



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
CURSO DE DIREITO

FILIPE LUIS LOUREIRO

**AS CONTROVERTIDAS FORMAS DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA
PROPRIEDADE:** Usucapião Familiar e §§ 4º e 5º do Art. 1.228 do Código Civil

MACEIÓ/AL

2022

FILIPPE LUIS LOUREIRO

**AS CONTROVERTIDAS FORMAS DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA
PROPRIEDADE: Usucapião Familiar e §§ 4º e 5º do Art. 1.228 do Código Civil**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal de
Alagoas como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Msc. Fernando Antonio
Barbosa Maciel

MACEIÓ/AL

2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

L892c Loureiro, Luis Filipe.
As controvertidas formas de aquisição originária da propriedade : usucapião familiar e §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil / Luis Filipe Loureiro. – 2022.
51 f.

Orientador: Fernando Antonio Barbosa Maciel.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 48-51.

1. Brasil. Código Civil (2002). 2. Propriedade. 3. Usucapião. I. Título.

CDU: 347.232.4

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma revisão legislativa e bibliográfica acerca de modalidades de aquisição originária da propriedade, em específico neste caso, usucapião familiar e o instituto previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º do código civil. Sua finalidade principal é a de avaliar criticamente se o Direito Real, na figura jurídica da propriedade, através da usucapião familiar, fragiliza o direito de família na medida em que antecipa expressivamente a aquisição da propriedade, além de analisar se o instituto do art. 1.228, §§ 4º e 5º pode ser caracterizado como já previsto no ordenamento jurídico brasileiro ou se é um instituto novo, ou, ainda, se está mal inserido no Código Civil, estando mais próximo, ou não, de uma usucapião ou de uma desapropriação. Para tanto, utilizou-se como aprofundamento teórico, a pesquisa bibliográfica. Constatou-se que, apesar de não se utilizar da melhor técnica legislativa, a usucapião familiar é figura jurídica legítima no arcabouço legislativo brasileiro, bem como evidenciou-se que o instituto presente nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do código civil pode ser uma espécie *sui generis* de usucapião.

Palavras-Chave: Propriedade; usucapião; código civil.

ABSTRACT

This final paper`s aims to carry out a legislative and bibliographic review on modes of original acquisition of property, specifically in this case, family adverse possession and the institute provided in article 1,228, §§ 4th and 5th of the Civil Code. Its main purpose is to critically evaluate whether Real Right, in the legal figure of property, through family adverse possession, weakens the right of the family insofar as it significantly anticipates the acquisition of property, as well as to analyze if the institute of article 1,228, §§ 4th and 5th can be characterized as already provided in the Brazilian legal system or if it is a new institute, or even if it is poorly inserted in the Civil Code, being closer or not to a adverse possession or to a expropriation. For this purpose, bibliographic research was used as a theoretical deepening. It was found that, despite not using the best legislative technique, family adverse possession is a legitimate institute of the Brazilian legal system, as well as it was evidenced that the institute provided in §§ 4th and 5th of article 1,228 of the Civil Code can be a sui generis species of adverse possession.

Key-words: Property; adverse possession; civil code.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DIREITO DE PROPRIEDADE	8
2.1 Detenção, Posse e Propriedade	10
2.2 Princípios Inerentes à Propriedade	11
2.3 Evolução Histórica da Usucapião	16
3 USUCAPIÃO FAMILIAR	20
3.1 Críticas Quanto à Constitucionalidade	24
3.2 Prazo Exíguo	28
3.3 Rediscussão da Culpa e a Emenda Constitucional 66/2010	29
3.4 Considerações Adicionais	31
4 A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 1228, §§4º E 5ª DO CÓDIGO CIVIL	35
4.1 Da inexatidão da redação	35
4.2 Desapropriação, Usucapião ou Instituto Autônomo	36
5 CONCLUSÃO	46
6 REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O instituto da usucapião remonta aos tempos romanos. Trata-se de uma forma de aquisição originária da propriedade pela posse prolongada de determinado bem, seja móvel ou imóvel. Desta forma, a lei permite que uma pessoa que esteja em domínio do bem, por um certo período, possa se transformar em proprietário e titular da coisa, e não mero possuidor. Este trabalho objetiva estudar o instituto da usucapião familiar. Além deste, será abordado um instituto bastante dissonante na doutrina: §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil. Essas duas formas de aquisição de propriedade merecem especial atenção por apresentar características que trazem conflitos e repercussões importantes em alguns ramos do direito e na própria constitucionalidade dos institutos.

Relacionado à usucapião familiar existem suas implicações no direito de família bem como no direito sucessório, quanto a partilha de bens, e seu possível retrocesso jurídico e suas justificativas de cunhos principiológicos. No que tange ao instituto sem classificação definida do artigo supracitado, ainda hoje se discute sua natureza jurídica, se seria de fato uma usucapião ou uma desapropriação, tendo em vista que ao olhar atentamente o art. 1228, §4 e 5º traz uma mistura dos dois institutos.

Mas também analisar se houve até mesmo o surgimento de uma nova modalidade de aquisição de propriedade onde o legislador não tomou o devido cuidado nos aspectos técnicos a par dos institutos já existentes. Essas duas espécies são objetos deste trabalho e serão detalhadas a seguir, apresentando-se sua origem, bem como as repercussões que tais institutos representam no direito brasileiro.

O tema se reveste de grande importância visto que trata de uma prescrição aquisitiva de modalidade diferente das demais e um tanto quanto particular, sobretudo quanto aos requisitos que adentram na esfera do direito de família.

Cabe trazer à tona o direito à moradia, que está previsto na Constituição Federal de 1988, a qual disciplina este direito a ser concretizado de competência comum da União, dos estados e dos municípios. A eles, conforme aponta o texto constitucional, cabe “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Ademais, é necessário analisar a possível inconstitucionalidade dos institutos, no que se refere a possível retrocesso social que a norma parece remeter, além de tentar identificar a natureza mais adequada das normas dentro do direito privado brasileiro.

Os institutos supracitados passeiam pelos Direitos Reais, pelo Direito de Família, além do Direito de Sucessões e até pelo Direito Administrativo, de modo que para que se analise, é necessário mergulhar em suas fontes, sem esquecer do Direito Constitucional.

Para responder a essas questões, o trabalho divide-se em três capítulos: no primeiro, traz-se o conceito de propriedade, bem como a mesma se diferencia da detenção e da posse, os princípios inerentes ao direito de propriedade, findando com a evolução histórica da usucapião. No segundo, a investigação teórica centra-se na usucapião familiar, no direito à moradia e nas possibilidades de que esse instituto venha a prejudicar questões relacionadas ao direito de família e ao direito sucessório.

No capítulo final, as discussões relacionam-se ao instituto previsto no art. 1228, §4º e 5º com o fito de entender sua natureza, se este é constitucional e se o seu conceito se encaixaria como usucapião, desapropriação judicial, desapropriação privada ou até mesmo se surge com essa figura uma nova modalidade de aquisição de propriedade. Para isso, utilizou-se para aprofundamento teórico, revisão de literatura e alguns julgados trazidos pela jurisprudência.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE

A propriedade é um instituto que remonta à Grécia Antiga, na qual no auge de seu modelo democrático foram criadas leis que versavam sobre ocupação, uso do solo e propriedade. Mais tarde, esta base de conceitos serviu como influência no direito romano, sobretudo a propriedade, cujos desdobramentos fazem parte dos institutos do Direito até os dias atuais.

Durante a evolução da propriedade surgiram algumas teorias de fundamentação jurídica para sua existência, como a teoria da ocupação, a teoria da especificação, a teoria da lei e a teoria da natureza humana. Sobre esta última:

É a que conta com o maior número de adeptos. Para estes, a propriedade é inerente à natureza humana, sendo uma dádiva de Deus aos homens, para que possam prover às suas necessidades e às da família. A propriedade individual, dizem, é condição da existência e da liberdade de todo o homem (GONÇALVES, 2021, p. 242).

No Brasil, a ideia de propriedade fora introduzida através da carta de sesmarias, com a finalidade de povoamento e exploração. Mesmo que a terra não fosse trabalhada da forma como preconizada, o território nunca era retomado, corroborando o entendimento de que a sesmaria não era uma concessão para uso, mas sim um título de domínio. Assim, a propriedade privada no Brasil teve origem nas cartas de sesmarias e no *uti possidetis*, ou seja, na posse real e efetiva, independentemente de qualquer título (Borges *apud* Lobo, 2022, p. 29).

O direito de propriedade e a usucapião têm íntima relação desde tempos remotos e envolvem duas finalidades principais: a primeira diz respeito à segurança, fixar em razão da posse prolongada no tempo a titularidade; a segunda diz respeito à composição do conflito entre proprietário e possuidor, deferindo a este o direito de propriedade.

O proprietário pode usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reivindicar de quem a injustamente a possua ou detenha. O conceito genérico, no direito brasileiro, é extraído do art. 1.228 do Código Civil.

O conceito de propriedade, embora não seja considerado aberto, há de ser necessariamente dinâmico. Reconhecendo-se que, neste sentido, a garantia constitucional da propriedade sempre estará submetida a um processo natural de relativização (GONÇALVES, 2006 *apud* ARAUJO, 2022).

A Constituição Federal de 1988 estabelece que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII- é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Nas palavras de Rosenvald e Braga Netto (2021, p. 1.247):

A posse é um poder de fato sobre a coisa; já a propriedade é um poder de direito nela incidente. O fato objetivo da posse, unido a tempo – como força que opera a transformação do fato em direito –, e a constatação dos demais requisitos legais confere juridicidade a uma situação de fato, convertendo-a em propriedade. A usucapião é a ponte que realiza essa travessia, como uma forma jurídica de solução de tensões derivadas do confronto entre a posse e a propriedade, provocando uma mutação objetiva na relação de ingerência entre o titular e o objeto.

O instituto da Usucapião é uma das diversas formas de aquisição originária da propriedade, mediante o exercício da posse pacífica e ininterrupta, pelo tempo determinado na própria legislação civil em seu artigo 1.228, transcrito abaixo:

Art. 1.228. (...) § 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.

No ordenamento jurídico pátrio, a temática da usucapião é estudada classificando-se de forma mais ampla em três tipos. Merece destaque a forma de apresentação de Paulo Lôbo, face a clareza e objetividade na explicação:

A doutrina especializada classifica a usucapião em três tipos: a usucapião extraordinária, a usucapião ordinária e a usucapião especial. A usucapião extraordinária, apesar do nome, é a que melhor corresponde às finalidades do instituto, pois independe de outro requisito, além da posse contínua e do tempo, [...]. A usucapião ordinária é a que, além dos requisitos de posse continuada e tempo, está assentada na existência de 'justo título' e comprovação de boa-fé, razão porque o tempo para aquisição da propriedade é reduzido. A usucapião especial abrange todas as situações singulares, que não se incluem nos tipos anteriores, de acordo com os fins legais determinados (LOBO, 2022, p.207).

