p. 64-65.

exemplo, o proprietário que vende o imóvel e continua a residir no mesmo com posse em nome do adquirente. Externamente nada muda; Pela perda ou furto da coisa móvel e título ao portador. A lei protege com a ação reivindicatória a vítima de furto ou roubo; Pelos atos que não induzem à posse.

A mera permissão ou tolerância não pode converter-se em posse. Os atos originalmente violentos ou clandestinos podem tornar-se posse somente depois de cessada a violência ou clandestinidade.³³

Classificados os motivos para a perda da posse, será analisada a caracterização dos efeitos da posse. Porém antes, deve ser salientado, novamente, que a posse se distingue da detenção, porque, enquanto esta é simples relação de fato entre a pessoa e a coisa, de que não defluem consequências de ordem jurídica, a posse é a relação de fato que gera efeitos no campo do direito.

Segundo Silvio Rodrigues, efeitos da posse são as consequências jurídicas por ela produzidas, ou seja, todas as consequências que a lei lhe atribuir.³⁴ Para Washington de Barros Monteiro há a discussão sobre tal assunto, pois enquanto para uns a posse gera apenas a prerrogativa de invocar os interditos, para outros tais efeitos são múltiplos.³⁵

Observe os efeitos da posse, segundo a concepção de Maria Helena Diniz:

Invocar interditos possessórios: Ação de manutenção da posse (arts. 926 a 931 do CPC, e art. 1210 CC); ação de reintegração de posse (arts. 1.210, §§ 1º e 2º, e 1.212 do CC, e arts. 926 a 931 do CPC), interdito proibitório / ameaça de turbação ou esbulho (arts. 932 e 933 do CPC, e art. 1.210, 2ª parte do CC); nunciação de obra nova (quando a posse é prejudicada na substância por obra nova em prédio contíguo (CPC, arts. 934 a 940); ação de dano infecto (quando ruína, demolição ou vício de construção em prédio vizinho causa prejuízo na posse); ação de imissão na posse (visa aquisição de posse por via judicial); embargos de terceiro (visa defender bens daquele que sofre turbação ou esbulho em sua posse ou direito em razão de ato de apreensão judicial (arts. 1.046 e s., do CPC);

Direito à percepção dos frutos: possuidor de boa fé (direito aos frutos percebidos, direito às despesas da produção e custeio dos frutos), possuidor de má fé (não tem direito aos frutos, responde por todos os prejuízos que causou pelos frutos colhidos e percebidos e pelos que por culpa sua deixou de perceber, tem direito às despesas de produção e custeio dos frutos);

Direito à indenização das benfeitorias e direito de retenção: possuidor de boa fé (direito de ser indenizado pelas benfeitorias necessárias e úteis, direito de levantar as voluptuárias, direito de retenção, pelo valor das benfeitorias necessárias ou úteis), possuidor de má fé (direito de ser indenizado pelas benfeitorias necessárias, não tem direito às úteis, não pode levantar as voluptuárias, não tem direito de retenção);

Responsabilidade pela deterioração e perda da coisa: possuidor de boa fé (não responde pela perda ou deterioração da coisa que não der causa), possuidor de má fé (responde pela perda e deterioração);

Posse conduz a usucapião;

³³ VENOSA, *op. cit.*, 95–102.

³⁴ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 51.

³⁵ MONTEIRO, 2009. p. 46.

Ônus da prova compete ao adversário do possuidor, quando for contestado o direito deste;
 O possuidor goza, processualmente, de posição mais favorável;
 Art. 1209 do CC. “A posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem”.
 Art. 1211 do CC. “Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso”.³⁶

Analisadas todas as características sobre a posse, desde a sua origem até sua perda, será verificado a seguir outro tema importantíssimo para este trabalho que é a propriedade.

1.3 Da propriedade: histórico e conceito

De acordo com o Código Civil, artigo 1.228, “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de revê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Trata-se do direito de propriedade, que será analisado e que é de suma importância para a compreensão da usucapião.

Anteriormente foi analisada e estudada a posse, também se faz necessário estudar a propriedade e ressaltar que os dois institutos são importantíssimos para a definição da usucapião.

Afirma-se que em cada momento histórico, cada povo tem uma enorme extensão sobre o conceito de propriedade, tendo em vista que a história da propriedade é decorrente direta da organização política.

É de se observar, que antes da época romana, nas sociedades primitivas, só existia a propriedade para as coisas móveis, ou seja, para objetos particulares, a exemplo de peles de vestuário, utensílios de caça e pesca. Naquela época. O solo pertencia a toda coletividade, todos os que constituíam a tribo, a família, não havendo o sentido de senhorio, de poder de uma pessoa específica.³⁷

Na sociedade antigamente não se prendia a terra, com o intuito de utilização privativa do bem imóvel, pois os povos primitivos não permaneciam por muito tempo no mesmo lugar precisavam estar sempre a procura de alimentos. Com o desenvolver dos meios de subsistência, onde o homem começa a permanecer no mesmo solo com seu povo, tribo ou

³⁶ DINIZ, *op. cit.*, p. 74–88.

³⁷ VENOSA, *op. cit.*, p. 152.

família, inicia-se a ligação do homem com a terra que usa e habita, surgindo então a concepção da propriedade coletiva e, posteriormente, individual.³⁸

Pelo trabalho desenvolvido não foi encontrado ao certo um momento definitivo em que surge na sociedade romana a primeira forma de propriedade territorial. Há alguns relatos sobre a Lei das XII Tábuas, onde há vestígios da noção de propriedade imobiliária.

Para tanto, afirma Silvio de Salvo Venosa:

Nesse primeiro período do Direito Romano, o indivíduo recebia uma porção de terra que devia cultivar, mas, uma vez terminada a colheita, a terra voltava a ser coletiva. Paulatinamente, fixa-se o costume de conceder sempre a mesma porção de terra às mesmas pessoas ano após ano. Ali o pater famílias instala-se, constrói sua moradia e vive com sua família e escravos. Nesse sentido arraiga-se no espírito romano a propriedade individual e perpétua. A Lei das XII Tábuas projeta, na verdade, a noção jurídica do *ius utendi, fruendio et abutendi*. Considerava-se o domínio sobre a terra de forma absoluta. Nos primeiros séculos da história romana somente se admite o *dominium ex jure quiritium*, propriedade adquirida unicamente sob formas determinadas, fora das quais não poderia constituir-se. Apenas na época clássica o Direito Romano admite a existência de uso abusivo do direito de propriedade e sua reprimenda. O Digesto já reconhece direitos de vizinhança, mas o elemento individual ainda é preponderante.³⁹

De acordo com tudo explicitado acima, é de se notar que com o passar do tempo a noção de propriedade foi evoluindo, principalmente no que se refere ao conceito de propriedade individual e perpétua. Pode ser reconhecida a propriedade a partir da projeção da Lei das XII Tábuas.

Na Grécia e em Roma a propriedade colocava-se ao lado de duas outras instituições: a religião doméstica e a família. A religião foi a primeira a garantir a propriedade, sendo que as divindades domésticas (o lar da família, lugar de culto) a protegiam.

Na idade média a propriedade perde o caráter unitário e exclusivista. Com as diferentes culturas bárbaras, modificam-se os conceitos jurídicos. O território, mais do que nada, passa a ser sinônimo de poder. A ideia de propriedade está ligada à de soberania nacional. Os vassalos serviam ao senhor. Não eram senhores do solo.⁴⁰

Temos que a partir do século XVIII, a escola do direito natural passa a reclamar leis que configuram a propriedade. A Revolução Francesa recepciona a ideia romana. O Código de Napoleão, como consequência, traça a conhecida concepção extremamente individualista do instituto. Com a revolução industrial e as doutrinas socializantes esse individualismo perde força e inicia-se o sentido social da propriedade.

³⁸ VENOSA, *op.cit.* p.152.

³⁹ *Loc cit.*

⁴⁰ VENOSA, *op. cit.*, p. 153.

Hodiernamente, a propriedade está absorvida de sociabilidade e limitada pelo interesse público. Condicionada está a convivência privada ao interesse coletivo, visto que a propriedade passa a ter função social, não mais girando em torno dos interesses individuais de seu titular.

O desempenho da função social da propriedade encontra-se na Constituição Federal, artigos 5º, XXIII, 186, 182, § 2º, e 170, III, e pela Lei nº 10.257/01, artigos 1º a 4º, em consonância com o art. 1228 do Código Civil, §§ 1º e 2º. Veremos no Capítulo IV, item 4.1.2, mais especificamente a função social da propriedade.

Segundo De Plácido e Silva o conceito de propriedade é:

Do latim *proprietas*, de *proprius* (particular, peculiar, próprio), genericamente designa qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente.

[...]

Mas, conceituada como instituição jurídica, é compreendida como o próprio direito exclusivo ou o poder absoluto e exclusivo que, em caráter permanente, se tem sobre a coisa que nos pertence.⁴¹

É necessário uma melhor compreensão jurídica da propriedade, desta forma será analisada a força do domínio sobre a propriedade, sendo que o domínio é o mais completo dos direitos subjetivos e constitui o próprio centro do direito das coisas. A propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, representando a disputa de bens que o direito disciplina.

Portanto, o domínio é “o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na sua substância, acidentes e acessórios”.⁴² Desta forma é de se observar dois pontos importantes: a ideia do vínculo legal e a de submissão da coisa corpórea à vontade do proprietário. O liame que estabelece o proprietário e a coisa que se encontra em seu domínio, vincula de certo modo, todas as pessoas do universo, que estão presas a uma obrigação passiva de não turbar o exercício do direito pelo seu titular. Também há a ideia da submissão da coisa corpórea ao poder do proprietário, que a pode usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e dela dispor (*jus abutendi*).⁴³

Como pode ser observado acima, os três requisitos mencionados quanto à submissão da coisa corpórea ao poder do proprietário, devem estar à disposição do proprietário para que este possa exercer seu direito de domínio, reivindicando das mãos de quem injustamente a detenha. Confere-se ao dono o domínio para se recuperar ou obter a coisa de que foi privado, constituindo ao proprietário o instrumento adequado pelo qual exerce seu direito de sequela.

⁴¹ SILVA, 2002. p. 651.

⁴² RODRIGUES, *op. cit.* p. 77.

⁴³ *Loc cit.*

O direito de domínio é baseado no art. 1.228 do Código Civil que dispõe ao proprietário seu direito de uso, gozo e disposição da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que seja que a detenha injustamente.

A propriedade vem regulamentada dentro do Código Civil, na parte que condiz o Direito das Coisas. No art. 1.225 é encontrada a relação dos direitos reais: A propriedade; a superfície; as servidões; o usufruto; o uso; a habitação; o direito do promitente comprador do imóvel; o penhor; a hipoteca e por fim, a anticrese.

As inovações que a lei trouxe foram: a exclusão da enfiteuse desta relação e a inclusão do direito de superfície e do direito do compromissário comprador em tal relação. A propriedade é a relação fundamental do direito das coisas, abrangendo todas as categorias dos direitos reais, girando em seu torno todos os direitos reais limitados de gozo ou fruição, sejam os de garantia ou aquisição.

Em suma, o Código Civil optou por adotar a definição da propriedade reduzindo-a aos seus elementos essenciais positivos (direito de usar, gozar e reivindicar). Para que não fiquemos divagando muito sobre o assunto assumiremos a posição adotada por Maria Helena Diniz para conceituar: “Direito de propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.⁴⁴

1.3.1 Características, objeto e espécies

Quatro são as características da propriedade: caráter absoluto, caráter exclusivo, caráter perpétuo e caráter elástico.⁴⁵ Adiante será analisada cada uma destas.

O caráter absoluto que condiz a propriedade é regido pelo art. 1.228, §§ 1º e 2º do Código Civil, a saber:”§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

⁴⁴ DINIZ, 2012. p. 106.

⁴⁵ *Ibid.* p. 108–109.

O caráter absoluto é tido como a possibilidade do seu titular de desfrutar e dispor do bem como quiser, sujeitando-se apenas às limitações impostas em razão do interesse público ou da coexistência do direito de propriedade de outros titulares.⁴⁶

Cabe aqui, a análise de outro caráter, o de exclusividade, onde se tem a concepção de que uma coisa não pode pertencer com exclusividade ao mesmo tempo a duas pessoas. O direito de um exclui o direito de outro sobre o mesmo bem. Esta possibilidade se aplica também ao condomínio tendo em vista que os condôminos são conjuntamente titulares de um direito, cada condômino possui uma quota ideal do bem.⁴⁷

Na sequência é de se abordar a característica de perpetuidade do domínio. Entende-se por perpetuidade a possibilidade de sua transmissão, que é até um dos meios de tornar durável a propriedade, por indeterminado tempo, vez que o adquirente é o sucessor do transmitente, a título singular ou universal, recebendo todos os seus direitos sobre a coisa transmitida.⁴⁸

E em último estudo, dentro dos caracteres da propriedade, encontra-se a definição apresentada e acrescentada por Orlando Gomes, em referência a elasticidade, “pois seu domínio pode ser distendido ou contraído, no seu exercício, conforme lhe adicionarem ou subtrair poderes descartáveis”.⁴⁹

Com base nos estudos, pode ser afirmado que os objetos da propriedade são: os bens corpóreos (móveis e imóveis) e os bens incorpóreos.⁵⁰

Os bens corpóreos móveis e imóveis vêm exemplificados. Observa-se, No Código Civil, artigo 1.229, que a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las. Já em seu artigo 1.232, o mesmo código diz que os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem.

Encontra-se no Código de Mineração em seu artigo 84: “A jazida é bem imóvel, distinto do solo onde se encontra, não abrangendo a propriedade deste o minério ou a substância mineral útil que a constitui”.

Reza o artigo 176 da Constituição Federal, que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do

⁴⁶ MONTEIRO, 2009. p. 89-90.

⁴⁷ DINIZ, *op cit* p. 94.

⁴⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: M. Limonad, 1958, v. 48, p. 479.

⁴⁹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 100.

⁵⁰ DINIZ, *op. cit.*, p. 118.

solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Sobre os bens corpóreos móveis, estes podem ser distinguidos pela sua matéria, suscetíveis de individualização, determinação específica, ocupando um lugar definido, podendo ser materialmente isolados. Sendo sua propriedade imobiliária surge a questão do art. 1.229 do CC, que dispõe de certa forma que o proprietário pode edificar arranha-céus, levantar antenas de captação de ondas hertzianas, impedir que em seu terreno haja qualquer construção de seu vizinho, ou colocação de postes que possibilitem a passagem de fios telegráficos, telefônicos ou condutores de energia elétrica, que lhe causem perigo ou dano, em suma, tudo que interfira com o aproveitamento da coisa.⁵¹ Em contrapartida não pode impedir a realização de trabalhos que se efetuem a certa altura e a profundidade tal que não acarrete risco para sua segurança.⁵²

O art. 84 do Código de Mineração e o art. 176 da CF/88 dizem respeito ao patrimônio da União, vez que passaram a ter autonomia jurídica. Esta ideia vem reforçada pelo art. 1.230 do CC, quando afirma que a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, ou monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais. Complementando o parágrafo único do mesmo artigo informa que proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos à transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial.

Após a análise deste artigo pode ser afirmado que tudo que se incorpora ao solo, desde que não possa ser retirado sem destruição de sua substância, bem como tudo que se empregar no imóvel visando sua exploração, aformoseamento ou comodidade constitui sua parte integrante.