Para falar de propriedade, faz-se mister uma diferenciação entre posse e propriedade. Inicialmente, esclarecemos que a posse não faz parte do rol de direitos reais previsto no Código Civil brasileiro, assinalados taxativamente em seu artigo 1.225. Argumento que reforça a tese que não reconhece à posse a natureza de direito real é no sentido de que tais direitos são

caracterizados pelos princípios legalidade e tipicidade, isto é, todo direito real é sempre previsto e regulado em lei (GAGLIANO, 2017).

2.1 Detenção, Posse e Propriedade

Sem adentrar na evolução das teorias sobre posse, o ordenamento pátrio adotou a teoria objetiva de Ihering, dando ênfase ao princípio constitucional da função social. Resumidamente e de uma forma geral, a posse é tratada como o domínio fático da pessoa sobre a coisa.

Conforme artigo 1.196 do Código Civil, o detentor da propriedade é "todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade", assim sendo, evidencia-se que mesmo uma pessoa que não seja o verdadeiro proprietário da coisa, mas se comporte como tal - cuidando, zelando, fruindo -, poderá ser considerado possuidor daquela coisa.

Abrindo parênteses, deve-se distinguir, ainda, a posse da detenção. Conforme extraído do art. 1.198 do Código Civil, este instituto nada mais é que um estado momentâneo de cujo detentor conserva a posse de determinada coisa em nome de alguém ou devido a uma instrução ou ordem de outrem. Não é considerado posse, é, apenas, nas palavras de Gagliano (2017), "mero servidor ou fâmulos da posse".

O Enunciado 301 CJF/STJ trouxe importante constatação, na medida em que esclarece o momento que a detenção se converte em posse, justamente quando aquele que detém age em contradição aos interesses do titular da posse, descumprindo ordens e rompendo o vínculo de subordinação.

A propriedade, tratada como direito fundamental pela Constituição Federal, consiste no direito real de usar, gozar e dispor da coisa, respeitando os limites da sua função social. Quando atendidas todos os poderes supramencionados, pode-se inferir que o indivíduo tem a propriedade plena.

O termo limite associando propriedade e função social não é o mais adequado tecnicamente. O que precisa ficar claro é que conteúdo da propriedade pode ser diminuído ou relativizado, quando houver interesse público ou social, restringindo-se o alcance de suas faculdades na posição de titular do domínio.

Percebe-se que o direito de propriedade é uma categoria jurídica sobre a qual incidem diversos conflitos. A Constituição Federal de 1988 deixa expresso o reconhecimento da propriedade e da função social como direitos fundamentais. Nesse contexto é que entramos na usucapião.

A usucapião e o direito de propriedade têm uma relação próxima há bastante tempo. A usucapião se traduz numa forma de composição de conflitos entre aquele que possui a coisa e o seu proprietário, dando segurança a uma relação de posse prolongada no tempo, transferindo a titularidade da coisa. Antes, porém, de iniciarmos sobre o referido instituto, faz-se mister o conhecimento de alguns elementos norteadores que representa sua base teórica no ordenamento jurídico.

2.2 Princípios Inerentes à Propriedade

Como introduzido nas linhas acima, num primeiro momento a usucapião parece ferir o direito de propriedade na medida em que ocorre uma invasão neste domínio. É bem verdade que o direito supracitado já deixou de ser um direito fundamental ilimitado e, atualmente, reveste-se de características que mantém a segurança do proprietário, mas incorpora princípios de origem social. O jurista Miguel Reale, em sua obra de Filosofia do Direito, ao tratar da questão principiológica, assinala:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção de realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 1986, p. 60).

Os princípios trazem acomodação das normas, harmonização do ordenamento, na medida em que subsidiam a criação das regras e a própria decisão jurídica, cuja interpretação e o resultado deve sempre conter uma correlação lógica.

Trazemo-nos agora alguns princípios norteadores para o assunto ora tratado, começando com o princípio da socialidade, que, nas palavras do coordenador-geral do projeto do Código Civil, Miguel Reale (2000), pode ser definido da seguinte forma:

Se não houve vitória do socialismo, houve triunfo da 'socialidade', fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais

personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testado.

Em síntese, o princípio da socialidade trouxe ao Código Civil a ideia de que institutos do direito privado devem ser vistos além da perspectiva individual, sobretudo sob orientação dos princípios fundamentais que deram base para sua criação e justificam sua existência dentro da sociedade, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da oponibilidade *erga omnes* disciplina que o direito de propriedade é oposto contra qualquer pessoa da sociedade humana que o viole, sendo de caráter absoluto. Para além disso, tem-se o princípio da publicidade, cujo direito de propriedade só é oponível quando se torna público, e a propriedade se torna pública pelo registro em cartório. O registro é o que dá publicidade à propriedade.

A dignidade da pessoa humana apresenta como um de seus desdobramentos a tutela da integridade, física e moral, aproximando-a ao princípio da personalidade. Segundo a lição de Bretas e Machado, "A dignidade da pessoa humana é a fonte justificadora de todo ordenamento jurídico brasileiro, o pilar sobre o qual toda estrutura normativa deve repousar". (BRETAS E MACHADO, 2018, p. 60)

Conforme mencionado pelo autor, extrai-se que o princípio supracitado é considerado cláusula pétrea, direito personalíssimo e individual e, compreendido como direito fundamental, traz desdobramentos entre as pessoas e entre o Estado e as pessoas, de modo que o respeito deve se dar de forma hierarquizada ou não, pautando todas as relações.

Completando o raciocínio, tem-se a perpetuidade, ou seja, o direito de propriedade é perpétuo. Não é obrigatório. A propriedade só desaparece por vontade do proprietário ou por determinação legal. Existe uma exceção que é a propriedade resolúvel¹. Em relação à exclusividade, este não é um princípio absoluto. Tendo como exceção, por exemplo, o condomínio.

Em relação a elasticidade, esta conceitua que a propriedade pode se distender ao máximo ou até mesmo comprimir ao máximo à vontade do proprietário. Quando o proprietário detém todos os poderes, há a propriedade plena. Quando um dos poderes é retirado do

¹ A propriedade resolúvel é aquela cujo título constitutivo apresenta uma cláusula que extingue um direito, ou seja, as próprias partes estipulam uma condição resolutiva. Ocorrendo esta condição, acarretará o término do direito para o respectivo titular.

proprietário, chama-se propriedade limitada, o mesmo que direito reais sobre coisas alheias. Como por exemplo a superfície, o usufruto, e a hipoteca.

A autonomia privada é a liberdade limitada no contexto patrimonial. O princípio tem uma série de irradiações, dentre os quais a obrigatoriedade, intangibilidade inicial, liberdade contratual e liberdade de contratar, entre outros. A limitação da autonomia pode se dar em virtude de limites, sobretudo normativos. Como exemplo, a autonomia é limitada pela função social dos contratos, bem como pela própria dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a autonomia privada deve conduzir o intérprete aos patamares das liberdades contratual e de contratar, deve-se conceber essa liberdade de modo apropriado aos limites racionais normativos.

Em suma, os condicionamentos à autonomia privada são advindos da Lei, que nada mais é que a manifestação e força do Estado diretamente visando proteger o bem comum, da moral - de ordem subjetiva, como forte carga ético valorativa -, de Ordem Pública - relacionado à segurança jurídica e que impõe a observação de outros princípios ligados ao Direito, à Política e à Economia.

A propriedade, desde os tempos mais antigos, passou por significativas transformações. Já teve proteção absoluta e intocável na época dos romanos e, hoje, a propriedade é limitada pela sua função social. Ou seja, mudou-se a perspectiva de apenas direitos que o titular exerce em relação a sua propriedade para um binômio direito-dever, na medida em que os fins sociais devem ser atingidos.

Tal transformação de perspectiva é bem justificada por Paulo Lobo (2022, p. 151-152):

A inviolabilidade da propriedade ingressou nas Constituições, como garantia individual, como resultado dessa evolução histórica, porém depurada dos excessos que marcaram seu início, quando foi confundida com a própria garantia da pessoa humana. Sua função inicial foi de defesa do proprietário contra os abusos dos governantes absolutistas, que expropriavam os bens arbitrariamente dos particulares [...]. Contra o absolutismo do Estado, antepôs-se o absolutismo do proprietário. Dois extremos que exigira o advento da compreensão de que o princípio da inviolabilidade da propriedade não é absoluto, pois deve se conformar com o da função social, na harmonização permanente entre interesses individuais e interesses sociais e ambientais.

O legislador não exauriu o conceito de função social da posse e da propriedade. Aliás, sua postura não foi outra, senão positivizar uma cláusula geral por intermédio da qual foram

instaurados parâmetros e pilares da função social, em especial o meio ambiente, nos termos do artigo 186 da Constituição Federal.

Em alguns casos, a Carta Política brasileira indica qual o conteúdo esperado que atenda a função social, como se lê no art. 182, § 2º (relativamente à propriedade urbana) e no art. 186 (relativamente à propriedade rural). Também prevê punições a sua não observância, quando estabelece, por exemplo, a desapropriação por interesse social. Este instituto arma o Poder Público de poderoso instrumento para alcançar a finalidade social, pois não se trata de expropriação tradicional, que transfere o bem particular para o domínio público, mas de transferência de bem particular, que não realizou a função social, para o domínio ou posse de destinatários particulares, que presumivelmente a realizarão.

Fator importante ao verificarmos a função social da posse e da propriedade é enxergar a conexão ao bem jurídico alcançado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme lição do ministro Edson Fachin (Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, 2008), podemos atingir a proposição de que a dignidade é o principal elemento que compõe o patrimônio.

Desta forma, são inseparáveis a dignidade da pessoa humana e a função social, assim como, conforme o artigo 186 da vigente Constituição Federal, o uso racional do solo, o respeito ao meio ambiente e aos trabalhadores.

De acordo com Gonçalves (2021, p. 238-239):

A atual Constituição Federal dispõe que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII). Também determina que a ordem econômica observará a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial (art.170, III) (...) todo esse conjunto, no entanto, acaba traçando o perfil atual do direito de propriedade no direito brasileiro, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social.

Em decorrência do fenômeno da despatrimonialização e repersonalização que ocorre dentro do direito privado, a tutela das situações patrimoniais deixou de estar no centro das preocupações jurídicas, e passou para as situações não-patrimoniais, buscando-se dar efetividade aos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Nesse diapasão, alguns institutos de direito privado, como família, propriedade, atividade econômica, entre outros, foram inseridos em nível constitucional, e alguns institutos

materialmente constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a justiça social, hoje também são considerados nas relações privadas.

Essa alteração das bases presentes no Direito Civil, entre elas sobre a propriedade, acarretou uma mudança no instituto. Antes vista como direito subjetivo absoluto, a propriedade passou a uma relação entre sujeito e coisa, que se justifica como elemento concretizador de valores fundamentais, recebendo a proteção estatal quando atendida sua função social.

A função social aqui passou a ser parte integrante do conteúdo da propriedade, imprimindo-lhe um complexo de condições para o seu exercício voltado ao interesse coletivo e impondo ao proprietário não somente vedações, mas também prestações positivas.