Na esfera dos bens incorpóreos como objeto da propriedade, tem-se respaldo do art 5º, XXIX e XXVII da Constituição Federal. Os bens incorpóreos, em nossa legislação, são considerados como uma relação de domínio do mesmo teor de um bem corpóreo: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz

⁵¹ SANTOS, J M de Carvalho. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1937, v. 9. p. 304.

⁵² MONTEIRO, *op. cit.*, p. 93.

humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Então, as coisas corpóreas como as incorpóreas podem ser caracterizadas como objeto de domínio tendo em vista o fato de serem apropriáveis pelo homem, que, como sujeito da relação jurídica, terá direito de exercer sobre elas todos os poderes ínsitos dos limites outorgados pela ordem jurídica.

A classificação das espécies de propriedade pode ser em face da extensão do direito do seu titular e quanto a perpetuidade de seu domínio.⁵³

No que se refere à extensão do direito a propriedade pode ser plena, ou restrita (limitada). A propriedade plena condiz aos elementos que se reúnem na pessoa do proprietário, enquanto a restritiva concerne ao direito real sobre coisa alheia. Maria Helena Diniz ilustra o assunto:

- a) plena, quando todos os seus elementos constitutivos se acham reunidos na pessoa do proprietário, ou seja, quando seu titular pode usar, gozar e dispor do bem de modo absoluto, exclusivo e perpétuo, bem como reivindicá-lo de quem, injustamente, o detenha;
- b) restrita ou limitada, quando se desmembra um ou alguns de seus poderes que passa a ser de outrem, caso que se constitui direito real sobre coisa alheia. Assim, no usufruto, limitada é a propriedade do nu proprietário, porque o usufrutuário tem sobre a coisa o uso e gozo.⁵⁴

Já no que se refere a perpetuidade tem-se a propriedade perpétua e a resolúvel. A propriedade perpétua, como seu próprio nome diz, tem duração ilimitada, enquanto que a propriedade resolúvel pode ser extinta. É o que explica a supracitada autora:

- a) propriedade perpétua – a que tem duração ilimitada; e
- b) propriedade resolúvel ou revogável – a que encontra, no seu título constitutivo, uma razão de sua extinção, ou seja, as próprias partes estabelecem uma condição resolutiva. É o que se dá no fideicomisso (CC, art. 1951), com a propriedade do fiduciário e na retrovenda (CC, arts. 505 a 508) com domínio do comprador.⁵⁵

⁵³ DINIZ, *op cit.*, p. 112-113.

⁵⁴ *ibid.*

⁵⁵ *ibid.*

Desta forma, nos subitens referentes à propriedade em si, foram definidas suas particularidades, seguindo agora para a usucapião, item importante para o estudo, vez que será mencionado nos demais capítulos que seguem.

2 USUCAPIÃO: CONCEITO E LEIS REGULAMENTADORAS

Para conceituar a usucapião nada melhor do que analisar a definição dada pelo grande doutrinador Silvio Rodrigues, quando afirma que a usucapião é o modo originário de aquisição do domínio, através da posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado na lei.⁵⁵

Portanto podemos definir a usucapião como o fato do possuidor, sem ser molestado em sua posse (que por isso é mansa e pacífica), exerce sobre a coisa os poderes inerentes ao domínio por certo lapso de tempo, permitindo-lhe, obter declaração judicial capaz de conferir-lhe o domínio, depois do respectivo registro.

De acordo com a definição supramencionada de Silvio Rodrigues, com o efeito temporal, o legislador permite que determinada situação de fato (posse pacífica), que alongou-se por um intervalo de tempo determinado por lei, transforme-se em uma situação de direito.

Portanto, pode ser afirmado que a usucapião é um direito novo, porém os seus atos não dependem da realização de ato negocial pelo proprietário, basta que por sentença da autoridade judicial, seja declarada.

2.1 Fundamentos da usucapião

No que se refere ao fundamento da usucapião, podemos analisar a consolidação da propriedade, dando juridicidade a uma situação de fato que é a posse unida ao tempo. Neste sentido esclarece Maria Helena Diniz:

A posse é fato objetivo, e o tempo, a força que opera a transformação do fato em direito, o que nos demonstra a afinidade existente entre os fenômenos jurídicos e físicos. Deveras, trata-se de uma verdade apodítica, extensiva a todos direitos subjetivos privados, pois todos eles, não só o pecúlio, nascem, crescem, decrescem e morrem. O tempo não vale, de per si, para constituir um direito subjetivo cujo nascimento depende, necessariamente, de um fato humano, pois, uma vez que todo direito subjetivo é, na terminologia de Goffredo Telles Jr., a autorização dada pela norma jurídica para fazer, ter ou exigir algo, claro está que precisa de uma determinação normativa.⁵⁶

Tal exposição permite-nos mencionar que o direito de propriedade, subjetivo que é,

⁵⁵ RODRIGUES, . *op.cit*, p. 108.

⁵⁶ DINIZ, *op.cit*, p. 145.

dentro dos limites temporais fixados por lei, se desfaz, por parte do proprietário inerte, e se ganha, por parte do usucapiente, pelo período de tempo estabelecido para seu exercício e sua conservação.

O que busca a usucapião é a garantia da estabilidade e segurança da propriedade, de um lado estimula o legislador a paz social, e, de outro, diminui para o proprietário o ônus da prova de seu domínio.

Em suma a usucapião dá prêmio a quem ocupa terra, pondo-a a produzir. É correto afirmar que o proprietário perdeu seu domínio contra sua vontade, mas não é injusta a solução encontrada em lei, porque o prejudicado concorre com o seu menosprezo para a concretização de tal fato. O que se tem em mente é o interesse social, uma vez que o homem não mantém seu direito de propriedade realizando a manutenção de suas terras, acaba por perdê-las a aquele que melhor contribui para a sociedade.

2.2 Requisitos da usucapião

Ao tratar dos requisitos da usucapião é necessário diferenciarmos os requisitos pessoais, os reais e os formais.

Os requisitos pessoais consistem nas exigências em relação ao possuidor que pretende adquirir o bem, e ao proprietário que, conseqüentemente, o perde. Ressalta-se ainda, que há a necessidade de que o adquirente seja capaz e tenha qualidade para adquirir o domínio por essa maneira.

Seguindo esse raciocínio, analisaremos no art. 1.244 do Código Civil, no que exclui a possibilidade de ser usucapiente: Cônjuge na constância da sociedade conjugal; ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; tutelados e curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela; o credor solidário ou o herdeiro do devedor solidário; pessoa contra os absolutamente incapazes de que trata o art. 3^o do C.C; pessoa contra os ausentes do país em serviço público da União, dos Estados e dos Municípios; pessoas contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra; pendendo condição suspensiva; não estando vencido o prazo; pendendo ação de evicção; antes da sentença que julgará fato que deva ser apurado em juízo criminal; havendo citação pessoal feita ao devedor; havendo protesto, inclusive cambial; se houver apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; se houver ato judicial que constitua em mora o devedor; havendo

qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito do devedor, alcançando inclusive, o fiador.

Nos casos supramencionados a lei obsta o nascimento da usucapião. Porém, salienta Orlando Gomes, que quando se tratar daquele que sofre os efeitos da usucapião, não haverá exigência relativamente à capacidade; somente se faz necessário que seja proprietário do imóvel. Ainda que não tenha capacidade de fato, pode sofrer os efeitos da posse continuada de outrem, pois cabe ao seu representante impedir esse fato.⁵⁷

Referente aos requisitos reais, estes são alusivos aos bens e direitos suscetíveis de serem usucapidos, pois nem todas as coisas e nem os direitos podem ser adquiridos por usucapião.⁵⁸

Observe o que não pode ser usucapido: As coisas que estão fora do comércio, pela sua própria natureza, por não serem suscetíveis de apropriação pelo homem, como o ar, luz solar etc; os bens públicos que estando fora do comércio são inalienáveis e por último os bens que, por razões subjetivas, apesar de se encontrarem no comércio, dele são excluídos, necessitando que o possuidor inverta seu título possessório.

Para serem analisados os requisitos formais, elementos necessários e comuns do instituto, que compreende: a posse, o lapso de tempo e a sentença judicial, é necessário também atentarmos para os requisitos especiais: o título e a boa fé.⁵⁹

Sem a posse não há usucapião, sendo que a posse *ad-usucapionem* deverá ser exercida, com *animus domini*, mansa e pacificamente, contínua e publicamente, durante o tempo determinado em lei.⁶⁰

Diante isto, serão analisadas as características *ad usucapionem* e *animus domini*:

O *animus domini*, ou a intenção de dono, é um requisito psíquico utilizado para afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse (servidor da posse, que possui relação com a coisa em nome do dono ou do verdadeiro possuidor, como é o exemplo dos administradores da propriedade imóvel; empregados em relação às ferramentas e equipamentos de trabalho fornecidos pelo empregador.). Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o *animus domini* tem o intuito de afastar a posse dos fâmulos da posse, excluindo toda esta que não se faça acompanhar do intuito de ter a coisa para si, como a posse direta do locatário, do credor pignoratício, do comodatário, do usufrutuário, do promitente comprador, do cessionário da promessa de compra e venda, que embora tendo o direito de posse, não

⁵⁷ GOMES, 1996. p. 162.

⁵⁸ DINIZ, *op.cit*, p. 147.

⁵⁹ GOMES, *op.cit*, p.161.

⁶⁰ DINIZ, *op.cit*, p. 149.

podem usucapir porque sua posse advém de título que os obriga a restituir o bem.⁶¹

Sobre a posse contínua, é correto afirmar que é aquela servida sem intermitência ou intervalos. Possui aqui a possibilidade de sucessão da posse, onde o possuidor pode contar, para que obtenha o tempo exigido em lei para a usucapião, com o tempo de posse de seus antecessores, tratando-se da união de posses.⁶²

Já a posse justa é aquela sem vícios de violência, clandestinidade ou precariedade, onde se houver algum fato que envolva essas situações não se poderá clamar pela posse.

No que se refere ao tempo, a lei fixa para sua configuração proteger o interesse do particular e da sociedade. É uma política legislativa que se resolve diferentemente nos diversos sistemas jurídicos existentes.

A sentença é o ato que a lei determina ao usucapiente que, uma vez adquirindo o domínio pela posse, seja requerida do magistrado para que possa ser declarada. Também constituirá título hábil para transcrição no Registro de Imóveis. Para alguns doutrinadores, quando a sentença é declaratória na ação de usucapião, sua respectiva transcrição não tem valor constitutivo e sim meramente probante. A transcrição da sentença não confere aquisição da propriedade, mas regulariza a situação do imóvel e permite sua livre disposição.⁶³ Já para Silvio Rodrigues a concepção da sentença em relação ao possuidor é diferente, porque esta tem caráter constitutivo, pois antes dela o possuidor reúne em mãos todos os requisitos para adquirir o domínio, mas, até que a sentença proclame tal aquisição, o usucapiente tem apenas expectativa de direito.⁶⁴

Sobre o justo título, refere-se ao portador de título capaz de transferir-lhe o domínio, e a boa fé. É a convicção do possuidor de que não está ofendendo um direito alheio, ignorando o vício ou o obstáculo que impedem a aquisição do bem ou do direito possuído. Portanto, estes são requisitos suplementares, que abreviam o prazo para usucapir e que aparecem na forma ordinária da usucapião.

Depois de analisado os requisitos da usucapião, faz-se necessário o estudo de suas espécies.

2.3 Espécies de usucapião

⁶¹ PEREIRA, *op cit*, p. 131.

⁶² LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: v. 6. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 560 - 562.

⁶³ DINIZ, *op.cit*, p. 181.

⁶⁴ RODRIGUES, *op.cit*, p. 133 - 134.

Por meio do Código Civil, podemos elencar quatro modalidades de usucapião: extraordinária, ordinária, urbana, rural (também conhecido como *pro labore*) e a familiar, acrescentando ao artigo 1.240, o 1.240-A. Sendo este último, objeto maior desse trabalho.

2.3.1 Usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária vem descrita no art. 1.238 do Código Civil: Aquele que por 15 (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.

O parágrafo único do artigo supracitado, refere-se ao prazo, o qual reduzir-se-á a 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Sobre as características da usucapião extraordinária, pode ser transcrito como Maria Helena Diniz a detalha:

São, portanto, seus requisitos: a) *posse* pacífica, ininterrupta, exercida com *animus domini*; b) decurso do prazo de 15 anos (RT, 556:105) ou de 10 anos, se o possuidor estabeleceu no imóvel sua moradia habitual ou nele efetuou obras ou serviços de caráter produtivo. Considera-se o efetivo uso do bem de raiz possuído como moradia e fonte de produção (*posse-trabalho*) para fins de redução do prazo para usucapião; c) a presunção *júris et de jure* de boa fé e justo título, que não só dispensam a exibição desse documento, como também proíbem que se demonstre sua inexistência. Como bem acentuou Sá Pereira, este usucapião não tolera a prova de carência do título. O usucapiente terá, simplesmente, que provar uma coisa: sua posse; e d) a sentença judicial declaratória da aquisição do domínio por usucapião, que constituirá o título que deverá ser levado ao registro imobiliário, para transcrição⁶⁵.

2.3.2 Usucapião ordinária

Já a usucapião ordinária, é aquela que atribui domínio a quem possuir imóvel pelo prazo de 10 (dez) anos, de forma contínua e pacífica, com justo título e boa fé. Está descrita no art. 1.242 do Código Civil: “Adquire também a propriedade do imóvel aquele que,

⁶⁵ DINIZ, *op.cit*, p. 153.

contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

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

A posse que trata o parágrafo supracitado é a posse trabalho, que para atender ao princípio da sociabilidade, reduz o prazo da usucapião. Verificamos que o *caput* do artigo apresenta os seguintes pressupostos: a) posse mansa, pacífica e ininterrupta, exercida com a intenção de dono; b) decurso do tempo de dez anos se o bem de raiz houver sido adquirido onerosamente e cujo registro foi cancelado. O Código Civil vigente excluiu a tradicional distinção entre presentes e ausentes, peculiar a usucapião ordinária, por entender ser incompreensível que aquele que possui o imóvel, pelo simples fato de residir em outro município, fosse beneficiado com prazo maior; c) justo título, mesmo que este contenha falhas, para que se efetue a transferência de domínio e a boa fé; d) sentença judicial que lhe declare a aquisição do domínio para apagar dúvidas sobre seu direito.⁶⁶

2.3.3 Usucapião rural

Essa modalidade vem descrita no Código Civil em seu artigo 1.239, onde aplica alguns requisitos para sua caracterização, sendo: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a 50 (cinquenta) hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

Pode ser destacado aqui como o principal caracterizador da usucapião especial rural, o fato do usucapiente ter tornado com seu trabalho a terra produtiva, tendo nela sua morada. O mesmo texto do art. 1.239 do Código Civil vem escrito no art. 191 da Constituição Federal, tendo esta, acrescentado somente o parágrafo único regulando que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, p. 140 – 141.

Diante das breves considerações, será analisado o estudo das espécies de usucapião, no que se refere ao Código de Processo Civil e a Constituição Federal.

2.3.4 Usucapião urbana

Sobre a usucapião urbana, esta foi contemplada no art. 1.240 do Código Civil, defendendo a utilização de uma política urbana, ante o fato de que o solo urbano não pode ficar sem aproveitamento adequado: “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.”

O parágrafo primeiro do referido artigo diz que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil; Já o segundo, diz que o direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

A especificação descrita no referido artigo contempla a pessoa que possui, por cinco anos sem interrupção de tempo, como sua, área urbana de até 250m², desde que não seja proprietário de outro imóvel. Observando que o referido imóvel não pode ser público.

Além dos requisitos que o próprio artigo alude, deverá de forma imprescindível o usucapiente registrar no cartório de Registro de Imóveis a sentença judicial declaratória da aquisição da propriedade.

2.3.4.1 Usucapião urbana coletiva

É válido salientar que existe a usucapião urbana coletiva, esta acontecerá quando as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, forem ocupadas por população de baixa renda, utilizando-as para moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição. Aqui nos cabe falar que se os terrenos não forem identificados, com a especificação de quem os ocupa, estes mesmo serão susceptíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não possuam outros imóveis. A Constituição Federal

ampara a usucapião urbana em seu art. 183, §§ 1º a 3º, além do art. 1240 do CC (citado acima). As especificações contidas nos parágrafos do art. 183 da CF/88 condizem ao título de domínio e a concessão de uso que podem ser conferidos ao homem ou mulher, independentemente do estado civil, sendo que este direito não pode ser concedido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

2.3.5. Usucapião familiar

No dia 16 de junho de 2011 entrou em vigor a Lei nº 12.424 que acrescentou, ao artigo 1240 do Código Civil, o artigo 1240-A. É uma nova modalidade de usucapião a qual foi dada 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.

Salienta-se, portanto que a usucapião familiar, será estudada no último capítulo desse trabalho. Diante das breves considerações, será analisado a seguir, o estudo das espécies de usucapião, no que se refere ao Código de Processo Civil e a Constituição Federal.

2.4 O Código de Processo Civil e a usucapião

No Código de Processo Civil, a usucapião de terras particulares, assunto previsto no art. 941, há de ser tratado de forma breve.

Além do mais cumpre ressaltar que a referida ação diz respeito à usucapião extraordinária e a ordinária, disciplinadas no Código Civil, pelos artigos 1.238 e 1.242 respectivamente, não se aplicando, portanto, à usucapião especial rural regida pela Lei 6.969 de 10.12.1981, que dispõe de procedimento próprio para tal ação.

Pode ser afirmado que no que diz respeito a natureza da ação de usucapião de terras particulares e da sentença na mesma proferida vem descrita no art. 941 do CPC. Vimos que a

usucapião extraordinária em sua sentença proferida tem efeito meramente declaratório de um direito já preexistente, não tendo caráter constitutivo, uma vez que a usucapião (seja extraordinária ou ordinária) se consubstancia desde o momento em que o usucapiente consegue reunir todos os requisitos estabelecidos em lei para esse fim. Dentre esses requisitos não se encontram nem a sentença nem o seu registro, pois a primeira simplesmente declara um direito preexistente (aquisição do domínio ou de um direito real pela usucapião, por parte do requerente) e o segundo serve para dar publicidade à aquisição originária operada pela usucapião, resguardando a boa fé de terceiros, possibilitando, por parte do usucapiente, o exercício do *jus dispuniendi* e assegurado, ainda, a continuidade do próprio registro.⁶⁷

Portanto, preceitua o art. 941 do Código de Processo Civil que a ação de usucapião compete ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial. Trata-se, pois, de uma ação declaratória, que levará a uma sentença definitiva de caráter também declaratório.

Obviamente pode ocorrer que alguém intente contra aquele que adquiriu pela usucapião (mas não teve declarada por sentença, a aquisição), uma ação reivindicatória ou até mesmo uma possessória. Citado para a demanda poderá o usucapiente defender-se, opondo exceção de usucapião.

O Código de Processo Civil em seus artigos 941 a 945: regula a ação de usucapião de terras particulares. É de se observar, também, a necessidade da transcrição da sentença que decreta a usucapião, para o cartório de registro de imóveis, satisfazendo-se todas as obrigações fiscais envolvidas no processo.

2.5 A Constituição da República Federativa do Brasil/1988 e a usucapião

A Lei Maior, ou seja, a Constituição Federal de 1988 dedicou dois de seus dispositivos à usucapião. No art. 183, a CF/88 preceituou a usucapião especial urbana. Já no art. 191 reinstituíu a chamada, usucapião *pro labore*, que foi criada pela constituição de 1934, mantida na de 1937 e na de 1946, mas que não foi mencionada na Constituição de 1967, nem mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

⁶⁷ SALES, *op cit*, p. 124.

Analisando a constituição, o art. 191 preceitua a condição da usucapião para aquele que não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, mas que possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural, que não seja superior a cinquenta hectares, desde que a torne produtiva por meio do trabalho seu ou de sua família, e que tenha nela sua moradia.

Mesmo tendo sido verificada a impossibilidade da usucapião de terras públicas, observam alguns autores que, no nosso ordenamento jurídico há usucapião de terras devolutas, ante o disposto no art. 188 da Constituição Federal, prescrevendo que a destinação das terras devolutas deve compatibilizar-se com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária, uma vez que aquelas terras constituem bens patrimoniais estatais afetados por uma destinação social *sui generis*. Logo, para esses juristas, possível será ao particular usucapi-las, para atender ao interesse social de continuidade da exploração econômica da terra.⁶⁸

Analisados foram neste capítulo os pontos mais importantes que trata da usucapião, contudo, a usucapião familiar que é o objetivo do presente estudo, será analisada de forma mais direcionada, a partir do capítulo seguinte.

⁶⁸ SALLES, *op cit*, p. 209.

3. USUCAPIÃO FAMILIAR E O DIREITO DE FAMÍLIA

A Lei 12.424/2011 que está em vigor desde 16/06/2011, trouxe com ela o acréscimo de um novo artigo no Código Civil, o 1.240-A, tratando da nova modalidade de usucapião, que embora tenha liame com o Direito Real, vai interferir diretamente no Direito de Família.

Alguns conceitos são necessários para facilitar a compreensão dos artigos que dão sequência ao trabalho, assim como, se faz necessário atentar para a evolução dos conceitos em consequência dos avanços sociais.

3.1 Conceito de família

Em seu dicionário, De Plácido e Silva, nos traz alguns conceitos de família:

Derivado do latim *família*, de *famel* (escravo, doméstico), é geralmente tido, em sentido estrito, como a sociedade conjugal.

Neste sentido então, família compreende simplesmente os cônjuges e sua progênie. E se constitui, desde logo, pelo casamento.

Mas em sentido lato, família quer significar todo “conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade” (Clóvis Beviláqua). Representa-se, pois, pela totalidade de pessoas que descendem um tronco ancestral comum, ou sejam providas do mesmo sangue correspondendo à gens dos romanos e ao genes dos gregos.

Já no sentido constitucional mais amplo, confunde-se com a expressão “entidade familiar”. É a comunhão familiar, onde se completam todos os membros de uma mesma família, mesmo daqueles que se estabelecem pelos filhos, após a morte dos pais.

Na tecnologia do Direito Civil, no entanto exprime simplesmente a sociedade conjugal, atendida no seu caráter de legitimidade, que distingue de todas as relações jurídicas desse gênero. Neste sentido compreende apenas a reunião de pessoas ligadas entre si pelo vínculo de consanguinidade, de afinidade ou de parentesco, até os limites expressos em lei.⁶⁹

Acrescenta o mesmo autor, que Família, entre os romanos, além do sentido de conjunto de pessoas submetidas ao poder de um cidadão independente (*homo sui juris*), no qual se compreendiam todos os bens que as mesmas pertenciam, era sinônimo de patrimônio, propriamente aplicado aos bens deixados pelo *de cuius*. E, nesta razão, dava-se o nome de *actio familiae erciscundae* à ação de divisão de uma herança.⁷⁰

⁶⁹ SILVA, *op. cit.*, p.599

⁷⁰ *Loc cit*

Compreende-se, que o conceito de família evoluiu muito, e que aquele antigo conceito que dava ao homem todo poder familiar, não resistiu às transformações trazidas em consequência da evolução social que gerou grandes conquistas para as mulheres.

Se formos levar em consideração a origem da família, concluiremos que o afeto não era prerrogativa da espécie humana. Leia o que afirma Berenice Dias:

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estrutura se dá através do direito. Como a lei vem sempre depois do fato, congela uma realidade dada. As modificações da realidade acabam se refletindo na lei, que cumprem sua vocação conservadora. A família juridicamente regulada nunca é multifacetada como a família natural. Essa preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural, dispõe de estruturação psíquica no qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos – sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.⁷¹

O afeto era desconsiderado, qualquer tipo de família que não fosse consequência de casamento entre um homem e uma mulher, não era aceitável. Pouco a pouco esse conceito foi se modificando.

3.2 A evolução do conceito de família

No Brasil, sobretudo com influência religiosa, vigorou até a promulgação da Constituição Federal de 1988, um conceito de família centrado exclusivamente no casamento, pois o Código civil de 1916 não considerava as uniões extraconjugais, nem os filhos havidos fora do matrimônio. Com a promulgação da Carta Magna, seguida do Código Civil de 2002, a família brasileira sofreu grandes modificações sociológicas, culturais e econômicas. Cinco grandes fatores macrossociais contribuíram para a transformação da família.

O primeiro refere-se às transformações no próprio sistema capitalista e a expansão do mercado que acaba inserindo todos na dinâmica do trabalho e principalmente incorporando as mulheres ao trabalho remunerado.

O segundo fator é a luta pelos direitos civis e pelas minorias, que traduzem, em síntese, o direito à vida, igualdade, liberdade, segurança etc; acima e independentemente de cor, sexo e religião.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 5 ed. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2005.p27.

O terceiro advém do crescente e contínuo movimento de individualização das mulheres, que se traduz no maior acesso ao mercado de trabalho e à escolarização.

O quarto é a consequência do feminismo associada ao controle tecnológico da reprodução humana, separando reprodução do exercício da sexualidade.

O quinto é uma maior visibilidade das alternativas identitárias de gênero, especialmente homossexuais, bissexuais ou transexuais.

A família passou a ser composta de várias configurações: monoparental (pai ou mãe criando o filho sozinho), homoparental (casal de homossexuais, gays ou lésbicas, criando filhos de um dos dois, adotados ou frutos de inseminação artificial com óvulo ou espermatozóide de um dos membros do casal), recomposta (filhos de vários casamentos convivendo com pais recasados) também chamada de família mosaico, resultante de nova união, em que os filhos do casal compõem um quadro formado por irmãos, não-irmãos e meio-irmãos, onde nem todos são parentes (família mais conhecida e composta pelos meus, os seus e os nossos filhos).

Na família de hoje, é possível existir três mães para uma mesma criança. A primeira, dona do óvulo, a segunda, que hospeda o embrião e o feto por nove meses, e a terceira, a mãe social, casada com o homem que doou seu espermatozoide para a fecundação do óvulo.

Foram supracitados, diversos tipos de famílias que podem ser encontradas na sociedade. São elas, as mais variadas possíveis, fruto da evolução social que consequentemente modificou o conceito de família.

A evolução do conceito de família, nesses últimos anos vem acontecendo de tal forma que o legislador já não consegue acompanhar nem contemplar todas as inquietações.

3.3 Origem e transformação histórica do direito das famílias no Brasil

Segundo Berenice Dias, não há porque se falar em Direito de família, mas em Direito das famílias, pois assim contempla as multifacetadas formatações, atendendo a necessidade de alcançar todos os tipos de famílias, fugindo do preconceito e da discriminação.⁷²

Mas, como será que surgiu o direito de família? Rodrigo da Cunha nos traz o que levou o legislador a criar o direito das famílias:

⁷² DIAS, 2005.p, 28.

A interferência estatal nos elos da afetividade é o que leva o legislador a dedicar um ramo do direito à família. A primeira lei do Direito de família é conhecida como a lei do pai, uma exigência da civilização na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos extintos. A interdição do incesto funda o psiquismo e simboliza a inserção do ser humano no mundo da cultura. Somente com a passagem do homem do estado de natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família.⁷³

O pesquisador supracitado nos mostra que hoje o princípio da igualdade está a priori, quando se trata de Direito das famílias; “aquele formato hierárquico usado anteriormente cedeu espaço para a democratização e hoje as relações são baseadas na igualdade e respeito mútuo”.⁷⁴

Não há como falar em evolução do direito de família, sem fazer uma “volta ao passado”, lembrando que o código civil de 1916, regulava a família constituída pelo matrimônio. Impedia sua dissolução, fazia destituição entre seus membros e discriminava aquelas pessoas unidas sem casamento, assim como os filhos havidos de tal relação. Ao longo do tempo houve grandes mudanças.

Com a evolução, aconteceram as alterações legislativas, dentre elas o estatuto da mulher casada, lei número 4.121/62, que alterou diversos dispositivos do Código Civil e o artigo 469 do Código de Processo Civil, sobre a situação jurídica da mulher casada.

O referido estatuto, concedeu à mulher casada, plena capacidade e deferiu-lhes bens reservados que asseguravam-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho.

Já em 1977, veio a instituição do divórcio, com a emenda constitucional nº 9/77 e a lei nº 6.515/77, que acabou com indissolubilidade do casamento, e conseqüentemente pondo fim a ideia da família como instituição sacralizada.

Berenice Dias, mostra a importância de toda essa evolução, quando diz que:

O surgimento de novos paradigmas quer pela emancipação da mulher, quer pela descoberta dos métodos contraceptivos e pela evolução da engenharia genética dissociaram os conceitos de casamento, sexo, e reprodução. O moderno enfoque dado à família, pelo direito, reconhece o vínculo afetivo que enlaça seus integrantes.⁷⁵

⁷³ PEREIRA, *op cit*, p, 47.

⁷⁴ *Loc cit*

⁷⁵ DIAS, *op cit*. P. 29.

Mais uma vez a referida autora, prioriza o vínculo afetivo, pois este envolve laços de carinho e amor; esse vínculo deverá perdurar por toda a relação. Sem afeto, acaba a sustentação da base familiar e conseqüentemente será necessária a dissolução desse vínculo:

O influxo da chamada globalização impõe constante alteração de regras, leis e comportamentos. No entanto, a mais árdua tarefa é mudar as regras do direito das famílias. Quando se trata das relações afetivas, afinal é disso que trata o direito das famílias, a missão é muito mais delicada em face de seus reflexos comportamentais que interferem na própria estrutura da sociedade. É o direito que diz com a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano.⁷⁶

Berenice mostra quão importante é, alertar quanto à necessidade de compreender a evolução do direito de família e sua contribuição para dignidade da pessoa humana. Nessa linha de pensamento, enfatiza a autora quanto a prioridade que precisa ser dada ao afeto nas relações familiares.

Não há como falar em evolução do Direito das famílias, sem mencionar o código civil que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. Este por sua vez privilegiou a dignidade da pessoa humana.

No capítulo que segue, será estudado de forma breve o casamento, pois este é objeto de suporte para o tema em epígrafe.

3.4 Casamento e união estável

Em certo momento histórico houve a necessidade do Estado intervir para organizar os vínculos interpessoais instituindo o casamento como regra de conduta. Para impor limites ao homem na busca do prazer. É por isso que o desenvolvimento da civilização põe restrições à total liberdade.

Literalmente, casamento é uma união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem a família legítima. Segundo o Código Civil, artigo 1.511: “Com o efeito de estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Maria Helena Diniz interpreta esse artigo evocando dois princípios:

Princípio da comunhão indivisa, que valoriza o aspecto moral da união sexual de dois seres, visto ter o matrimônio por objetivo criar uma plena comunhão de vida

⁷⁶ DIAS, *op cit*, p. 30.

entre os cônjuges que pretendem passar juntos as alegrias e os dissabores da existência.

Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, com esse princípio, as decisões são tomadas em comum acordo entre marido e mulher, em razão da paridade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.⁷⁷

Esses princípios são basilares, vez que, desaparece o poder marital e a família passa a ser decidida pelo homem e pela mulher, que passam a ter os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, objetivando comunhão de vida, seja esta com alegria ou dissabor.