Sobre esses deveres, é importante ressaltar que a função social representa uma característica interna ao direito de propriedade. Lobo (TEPERDINO *apud* LOBO, p. 182) complementa:

Os deveres que configuram a função social são deveres em relação à sociedade, aos interesses sociais ou coletivos. [...] São deveres atribuídos ao próprio titular, ao proprietário (ou possuidor), no sentido de exercer o poder de fato ou de direito não apenas para atender seus interesses individuais legítimos, mas também e necessariamente os interesses da sociedade ou da comunidade onde está inserido o objeto de pertencimento. A função social constitui elemento interno do direito subjetivo do proprietário.

Como princípio constitucional que é, a função social ocupa espaço na hermenêutica jurídica – desempenhando funções de interpretação, integração, direção, limitação e prescrição – não só nos casos em que a propriedade está diretamente vinculada à causa – devendo esta ser resolvida em favor da situação que melhor atenda à função social –, mas naquelas demandas em que o interesse social deve prevalecer, como em se tratando de habitação, urbanismo e preservação do meio ambiente.

Contudo, essa nova visão jurídica sobre a propriedade é sempre dificultada pelas constantes controvérsias entre o anseio pelo uso da propriedade e a função social.

Diante disso, evidencia-se que o fundamento da usucapião está alicerçado na utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e promover uma facilitação na prova de domínio. Gonçalves, reproduzindo um pensamento do doutrinador Orlando Gomes, em sua obra de Direito das Coisas, finaliza:

Tal instituto, segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos (GONÇALVES, 2021, p. 251).

O direito brasileiro estabeleceu diversas espécies de usucapião, tais como: extraordinária; ordinária; urbana; rural; urbana coletiva; rural coletiva; familiar; indígena; administrativa. Algumas com fundamento constitucional, algumas espécies previstas no Código Civil e outras formas normativas.

2.3 Evolução Histórica da Usucapião

Sinônimo de prescrição aquisitiva, a usucapião representa um instituto multissecular, transmitido pelos romanos. Gonçalves (2021, p. 250) observa que:

Por favorecer o usurpador contra o verdadeiro proprietário, parece, à primeira vista, que ela ofende o direito de propriedade, permitindo que o possuidor passe a ocupar o lugar do primeiro, despojando-o de seu domínio. Segundo Lafayette, tal perda 'sai fora das regras fundamentais do Direito; mas é determinada por imperiosos motivos de utilidade pública.

Cabe observar que a sinonímia acima apresentada não é unânime. Segundo Paulo Lôbo (2022), é equivocado classificar usucapião e prescrição aquisitiva como mesmo instituto, já que a prescrição diz respeito ao impedimento do exercício da pretensão do titular do direito, ao passo que a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade. Ele arremata, "Incorre em equívoco, pois, a praxe difundida da expressão 'prescrição aquisitiva'. A prescrição não é meio de aquisição de direito". Como se trata de entendimento minoritário a divergência acima apontada, durante a dissertação do presente trabalho, utilizar-se-á o termo prescrição aquisitiva como sinônimo de usucapião.

O instituto da usucapião teve suas raízes fundadas na Lei das Doze Tábuas, na era romana, no ano 455 a.C. Esse ordenamento superou o Código de Hamurabi, estabelecendo normas e garantias aos cidadãos e princípios democráticos. A lei estendia sua aplicação tanto para bens imóveis como móveis. Na época da Lei das Doze Tábuas, os prazos eram de dois anos para bens imóveis e um ano para bens móveis.

Ainda na era romana, o jurista Ulpiano, definia a usucapião como a aquisição do domínio pela posse continuada por um ou dois anos (*usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel bienni: rerum mobilium anni, immobilium bienni*). Com

a evolução do instituto, passou a ser exigido o justo título e a boa-fé como requisitos para usucapir, acompanhados da posse.

Com o passar dos anos, criou-se um conjunto de normas a fim de ajustar o regime de usucapião, visando corrigir algumas falhas existentes no sistema. Desta forma, não era aplicado o referido instituto aos peregrinos e aos imóveis provinciais, que correspondiam à maior parte das pessoas e do solo no mundo romano.

Esses elementos só foram atingidos pela usucapião em momento posterior, quando uma instituição chamada de “*usucapio*” romana foi criada, chamada de “*praescriptio longis temporis*”, conhecida como prescrição. A diferença da *praescriptio* para a *usucapio* era observada sobretudo na disparidade entre os prazos, ano e biênio para a *usucapio* e dez e vinte anos para a *prasscriptio*, bens móveis e imóveis, respectivamente.

Justiniano, o imperador romano, acabou por unir a *usucapio* com a *praescriptio longis temporis* em um único instituto, passando a abranger a prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva. Ele acreditava que em se tratando de aquisição de propriedade por meio do decurso do tempo, nada mais era senão uma forma de prescrição. Ou seja, era um tipo de defesa processual utilizada pelo estrangeiro que obtivesse a posse por um longo período de tempo, determinada propriedade que originalmente pertencesse a outrem.

Ou seja, nesse sentido é possível obter o entendimento de que, naquela época do direito romano a usucapião se desdobrava de duas formas: a primeira definida pela prescrição aquisitiva, visando obter a propriedade e o título; a segunda definida pela prescrição extintiva, destinada a extinguir todas as ações.

No período pós-clássico, surge uma nova modalidade de aquisição de propriedade conhecida como *longissimi temporis praescriptio* (ALVES, 1983, p. 397), que passava a propriedade a quem por exercesse a posse de boa-fé, sem justo título, por 30 anos, ou por 40 anos se se tratasse de coisa de propriedade do Estado.

Ou seja, levando em consideração a tradição ocidental – nesse caso, especialmente o Brasil, posteriormente - do direito romano pós-clássico, vai por ocasião do Código Civil de 1916 se tornar herdeiro, a usucapião viria a ser tratada em sua essência como forma de aquisição de propriedade móvel ou imóvel, sendo possível ao possuidor de que a adquira de acordo com o tempo fixado na legislação apropriada.

É nesse sentido que são criadas duas classificações para o instituto do usucapião: usucapião ordinária e usucapião extraordinária; aquela decorrente da fusão da *usucapio* com a *longi temporis praescriptio*, que traz a exigência não apenas da posse e justo título, mas também o tempo de 10 anos entre presentes e de 20 anos entre ausentes, além da boa-fé e a esta, resultante da *longissimi temporis praescriptio*, como uma modalidade especial de usucapião, fundada exclusivamente na posse de 30 ou 40 anos conforme a categoria de bens sobre os quais a posse era exercida.

No Código Civil em 1916, adotou-se a teoria dualista, disciplinando a prescrição na Parte Geral e a usucapião, na Parte Especial, no Livro do Direito das Coisas, como modo de aquisição da propriedade. Alguns doutrinadores, entretanto, acreditam que tanto a legislação de 1916 como a de 2002, fora criada sob a ótica do sistema alemão, fundado na tradição romana, onde a usucapião tem vida própria, apresenta contornos que lhe são peculiares e é autônomo.

A Constituição de 1988, no art. 191, incluiu a usucapião rural e para além disso, aumentou a área de ocupação que antes devia ser até 25 hectares - estabelecida na Constituição de 1946 -, para 50 hectares, além da determinação de que o imóvel esteja localizado em área rural, tornando explícita a sua finalidade sociopolítica e especialmente econômica.

Outrossim, é criado junto da usucapião rural a usucapião urbana, estabelecendo assim uma política urbana que regrava: aquele que possuir como sua área urbana de até 250m², por cinco anos de forma ininterrupta e sem qualquer 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.

Em 2001, através da Lei 10.257, conhecida como Estatuto das Cidades, criou-se duas novas modalidades de usucapião: usucapião urbano individual, no art. 9º e a coletiva, no art. 10.

Com a criação da Lei Federal nº. 12.416/2011, que dispunha sobre o programa Minha Casa, Minha Vida, fora introduzido no ordenamento jurídico brasileiro mais uma modalidade de usucapião de propriedade de imóveis. Trata-se da usucapião familiar ou também conhecida como usucapião por abandono de lar, prevista no artigo 1.240-A do Código Civil.

Sobre a usucapião familiar, Gonçalves (2021, p. 268) assinala “trata-se, como mencionado, de nova modalidade de usucapião especial urbana, instituída em favor de pessoas de baixa renda, que não têm imóvel próprio, seja urbano ou rural”.

Outro instituto que merece especial atenção, dada a sua peculiaridade, é o que se encontra no art. 1228, § 4º, do Código Civil. O referido instituto jurídico, a luz de uma análise mais apurada, poderá causar estranheza, ante ao surgimento de robustas indagações, já que há entendimentos doutrinários divergentes a respeito da natureza jurídica do dispositivo supra. Alguns podem interpretar como uma modalidade de desapropriação, outros como uma modalidade peculiar de usucapião, além daqueles que consideram o instituto inaplicável, ante a possível inconstitucionalidade do parágrafo seguinte que o complementa. Estas discussões aparecerão nos capítulos adiantes.

As modalidades de usucapião familiar e usucapião rural coletiva – nomenclatura esta adotada por restritos autores, como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho – causam controvérsias em virtude das consequências práticas de sua aplicação, inclusive quanto à própria nomenclatura.

3 USUCAPIÃO FAMILIAR

A usucapião familiar, chamada também de usucapião por abandono do lar, usucapião conjugal, usucapião pró-família, entre outros, foi criada a partir do advento do Programa “Minha Casa, Minha Vida” do Governo Federal, cuja finalidade era permitir que famílias de baixa renda pudessem adquirir sua casa própria. Atualmente, o programa passou por uma reformulação e passou a ser chamado de Casa Verde e Amarela. O programa facilita o financiamento daquelas pessoas que comprovarem determinados requisitos, como a faixa de renda salarial, que será determinante para os subsídios a serem disponibilizados para a aquisição da moradia própria.

Quando se observa o instituto da usucapião como um todo, percebe-se que se trata de uma forma de prescrição aquisitiva, que é gerada por uma posse dentro de um determinado período de tempo. Nesse sentido há como requisitos comuns ao instituto da usucapião a posse por determinado tempo, a ausência de oposição do proprietário e a intenção do possuidor de ser o proprietário do imóvel. Fábio Ulhoa Coelho entende que:

Em todas as espécies de usucapião, há três elementos comuns à posse: continuidade, inexistência de oposição e a intenção de dono do possuidor. São os elementos que, aliados aos requisitos próprios de cada espécie (subitem 3.1.2), caracterizam a posse que dá ensejo à aquisição do imóvel por usucapião; a chamada posse *ad usucapionem* (COELHO, 2012, p.196).

Interessante observar que a usucapião detém como requisito o *animus domini* que nada mais é senão a vontade de possuir aquele bem como seu. Além de tal figura, há o requisito da não oposição do proprietário à posse daquele que a detém. A não oposição do proprietário aqui, não deve ser entendida como a mera tolerância de permanência. É que nem sempre a tolerância do proprietário de um imóvel à permanência de outra pessoa naquilo que lhe pertence, configura a não oposição.