De acordo com a constituição federal, o estado considera a família a base da sociedade, portanto necessita da tutela jurídica do casamento, e assim a vontade dos noivos fica subordinada à lei, o casamento é visto por este ângulo, como um contrato de adesão, onde os noivos regulamentam a vida a dois. Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Sendo o casamento não só comunhão de vida, mas também de patrimônio; no capítulo seguinte serão analisados os regimes de bens, pois é indispensável que antes das núpcias fiquem definidas as questões relativas aos bens, às rendas e às responsabilidades de cada consorte

A união estável por sua vez, foi reconhecida, para fins de proteção especial do Estado, como entidade familiar pelo art. 226, § 3º da CF/88 (primeira parte), sem equipará-la ao casamento.

Será mister esclarecer que a família, em sentido amplo, não se funda necessariamente no matrimônio, pois, como vimos pode ser formada por um conjunto de pessoas ligadas pelas núpcias, ou não, e sua prole, parentes colaterais e afins; e , ainda, qualquer dos pais e descendentes (família monoparental). E até mesmo poder-se-á falar em família substituta, configurada pela adoção, tutela e guarda.

Consequentemente, o reconhecimento da união estável como entidade familiar não constitui um estímulo ao concubinato puro, mas um fortalecimento do casamento por haver incentivo à sua conversão ao matrimônio.⁷⁸

Segundo Berenice Dias, ainda que a união estável não se confunda com o casamento, gera um quase casamento na identificação de seus efeitos, dispondo de regras patrimoniais quase idênticas.⁷⁹

⁷⁷ DINIZ, **Código civil anotado**. 15.ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p.1050.

⁷⁸ DINIZ, **Direito Civil. Direito de família**, 23 ed.Saraiva:São Paulo, 2012. P.80.

⁷⁹ DIAS, *op cit*, p.179.

Na união estável, os conviventes tem a faculdade de firmar contrato de convivência (CC 1.725), estipulando o que quiserem. No silêncio, a escolha é feita pela lei: incide o regime de comunhão parcial de bens.

No seguinte capítulo, iremos discorrer sobre os regimes de bens contidos no Código Civil de 2002, e suas consequências frente a usucapião familiar.

4. REGIMES DE BENS

Como já foi mencionado no capítulo anterior, no código civil de 1916 o conceito de família era exclusivamente usado quando houvesse matrimônio. Este, por sua vez, era indissolúvel, união plena de vida e patrimônio.

O regime legal era o da comunhão universal de bens, surgindo daí a mancomunhão, ou seja, propriedade de duas mãos gerando condomínio de todos os bens, de forma igualitária, não levando em consideração como esse patrimônio surgiu, nem a época em que o mesmo foi adquirido.⁸⁰

Não podemos deixar de mencionar, que naquela época, também existia o regime denominado dotal, quando os bens da mulher eram entregues ao marido, para que ele os administrasse, sendo que os rendimentos eram destinados a atender as despesas do lar. O regime dotal mostrou-se inútil, e foi revogado.

Com o estatuto da mulher casada, anteriormente mencionado, ficou claro seu caráter protetivo à esposa, por trazer a incomunicabilidade dos bens reservados.

Porém, a consagração constitucional da igualdade entre homem e mulher, fez extinguir o sobredito estatuto, pois houve oposição de alguns doutrinadores, alegando ferir o princípio da isonomia. Diz Berenice Dias: “Apesar de não ter acabado a discriminação, o patriarcalismo e o tratamento discriminatório de que ainda é alvo a mulher, ninguém mais tem coragem de sustentar a necessidade de sua permanência”⁸¹.

Mais tarde, em 1977, com a lei do divórcio, Lei nº 6.515/77, o regime legal de bens passou a ser o da comunhão parcial, que vigora até os dias de hoje, afastando a comunicabilidade dos bens adquiridos antes do casamento. Assim como não se comunicam, as heranças, legados e doações percebidos por um dos cônjuges, a qualquer momento, antes ou durante a constância do matrimônio. Só se comunicam os aquestos, ou seja, os bens adquiridos durante a vida em comum, com raras exceções.

Sabe-se que o casamento estabelece comunhão de vida, impondo direitos e deveres recíprocos. É necessário também que haja solidariedade entre os cônjuges. Ambos são responsáveis pelos filhos e pelo lar, devendo dividir os gastos na medida de suas disponibilidades. De acordo com o Código civil, artigo 1.565: “Pelo casamento, homem e

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 15.ª ed. Saraiva: São Paulo. 2011. p.141.

⁸¹ DIAS, *op cit*, p 218

mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Portanto a lei não regulamenta apenas a celebração e dissolução do casamento, ela vai muito além, quando regulamenta regras para o convívio, por exemplo.

Como a família torna-se titular do domínio e da posse do acervo patrimonial que a compõe, são previstos regimes de bens; vejamos o diz Berenice:

Modelos pré-fabricados, são criados pelo legislador e disponibilizado aos nubentes. A inclusão ou exclusão de bens, anteriores ou posteriores ao casamento, ditam as diretrizes dos diversos regimes e servem para definir a origem, a titularidade e o destino do patrimônio conjugal. A separação ou a comunhão dos bens individuais, a comunicabilidade ou não do acervo amealhado depois do matrimônio é que permite diferenciar os diversos regimes de bens. Assim antes do casamento os noivos escolhem um dos regimes existentes, podendo criar um modelo exclusivo da forma que melhor lhes aprouver.⁸²

Como já mencionado anteriormente, o regime de bens é “fruto” do casamento, portanto um não existe sem o outro. Quando o nubente não escolhe, será aplicado o regime legal: regime da comunhão parcial de bens.

É necessário salientar que existem alguns casos, expressos no artigo 1.641, em que há imposição do regime de separação: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos”.

Nestes casos, o Estado faz a opção, e será aplicado o regime de separação obrigatória.

Entretanto, salvo estas situações supracitadas, vigora plena liberdade para os interessados na elaboração da escritura de pacto antenupcial. Podendo os nubentes escolher um dos regimes especificados em lei, assim como mesclá-los entre si. Por exemplo: o regime será de comunhão universal, porém determinado bem, como as ações de uma empresa, permanecem na propriedade exclusiva de um dos cônjuges. Podem também, determinar o regime da separação total de bens, mas que um bem imóvel será comum.

O professor Silvio Venosa nos alerta quanto à necessidade da escritura pública:

Se os nubentes desejarem assumir o regime da comunhão parcial de bens, não necessitarão do pacto antenupcial. Se outra modalidade de regime de bens for sua escolha, precisarão estipulá-la por meio de escritura pública. Desse modo, embora

⁸² DIAS, *op cit*, p.220

seja facultativo a escolha do regime, os cônjuges necessariamente devem recorrer ao pacto se não desejarem o da comunhão parcial de bens.⁸³

É necessário, lembrar que no pacto antenupcial só pode ter conteúdo patrimonial, não é admitido discussões envolvendo relações pessoais dos consortes, nem de caráter pecuniário que não digam respeito ao regime de bens ou que sejam contra a lei.

O referido pacto, embora seja um negócio jurídico de conteúdo patrimonial, não é um contrato igual aos do livro das obrigações, dada sua natureza institucional, pois uma vez realizado o matrimônio, os nubentes não poderão alterá-lo a sua livre vontade, conservando-se até a dissolução da sociedade conjugal, com o objetivo de proteger interesse da família ou de terceiro que venha a se relacionar economicamente com os cônjuges, salvo se houver autorização judicial. Para que seja alterado ainda é necessário pedido motivado por ambos os cônjuges, com apreciação da procedência dos motivos alegados, sempre ressaltando direito de terceiros, é o que preconiza o código civil em seu art. 1.639 § 2º: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressaltados os direitos de terceiros”.

4.1 Princípios fundamentais no regime de bens

Nosso código civil adotou o princípio da variedade dos regimes matrimoniais de bens, que garante aos nubentes o direito de escolher o que melhor lhes convier, porém se os noivos não escolherem, terá vigor o regime legal, ou seja, o regime da separação parcial de bens. E por outro lado, existem também os casos do artigo 1.641, expresso anteriormente, em que o regime de separação é obrigatório.⁸⁴

No regime de bens, está presente o princípio da liberdade dos pactos antenupciais, que decorre do primeiro princípio citado no parágrafo anterior. A liberdade permite aos nubentes escolher o regime que lhes convier; pode até combinar mais de um regime formando um regime especial.⁸⁵

⁸³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. 3 ed. Atlas: São Paulo.2003. p 172.

⁸⁴ GONÇALVES, 2011,p.141

⁸⁵ *ibid.* p.142

Outro princípio encontrado é o da mutabilidade justificada do regime adotado durante a constância do casamento, com autorização judicial, observando o artigo 1.639 § 2º do código civil já mencionado.⁸⁶

No código civil de 1916, não era possível a mutabilidade do regime, a escolha era feita no momento do casamento e vigorava para toda a vida, findando com o divórcio ou a morte de um dos cônjuges.

O novo Código Civil trouxe algumas novidades para o regime de bens: criou o regime da participação final dos aquestos e admitiu a alteração do regime de bens na constância do casamento.

4.2 Pacto antenupcial

A escolha do regime de bens é feita no pacto antenupcial, e se este não for feito, for nulo ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial, disposto no Código Civil, artigo 1.240, caput.

Segundo Tartuce, “é um negócio jurídico bilateral de direito de família, mediante o qual, os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto da comunhão parcial”.⁸⁷

Essa escolha, será registrada em escritura pública, porém só terá eficácia se o casamento se realizar. É o que reza o artigo 1.653 do Código Civil de 2002.

Diniz, por sua vez, enfatiza a importância do pacto antenupcial e a necessidade de ser este um contrato solene:

A convenção antenupcial é solene, não podendo ser estipulado por instrumento particular ou no termo que se lavra logo depois de celebrado o casamento. Se nulo for vigorará o regime legal, ou seja, o da comunhão parcial de bens. Será ineficaz se o casamento não lhe seguir; uma vez que tem por finalidade disciplinar o regime de bens durante o matrimônio. Com a celebração das núpcias o pacto antinupcial válido passará a produzir efeitos jurídicos.⁸⁸

Observa-se que há uma formalidade exigida, como requisito de validade: o pacto antenupcial deverá ser feito por escritura pública no cartório de notas, sendo nulo se assim

⁸⁶*loc cit*

⁸⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 7 ed, Método: São Paulo. 2012. p.123.

⁸⁸ DINIZ, **Código civil anotado**, 15 ed, Saraiva: São Paulo 2010, p.1.179.

não o for e ineficaz, se não ocorrer o casamento. Pois, se o pacto não for seguido de casamento, pode até se válido, porém ineficaz, pois não irá gerar efeitos práticos se o casamento não for celebrado.

4.3 Tipos de regimes de bens

O atual Código civil traz quatro regimes de bens possíveis para o casamento: Regime de comunhão parcial de bens; Regime de comunhão universal de bens; Regime de participação final nos aquestos e Regime de separação de bens. Esses regimes estão dispostos no referido código, artigos 1.659 a 1.688.

4.3.1 Regime da comunhão parcial ou limitada

Prevalece este, quando os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou fizerem mais for nulo ou ineficaz (art. 1.640, caput). Por isso, é chamado também de regime legal ou supletivo. Caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens; os do marido, os da mulher e os comuns.

Tartuce o denominou de “regime legal ou suplatório, que valerá para o casamento se silentes os cônjuges ou se nulo ou mesmo ineficaz o pacto antinupcial”.⁸⁹

O vocábulo utilizado pelo professor Tartuce, interpreta a função essencial desse regime de bens, que é a de suprir as necessidades da lei, nos termos do artigo 1.640 caput.

É válido salientar que os bens comunicáveis, próprios ou particulares de cada cônjuge, não são, só os que cada um possuía por ocasião do casamento, mas também, os que adquirem depois, a título gratuito (por doação ou sucessão) e os sub-rogados em seu lugar, aqueles adquiridos com o produto da alienação dos recebidos a título gratuito, segundo o código civil art. 1.659 e seus incisos.

⁸⁹ TARTUCE, 2012, p.126, 127.

Também não se comunicam os bens cuja aquisição tiver por título “uma causa anterior ao casamento”, por exemplo, se o marido reivindica um bem quando solteiro, sendo a ação julgada procedente ele já casado, não integra a comunhão, nem esse bem, nem o dinheiro recebido após o casamento pela venda anterior do bem.

Em caso de separação judicial, o direito de cada qual continuar a receber salário não é partilhado.

O direito ao recebimento de pensões, meio-soldo, montepios não se comunica, porém as quantias mensalmente recebidas na constância do casamento, a esse título, entram para o patrimônio do casal e comunicam-se logo que percebidas. Se houver separação judicial, o cônjuge com direito ao benefício continuará levantando-o mensalmente, sem perder metade para o outro, porque se o direito é incomunicável, não é partilhado.

Quanto aos bens comuns, são aqueles havidos na constância do casamento por título oneroso, por fato eventual (loterias, aluvião, avulsão), por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares de cada um deles, presumem-se feitas com o esforço comum e os frutos dos bens comuns ou particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes do tempo de cessar a comunhão, é o que diz o art. 1.660 do código civil.

4.3.2 Regime da comunhão universal

Nesse regime, se comunicam todos os bens, tanto os atuais quanto os futuros, de ambos os cônjuges, mesmo que adquiridos em nome de um só; assim também se comunicam as dívidas posteriores ao casamento, salvo os casos excluídos por lei ou pela vontade dos nubentes expressa em pacto antenupcial.

É o que diz o código civil em seu artigo 1.667: “O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”.

Por se tratar de regime convencional, deve ser estipulado em pacto antenupcial. Nesse regime, o que predomina são os bens comuns, podendo existir bens próprios do marido e bens próprios da mulher.

Os bens que não se comunicam estão expressos no art. 1.668 do código civil: “São excluídos da comunhão: I- os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade

e os sub-rogados em seu lugar; II- os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V – os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659”.

Segundo Berenice Dias, a comunhão do patrimônio comum atende a certa lógica e dispõe de um componente ético: o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um. Assim, resta preservada a titularidade exclusiva dos bens particulares e garantida a comunhão do que for adquirido durante o casamento. Nitidamente, busca evitar o enriquecimento sem causa de qualquer dos cônjuges.⁹⁰

4.3.3 Regime da participação final dos aquestos

Regime que tem natureza mista, durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial de bens. Também depende de pacto antenupcial, pois é resultante de convenção.

Cada cônjuge possui seu patrimônio, e lhe cabe à época da dissolução da sociedade conjugal, direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso na constância do casamento, é o que afirma o art. 1.672 do código civil.

Na verdade trata-se de um regime de separação de bens enquanto durar a sociedade conjugal, tendo cada cônjuge a exclusiva administração do seu patrimônio pessoal, integrando pelo que possuía antes de casar e também pelo que adquirir a qualquer título na duração do casamento, podendo dispor dos móveis e dependendo de autorização do outro, para os imóveis.⁹¹

Depois da dissolução da sociedade conjugal serão apurados os bens de cada cônjuge, cabendo a cada um deles (ou a seus herdeiros, em caso de morte) a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso na constância do casamento.

Em se tratando de divórcio, verifica-se o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência.

⁹⁰ DIAS, *op cit*, p.242

⁹¹ GONÇALVES,2012, p.152,153.

4.3.4 Do Regime da separação de bens

O referido regime pode ser convencional (escolhido através de pacto antenupcial), ou obrigatório, consoante os casos expressos em lei.