A usucapião familiar ou por abandono de lar possui como objeto o bem comum entre o casal, aplicando-se somente aos regimes de comunhão de bens, sejam eles parciais ou universais. Enfatiza-se que o legislador proporciona direitos iguais para todos, posto que o escopo da usucapião familiar por abandono de lar é proteger a família conforme estabelece o artigo 226 da Constituição Federal, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Essa modalidade também tenta resolver problemas familiares como rivalidades que decorrem de patrimônios pertencentes à família. Nesse aspecto, nas palavras de Flávio Tartuce, “a nova categoria merece elogios, por tentar resolver inúmeras situações que surgem na

prática”, como o cônjuge que finda o relacionamento deixando o lar. O autor ainda esclarece que

Geralmente o ex-consorte não pretende abrir mão expressamente do bem, por meio da renúncia à propriedade, a nova usucapião acaba sendo 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. Eventualmente, o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar, a fim de demonstrar o impasse relativo ao bem, afastando o cômputo do prazo (TARTUCE, 2011).

De acordo com o Código Civil, em seu artigo 1.240-A, *in verbis*:

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. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

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

O entendimento é de que o cônjuge que permanece no lar conjugal terá direito a usucapir o bem, desde que cumpridos os requisitos previstos em lei, cumulativamente, quais sejam: exercer por 2 (dois) anos a posse direta do bem com exclusividade; além de estar o imóvel localizado em área urbana não excedendo o limite de 250 m²; também ser o imóvel de propriedade daquele que abandona o lar; e, finalmente, não possuir o cônjuge ora abandonado um outro bem imóvel.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2015, p. 465) pontuam que, de acordo com a Lei 12.416/11, tem-se uma nova forma de extinguir a compropriedade diversa daquelas que são costumeiramente praticadas no ordenamento jurídico vigente, em que a metragem máxima do imóvel a ser usucapido não deve ultrapassar os 250m² e que, com o abandono do lar e após o transcurso do biênio, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que continuou no imóvel, poderá pleitear a usucapião da parte do imóvel daquele que abandonou.

Além disso, quem pretende usucapir o bem imóvel não poderá ter manejado ação de usucapião previsto no art. 1.240-A anteriormente. A intenção é a de proteger o domínio do bem imóvel do cônjuge que permanecer no lar conjugal, caso não seja possível conhecer o paradeiro do outro.

José Fernando Simão, em artigo publicado para o Jornal Carta Forense, enfatiza que a posse comum não enseja a aplicação do dispositivo, haja vista que não se admite usucapião de imóvel que não seja de propriedade dos cônjuges ou companheiros e continua:

O imóvel pode pertencer ao casal em condomínio ou comunhão. Se o casal for casado pelo regime da separação total de bens e ambos adquiriram o bem, não há comunhão, mas sim condomínio e o bem poderá ser usucapido. Também, se o marido ou a mulher, companheiro ou companheira, cujo regime seja o da comunhão parcial de bens compra um imóvel após o casamento ou início da união, este bem será comum (comunhão do aqwesto) e poderá ser usucapido por um deles. Ainda, se casados pelo regime da comunhão universal de bens, os bens anteriores e posteriores ao casamento, adquiridos a qualquer título, são considerados comuns e, portanto, podem ser usucapidos nesta nova modalidade. Em suma: havendo comunhão ou simples condomínio entre cônjuges e companheiros a usucapião familiar pode ocorrer (SIMAO, 2020).

A usucapião familiar se aplica tanto em relação ao casamento, quanto em relação à união estável, podendo ser aplicado, ainda, nos casos de união homoafetiva, após recente decisão do Supremo Tribunal Federal em relação às uniões de pessoas do mesmo sexo, bem como previsto no Enunciado 500 da V Jornada de Direito Civil, *in verbis*: “A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.”

É de se notar que a usucapião familiar tem prazo inferior às demais modalidades de usucapião, o que gerou a aprovação de parte da doutrina, como é o caso de Flávio Tartuce, que afirma que “deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo exige e possibilita a tomada de decisões com maior rapidez” (TARTUCE, 2011).

Cabe ressaltar que o prazo de 2 (dois) anos mencionado no artigo da legislação tem que se dar de maneira ininterrupta, como também em outras modalidades de usucapião. Se, por exemplo, por algum motivo, o cônjuge que permanecer no bem imóvel tiver que transferir sua moradia para outro lugar temporariamente, não fará jus ao benefício, pois haveria sua posse sido descontinuada.

Portanto, ao retornar o cônjuge para o lar conjugal, o lapso temporal para que se possa adquirir o bem pela usucapião familiar, assim como em outras modalidades de usucapião, frise-se, deverá ter como termo inicial o dia em que retornou ao imóvel.

O art. 1240-A do Código Civil também menciona, como um dos requisitos para a concessão da usucapião familiar, que o usucapiente dívida a propriedade do bem com seu ex-

cônjuge ou ex-companheiro, ou seja, que sejam coproprietários do imóvel, portanto, a usucapião familiar alcança apenas o bem comum aos cônjuges ou companheiros, não havendo que se falar em usucapião de bem particular de apenas um deles.

Diante do exposto, a posse do imóvel de originalidade do casal pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro que lá ficou habitando, deve ocorrer de forma direta, com exclusividade para sua moradia e de sua família. Caso mãe e filhos abandonados forem residir em casa de avós, por exemplo, e deixarem o imóvel fechado ou alugado não restará configurada a usucapião familiar. Assim, nota-se que a permanência do abandono do imóvel objeto da usucapião deve perdurar, com a decorrente aceitação de todos os encargos materiais relativos ao imóvel.

Outro aspecto que se destaca no art. 1240-A do Código Civil é a menção de que somente será cabível a usucapião familiar sobre imóvel urbano, não contemplando o legislador os imóveis localizados em área rural. Em virtude de seu caráter restritivo, não comporta interpretação extensiva, apesar de não se mostrar razoável a preferência legislativa de preterir situação jurídica idêntica.

Ao se observar as dimensões do país, com muitas áreas rurais, não se parece correto que, mesmo nos casos de abandono de lar, fenômeno também recorrente nessas áreas, seja necessário obedecer aos requisitos do art. 1.239 do Código Civil, notadamente quanto ao prazo mais elevado para a aquisição.

Quanto à competência para o julgamento da usucapião familiar, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não firmou posição em relação ao instituto, tendo em vista se tratar de matéria recente, cabendo destacar um único acórdão, que se posicionou no sentido de que, em se tratando de discussão quanto a direitos reais e não de avaliação de qualquer situação referente ao direito de família, o juízo competente para julgamento da ação é o juízo cível, conforme abaixo transcrito:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. USUCAPIÃO FAMILIAR. 1- Demanda visando aquisição originária da propriedade, matéria a natureza cível, como que se depreende de sua posição topográfica no codex. 2- Art. 1.240-A, inserido no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.424, de 2011, que está albergado no Código Civil no capítulo "Da Aquisição da Propriedade Imóvel, na seção I "Da usucapião". 3- Não obstante a situação fática permeie a análise da posse com exclusividade oriunda de abandono do lar, trata-se apenas da verificação dos requisitos necessários à configuração da usucapião, não da avaliação de qualquer questão atinente ao direito de família.

(TJ-RJ - CC: XXXXX20168190000 RIO DE JANEIRO JACAREPAGUA REGIONAL 5 VARA CIVEL, Relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data

de Julgamento: 05/04/2016, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/04/2016).

Outros autores, bem como decisões proferidas por outros Tribunais, defendem que a usucapião familiar não trata da aquisição de nova moradia ou propriedade, não versa o instituto sobre direitos reais, mas discute-se tão somente a comprovação de que se houve o abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro, concluindo-se, então, que a competência seria atraída para as Varas de Família.

Acompanhando o raciocínio, segue sentença proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DE LAR. RELAÇÃO FAMILIAR PRÉ-EXISTENTE. TUTELA DO DIREITO DE PROPRIEDADE. PROTEÇÃO DO LAR. JUÍZO DE FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA. 1. A usucapião especial urbana por abandono de lar, como todas as espécies de usucapião, visa à declaração de titularidade de um direito real, qual seja, o direito de propriedade sobre determinado imóvel. Todavia, esse direito real decorre de uma relação familiar pré-existente, de modo que a nova modalidade de usucapião visa não apenas à tutela do direito de propriedade, mas, principalmente, a proteção do lar familiar e daqueles que lá residem. 2. O art. 1.240-A, do CC, destina-se à proteção do direito real de habitação do cônjuge ou companheiro supérstite, já presente em nosso ordenamento jurídico, bem como à proteção do lar e da unidade familiar erguida pelo ex-casal durante o período da vida em comum. Daí porque o referido dispositivo elenca requisitos que se inserem no âmbito do direito familiar, o que impõe a análise, por parte do magistrado, das seguintes questões: (i) a existência de uma relação familiar (casamento ou união estável); (ii) o regime de bens que vigorava durante a existência da relação familiar; (iii) a ocorrência de separação de fato; (iv) o abandono do lar por parte de ex-cônjuge ou ex-companheiro; (v) a co-propriedade do imóvel por ambos os ex-cônjuges ou ex-companheiros. 3. Diante de todo o exposto, entendo que o juízo competente para conhecer da ação de usucapião especial urbana por abandono de lar é o que responde pelos feitos da família, dispensando-se, em princípio, a utilização do rito especial. 4. E, tendo em vista que a Lei nº 3.716/79 (Lei de Organização Judiciária do Estado do Piauí), em seu art. 43, inc. II, determina que a 3ª Vara Cível da Comarca de Parnaíba Â- PI possui competência exclusiva para processar e julgar os feitos da família, resta claro que a ela deverá ser redistribuída a presente Ação de Usucapião Especial Urbana por Abandono de Lar. 5. Isto posto, julgo procedente o presente Conflito de Competência, no sentido de que a Ação de Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar (Proc. nº 0003328-81.2011.8.18.0031) seja processada e julgada pela 3ª Vara Cível da Comarca de Parnaíba Â- PI, que possui competência exclusiva para os feitos da família, nos termos do inc. II, do art. 43, da Lei nº 3.716/79.

(TJ-PI - CC: 00001421220128180000 PI 201200010001420, Relator: Des. José Ribamar Oliveira, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/05/2013).

3.1 Críticas Quanto à Constitucionalidade

Alguns estudiosos reportam que a referida modalidade de usucapião familiar seria inconstitucional, tanto pelo aspecto formal, quanto pelo aspecto material.

Inicialmente, constata-se que o instituto foi inserido no ordenamento jurídico pátrio através de lei que tratava do Programa Minha Casa, Minha Vida, Lei n. 12.424/2011. Ou seja, ao Código Civil fora acrescentado o art. 1.240-A, que representava novidade legislativa, através da conversão em lei de uma medida provisória (MP) que regulamenta um programa de governo.