Trata-se de regime que envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, e confere autonomia a cada um dos cônjuges na gestão do próprio patrimônio. Analisa-se agora, o que diz o Gonçalves:

A separação é pura ou absoluta, porém é necessário que esteja expressa em pacto antenupcial. Aliás, tudo vai depender do que for convenionado nesse pacto, podendo também haver a separação limitada, envolvendo somente os bens presentes e comunicando-se os futuros, os frutos e os rendimentos.⁹²

Assim sendo não haverá diferença entre esse e o regime da comunhão parcial de bens, por comunicarem-se os bens futuros, os frutos e os rendimentos.

Só nesse tipo de regime, em princípio, os cônjuges eram obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos do seu trabalho e dos seus bens. Porém, essa obrigação de contribuir para as despesas do casal, hoje é estendida a todos os tipos de regimes, em razão da isonomia constitucional.

Berenice, faz considerações interessantes quanto ao regime de separação de bens, chamando atenção que apenas dois artigos cuidam desse regime (CC 1.687 e 1.688). Mediante pacto antenupcial, os nubentes podem optar pela incomunicabilidade total dos bens, a configurar verdadeira ausência de um regime patrimonial, pois o que existe são acervos separados.

Conforme antes demonstrado, o regime da separação de bens pode ser convencional (originado por pacto antenupcial) como anteriormente já mencionado, mas existem hipóteses em que é obrigatório, estas estão especificadas no art. 1.641 do código civil. Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Em alguns casos acontece a imposição por ter havido contravenção a dispositivo legal que regula as causas suspensivas de celebração do casamento. Já em outros casos é com o objetivo de proteger algumas pessoas, que pela posição que se encontram, poderiam ser vítima de alguém interessado em seu patrimônio, como por exemplo, as pessoas menores de dezesseis, as maiores de setenta anos e

⁹² *ibid*, p.147

todas as que dependem para casar de suprimimento judicial. Observa-se logo abaixo, as hipóteses elencadas.⁹³

É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II da pessoa maior de setenta anos;

III de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Entende-se que, quando o regime da separação de bens for obrigatório, imposto por lei, reduzindo a autonomia privada dos nubentes, se através de pacto antenupcial os nubentes escolherem outro regime, como por exemplo, o da comunhão universal de bens, da comunhão parcial de bens ou da participação final nos aquestos, tal pacto será nulo por infração à norma de ordem pública. Observe o que diz Tartuce:

Sobre os casos de regime de separação obrigatória a razão de ser da regra é a proteção daqueles que, por algum motivo, podem ser ludibriados pelo outro cônjuge, sofrendo severos prejuízos em razão do regime de bens adotado, ou, ainda, prejudicar terceiros em razão do regime.⁹⁴

Segundo o doutrinador supracitado, o artigo 1.641, tem a função de proteger o nubente tanto em razão da sua imaturidade e inexperiência, quanto em função da idade avançada. Há porém, entendimento doutrinário diferente, que será discutido no momento oportuno, ou seja, quando estivermos falando da possibilidade da usucapião familiar no regime de separação obrigatória de bens.

Em se tratando do inciso I, do mesmo artigo, que se refere às causas suspensivas, este por sua vez objetiva evitar confusões patrimoniais ou prejuízos financeiros de determinadas pessoas com base no artigo 1.521 do código civil.

Para melhor compreensão desse inciso:

Se a pessoa se divorciou, poderá casar novamente, pois o vínculo foi extinto. Porém se não partilhou os bens com o antigo cônjuge o novo casamento se dará pelo regime da separação obrigatória de bens, para que não haja confusão entre o patrimônio do antigo matrimônio e do novo casamento. Imagine-se a pessoa divorciada que, no primeiro casamento adotou a comunhão universal de bens. Se não houve partilha e no segundo casamento esse mesmo regime for adotado, haverá certamente confusão patrimonial.⁹⁵

⁹³ GONÇALVES, *op cit.* p. 147

⁹⁴ TARTUCE, *op cit.* p.145

⁹⁵ TARTUCE, *op cit.* p.146

É coerente a aplicação desse inciso, pois haverá sim, confusão patrimonial, se antes de fazer a partilha, após o divórcio, houver um novo casamento. Só não haverá referida confusão, se o regime de bens for o de separação total, por isso a lei determina, a priori, que nessas situações seja imposto o regime de separação obrigatória.

Quando a separação de bens for convencionada, ou seja, expressa em pacto antenupcial, tudo vai depender do que for convencionado nesse pacto, podendo também haver a separação limitada, envolvendo somente os bens presentes e comunicando-se os futuros, os frutos e os rendimentos. Porém, assim sendo não haveria diferença entre o regime de separação de bens convencionada e o regime da comunhão parcial de bens.

No regime da separação de bens, os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos do seu trabalho e dos seus bens. Essa obrigação de contribuir para as despesas do casal, é estendida a todos os tipos de regimes, em razão da isonomia constitucional.

4.3.4.1 Obrigatoriedade do regime da separação de bens

O regime da separação obrigatória ou legal de bens era previsto no artigo 258, parágrafo único do Código de 1916. Para muitos doutrinadores este regime acabou por prejudicar em muitas vezes as partes hipossuficientes no momento da celebração do casamento, além de ferir um princípio constitucional consagrado, o da autonomia da vontade. Pessoas jovens, por exemplo, que ainda não tinham completado a idade núbil e que dependeram, por algum motivo, de autorização judicial para se casarem, encontravam-se completamente desamparadas, exceto quando estivessem inseridas dentro de um quadro social de alto poder aquisitivo.

Diante de diversas incertezas e demandas judiciais, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento, por meio da Súmula 377: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Não obstante a incorreção e o temor oriundos do texto do parágrafo único do artigo 258 do antigo Código Civil, o legislador do Código Civil de 2002 incorreu no mesmo equívoco ao inserir no referido diploma legal o artigo 1.641, com as mesmas limitações previstas no antigo código: Os incisos II (maiores de setenta anos) e III (menores que casam por autorização judicial) tem a função de proteger o

nubente tanto em razão da sua imaturidade e inexperiência, quanto em função da idade avançada.

A razão de ser da regra é a proteção daqueles que, por algum motivo, podem ser ludibriados pelo outro cônjuge, sofrendo severos prejuízos em razão do regime de bens adotado, ou, ainda, prejudicar terceiros em razão do regime.

Em outras palavras, o dispositivo evita que pessoas com mais de 70 (setenta) anos sejam ludibriadas por pessoas inescrupulosas que objetivam o chamado “golpe do baú”.

Em se tratando do inciso I, do mesmo artigo, que se refere as causas suspensivas, este por sua vez objetiva evitar confusões patrimoniais ou prejuízos financeiros de determinadas pessoas com base no artigo 1.521 do código civil.

Ainda com referência ao artigo 1.641, é necessário discutirmos algumas opiniões divergentes, pois novos questionamentos insurgiram-se:

Segundo Tartuce, a primeira divergência ocorre porque há entendimento doutrinário de que essa previsão é inconstitucional, tal entendimento é reforçado por alguns juristas que participaram da I jornada de Direito Civil, conforme o enunciado de número 125 CJF/STJ: “A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República... (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.”⁹⁶

Levando em consideração a nossa realidade pós-moderna, que tem como objetivo, a priori, proteger a dignidade da pessoa humana, a pessoa com mais de 70 anos, deveria exercer sua autonomia privada, escolhendo o regime de bens que melhor atendesse seus interesses.

Acrescenta Tartuce: “A justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros também não é plausível. Ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho. Ser herdeiro não é profissão.”⁹⁷.

Na opinião do autor acima citado, o aumento da idade para os 70 anos, conforme recente lei nº 12.344/2010, não afastou o problema, mantendo-se a tese da inconstitucionalidade, o ideal seria suprimir a regra do inciso II, artigo 1.641 do Código Civil, ao invés de aumentar a idade.

⁹⁶ TARTUCE, *op cit*, p. 146

⁹⁷ *ibid*, p.149.

Agora, vale somar os argumentos de Berenice Dias, com referência ao Estatuto do idoso – Lei nº 10.741/2003. “A limitação imposta significa que, ao completar 70 anos, perdem as pessoas, automaticamente, parte de sua capacidade de discernimento, passando a se tornar vítimas em potencial de “golpista do baú”. Verdadeiro absurdo”.⁹⁸

Mediante pacto antenupcial, os nubentes podem optar pela incomunicabilidade total dos bens, a configurar verdadeira ausência de um regime patrimonial, pois o que existe são acervos separados.

Dessa forma o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, podendo cada um alienar e gravar de ônus real seu patrimônio.

Vale frisar que ambos os cônjuges concorrem para a manutenção da família na proporção de seus bens (CC art. 1.688); Comunicam-se as dívidas ou empréstimo contraído na compra do necessário a economia doméstica (C.C artigos 1.643 e 1.644); O consorte sobrevivente pode ser inventariante, quando do falecimento do outro, é o que reza o artigo 990 I do CPC.

4.4 Comunicabilidade e incomunicabilidade de bens

Mediante pacto antenupcial, os nubentes podem optar pela incomunicabilidade total dos bens, a configurar verdadeira ausência de um regime patrimonial, pois o que existe são acervos separados. Dessa forma o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, podendo cada um alienar e gravar de ônus real seu patrimônio. Eventual vínculo societário entre os cônjuges transborda a seara familiar e deve ser deduzido no juízo cível. Quando houver situação de ação imobiliária, não será necessária a presença do consorte, não incidindo a exigência da lei processual (CPC art. 10 § 1º, I) como condição legítima para se estar em juízo.⁹⁹

O Código Civil traz o regime de separação absoluta, de forma expressa no artigo 1.647: Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

⁹⁸ DIAS, *op cit*, p.248

⁹⁹ *loc cit*

- II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
 - III – prestar fiança ou aval;
 - IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.
- Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

Vale frisar que ambos os cônjuges concorrem para a manutenção da família na proporção de seus bens (CC art. 1.688). Comunicam-se as dívidas ou empréstimo contraído na compra do necessário a economia doméstica (C.C artigos 1.643 e 1.644). O consorte sobrevivente pode ser inventariante, quando do falecimento do outro, é o que reza o artigo 990 I do CPC.

A incomunicabilidade é a mais saliente característica no regime de separação de bens. Essa incomunicabilidade de ordem patrimonial, não afasta a obrigação alimentar. É que tem ela por base o dever de mútua assistência, independente do regime de bens do casamento.

Pode-se dizer que trata de uma incomunicabilidade relativa, pois há exceção, e uma delas está exatamente nos artigos 1.694 a 1.710. Os referidos artigos tratam do direito assistencial à família; a origem da figura dos alimentos está no princípio da solidariedade familiar. Art. 3º, I da CF, onde impõe que pessoas que integram o mesmo grupo familiar têm o dever de sustento, que decorre das relações de família.

Quando pensa-se em alimentos, pensa-se em comida, mas a figura dos alimentos é muito mais que isso. É aquela pensão, prevista em lei, que é imposta por sentença ou decisão interlocutória, em ação própria, em que periodicamente é pago uma quantia à pessoa para que ela possa sobreviver.

A lei dos alimentos (lei 5.478/68): possui rito processual próprio. É a partir dela que se obriga ao pagamento de uma quantia periódica em dinheiro para que a pessoa que esteja recebendo os alimentos tenha o mínimo de condições de sobrevivência. Alimentos são pleiteados quando há o fim de um casamento ou união estável, fim de uma investigação de paternidade.

Maria Berenice Dias reforça que é no regime de separação de bens onde de forma mais saliente se vê a possibilidade de serem estipulados alimentos compensatórios, os quais tem por justificativa o princípio da solidariedade familiar e dispõe de nítido caráter indenizatório. Isso porque se destinam exatamente a compensar o desequilíbrio econômico que a separação pode ensejar.¹⁰⁰

¹⁰⁰ DIAS, *op cit.*p. 247.

4.4.1 Comunicabilidade de bens com base na súmula 377

A jurisprudência passou a admitir a divisão do acervo que for adquirido durante o casamento em nome de um dos cônjuges. Essa presunção de comunicabilidade foi instituída pela súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, a saber:

De acordo com a súmula, no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do cas **STF Súmula nº 377** - 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277.

Regime de Separação Legal de Bens - Comunicação - Constância do Casamento
No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Referências:

- ~~Arts. 258 e 259, CC/1916~~ - Art. 1.640 e Art. 1.641, Disposições Gerais - Regime de Bens Entre os Cônjuges - Direito Patrimonial - Direito de Família - Código Civil - CC - L-010.406-2002
- Art. 7º, § 5º, Introdução ao Código Civil - LICC - DL-004.657-1942
- Art. 3º, Reconhecimento de Filhos Ilegítimos - L-000.883-1949
- Art. 18, Sucessão em Caso de Regime Matrimonial Exclusivo da Comunhão - Organização e Proteção da Família - DL-003.200-1941
- Art. 49 e Art. 50, Dissolução da Sociedade Conjugal e do Casamento - Lei do Divórcio - L-006.515-1977
- Art. 1.511 e seguintes, Disposições Gerais - Casamento - Direito Pessoal - Direito de Família - Código Civil - CC - L-010.406-2002
- Casamento - Regime de Bens - Comunicação dos Aquestos
- obs.dji:** Aquisição; Bens; Casamento; Comunicação(ões); Legal; Regime (s); Regime de Bens entre os Cônjuges; Regime da Separação de Bens; Separação¹⁰¹

De acordo com a Súmula, no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, assemelhando-se com o regime de participação final dos aquestos.

A aplicabilidade da Súmula 377 no novo cenário jurídico nacional vem gerando enormes debates entre os doutrinadores mais respeitáveis no campo civil brasileiro. A corrente que defende a inaplicabilidade da mencionada súmula a partir da publicação do Código de 2002 baseia-se na ideia de que há somente um regime da separação de bens. Ou seja, tanto o legal quanto o convencional possuem os mesmos efeitos e as mesmas restrições.

Observa-se agora, opinião de Mangualde, que defende a aplicação da súmula:

Filio-me, porém, à corrente minoritária, que defende a manutenção da eficácia da Súmula 377 do STF pelas razões a seguir expostas. Primeiramente, é necessário perceber que a redação do artigo 1641 do Código atual é, praticamente, idêntica à do parágrafo único do artigo 258 do antigo diploma. Diante disso, conclui-se que as mesmas razões que invocaram os ministros do Supremo a editarem a Súmula 377

¹⁰¹ Cf. http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm Acesso em 05 de maio de 2013

permanecem até os dias de hoje, não havendo motivo algum para sua inaplicabilidade. Ao meu ver, os motivos para a concretização da referida súmula reforçaram-se ainda mais. Uma pessoa com mais de setenta anos, por exemplo, com o avanço da medicina e das condições de saúde e alimentação, tem pleno discernimento de todas as obrigações que se submeterá ao contrair um matrimônio. Uma pessoa septuagenária não pode ser tratada como desprovida de sanidade mental plena e ser constrangida em qualquer hipótese a casar-se sob um regime a ela imposto.¹⁰²

Outro argumento favorável à manutenção da eficácia da súmula 377 se dá quando se observa a redação do artigo 1.647 do Código Civil vigente: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”. Uma simples leitura do artigo acima nos leva a entender que esta premissa se dá somente no regime da separação convencional de bens. O regime da separação legal não é “estipulado”, mas imposto a todos a ele sujeitos, desprovido de qualquer manifestação de vontade.