Dessa forma, não foi usada a técnica legislativa apropriada. Como se lê no art. 7º, II, da Lei Complementar 95/1998 “a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”. Acrescente-se que, na aludida MP, originalmente, não estava previsto a inovação trazida pelo referido instituto, até porque não estaria configurada a relevância e urgência temática a ser tratada como tal.

Para ratificar o entendimento de alguns sobre a inconstitucionalidade formal do instituto, trazemo-nos abaixo entendimento de Suzana Brêtas sobre o tema:

Quando a Medida Provisória, ao ser convertida em Lei, sofre inserção de temas variados estranhos ao seu texto primevo, ocorre violação ao processo constitucional legislativo, gerando insegurança, desobediência à garantia da reserva legal e violação da legitimidade democrática que deve revestir qualquer ato estatal, sobretudo o ato legislativo (BRÊTAS, 2018, p. 194).

Do ponto de vista material há alguns pontos a serem observados. Analisando o art. 5º da Constituição Federal, constatamos a garantia à propriedade privada e que a mesma atenderá sua função social, incisos XXII e XXIII, respectivamente. Já o art. 1.240-A do Código Civil, convém lembrar, assim é descrito:

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. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

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

A redação acima transcrita pode apresentar uma violação ao inciso X, do mesmo artigo do texto constitucional, na medida em que a vida privada e a intimidade das pessoas não devem ser violadas. Ora, a saída do lar conjugal não significa abandono do patrimônio imobiliário.

A norma em comento é a resposta do poder público à manutenção da função social da propriedade e do direito constitucional à moradia. Entretanto, peca, quando tenta atingir a meta do Texto Maior infringindo outros direitos constitucionalmente protegidos.

Na Carta Política brasileira, seu art. 182, §2º assinala “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Já seu art. 186:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, critérios e graus de exigências 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.

Não se sustenta a tese de que o art. 1.240-A do Código Civil teria como fim o atendimento da função social da propriedade, já que a própria Constituição norteou o que seria tal característica, conforme os artigos supramencionados.

Além disso, referido artigo do Código Civil nacional não parece se compatibilizar com as restrições à propriedade privada elencadas no próprio código e na Constituição. Segundo Suzana Brêtas:

O conteúdo normativo do artigo 1.240-A não se harmoniza com as restrições de ordem ou interesse públicos elencadas no artigo 186 da Constituição. Ademais, observa-se que as limitações de ordem privada à propriedade estão delineadas no Código Civil, quais sejam, direitos de vizinhança, instituição de direitos reais sobre coisas alheias e imposição de cláusulas, tais como inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade (BRÊTAS, 2018, p. 199).

A usucapião familiar acarreta a perda de propriedade de imóvel residencial de um cônjuge ou companheiro em favor do outro, que permanece no imóvel. Além da garantia da proteção da propriedade já citada, o texto constitucional também confere proteção à moradia, também considerada como fundamental. Entretanto, a propriedade e moradia são diferentes.

O direito à moradia digna foi reconhecido e implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional 26/2000, em seu artigo 6º, *caput*, “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 dessa Constituição”.

Assegurado pela Constituição Federal de 1988, o direito à moradia é uma competência comum da União, dos estados e dos municípios. A eles, conforme aponta o texto constitucional, cabe “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Neste sentido estão as palavras de Ibraim José das Mercês Rocha, citado por Gilberto Silvestre, ao declarar que entende que o desenvolvimento urbano e o direito à moradia são direitos meta individuais, ou seja, difuso, coletivo ou individual homogêneo:

Evidente que facilitar ou diminuir a possibilidade de legitimidade extraordinária está no âmbito de discricionariedade do legislador, mas considerando a natureza desses interesses, notadamente sociais, bem como o flagrante interesse que teria a administração pública em ajuizar este tipo de ação, em áreas de ocupação consolidada, retirando-lhe o pesado ônus de eventualmente se ver obrigada a desapropriar áreas para regularização de assentamentos urbanos, ou difusão de instrumentos e equipamentos sociais, poderia o legislador ter desferido um espectro de legitimidade mais ampla, legitimando antes da administração pública e o Ministério Público”. (ROCHA *apud* SILVESTRE, 2019)

O Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257/2001, por sua vez, também dispõe sobre a política urbana direcionada ao saneamento ambiental:

Artigo 2.º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações [...].

A proteção à moradia é garantida, na maioria das vezes, por leis e políticas que favoreçam o acesso do povo a um teto, dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que objetiva a moradia e existência dignas, o que não significa em perda de propriedade de outrem.

A responsabilidade da concretização do direito fundamental e social à moradia é do Poder Público brasileiro. Com a inserção do Art. 1.240-A no Código Civil, transparece que o Estado transfere aos particulares parte dessa responsabilidade.

A legislação brasileira apresenta diversos institutos para o caso da proteção da moradia, sem, no entanto, que se viole o direito de propriedade de outrem, tais como: direito à habitação, direito ao uso, usufruto, comodato.

Outro ponto de difícil harmonização é a análise da usucapião familiar considerando-se a vedação da prescrição entre cônjuges, conforme preconiza o art. 197, I, do Código Civil. A doutrina majoritária considera a usucapião como uma forma de prescrição aquisitiva. O

cônjuge ou companheiro que abandona o lar dá ao outro que permaneceu no imóvel autorização tácita para o início da contagem do prazo bienal dessa modalidade de usucapião. Ora, o simples afastamento não significa o divórcio, e isso nem é exigência do instituto. Ainda que o significasse, o direito de família existe para dirimir questões patrimoniais decorrentes do fim do matrimônio.

3.2 Prazo Exíguo

Uma das principais críticas que se fazem ao instituto da Usucapião Especial Urbana por Abandono de Lar é, sem dúvidas, seu prazo extremamente curto. Nas palavras de Helena Orselli:

O prazo previsto no art. 1.240-A DO Código Civil, de dois anos de posse exclusiva e ininterrupta, é extremamente curto e não se presta a caracterizar ‘uma situação que se prolonga no tempo’, a ‘posse duradoura’ ou a ‘ocupação prolongada’, elemento caracterizador da usucapião” (OSSELLI *apud* BRÊTAS, 2018, p. 221).

Outro ponto de atenção é que aparentemente uma pessoa separada de fato tem mais direito em relação às outras pessoas em outras modalidades, pois o prazo para usucapir o imóvel urbano em situação normal é de cinco anos.

Quanto à modalidade em questão, constata-se, de fato, uma boa vontade do legislador ao prever prazo tão curto. Inclusive, a usucapião conjugal tem o menor prazo do gênero, até em relação à bens móveis, cujo lapso temporal é de 3 (três) anos, conforme art. 1.260, do Código Civil.

A título de comparação, na legislação italiana, o prazo mínimo para aquisição de imóvel por usucapião é de cinco anos. O Código Civil português também confere em cinco anos o prazo mínimo para o referido instituto. Na França, a prescrição aquisitiva ocorre com prazo mínimo de dez anos. O Uruguai, também apresenta menor prazo em dez anos. Todas essas informações foram extraídas dos respectivos códigos civis dos países. Como a legislação brasileira sofreu influência de outras, como da francesa e portuguesa, era de se esperar uma maior similaridade de prazos em um mesmo instituto, como a usucapião.

3.3 Rediscussão da Culpa e a Emenda Constitucional 66/2010

Neste momento, faz-se mister uma análise da expressão “abandono do lar” e se esta se confunde com o elemento “culpa”, levando em conta que este último elemento foi banido do nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 66/2010, segundo entendimento majoritário.

Uma das principais críticas que se faz a esta nova modalidade de usucapião é exatamente quanto ao possível retorno do elemento “culpa”, ao mencionar o abandono do lar conjugal como requisito, que denotaria um “abandono culposo”, e que, por isso, estaria o art. 1.240-A do Código Civil eivado de inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 extinguiu, em tese, a figura da separação judicial do ordenamento jurídico, não devendo mais, a partir de então, se discutir a culpa pela dissolução do vínculo conjugal, tendo como efeito imediato o fato de que o divórcio passou a ser requerido de forma direta, revogando-se tacitamente os artigos 1.566 e 1.572 do Código Civil.

Por outro lado, outros doutrinadores insistem na tese de que a separação judicial persiste, uma vez que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não foi clara ao deixar de mencionar a revogação dos artigos que tratam do assunto no Código Civil, o que pode ser entendido como a vontade consciente e livre dos interessados a escolha de se separarem e, após decorrido o prazo legal, converter a separação judicial em divórcio, se assim o quiserem, ou, ao contrário, restabelecerem a sociedade conjugal em caso de dissipação das causas da separação.

Alguns autores entendem que basta o abandono puro e simples para que fique configurado o direito de se obter a usucapião na modalidade ora estudada, dentre eles, Luciano de Camargo Penteado: “De acordo com nosso entendimento, tal abandono não depende de formalidades, bastando prova de que não se trata mais do domicílio do ex-cônjuge ou ex-companheiro de forma cabal”, embora frise-se que essa linha de pensamento seja a minoritária perante o ordenamento jurídico. Neste sentido tem sido o entendimento do STJ, como exemplo o REsp 466329 (2004/0166475-2) de relatoria do Ministro Barros Monteiro:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE. – A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem

evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. – Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem consequências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.

A corrente majoritária entende que o abandono do lar mencionado no art. 1.240-A deve se dar de maneira não apenas física, mas concomitantemente com o abandono material.

A V Jornada de direito Civil demonstrou essa mesma preocupação ao descrever a necessidade de se observar com cautela a expressão abandono do lar, visto que sua contextualização deveria levar em consideração também um abandono não só físico como afetivo e até mesmo econômico, pois na entidade familiar deve se entender que tais obrigações são comuns ao casal, portanto a expressão abandono de lar é muito mais ampla do que um afastamento físico do indivíduo. Retornar tal discussão poderia revelar um retrocesso, uma vez que o atual Direito de Família vem buscando uma família democrática pautada no livre desenvolvimento da personalidade de seus componentes.

Neste sentido, segue o Enunciado 499 da V Jornada de Direito Civil:

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

Entretanto, buscando eliminar de vez qualquer possibilidade de se imputar a “culpa” para fins de usucapião familiar, o Enunciado 595 da VII Jornada de Direito Civil, sedimentou o entendimento de que não há que se falar neste elemento.

O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Revogado o Enunciado 499.

Aqui cabe ressaltar que se o cônjuge que abandonou o lar o fez em razão de ter sofrido violência física, moral, psicológica, sexual ou quaisquer das previstas na Lei 11.343/2006, não poderá, por medida de justiça, sofrer as consequências advindas da usucapião familiar.

Por fim, apesar dos diversos pontos de conflito e do esforço minoritário em sentido contrário, o instituto da usucapião familiar foi considerado constitucional, e que visa dar

segurança jurídica ao cônjuge que permaneceu no lar, em regra arcando com todos os custos da moradia e criação dos filhos, sem qualquer tipo de assistência material ou afetiva do cônjuge que abandonou o lar de forma injustificada e voluntária, dando ênfase que estaria sendo violado o princípio da solidariedade familiar. Por outro lado, há doutrinadores que refutam a usucapião familiar por defenderem que ela gerou mais conflitos.