Por fim, salienta-se que ao estabelecer que na separação obrigatória de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, o STF não deixou desamparadas as pessoas que poderiam ser prejudicadas por aquelas que contraírem matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, nem, muitos menos, desprotegeu os maiores de setenta anos e os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. A súmula é expressa no sentido de que somente aquilo que for adquirido na constância do casamento, partilha-se com o outro cônjuge. Ou seja, nada daquilo que pertencia à pessoa hipossuficiente antes do matrimônio comunicar-se-á com o outro e, sendo assim, a junção dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal tende somente a beneficiar a parte resguardada pela imposição do regime da separação obrigatória de bens.

Nesse sentido, a súmula não condiciona a comunicação dos bens à participação de ambos os cônjuges na sua aquisição. Seu principal objetivo é amenizar os efeitos da imposição legal.

4.5 Princípio da solidariedade familiar

¹⁰² Cf. MANGUALDE, Henrique Ananias dos Santos. A súmula 377 do STF e a sua aplicabilidade no Código Civil de 2002. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 56, ago 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4929>. Acesso em 05 de maio de 2013.

Reza a Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso I, que a solidariedade social é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Esse princípio repercute nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Sua importância é tão grande que o princípio constitui temática principal do VI Congresso Brasileiro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), realizado em Belo Horizonte em novembro de 2007.

Portanto a solidariedade familiar justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do artigo 1.694 do código civil: “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Válido lembrar que a solidariedade não é só patrimonial, ou seja, é também afetiva e psicológica.

Sabe-se que o casamento estabelece comunhão de vida, impondo direitos e deveres recíprocos. É necessário também que haja solidariedade entre os cônjuges. Ambos são responsáveis pelos filhos e pelo lar, devendo dividir os gastos na medida de suas disponibilidades.

Maria Berenice Dias reforça que é no regime de separação de bens onde de forma mais saliente se vê a possibilidade de serem estipulados alimentos compensatórios, tendo por justificativa o princípio da solidariedade familiar que dispõe de nítido caráter indenizatório.¹⁰³

Isso porque se destinam exatamente a compensar o desequilíbrio econômico que a separação pode ensejar.

Mesmo após o divórcio, baseado no princípio da solidariedade social, pois o vínculo de família já não existe, há possibilidade de se pleitear os alimentos para o ex-cônjuge.¹⁰⁴

Encerra-se aqui, uma breve pesquisa sobre os diferentes regimes de bens trazidos no Código Civil de 2002. A partir do seguinte capítulo, será discutida a possibilidade da usucapião familiar, no regime de separação de bens, descrito no artigo 1.641.

¹⁰³ DIAS, p. 247

¹⁰⁴ TARTUCE, *op cit* p. 12,13.

5 A USUCAPIÃO FAMILIAR NO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS

Este capítulo que segue, tem o objetivo de mostrar a possibilidade da usucapião familiar no regime da separação total de bens, buscando embasamento na interpretação do artigo 1.641 combinado com a Súmula 377, enfatizando e da dignidade a pessoa humana.

Em 16/06/2011 entrou em vigor a Lei 12.424/11, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Seu artigo 9º traz importante inovação, que consiste na criação de um novo suporte fático de usucapião, adicionando ao código civil o artigo 1.240-A, ao qual foi dado o seguinte texto:

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.

Trata-se da nova usucapião, inserida no código civil, cuja aplicação vem suscitando debates em todo o país. Prevê a declaração do domínio pleno do imóvel ao cônjuge que exercer, por dois anos ininterruptos e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 metros quadrados, cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar.

Há algumas divergências quanto ao vocabulário utilizado para nomear esse ordenamento, alguns chamam usucapião familiar, outros usucapião conjugal ou, ainda usucapião moradia.

Segundo o professor Flávio Tartuce, pode ser denominada como usucapião especial urbana por abandono do lar, visando diferenciar as categorias de usucapião encontradas no ordenamento brasileiro¹⁰⁵

A Usucapião Familiar, embora tenha liame com o Direito Real, vai interferir diretamente no Direito de Família, vez que dá ao cônjuge que não “abandonou” o lar, após passado o prazo de dois anos, o direito de meação em face do ex-cônjuge ou do ex-companheiro, por usucapião; podendo dizer que nesse caso, o regime de bens não fará diferença alguma, sendo totalmente desprezado.

¹⁰⁵ TARTUCE, *op cit*, p.14.

O efeito da regra transcrita parece ser claro, pois se presentes seus requisitos, o cônjuge ou companheiro que permanece no imóvel adquirirá por usucapião a fração ideal que pertencia ao outro. A norma consagra uma espécie de consolidação ou direito de acrescer, tornando o cônjuge ou companheiro remanescente, proprietário exclusivo.

Toda discussão a favor da lei, deixa a entender que objetiva querer que as famílias tenham seus imóveis de moradia e que neles se mantenham, longe das vicissitudes criadas pela separação do casal.

É válido salientar a opinião de Flávio Tartuce:

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 expressamente do bem por meio da renúncia à propriedade, a nova usucapião acaba sendo a solução. Consigne-se que em havendo disputa judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse ad *usucapionem*, não sendo o caso de subsunção do preceito. E 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 computo do prazo.¹⁰⁶

Agora, se o marido ou a mulher abandonar o lar e ficar mais de dois anos sem ressalvar seus direitos perderá a posse e a titularidade do imóvel considerado bem de família.

Haverá intervenção judicial na instrução probatória em sede de ação de usucapião que tenta demonstrar a “culpa” do ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, uma vez que o mesmo deverá ser citado para se defender: Se eventualmente ocorreu uma cautelar de separação de corpos por medida de segurança ou aplicação de alguma medida protetiva típica da lei Maria da Penha, por exemplo; já inviabiliza a usucapião familiar.

A usucapião surge neste cenário mais como um direito adquirido do que uma tomada de direitos para aquele que se torna desapropriado de seu imóvel. A lei garante ao possuidor do imóvel, que lhe destinou o devido fim social, o direito de permanecer, usar, gozar deste, conquistando sua propriedade. Temos neste caso a máxima popular: “quem tem cuida”¹⁰⁷.

O abandono configura fator preponderante para que, aquele que foi abandonado e permaneceu no imóvel que pertencia ao casal, possa legalmente adquiri-lo através da usucapião familiar.

¹⁰⁶ TARTUCE, *op, cit*, p.17.

¹⁰⁷ Idem. **A usucapião urbana por abandono do lar conjugal.**
Disponível em; www.injur.com/direito. Acesso, 03.05.2013.

Em alguns lugares, essa situação de abandono é até comum, por exemplo: com a desculpa de visitar parentes, muitos cidadãos migrantes temporários, voltam para sua terra natal e deixam cônjuges e filhos por muito tempo, às vezes jamais voltando.¹⁰⁸

A usucapião familiar, mudará o descaso com os deveres do casamento, ou seja, um membro do casal deverá pensar duas vezes antes de abandonar o lar.

Porém, para ser possível a usucapião familiar é necessário preencher alguns requisitos.

5.1 Requisitos do Código Civil para o cabimento da usucapião familiar

Os elementos necessários para a configuração do suporte fático do artigo 1.240-A do Código Civil de 2002 são: a) não ter o imóvel área superior a 205m², nem ser o usucapiente proprietário de outro imóvel urbano ou rural; b) compropriedade do imóvel com o cônjuge; c) posse exclusiva por dois anos, para moradia própria ou de sua família, contados do “abandono do lar” pelo cônjuge ou companheiro.

A extensão e a ausência de outro imóvel vieram a regra por cópia do artigo 183 da CF/1988. Não parecem necessárias maiores digressões quanto a eles, ao menos não neste momento inicial, em que os requisitos “b” e “c” reclamam, sem dúvida, maior atenção da parte do interprete. Quanto a letra “b”, deve-se observar: não há usucapião bial se o imóvel não pertencer a ambos os cônjuges.¹⁰⁹

A nova regra objetiva dá segurança ao status do coproprietário que possui o bem com exclusividade após a cessação da composses, retirando-o da partilha. Não pode, portanto o artigo 1.240-A do CC/2002 ser alegado para acelerar usucapião de imóvel de terceiro em que os cônjuges residam quando da separação.

É necessário observar que a norma em debate, não exige que o imóvel tenha ingressado no condomínio por força da eficácia do regime de bens. Não é relevante que tenha o casal adquirido o imóvel por negócio gratuito ou oneroso, por título inter vivos ou mortis causa, ou mesmo que a aquisição se tenha dado antes do casamento ou união estável. Basta, para este fim, que quando da dissolução fossem ambos proprietários do bem.¹¹⁰

¹⁰⁸ Cf, TARTUCE. **A usucapião urbana por abandono do lar conjugal.**

Disponível em; www.injur.com/direito. Acesso, 03.05.2013.

¹⁰⁹ Cf. Revista de Processo – REPRO 199 – Ano 36 Setembro 2011 p 371

¹¹⁰ *Loc cit*

Compreende-se que o regime de bens, não deveria ser considerado, em se tratando de usucapião familiar, pois o abandono por dois anos, somado a necessidade de um lar para a família, são requisitos suficientes para o cônjuge ou companheiro abandonado poder usucapir o imóvel que está sob seus cuidados, pois o objetivo principal da lei é garantir moradia ao cônjuge ou companheiro desamparado.

Observa-se a decisão de Berenice Dias, envolvendo um caso de usucapião familiar:

Abandonada com cinco filhos, ela trabalhou como lavadeira e comprou uma casinha. Vinte anos depois, o marido, que nunca mandou um tostão, apareceu pedindo a separação e metade da casa. Outros juízes lhe dariam com base na lei. Eu disse: “Ah, não! Quando acabou aquela comunhão de vidas na qual o patrimônio adquirido é metade de cada um? Acabou no dia em que ele sumiu. Então, não tem como dar”. Não dormiria se entregasse metade do imóvel àquele homem.¹¹¹

Contudo, é necessário observar o § 1º, do referido artigo, prevê que esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez, evitando, de plano, atitudes ardilosas de pessoas eventualmente inescrupulosas. Entretanto, aqui também, há de se comprovar que o interessado, requerente na ação judicial, não se valeu deste direito anteriormente. E esta comprovação, deve ser feita por certidões emitidas pelos Cartórios de Registro de Imóveis.

Observa-se que, referidas certidões devem ser, todas, negativas. Se alguma for positiva, significa que o interessado já é proprietário de outro imóvel, urbano ou rural, afrontando, de plano, o artigo 1.240-A, não lhe cabendo o referido direito previsto no artigo.

5.2 Função social da propriedade na usucapião familiar

Na Constituição Federal, o direito de propriedade foi garantido por intermédio do artigo 5º, incisos XXII e XXIII, o qual estabeleceu que "a propriedade atenderá sua função social". Essas informações foram levadas à qualidade de princípios gerais da atividade econômica, através do artigo 170, III, direito de propriedade e sua função social, conforme segue abaixo:

Artigo 170: “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:

III - função social da propriedade;”

¹¹¹ Cf. DIAS, disponível <

Tem-se ainda, como definição de função social, o que está expresso no artigo 182, parágrafo 2º da Carta magna; “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, bem como, no que concerne a função social da propriedade rural, que esta previsto no artigo 186 e incisos:

Artigo 186: "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

Entende-se ainda que a função social da posse veio satisfazer uma necessidade social e econômica, bem como, pode-se dizer que atende ao princípio da dignidade da pessoa humana. Marizélia Peglow da Rosa, em seu artigo, esclarece que “Os motivos pelo qual a posse é exercida estão fundamentados na posse trabalho e na posse moradia, pois é nestas ramificações da posse que vislumbramos melhor a função social da posse. A posse possui como valores sociais a vida, a saúde, a moradia, igualdade e justiça.”¹¹²

Adentrando na questão da nova forma de usucapião, examina-se que a Lei 12.424/11 dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, visando o direito social de moradia, enfatizando o artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Fica claro na redação do artigo 1.240-A, que a utilização desta nova modalidade de usucapião é para os menos abastados, ou seja, a parcela de menor renda na sociedade brasileira, pois o objeto da usucapião, a qual se refere o artigo, deverá ser de no máximo 250m² e o pretendente não poderá ter nenhum outro imóvel; “(...) sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) (...), adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.”¹¹³

¹¹² Cf. ROSA, Marizelia Peglow da.

Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/marizelia_peglow_da_rosa-1.pdf> Acesso em 05/05/2013.

¹¹³ Cf. Cláudia Silva. Disponível em <<http://direitocausilva.blogspot.com.br/2012/03/usucapiao-familiar-e-suas-consequencias.html>>. Acesso em 20 de Abril de 2013.

Ademais, como já abordado em capítulo anterior, o abandono do lar, pode ser analisado como alguém que deixou de dar a função social ao imóvel, evadindo-se, deixando nas mãos de outrem, que neste caso é o outro consorte que ficou no lar, para que dê a destinação social.

Por fim, nota-se que, por intermédio da norma, cria-se certa segurança para quem fixou a residência no imóvel, porquanto no momento da partilha, não lhe será tirado o patrimônio e nem amealhado.

Alguns doutrinadores, como por exemplo, Venosa nomearam a referida usucapião, como “usucapião urbana especial”. Nos parágrafos que seguem, serão discorridas algumas semelhanças e diferenças entre a usucapião urbana e a familiar.

5.3 Semelhanças e diferenças entre a usucapião familiar e a usucapião urbana

O novo instituto tem semelhança com a usucapião urbana, sendo o mesmo inserido no artigo 1.240-A do código civil, ou seja, deixando o artigo 1.240, CC/2002 como uma usucapião urbana regular, enquanto a modalidade “A” seria especial.

Observa-se que os traços marcantes da nova usucapião passam pela semelhança quanto a metragem, utilizando a mesma do artigo anterior, 250m², atinente a uma uniformidade legislativa.

Só poderá ser objeto da usucapião familiar o imóvel urbano, por isso muitas vezes denominada de usucapião urbana familiar.

Em consonância com a temática do patrimônio mínimo do art. 6º da Constituição Federal, ressalva o seu parágrafo que somente será reconhecido direito ao mesmo possuidor por uma única vez.

Contudo, há diferenças, entre os institutos. Além do que já é previsto em lei, exigir-se que aquele que tenha a intenção de usucapir o imóvel, seja co-proprietário com o ex-conjuge ou ex-companheiro, bem como, o prazo estipulado neste dispositivo é de dois anos de permanência ininterrupta na propriedade, sendo este inferior as demais espécies de usucapião do código civil, para que assim possa adquirir a meação que pertencia ao ex-conjuge ou ex-companheiro, que tenha abandonado o lar.

Observa-se que a aplicação da norma passa pelo fator marcante do abandono do lar.

Segundo Luciano de Camargo Penteado, as reformas recentes do Direito das Coisas impuseram grande preocupação com o direito de moradia (CF 6º); promovendo políticas públicas na área de habitação, como foi o caso da lei de responsabilidade fiscal.

A lei nº 12.424/2011 trouxe a submodalidade de usucapião especial urbana, que exige, além dos requisitos da especial urbana “que haja condomínio entre o prescribente e seu cônjuge ou companheiro que tenha abandonado o lar. Neste caso, o tempo de usucapião será de apenas 2 (dois) anos de posse para a aquisição originária da fração ideal daquele que deixou o lar familiar”.¹¹⁴

O cônjuge abandonado por dois anos, poderá usucapir o imóvel onde reside, se este pertencer ao casal. Ficando esclarecido que, se o imóvel pertencer a terceiro, não atenderá aos requisitos da usucapião familiar.

5.3.1 O abandono do lar

Cabe ressaltar que o abandono do lar é a chave mestra para a aquisição da meação do cônjuge que abandonou o lar.