3.4 Considerações Adicionais

A modalidade da usucapião conjugal merece reflexão quanto a possíveis repercussões no direito de família. Caso o imóvel em questão, que pertença ao casal em condomínio ou em comunhão, tenha sido adquirido na vigência do relacionamento e o casamento tenha sido formalizado em comunhão parcial de bens ou união estável, sem contrato que estabeleça regime contrário, existirá comunhão, logo, possibilidade de usucapião familiar.

Sobre o tema em debate já decidiu a Corte Estadual do Rio Grande do Sul:

DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DE BENS. USUCAPIÃO FAMILIAR. 1. Sendo o casamento regido pelo regime da comunhão parcial, todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida conjugal se comunicam e devem ser partilhados de forma igualitária, independentemente de qual tenha sido a contribuição individual de cada cônjuge para a consecução do resultado patrimonial, pois se presume que a aquisição seja produto do esforço comum do par. inteligência dos art. 1.658 a 1.660 do CCB. 2. Considerando que o imóvel onde a ré permaneceu residindo após a separação fática do casal pertence exclusivamente ao autor, inviável o reconhecimento da usucapião familiar, que pressupõe a propriedade comum do bem. Inteligência do art. 1.240-A do Código Civil. 3. Se o imóvel pertence ao varão, também se mostra inviável a sua partilha. Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 70063635593, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015).

Recorta-se o seguinte precedente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo sobre o tema:

PARTILHA BENS. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. ÚNICO IMÓVEL A SER PARTILHADO, ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. Separação judicial das partes em 1991 com a determinação, em sentença proferida nos autos, de que o requerente se afastasse do imóvel. Ré que alega prescrição aquisitiva sobre o imóvel comum, pois o mesmo fora abandonado pelo autor por quase 20 anos. Alega, ainda, a ré desídia do requerente em relação à propriedade, pois o mesmo deixou de pleitear a partilha do bem no prazo determinado na r. sentença proferida nos autos da ação de separação judicial das partes. Ausência de abandono do imóvel, diante da desocupação forçada. Requerente que mantinha a posse indireta sobre o imóvel, pois se afastara do mesmo apenas por determinação judicial. Demora no ajuizamento da partilha não serve para conferir à requerida o domínio da meação do requerente, pois se trata de direito potestativo, não que pode ser exercido a qualquer tempo. (Apelação Cível n. 0017926-68.2011.8.26.0564, Sexta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paul. Rel. Des. Francisco Loureiro, DJ 26.07.2012).

Ademais, merece análise se a usucapião familiar se constitui em aquisição originária ou derivada de propriedade. É ponto pacífico que aquisição da propriedade por meio da usucapião se dá de forma originária, já que rompe qualquer vínculo jurídico com o antigo titular da propriedade, enquanto na aquisição derivada, mantém-se este vínculo, que é a causa de transferência de propriedade. Silvio de Salvo Venosa assevera:

O usucapião deve ser considerado modalidade originária de aquisição, porque o usucapiente constitui direito à parte, independente de qualquer relação jurídica com o anterior proprietário. Irrelevante ademais houvesse ou não existido anteriormente proprietário (Extraído do Portal Âmbito Jurídico: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/usucapiao-de-patentes/>> Data de acesso: 13nov.2022).

Entretanto, de forma minoritária, há os que defendem ser a aquisição de modo derivado, como o doutrinador Luciano de Camargo Penteado:

[...] nos modos de aquisição derivados, existe uma vinculação causal, no ato da transferência, que faz com que a situação jurídica se suceda sem alteração qualquer que não seja a subjetiva. Deste modo, de um lado ocorre uma espécie de alienação, na que o titular anterior transfere a posição jurídica para o novo titular, fazendo com que no ato de transferência sejam preservadas suas características e que também se possa falar de uma autêntica transferência, ou seja, de um ato causal segundo o qual se orienta o egresso e o ingresso da situação jurídica no patrimônio dos envolvidos.” (PENTEADO, 2008, p.259).

O correto entendimento sobre estas questões pressupõe que o operador considere o forte aspecto social que está por trás da Lei nº 12.424/2011. Inegável que a intenção do legislador foi proteger principalmente a mulher pobre e abandonada pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, daí o prazo prescricional tão pequeno. Este tipo de abandono é aquele em que o homem “voluntariamente” some, desaparece; ou seja, se ele fica por perto (tem residência conhecida), mantém contato com a mulher e/ou com os filhos, ainda que de forma esporádica, não se caracteriza o abandono previsto pela norma legal, mesmo que ele não pague pensão alimentícia, que a mulher pode sempre cobrar pelos meios legais, através de uma ação de alimentos.

Não se pode confundir a inércia e a ausência do homem com o abandono do lar; ou seja, o simples não ajuizamento, conforme o caso, de ação de divórcio, de dissolução de união estável, de partilha de bens ou até o não ajuizamento de ação de arbitramento de aluguel, não faz pressupor que o homem “abandonou o lar” para efeito de caracterizar a usucapião familiar.

Outra questão que cabe frisar é que a legislação traz a exigência de que o casal seja um tipo de proprietário do bem. Em razão do texto do artigo ser expresso quanto a este requisito, alguns juízes indeferem o pedido ao constatar que o casal tinha apenas a posse do bem. Este formalismo acaba por ser extremamente restritivo, visto que a grande maioria dos casais pobres só possuem compromissos de compra e venda firmado por terceiros, que não os proprietários, ou são titulares de contrato de financiamento bancários. Sabendo que o legislador quis favorecer a mulher pobre abandonada, a questão não deve se limitar aos casos em que o casal é formalmente proprietário do bem, mas deve, ao nosso ver, alcançar os casos em que o casal seja titular de “direitos possessórios” sobre certo bem imóvel, a fim de possibilitar que no futuro a interessada possa exercer, com exclusividade, os direitos sobre o bem.

A usucapião familiar pode ser reconhecida por meio de ação própria ou ainda no bojo de ação de divórcio ou de dissolução de união estável (no item que trata da partilha do bem, pede-se sua adjudicação ao interessado); pode, ainda, ser alegado como defesa em qualquer outra ação que o ex-cônjuge ajuíze buscando a partilha do bem ou cobrança de aluguel, desde que, é claro, tenha ocorrido a prescrição aquisitiva e estejam presentes os demais requisitos legais.

Quanto à partilha de bens, cabe trazer à tona, que na cessação do regime matrimonial os bens e dívidas adquiridos e contraídos por um dos cônjuges após a separação fática não se comunicam um com o outro.

Sobre o tema, versa a jurisprudência:

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. (Apelação Cível n. 2008.023470-8, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de São João Batista, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Henry Petry Júnior. DJ 26.10.2010).

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 comunhão (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. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 234708 SC 2008.023470-8, de São João Batista. Relator: Henry Petry Junior, DJ 11/11/2010, Terceira Câmara de Direito Civil.).

A fim de evitar que o referido instituto incida na situação fática, o cônjuge que decida sair do lar pode adotar algumas providências: ação cautelar de separação de corpos, cuja intenção futura de divórcio restará demonstrada; prestações positivas que caracterizam a manutenção do princípio da solidariedade familiar, como a prestação de alimentos; demonstrar que estava discutindo com o ex-cônjuge ou ex-companheiro sobre a destinação do imóvel. Situações como essa causam a interrupção do prazo prescricional ou demonstram oposição à posse do imóvel.

Por fim, segue o comentário de Marcos Aurélio Bezerra de Melo (2022, p. 136), “No mais, resta-nos aguardar que a jurisprudência seja rigorosa na configuração dessa modalidade de usucapião a fim de que a ideia central de justiça social não se converta em flagrante injustiça concreta e individual”.

4 A PROBLEMÁTICA DO ARTIGO 1228, §§4º E 5º DO CÓDIGO CIVIL

4.1 Da inexatidão da redação

Para que se analise com a devida profundidade o art. 1.228, §§4º e 5º do Código Civil, faz-se mister sua transcrição para posterior explicação.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em **extensa área**, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de **considerável número de pessoas**, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

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

Inicialmente, deve-se analisar que o comando do caput do artigo supramencionado caracteriza o direito de propriedade, destacando que aquele que detém o domínio em relação a determinado bem poderá utilizá-lo de maneira ampla, sem esquecer, contudo, do comando constitucional de dar função social à propriedade, tema já estudado no início do presente trabalho.

Passar-se-á a analisar os artigos 4º e 5º e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a imensa dificuldade em caracterizar sua natureza jurídica.

Preliminarmente, constata-se que o legislador utilizou diversos conceitos abertos, o que significa que se deve interpretar esses requisitos de forma sistemática, cujo resultado se harmonize com o texto constitucional e demais textos do arcabouço legislativo brasileiro. Em “extensa área” e “considerável número de pessoas” verificam-se termos que não fornecem informações que possibilitem a aplicação e eficácia da norma. São expressões de cunho claramente subjetivos, já que apresentam algum grau de dificuldade para o estabelecimento de seus limites.

Em um esforço interpretativo, por extensa área, tomando por base o texto constitucional e o próprio código civil – sobretudo em direito das coisas na usucapião especial urbana e rural – interpreta-se que a área deve ser maior que 250m² ou maior que 50 hectares, se rural, já que, para essas áreas citadas já existe previsão legislativa na matéria de usucapião.

Continuando o esforço hermenêutico e utilizando-se conceitos da Lei nº 4.132/1962 que trata da desapropriação por interesse social, em seu art. 2º, IV, pode-se inferir considerável número de pessoas deve ser aferido conforme densidade populacional por metro quadrado. A lei supra considera núcleos residenciais com mais de 10 (dez) famílias para que se cumpra o requisito de interesse social.

Ora, na legislação que trata da prescrição aquisitiva já existe previsão de modalidades de usucapião especial cujos requisitos gerais são iguais em relação a posse ininterrupta, tempo de 5 (cinco) anos, boa-fé. No que concerne à função social da propriedade, estaria presente quando da necessidade de se ter obras de interesse social ou econômico relevante, seja de forma isolada ou em conjunto.

Nesse contexto, estaríamos diante de uma nova modalidade de usucapião. Entretanto, o §5º traz um requisito que foge da regra geral deste instituto: indenização devida ao proprietário. Parece-nos, uma modalidade *sui generis* de prescrição aquisitiva que, agregando os demais requisitos do comando normativo – extensa área, considerável número de pessoas – o instituto encaixar-se-ia como uma usucapião rural coletiva, como defendem os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2020, p. 185), que o descrevem como “um dos dispositivos mais controvertidos do Código Civil Brasileiro”.

A previsão de pagamento de indenização, porém, traz ao instituto incertezas de cunho conceituais que, a priori, não nos deixam caracterizá-lo como modalidade nova de usucapião. A usucapião, como se sabe, não é onerosa. Esta característica faz aproximar o art. 1.228 §§4º e 5º do Código Civil com o instituto de direito administrativo Desapropriação.

3.2 Desapropriação, Usucapião ou Instituto Autônomo

Considerando a doutrina administrativista mais tradicional, pelas palavras do professor Helly Lopes Meireles:

Desapropriação ou Expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4º, III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, em caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF, art. 184) (MEIRELES, 2015, p. 728-729).

Analisando-se o conceito de desapropriação, amolda-se para o caso ora em estudo na medida em que se trata de um perdimento de bens de particular e este é precedido de pagamento de indenização. Entretanto, as demais características da desapropriação não se correlacionam com os parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil.

Outra explicação para definir a natureza jurídica do instituto controvertido do Código Civil seria a teoria de contradição processual. Tal hipótese defende que o instituto, ao contrário do que aparentemente se vislumbra, não seria uma forma originária de perda, pela via judicial, da propriedade, mas sim o exercício de um contradireito, pela via processual, para a produção de efeitos na relação jurídica de direito material. Essa hipótese é defendida pelo exponencial Fredie Didier Júnior e pelo falecido saudoso Ministro Teori Zavascki:

Todavia, comparações à parte, o que o novo instituto faculta ao juiz não é desapropriar o bem, mas sim converter a prestação devida pelos réus, que de específica (de restituir a coisa vindicada) passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro). Nosso sistema processual prevê várias hipóteses dessa natureza, notadamente em se tratando de obrigações de fazer e de obrigações de entregar a coisa. É de se mencionar, pela similitude com a situação em exame, o caso em que há apossamento de bem particular pelo poder público, sem o devido processo legal de desapropriação (desapropriação nula). Também, nesse caso, nega-se ao proprietário a faculdade de reivindicá-lo – seja por ação reivindicatória, seja por interditos possessórios – convertendo-se a prestação em perdas e danos. É o que estabelece a Lei das Desapropriações (Decreto-lei 3.365, de 21.06.1941), art. 35: ‘Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos’. No mesmo sentido: Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30.11.1964), art. 23 e a Lei Complementar 76, de 06.07.1993, art.21, tratando da desapropriação para fins de reforma agrária. No caso da denominada ‘desapropriação judicial’, ora em comento, a situação fática valorizada no projeto é também a incorporação do imóvel a uma função social, representada pelas obras e serviços relevantes nele implantados. Solução em tudo semelhante, atribuindo ao juiz a possibilidade de converter prestação específica em alternativa – e cuja constitucionalidade não é posta em questão – é dada pelo novo Código no parágrafo único do art. 1,255, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. Nesses casos, diz o dispositivo, ‘se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo, mediante indenização fixada judicialmente, se não houver acordo’. Como se vê, é situação assemelhada à do referido § 4º: lá como aqui, converte-se a prestação específica de restituir a coisa em prestação alternativa de repô-la em dinheiro (ZAVASCKI, 2002, p. 853-854).

Anderson Schreiber (2019, p. 745) entende, porém, que nenhuma das propostas é tecnicamente perfeita. Para ele, o instituto não é espécie de usucapião, nem desapropriação, mas “uma nova hipótese de defesa contra a reivindicação do bem imóvel.”

Apenas nestas breves linhas verificam-se variadas hipóteses que tentam justificar a controvertida natureza jurídica do instituto que foi inserido na legislação brasileira por meio do Código Civil.

Percebe-se que há bastante divergência no que se refere à classificação dos citados parágrafos entre a doutrina. Uma corrente caracteriza-o como usucapião, outros são adeptos de que seria uma modalidade de desapropriação privada, há quem entenda como desapropriação judicial, contradireito processual, enquanto outra parte da doutrina entende o instituto do art. 1.228 §§ 4º e 5º como completamente novo, que merecia uma autonomia conceitual.

Rodrigo Leite, em interessante artigo intitulado Art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil: usucapião, desapropriação privada ou desapropriação judicial? expõe diversas opiniões de variados autores, como Rafael Maffini, o qual diz que “já é possível concluir que o instituto [...] não pode ser considerado uma espécie de desapropriação, por falta de qualificação constitucional e por ter características bastante diversas da desapropriação”.

Leite, ao contrário de respeitáveis autores como Stolze, Pamplona Filho, Eduardo Cambi e Teori Zavascki que defendem o instituto como tipo de usucapião, filia-se a teve da maioria dos autores, como sendo a citada hipótese uma desapropriação, crendo ser mais adequado falar em desapropriação judicial.

Respeitada doutrinadora do direito brasileiro, Maria Helena Diniz diz o que pensa sobre o instituto, discordando sobre a tese de usucapião:

Há quem ache que, pelos requisitos exigidos pela lei (posse ininterrupta e de boa-fé por mais de 5 anos), seria uma ‘usucapião onerosa’, pois os ‘possuidores-ucupiantes’ ficariam sujeitos ao pagamento de um *quantum* indenizatório ou que haveria uma conversão da prestação de restituir a coisa na de indenizar pecuniariamente, similar à hipótese do parágrafo único do art. 1.255. No entanto, o *desideratum* do novel Código Civil parece ter sido a configuração de uma *desapropriação judicial* pela posse qualificada, pois, ante a colisão do direito de propriedade com o princípio da função social da propriedade, privilegiou o segundo.” (DINIZ, 2020, p. 239).

E nessa seara, outra dúvida vem à tona: quem seria o responsável pelo pagamento de indenização ao proprietário? De fato, pagamento de indenização não faz parte do instituto da usucapião, mas sim da desapropriação.

Ainda considerando o pensamento de Maria Helena Diniz (2020), essa é uma “hipótese em que se dá ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos”. Complementando, a sentença de uma ação de usucapião tem caráter meramente declaratório, ao passo que a citada hipótese só terá eficácia translativa de domínio após o pagamento de indenização, portanto a sentença apresenta caráter constitutivo.

Estudando inicialmente a diferença entre a usucapião e a desapropriação, parece mais convincente dizer que no sentido conceitual literal, o instituto mais se adequaria a usucapião, tendo em vista que, por se tratar de caso de aquisição da propriedade por quem exercer posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos.

Porém também é justo dizer que se assemelha a desapropriação, por se exigir a realização de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, bem como por se fixar a justa indenização devida ao proprietário.

A usucapião se caracteriza por ser uma modalidade de aquisição de propriedade para quem cumpre os requisitos legais, quais sejam: posse mansa ou pacífica, presença de 5 (cinco) anos ininterruptos e sem a contestação do proprietário.

Já a desapropriação é a transferência compulsória da propriedade para o poder público com fundamento em utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Ou seja, ao se analisar de forma minuciosa o instituto do art. 1.228 §4º e 5º constata-se que o mesmo é uma mistura dos dois institutos em um, restando a lacuna deixada pelo próprio legislador sobre a natureza jurídica.

A desapropriação não envolve conflito entre proprietário e possuidor. Isto porque em nada se vincula com a posse. O fundamento principal da desapropriação está no interesse público sobre o bem, razão pela qual o proprietário perde a propriedade para o poder público, não havendo adquirente terceiro envolvido.

Flávio Tartuce (2020, p. 884) defende que não há dúvidas de que o instituto previsto no art. 1.228, §§ 4º e 5º constitui uma modalidade de desapropriação e não de usucapião, “isso porque o § 5º do art. 1.228 do CC/2002 determina o pagamento de uma ‘justa indenização’, não admitindo o nosso sistema a usucapião onerosa.”

Segundo Tartuce, o art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil consagra a terminologia “desapropriação judicial privada por posse-trabalho, que deve ser considerada a melhor a ser empregada, pois de uso pelo criador do instituto”. A jurista Hayanna Bussoletti Neves concorda e também entende ser uma desapropriação judicial privada.

Nelson Rosenthal e Felipe Braga Netto (2020, p. 1167) denominam de “desapropriação judicial indireta”. Christiano Cassettari (2019, p. 466) concorda e reflete que

“em face da possibilidade atribuída por lei ao Judiciário de desapropriação, entendo que o referido instituto deve ser chamado de desapropriação judicial.”

Os doutrinadores Néelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, citando Miguel Reale, declaram sobre a natureza jurídica deste instituto, identificando-o na verdade como uma "desapropriação judicial", nos seguintes termos:

A norma cria a desapropriação judicial, considerada uma inovação ‘do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho’ (Miguel Reale, Exposição de motivos ao Ministro da Justiça, Diário do Congresso Nacional, Seção I, suplemento B ao n. 061, 13.6.1975 n. 27 c, p. 121).

Tradicional autor do Direito Administrativo, Hely Lopes Meireles (2015, p. 727), defende que a desapropriação é um ato de intervenção do Estado na propriedade, que caracteriza uma das formas mais drásticas de manifestação do poder de império estatal, cujo poder é de natureza exclusiva do Estado.

Destarte, verifica-se que a reivindicação de propriedade retratada no § 4º do art. 1.228 se dá pela coletividade de possuidores. São eles os reivindicantes. Entende-se que o “considerável número de pessoas” deve compor o polo ativo da relação jurídico-processual. Criou, assim, o legislador uma forma de litisconsórcio ativo unitário e necessário. E a desapropriação, por ser um instituto de Direito Administrativo, não pode ser transfigurada a ponto de possibilitar a legitimação ativa de particulares na relação jurídica material subjacente.

Ademais, a rigor, não se poderia confundir o instituto com algum tipo de desapropriação, pois o registro da propriedade se dá em favor de particulares. Assim, falta-lhe a característica mais singela da desapropriação que é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus agentes delegados.

Para tentar contornar as críticas em relação à classificação como desapropriação, Fernanda Marinela (2020, p. 919) dissocia o clássico instituto para o novo instituído:

O novo Código criou instituto da expropriação cuja iniciativa cabe aos particulares, contrariando o instituto clássica da desapropriação como forma de expropriação processada pelo Estado. [...] Esse instituto, apesar de representar interesse coletivo, é regido pelo direito privado e não se identifica com a desapropriação clássica, instituto de direito público, que estamos estudando, como também não pode ser confundido com a usucapião, pois este é gratuito.

Este instituto, seguindo o pensamento dos doutrinadores acima, não é uma usucapião por se materializar num perdimento do bem e ser oneroso, tal como nas desapropriações. O que a aproximaria com a usucapião seria a exigência do lapso temporal de 5 (cinco anos) e a delimitação de área. Todavia, como dito, por estar listado nos parágrafos que indicam restrições à propriedade, o instituto aproxima-se a uma forma de desapropriação.

A denominação que parece ser a mais adequada para o instituto seria desapropriação judicial, pois é um tipo de desapropriação por implicar na perda da coisa, além de o juiz ter que fixar a justa indenização devida ao proprietário (§ 5º).

Analisando-se o instituto ora em comento com o Estatuto da Cidade, por um lado, o legislador, ao editar a Lei 10.257/01, lançou mão de modo já instituído de privação da propriedade privada, introduzindo, assim, a figura da usucapião especial urbana, por outro, no §§ 4º e 5º do notável art. 1.228 do Código Civil, parece criar instituto inédito, aproveitando-se, para tanto, de traços comuns à usucapião, mas também de outros mais ligados à ideia de desapropriação.