Segundo o artigo 1.573,VI do Código civil, designa-se abandono, também como uma das causas que inviabiliza a convivência do casal, leia-se: Pode caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de: VI- “abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo”.

Convém lembrar que o abandono citado no artigo 1.240-A deverá ser voluntário; só assim, aquele que permaneceu no lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral.

Para o professor Amorim, a questão do abandono do lar para efeito de usucapião familiar, deve ser analisado “sobre a vertente da função social da posse”¹¹⁵

É necessário analisar o abandono sobre o prisma de que quem permanece no imóvel, dá a ele destinação residencial, enquanto quem abandonou deixou de dar destinação social adequada à propriedade, pois deixou de morar no local.

Observa-se julgado, onde a usucapião justifica-se pelo abandono do lar:

¹¹⁴ PENTEADO, Luciano de **Camargo. Direito das Coisas**. 2. ed. São Paulo Editora RT, 2012, p. 325.

¹¹⁵ AMORIM, *op. cit.* P.327

APELAÇÃO CÍVEL. REAIS E FAMÍLIA. USUCAPIÃO ENTRE CÔNJUGES. SEPARAÇÃO DE FATO. sentença extintiva, sem resolução de mérito. - recurso da autora. possibilidade jurídica do pedido. situação excepcional caracterizada. alegado abandono da família e patrimônio pelo marido há mais de 20 anos. prescrição e prazo para o usucapião. naturezas jurídicas distintas. inaplicabilidade literal do art. 168, i, do cc/16 ou art. 197, i, do cc/02. interpretação extensiva dos dispositivos inviável. fim da norma de suspensão não atendido. posse aparentemente exercida exclusivamente e não em razão da mancomunhão. carência de ação afastada. - sentença cassada. recurso provido. - a considerar a natureza jurídica distinta da prescrição e do prazo para aquisição propriedade por usucapião, sendo equívoca a utilização da expressão "prescrição aquisitiva" como ensinam clóvis beviláqua, caio mário da silva pereira e orlando gomes, não há aplicar, em razão da interpretação literal, as causas de suspensão da prescrição previstas no art. 168, i, do cc/16 ou no art. 197, i, do cc/02. - não obstante se reconheça a possibilidade de aplicação extensiva dos dispositivos citados, por meio de interpretação teleológica, ao prazo da usucapião, inviável utilizar desse expediente quando, em tese, não há relação afetiva familiar ou harmonia entre as partes a serem preservadas - fim precípua da causa de suspensão da prescrição entre os consortes. - nessas hipóteses excepcionais, se a posse exercida por um dos cônjuges sobre o bem não decorre da mancomunhão (como acontece, e.g., na mera tolerância do outro enquanto não realizada a partilha ou somente em razão da medida de separação de corpos), mas sim de forma exclusiva em virtude do abandono pelo esposo da família e bens há mais de 20 anos, não se vê impossibilidade jurídica do pleito de usucapião entre cônjuges. (tjsc. apelaçãocívelnº2008.023470-8)¹¹⁶

5.3.2 Prazo reduzido para dois anos

A Lei nº 12.424/2011, entrou em vigor no dia 16.06.2011 e só a partir dessa data pode começar a contar o prazo de dois anos, sob pena de violação do direito adquirido e retroatividade contra o direito de propriedade.

Quanto ao prazo, para a propositura da ação de usucapião contra o ex-conjuge ou ex-companheiro, é de dois anos ininterruptos, contados a partir da data que a lei entrou em vigor, portanto, se entende que, mesmo que haja casais que tenham seus matrimônios desfeitos há mais dois anos, não poderão se utilizar dessa premissa para invocar seu direito, pois deve começar a contagem a partir da data que começou a vigorar a norma, ou seja, 16/06/2011.

Tem-se a interpretação demonstrada pelo professor Amorim: “O início da contagem sempre se dá após o abandono do lar por um dos consortes, precedida ou coincidente com o fim do relacionamento afetivo”.¹¹⁷

¹¹⁶ Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19659/primeiras-impresoes-sobre-a-usucapiao-especial-urbana-familiar-e-suas-implicacoes-no-direito-de-familia#ixzz2ta14joeh>. Acesso em 02 de maio de 2013.

¹¹⁷ Cf. AMORIM, Ricardo Henrique Pereira. **IBDFAM. Primeiras Impressões sobre Usucapião Especial Familiar Urbana e suas implicações no Direito de Família**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/> Acesso em 02 de maio de 2013.

Portanto faz-se entender que é possível contar o prazo logo após o “abandono”, e usucapir o imóvel, após dois anos. Dessa forma, não restando dúvidas quanto a maneira correta de aplicação do prazo. Não deixando de observar que se trata do prazo de usucapião mais curto do nosso direito.

A única forma de evitar a computação do prazo, segundo o professor Tartuce é: “se o cônjuge que “abandonou” o lar, notificar anualmente o ex-consorte, com o intuito de demonstrar que tem interesse na propriedade”.¹¹⁸

Tal notificação poderá ser judicial, medida cautelar de separação de corpos ou de um instrumento extrajudicial, até mesmo de caráter particular.

Com o prazo reduzido para dois anos de posse exclusiva depois do abandono, busca a regra privilegiar aquela que é a finalidade essencial de toda usucapião, a proteção da segurança jurídica.

5.4 Possibilidade da usucapião familiar na separação obrigatória de bens

Essa nova modalidade de usucapião, que embora tenha liame com o direito real, vai interferir diretamente no direito de família, vez que dá ao cônjuge que não “abandonou” o lar, após passado o prazo de dois anos, o direito de meação em face do ex-cônjuge ou ex-companheiro. Portanto discute-se a possibilidade de meação na separação obrigatória de bens.

O regime da separação obrigatória de bens é imposto pelo artigo 1.641 do código civil: I – quando o casamento se realiza contra a recomendação do legislador de que não devem casar (art. 1.523 C.C); II – as pessoas maiores de 70 anos; e III – a todos que dependem de suprimento judicial do consentimento para casar.

Conforme Paulo Nader, a imposição do regime da separação de bens ao maior de 70 anos deve-se ao fato de que “na visão do legislador, a partir de certa idade a pessoa se tornaria suscetível de sofrer o que, na boa gíria, costuma se designar por golpe do baú”. Complementa enfatizando que tal disposição está eivada de inconstitucionalidade, pois atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, ao limitar a autonomia da pessoa, impondo-lhe constrangimento.¹¹⁹

¹¹⁸ Cf. TARTUCE, Flávio. **A usucapião urbana por abandono do lar conjugal**. Disponível em; www.injur.com/direito. Acesso, 03.05.2013.

¹¹⁹ NADER, *op cit*, p. 440.

É necessário salientar que o princípio da Dignidade da pessoa humana, é basilar nas relações, tendo este, poder de império quando no conflito com outros princípios.

Maria Helena Diniz partilha do mesmo entendimento:

“O nubente que sofre tal “capitis diminutio” imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente a seus bens e é plenamente capaz de exercer os atos da vida civil, logo nos parece que juridicamente, não teria sentido essa restrição legal, em função de idade avançada do nubente”.¹²⁰

É ato discriminatório, impor ao septuagenário que deseja casar, regime de bens que não seja convencionado, pois lhe causa grande constrangimento.

5.4.1 A Súmula 377 e o regime de separação obrigatória de bens

O regime da separação obrigatória ou legal de bens era previsto no artigo 258 do código de 1916, e se compararmos com o novo código, veremos que não houve grande mudança.

Para muitos doutrinadores esse regime prejudica as partes hipossuficientes no momento da celebração do casamento, além de ferir um princípio constitucional consagrado, o da autonomia da vontade.

Diante de diversas incertezas e demandas judiciais, o STF (Supremo Tribunal Federal) pacificou entendimento por meio da súmula 377: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

E necessário a manutenção da eficácia da súmula 377 do STF, para amenizar os efeitos da redação do artigo 1.641 do código atual que é, praticamente, idêntica à do parágrafo único do artigo 258 do antigo código, não acompanhando a evolução social;

Uma pessoa com mais de setenta anos com o avanço da medicina e das condições de saúde e alimentação, tem pleno discernimento de todas as obrigações que se submeterá ao contrair matrimônio. Não pode uma pessoa septuagenária ser tratada como desprovida de sanidade mental plena e ser constrangida em qualquer hipótese a casar-se sob um regime a ela imposto.¹²¹

¹²⁰ DINIZ, *op cit*, p. 165.

As mesmas razões que invocaram os Ministros do Supremo a editarem a súmula 377 permanecem até os dias de hoje, não havendo motivo para sua inaplicabilidade.

De modo geral, os doutrinadores criticam o dispositivo 1.641, II, CC, por considerá-lo uma afronta a princípios constitucionais consagrados, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, cabe aqui apresentar uma ponderação de Paulo Luiz Netto Lobo, citado por Carlos Roberto Gonçalves, que além de incisiva, abrange aspectos que também são questionados por doutrinadores que adotam esta mesma linha de análise:

[...] a hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus.¹²²

Os doutrinadores contrários ao referido dispositivo argumentam, ainda, que não há fundamentação científica para aceitar a restrição imposta aos maiores de 70 anos, visto que estas pessoas chegam à maturidade de conhecimentos de vida pessoal, familiar e profissional, motivos pelos quais, devem ser prestigiadas quanto à capacidade de discernimento por si mesmas. Nessa linha de fundamentação verifica-se em Silmara Juny Chinelato, citada por Carlos Roberto Gonçalves, o seguinte comentário: A plena capacidade mental dever ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado.¹²³

Nesse sentido, há a posição de Maria Berenice Dias que se mostra também contrária, mesmo porque, firmando-se em Érica Verícia de Oliveira Canuto, entende a autora que o regime de separação obrigatória no casamento não é procedente, afrontando o Estatuto do Idoso, refletindo como uma espécie de sanção. Nas suas palavras:

[...] A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção [...] Em todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção ao menos existem justificativas de ordem patrimonial, ou seja, consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Com relação aos idosos, há presunção absoluta de senilidade.

¹²¹Cf. SANTOS, Henrique Ananias dos. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4929> acesso em 05 de maio de 2013.

¹²² Cf. DOURADO, Robson Gonçalves. União estável de idoso(a) e o regime de separação obrigatória de bens: possibilidades e incongruências. Jusnavigandi, Teresina, ano 15, n. 2737, 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18130>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

¹²³ *loc cit*

De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento [...]¹²⁴

Assim, para Maria Berenice Dias, há vantagem da união estável comparativamente ao casamento no que se refere ao regime de bens, que ocorre na hipótese de um dos companheiros ou ambos apresentarem idade acima de 70 anos, já que a lei, segundo ela, não impõe separação obrigatória de bens para união estável e não caberia interpretação analógica. No casamento na mesma situação, prossegue a autora, é imposto o regime de separação legal (art. 1641, II), apesar de se mostrar contra esta regra e nas suas palavras "[...] Essa limitação, no entanto, não existe na união estável, não cabendo interpretação analógica para restringir direitos".¹²⁵ Entende-se que essa concepção unilateral de Dias sobre a equiparação desvirtua o sentido que se tem por entidade familiar, como se verá a seguir.

Destaca ainda, a Autora, que a adoção do regime de separação obrigatória de bens implica enriquecimento ilícito, pois nessa hipótese, não somente os bens particulares adquiridos antes do casamento não se comunicam, bem como os aquestos, que são adquiridos durante a convivência. Note-se que a ideia de equiparação dos institutos defendida por Maria Berenice Dias, neste caso, não seria aplicável, consoante afirmação abaixo transcrita:

A restrição à autonomia da vontade, não admitindo sequer a comunhão de bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a editar a Súmula 377 [...] Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado¹²⁶

De acordo com Caio Mário, não há razão para a existência do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, quer de natureza econômica ou moral, já que eventual desconfiança de constituição de casamento por interesse alheio à *affectio maritalis* pode ocorrer em qualquer faixa etária:

[...] Esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão de subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir.¹²⁷

¹²⁴ Cf. DOURADO, 2010.

¹²⁵ *loc cit*

¹²⁶ *loc cit*

¹²⁷ *loc cit*

Caio Mário evoca julgado do TJ/MG que teve como relatora a Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, em que a doação feita por uma pessoa idosa ao seu cônjuge foi considerada válida, já que foi respeitado o limite da legítima. Note-se que o Código Civil não restringe contrato de doação feito especificamente por idoso (a), desde que observadas as disposições gerais sobre o tema – art. 538 e seguintes. De qualquer modo, segue teor do julgado:

[...] alargar o sentido da norma prevista no artigo 1.641, II, do Código Civil para proibir o septuagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, em atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material. (TJ/MG – Ap. 1.0491.04.911594-3/001, Rel. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, DJ de 29.03.2005).¹²⁸

Caio Mário reforça que, a limitação da vontade, em razão da idade, impondo regime de separação obrigatória de bens, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva) se constitui em verdadeira incoerência [...].¹²⁹

Em relação à Súmula 377 do STF na situação do regime de separação obrigatória de bens, Caio Mário indica alguns julgados do STJ a partir de 2002 que têm caminhado na direção de aplicar a referida súmula sem necessidade de provar o esforço comum na partilha, tendo como fundamentação a participação direta e indireta na construção do patrimônio que se enraíza na solidariedade, ou seja, a comunhão de vida em sua plenitude. Nesse sentido, o autor cita uma decisão do STJ sob a relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a saber:

[...] as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. (STJ – 3ª. Turma – Resp. nº 736.627/PR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 01.8.2006, p. 436).¹³⁰

¹²⁸ Cf. DOURADO, 2010.

¹²⁹ *loc cit*

¹³⁰ *loc cit*

Ao comentar o regime de separação obrigatória de bens nas situações em que um dos nubentes tem mais de 70 anos, entende Paulo Lobo que é uma regra inconstitucional por ir de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que diminui a autonomia da pessoa e a constrange a uma intervenção do Estado, ferindo inclusive a liberdade de constituir o matrimônio. O autor ainda evoca o enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil de 2004, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, cujo teor afasta a obrigatoriedade da utilização do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, caso o casamento tenha se concretizado após relacionamento em união estável estabelecida antes dessa idade.¹³¹

Segundo Lobo, mesmo na hipótese do casamento ser constituído no regime de separação obrigatória de bens, poderia o cônjuge com idade acima de 70 anos doar bens ao outro cônjuge, observando-se a parte da legítima, dado o princípio da livre disposição de patrimônio. Para isso, cita o autor a seguinte jurisprudência:

TJMG, Ap. 1.0491.04.911594-3/001, 2005: Alargar o sentido da norma prevista no art. 1.641, II, do CC para proibir o septuagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra sua liberdade individual.¹³²

Na visão de Lôbo, continua vigente a Súmula 377 do STF, o que na prática, transforma o regime de separação obrigatória em regime parcial de bens, que incluiria também os bens adquiridos por doação ou testamento, ficando incomunicável somente o patrimônio adquirido antes do casamento. Só ocorreria a separação absoluta de bens, prossegue o autor, se houvesse um pacto antenupcial firmado pelos nubentes, com o qual tornaria incomunicável o patrimônio adquirido antes e após o relacionamento matrimonial.¹³³

Dessa forma, entende Paulo Lôbo que diante da manutenção dos efeitos da Súmula 377 do STF, a qual gera efeitos práticos no regime de comunhão parcial de bens, não seria plausível a existência do regime de separação obrigatória na forma disposta no art. 1.641, II, CC. Orlando Gomes já havia demonstrado a incoerência de tal intervenção estatal.

No entendimento de Nader, permanece aplicável a Súmula 377 do STF para as hipóteses de separação obrigatória de bens, na forma definida no art. 1.641, II, porque o motivo que ensejou a referida súmula ainda é razoável, isto é, minimizar os efeitos da obrigatoriedade do regime de bens e nesse sentido, o dispositivo do Código Civil não teria o

¹³¹ Cf. DOURADO, 2010.

¹³² *loc cit*

¹³³ *loc cit*

condão de revogá-la ou invalidá-la. Destaca, ainda, o autor, que a aplicação da referida Súmula, seria somente para os casos de separação legal de bens e não para o convencional:

Embora a Lei Civil defina a separação de bens como o regime legal obrigatório à vista de uma das hipóteses do art. 1.641, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal estabelece: ‘No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento’. Note-se que a Súmula não condiciona a comunicação dos bens à participação de ambos os cônjuges na sua aquisição. Sob a vigência do atual Código, a Súmula continua aplicável, pois permanece a razão determinante, ou seja, o propósito de amenizar os efeitos da imposição legal [...] Atente-se que a comunhão dos aquestos se verifica apenas no regime legal obrigatório, não no convencional [...].¹³⁴

Esta distinção que Nader faz em relação ao regime de separação de bens obrigatória e convencional para efeito de aplicação da Súmula 377 fundamenta-se também em julgado daquele Tribunal, que se transcreve a seguir:

Estipulado expressamente, no contrato antenupcial, a separação absoluta, não se comunicam os bens adquiridos depois do casamento. A separação pura é incompatível com a superveniência de uma sociedade de fato entre marido e mulher dentro do lar [...]. (Resp. nº 83.750/RS, STJ, 4ª. Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 19.08.1999, pub. Em 29.11.1999, DJ, p. 165).¹³⁵

A respeito da Súmula 377, Sílvio Rodrigues critica o disposto no art. 1.641, II, CC, por entendê-lo restritiva à liberdade da pessoa e intervir de forma inadmissível e sem fundamentação jurídica, por envolver indivíduo maior e capaz:

Tal restrição se mostra atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.¹³⁶

O STF, ao estabelecer que na separação obrigatória de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, amparou as pessoas que poderiam ser prejudicadas, entre elas, os maiores de setenta anos.

5.4.2 Inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641

¹³⁴ Cf. DOURADO, 2010.

¹³⁵ *loc cit*

¹³⁶ *loc, cit*

Com referência ao artigo 1.641, há entendimento doutrinário de que essa previsão é inconstitucional, tal entendimento é reforçado por alguns juristas que participaram da I jornada de Direito Civil, conforme o enunciado de número 125 CJF/STJ:

“A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República, ínsito o pórtico da Carta Magna (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.¹³⁷

O inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil é inconstitucional, levando em consideração a nossa realidade pós-moderna, que tem como objetivo, a priori, proteger a dignidade da pessoa humana. A pessoa com mais de 70 anos, deveria exercer sua autonomia privada, escolhendo o regime de bens que melhor atendesse seus interesses.

Veja o pensamento de Tartuce: “A justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros também não é plausível. Ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho. Ser herdeiro não é profissão”.¹³⁸

Na opinião do doutrinador acima citado, o aumento da idade para os 70 anos, conforme a lei nº 12.344/2010, não afastou o problema, mantendo-se a tese da inconstitucionalidade, pois o ideal seria suprimir a regra do inciso II, ao invés de aumentar a idade.

Agora, vale somar os argumentos de Berenice Dias, com referência ao Estatuto do idoso (Lei nº 10.741/2003).

A limitação imposta significa que, ao completar 70 anos, perdem as pessoas, automaticamente, parte de sua capacidade de discernimento, passando a se tornar vítimas em potencial de “golpista do baú”. Verdadeiro absurdo.¹³⁹

Baseado em entendimento doutrinário, de que o artigo 1.641 é inconstitucional, caberá usucapião familiar por abandono do lar, mesmo quando o abandono for feito por maior de 70 anos, que casou submetido ao regime de separação obrigatória de bens.

5.5 Alguns pesquisadores não concordam com a usucapião familiar

¹³⁷ TARTUCE, 2012. p.146.

¹³⁸ *Loc cit.*

¹³⁹ DIAS, *op cit.* p, 248.

No sentido contrário aos pensamentos apresentados até o momento sobre a Usucapião Familiar, pode ser observado alguns comentários, cuja fonte de pesquisa foi o IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Boas intenções nem sempre geram boas leis. Não se pode dizer outra coisa a respeito da recente Lei 12.424/2011 que, a despeito de regular o Programa Minha Casa, Minha Vida com nítido caráter protetivo, provocou enorme retrocesso.

A criação de nova modalidade de usucapião entre cônjuges ou companheiros representa severo entrave para a composição dos conflitos familiares. Isto porque, quando um ocupar, pelo prazo de dois anos, bem comum sem oposição do que abandonou o lar, pode se tornar seu titular exclusivo (CC 1.20-A).

Quem lida com as questões emergentes do fim dos vínculos afetivos sabe que, havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um afastar-se, lá permanecendo o outro, geralmente aquele que fica com os filhos em sua companhia. Essa, muitas vezes, é única saída até porque, vender o bem e repartir o dinheiro nem sempre permite a aquisição de dois imóveis. Ao menos assim os filhos não ficam sem teto e a cessão da posse adquire natureza alimentar, configurando alimentos in natura.

Mas agora esta prática não deve mais ser estimulada, pois pode ensejar a perda da propriedade no curto período de dois anos. Não a favor da prole que o genitor quis beneficiar, mas do ex-cônjuge ou companheiro.

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

Mas o desastre provocado pela nova Lei tem outra dimensão. 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 *aminus domino*, isto é, que exerce a posse como se dono fosse.

No entanto, nessa nova usucapião, o que se perquire é a causa de um dos cônjuges ou companheiros ter se afastado da morada comum. Deste modo, se houve abandono do lar, o que lá permanece torna-se proprietário exclusivo.

Da novidade só restam questionamentos. O que significa mesmo abandonar? Será que fugir do lar em face da prática de violência doméstica pode configurar abandono? E se

um foi expulso pelo outro? Afastar-se para que o grau de animosidade não afete a prole vai acarretar a perda do domínio do bem? Ao depois, como o genitor não vai ser tachado de mau pelos filhos caso manifeste oposição a que eles continuem ocupando o imóvel? Também surgem questionamentos de natureza processual. A quem cabe alegar a causa do afastamento? A oposição há que ser manifestada de que forma? De quem é o ônus da prova? Pelo jeito a ação de usucapião terá mais um fundamento como pressuposto constitutivo do direito do autor.

Por cautela devem cônjuges e companheiros firmar escritura reconhecendo não ter havido abandono do lar? Quem sabe antes de afastar-se, o retirante deve pedir judicialmente a separação de corpos. E, ainda que tal aconteça, não poderá aquele que permaneceu no imóvel questionar que o pedido mascarou abandono?

Pelo jeito será necessário proceder a partilha de bens antes do decurso do prazo de dois anos. Mas talvez se esteja simplesmente retomando o impasse originário: vender o bem ainda que a metade do valor apurado não permita a aquisição de um imóvel.

Com certeza outras dúvidas surgirão. Mas a resposta é uma só. A Lei criou muito mais problemas do que uma solução para garantir o direito constitucional à moradia.

Luciano de Camargo Penteado opina em desfavor do prazo de 2 anos: “Lamentavelmente, referida lei não respeitou a LC 95/1998, 8º Caput, que determina que apenas leis de pequena repercussão podem entrar em vigor na data de sua publicação. Obviamente, uma redução de prazo a menos da metade é questão de grande repercussão, e o legislador deveria ter tido a prudência de estabelecer “*vacatio legis*” que permitisse às pessoas uma adaptação ao novo regime.”¹⁴⁰

¹⁴⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. Disponível em: <www.familiaesuccessoes.com.br/?p=782> Acesso em 01 de maio de 2013.

CONCLUSÃO

Analisando historicamente a usucapião, há divergências doutrinárias quanto ao seu surgimento, não se sabe se o instituto nasceu em Roma ou na Grécia. Sabe-se porém, que o primeiro escrito foi elaborado pelo povo romano.

Havia divergência quanto ao gênero da palavra usucapião, mas com o advento do novo código civil consagrou-se no feminino.

Estudar a usucapião faz obter duas visões: a jurídica e a social, sendo que o conteúdo é muito mais social do que legislativo; pois se perfaz com o desenvolvimento da sociedade.

Para tanto foi necessário uma compreensão sobre posse e propriedade para se discorrer sobre os diferentes tipos de usucapião, enfatizando a usucapião familiar, que é reflexo da lei 12.424/2011, que com o objetivo de regular o programa Minha Casa, Minha Vida, trouxe essa modalidade que não existia no código civil e que hoje consta no artigo 1.642A. Trata-se de um instituto do Direito de Família decorrente dos fatos jurídicos do casamento ou da união estável. A nova modalidade requer a configuração conjunta de três requisitos: existência de um único imóvel urbano comum; o abandono do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros e o transcurso do prazo de dois anos.

Os cônjuges ou companheiros são coproprietários e copossuidores de um bem de raiz e aquele que exerce a pretensão não possui a titularidade de qualquer outro em território nacional. O fracionamento da propriedade pode tanto derivar do casamento pela comunhão universal de bens, como pela aquisição onerosa por um dos cônjuges após o matrimônio pelo regime de comunhão parcial, ou mesmo pela evidência do esforço comum no regime de separação obrigatória.

Com o abandono do lar, decorrido o biênio, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que permanecer no imóvel pleiteará a usucapião da parte (do imóvel) que não lhe pertencia. O abandono do lar é o ponto mais polêmico dessa usucapião.

Para estudar a usucapião familiar foi necessário fazer um liame entre o direito real e o direito de família. Fez-se uma breve reflexão sobre a revolução histórica do direito das famílias no Brasil, e concluindo-se que o Direito de Família tenta responder aos eventuais anseios que vão surgindo no dia-a-dia. Por exemplo, tanto a Lei do divórcio em 1977 quanto a usucapião familiar em 2011, não surgiram à toa, vieram satisfazer necessidades sociais decorrentes da evolução.

Outro ponto importante para a compreensão do tema em estudo é a questão dos regimes de bens, pois há divergência quanto a necessidade de considerá-los na usucapião familiar.

É válido frisar que a escolha do regime de bens, feita por ocasião do casamento, rege a situação patrimonial do casal durante a vigência do matrimônio e principalmente quando de sua dissolução. Podendo os noivos adotar qualquer dos regimes de bens previstos na lei. Mantendo-se silenciosos, ou seja, não firmando pacto antenupcial, vigora o regime da comunhão parcial. Hipótese há, no entanto, em que a vontade dos nubentes não é respeitada. Impõe a lei o regime de separação obrigatória.

Esse regime prejudica as partes hipossuficientes. Além de ferir o Princípio Constitucional consagrado, o da autonomia da vontade; em se tratando de cônjuge maior de 70 anos, entende-se inconstitucional pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Foi a partir dessas incertezas que o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento por meio da Súmula 377: “no regime de separação de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. ” Reconhecendo que a convivência leva a presunção do esforço comum na aquisição de bens, no sentido de que, no regime de separação os aquestos comunicam-se pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importa se resultaram do esforço comum. O que importa é que a Súmula assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio.

Nesse contexto vislumbrou-se a possibilidade da usucapião familiar no regime de separação obrigatória de bens, com base na referida Súmula, face ao princípio da solidariedade, na função social da propriedade e nos requisitos do artigo 1240-A; quais sejam: abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro por dois anos contados da data que a norma entrou em vigor, imóvel situado na zona urbana, medindo até 250m² que seja o único da família e que sirva de moradia para o cônjuge abandonado.

A Súmula 377 prevê o princípio da solidariedade familiar essencial nas relações de família, é a partir desse ponto que o casal se torna responsável um pelo outro e ambos pela família.

A função social da propriedade veio satisfazer uma necessidade social e econômica, bem como, pode-se dizer que atende ao princípio da dignidade da pessoa humana. O abandono do lar é fator preponderante para a evidência da norma, que deve ser analisado sobre a vertente da função social da propriedade. Quem permanecer no imóvel dando destinação residencial, portanto terá direito de requerer a usucapião.

Entende-se que a norma não exige que o imóvel tenha ingressado no condomínio por força do regime de bens. Não importa que o casal tenha adquirido o imóvel por negócio gratuito ou oneroso, ou mesmo que a aquisição tenha se dado antes do casamento ou união estável. Basta que na dissolução (abandono) fossem ambos proprietários do bem.

O regime de bem é desconsiderado perante o abandono do lar, a função social da propriedade, ou seja, em se tratando de usucapião familiar por abandono o Regime de Bens não fará diferença alguma.

O Código Civil deve ser analisado tomando por base a Constituição Federal, considerando seus princípios fundamentais, priorizando aquele que tem poder de “império”: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norteador na busca da justiça.

A nova modalidade de usucapião, representa interessante inovação, com grande amplitude social. Cabe aguardar novas opiniões de advogados, juízes, operadores do direito e da sociedade em geral, para então se formar um juízo de valor certo sobre a norma.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ricardo Henrique Pereira. IBDFAM. **Primeiras impressões sobre a usucapião especial familiar urbana e suas implicações no direito de família.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/> Acesso em 02 de maio de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**, Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm Acesso em 05 de maio de 2013

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 5 ed. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

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

_____, **Direito Civil. Direito de Família**, 23 ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

DOURADO, Robson Gonçalves. **União estável de idoso(a) e o regime de separação obrigatória de bens: possibilidades e incongruências.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2737, 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18130>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. 5. ed. Positivo: São Paulo, 2010.

FREYESLEBEN, Luiz Eduardo Ribeiro. **A Usucapião Especial Urbana**. Obra Jurídica: São Paulo, 1998.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 12 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 15.ed. Saraiva: São Paulo. 2011

GUIMARÃES, Acelino Pedro; LIMA, Lauro Rocha de. **Usucapião**. Imprensa: Rio de Janeiro, Leud, 1999.

LIVRO dos Juizes. Capítulo XI, 21:26. In: **BÍBLIA**.p.239-240. Disponível em: [pt.wikipedia.org/wiki/livro -dos- juízes](http://pt.wikipedia.org/wiki/livro_-_dos_-_juizes). Acesso em: 01.02.2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 6. ed. Imprensa: Rio de Janeiro, 2009.

MANGUALDE, Henrique Ananias dos Santos. A súmula 377 do STF e a sua aplicabilidade no Código Civil de 2002. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 56, ago 2008. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4929>. Acesso em 05 de maio de 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 39. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**.5v. Forense. São Paulo: 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsi , 1971.

PENTEADO, Luciano de **Camargo. Direito das Coisas**. 2. ed. São Paulo Editora RT, 2012

_____. **Direito das Coisas**. Disponível em: <www.familiaesuccessoesp782> Acesso em 01 de maio de 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 13 ed. v. 3. São Paulo: Livraria Del Rey, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 28. ed. v. 5. Saraiva: São Paulo, 2003.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Móveis e Imóveis**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

SANTOS, J M de Carvalho. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos,1937

SANTOS, Henrique Ananias dos. Disponível em:
http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4929> acesso em 05 de maio de 2013

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Forense: São Paulo, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 7 ed, Método: São Paulo. 2012.

_____, Flávio. **A Usucapião Urbana por Abandono do Lar Conjugal**. Disponível em www.injur.com/direito. Acesso, 03.05.2013.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. v. 5. Atlas: São Paulo, 2012.

_____, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3 ed. Atlas: São Paulo. 2003

WALD, Arnoldo. **Direito das Coisas**. 18. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.