Percebe-se que, quanto à natureza do instituto, estamos longe de um consenso. A dúvida que permeia o Direito das Coisas, ao deparar-se com esses dois parágrafos permanece: afinal, aqui tem-se um novo caso de usucapião na modalidade rural coletiva – como defendem outros autores como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho – ou uma desapropriação judicial? Ou ainda, surge um novo tipo de modalidade de aquisição de propriedade na qual o legislador deixou uma lacuna ao não especificar a sua natureza jurídica? Esse instituto é constitucional?

O Enunciado 82 da I Jornadas de Direito Civil traz em seu texto que “é constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”.

A função social da propriedade está prevista no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, em que define a propriedade sendo como um direito desde que cumpra sua finalidade social. Então, se a propriedade não cumpre sua finalidade social poderá ser objeto de expropriação, caso esteja desocupada e/ou abandonada e seu proprietário permite que outras pessoas invadam e tomem posse do imóvel.

Para o doutrinador Francisco Eduardo Loureiro (2016, p. 1136) “não há, na verdade, desapropriação, nem indenização a ser paga pelo Poder Público”. Isto porque, segundo o autor,

não se cumprem os requisitos da desapropriação, que na verdade é um tipo de transferência compulsória da propriedade ao Poder Público, mediante indenização.

Ainda sobre o ponto de vista conceitual, a hipótese criada pelos §§ 4º e 5º do art. 1.228, tem sido chamada por alguns autores de usucapião social indenizada, como defende Elpídio Donizetti no Curso Didático de Direito Civil. O autor esclarece que:

Pode-se objetar que não se trata propriamente de usucapião, vez que não se exige posse incontestada, que há indenização, e que a lei menciona o registro da sentença. Por outro lado, também não há tecnicamente nem alienação, nem desapropriação. Estamos convictos de que o instituto se aproxima mais da usucapião do que de qualquer outro, razão pela qual cuidamos dele como usucapião social indenizada. Isso porque a usucapião é, por definição, modalidade de aquisição da propriedade pela posse prolongada (DONIZETTI, 2016, p. 827).

As regras esculpidas nesses parágrafos são agravadas pela letra do art. 10 e seus parágrafos da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, conhecida como o Estatuto da Cidade, uma vez que nela é permitido a usucapião especial de imóvel urbano, que é exercida em área maior de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), considerando área maior do que essa ‘extensa área’. Prevê também que a população que a ocupa forme, mediante o requerimento da usucapião, um condomínio tradicional; e mais, não dá ao proprietário o direito à indenização.

Uma solução para o suposto “defeito” legislativo em relação aos citados parágrafos Código Civil e ao art. 10 e seus parágrafos da Lei nº 10.527/2001, seria sua modificação por um projeto de lei específico dando nova redação à norma, esclarecendo-a, evitando-se, assim, que o Judiciário seja obrigado, por intermédio de inúmeras ações que haverão de surgir, resolver a má redação legislativa.

De toda forma, instituto ainda não encontrou consenso quanto à natureza jurídica para que aja uma denominação adequada e um tratamento mais harmonioso por parte da doutrina.

Carlos Alberto Dabus Maluf, afirma que ambos os comandos normativos são ofensores ao direito de propriedade esculpido na Magna Carta. Vale conferir as suas razões expostas na obra de Washington de Barros Monteiro:

As regras contidas nos §§ 4º e 5º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiam sobre a gleba (MALUF *apud* MONTEIRO, 2003, p. 86).

Outra observação sobre o §§4º e 5º do art. 1.228 é a de que o dispositivo não traz nenhuma alusão a pessoas consideradas de baixa renda, o que traz mais algumas inconsistências

sobretudo quando se compara o controvertido instituto com a modalidade de usucapião especial coletiva prevista no Estatuto da Cidade.

Apesar da legislação trazer uma forma que favoreça a usucapião, existem diversas dificuldades interpretativas, além de possibilidades de fraudes à legislação como forma de obter vantagens econômicas.

Pode-se dizer, assim, que se trata de instituto novo, ou forma inédita de privação da propriedade. No entanto, por mais que não se possa equipará-lo, com precisão, a qualquer das formas pré-existentes de aquisição da propriedade privada, deve-se procurar, sempre que possível, aproximá-lo dos institutos já presentes em nosso ordenamento e que com ele guardem intimidade.

Isso porque, como em diversas outras partes da Lei 10.406/02, também aqui reservou o legislador enorme espaço para atuação do Magistrado na resolução dos litígios que venham a surgir por ocasião da ocorrência da hipótese do art. 1228, §§ 4º e 5º. Reforça esse pensamento a utilização de diversas expressões e cláusulas absolutamente abertas e de baixa densidade normativa na redação do artigo mencionado.

A corrente que defende ser o referido instituto nova modalidade de desapropriação, com a devida vênia, não nos parece a mais assertiva. Quando se analisa as características do citado instituto de direito público e tenta-se intitular o art. 1228, §§ 4º e 5º como tal, opera-se um exagero interpretativo, vez que as normas base da desapropriação estão muito distantes, seja da iniciativa que deve ser do Poder Público e não do particular, seja da incompetência do Poder Judiciário para definir o que seria utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, ou até mesmo o destinatário final que seria o particular. Apenas a exigência de indenização aproxima o instituto da desapropriação.

Por outro lado, a hipótese da usucapião apenas é afastada pelo fato da existência do § 5º, cuja indenização é prevista. As demais características aproximam o instituto de uma modalidade de usucapião. Pelo fato de já existir uma usucapião especial urbana coletiva, poder-se-ia inferir que o instituto ora em comento trata-se de uma usucapião especial rural coletiva, como defende Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, já que não haveria justificativa para uma preferência legislativa apenas pelo ambiente urbano na modalidade coletiva, sobretudo tendo o país uma dimensão continental em que muitas famílias ainda residem em área rural e dão função social à terra.

Por isso é que será de grande utilidade a associação dessa nova modalidade de privação da propriedade a institutos já consagrados e de trânsito frequente em nos nossos Tribunais, de modo a torná-la mais operacional e, portanto, efetiva, principalmente no que tange aos seus aspectos materiais e processuais.

Como dito acima, a usucapião de que cuida o Estatuto da Cidade tem por objeto apenas as áreas urbanas. Já o instituto do Código Civil parece abranger terrenos tanto urbanos quanto rurais, haja vista a ausência de restrição legal para tanto. A primeira pressupõe que a área seja maior que 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), enquanto o segundo usa o conceito vago de “extensa área”. Quis o legislador delegar à doutrina e à jurisprudência, sobretudo, a incumbência de definição do que significa uma extensa área, conceito este que deve se adaptar a centros populosos ou áreas rurais interioranas.

Um elemento central que poderia facilitar a classificação desta modalidade, objeto deste capítulo da monografia, seria uma emenda legislativa que suprimisse o §5º do art. 1.228 do Código Civil e sua exigência de compensação financeira para consumação do perdimento do bem. Dessa forma, o instituto se colaria no conceito de usucapião e, devido às características adicionais, consagraria o conceito defendido por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, de usucapião rural coletiva.

Diante da incomum elasticidade dos elementos normativos veiculados nos §§ 4º e 5º do notável art. 1.228, é esperado que o Supremo Tribunal Federal venha a dirimir esta situação optando por uma interpretação voltada à Constituição, em sede de controle abstrato ou difuso de constitucionalidade.

Convém advertir, nada obstante, que como muitos outros direitos subjetivos, a usucapião coletiva está sujeita a ser um veículo de abusos, o que deve ser oportuna e energicamente reprimido pelos poderes constituídos competentes.

Tendo a falta de precisão e a omissão legislativa constantes nos termos do § 4º do art. 1.228 do Código Civil de 2002, os vindouros problemas sobre o tema em regra estão sendo apreciados pelas jurisprudências dos Tribunais de Justiça. Isso por força do óbice enunciado na Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal e na Súmula nº.7 do Superior Tribunal de Justiça, que de todo impedem a reapreciação de matéria de fato nas instâncias excepcionais dos recursos extraordinário e especial.

A luta pela terra sempre foi um problema social antes de adentrar no campo legal. Ficando então à disposição do magistrado, analisar de acordo com o caso concreto e observar a legitimidade das partes e observar se estão considerados os pontos que possuem relevância sobre o ponto de vista econômico e social.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da fundamentação teórica que deu origem à usucapião, bem como buscou identificar as bases principiológicas que foram utilizadas para nortear o legislador constituinte e ordinário na elaboração de institutos que abarcasse os direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico pátrio relacionados ao direito de propriedade. É bem verdade que tais institutos nem sempre se revestiram da melhor técnica legislativa.

Depreende-se que, independente da modalidade de usucapião, três elementos são comuns em relação à posse: a continuidade, inexistência de oposição e intenção de dono de quem detém a posse.

Na usucapião familiar, porém, o lapso temporal se mostrou muito curto, e, até mesmo, a constitucionalidade do instituto foi questionada. Adicionalmente, questionamentos sobre uma possível confusão interpretativa sobre o retorno do elemento culpa endossaram as críticas à modalidade. Entretanto, em nome da segurança jurídica, preservação da função social e direito à moradia do cônjuge abandonado, notadamente em decorrência de seu aspecto material de ausência de manutenção familiar, entende-se como acertada a referida espécie de prescrição aquisitiva, em que pese as fragilidades elencadas no instituto. Ressalte-se que a Justiça é fundamental para o não desvirtuamento da ideia central de justiça social que se reveste o instituto.

Em relação aos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, a decisão mais acertada em relação a definição de sua natureza jurídica seria na forma de emenda legislativa, de forma a suprimir o § 5º e sua exigência de indenização. Dessa forma, afastar-se-ia a classificação defendida por densa parte da doutrina – sobretudo a administrativista – que o classifica como desapropriação, o que, como foi amplamente discutido no desenvolvimento do capítulo, carece de sustentação teórica quando se analisa detalhadamente o instituto da desapropriação.

Da maneira como a redação existe hoje, torna-se impossível determinar adequadamente a referida natureza jurídica. Adotando-se a supressão legislativa acima sugerida, aproximar-se-ia a norma da usucapião e se verificaria a predileção legislativa – sem justificativa – de usucapião coletiva apenas na modalidade urbana.

Ademais, com os devidos ajustes de redação, o Poder Judiciário enfrentaria mais facilmente a questão no bojo dos processos judiciais, sem decisões largamente dissonantes, pacificando o tema.

Evidenciou-se que as duas espécies trazidas no presente trabalho apresentam pontos que fogem aos institutos tradicionalmente pacificados da doutrina civilista. Apesar disso, representam formas de aquisição originária da propriedade que abarcam situações cotidianas da sociedade brasileira, uma vez que é sabido que a evolução legislativa não acompanha na mesma velocidade a dinâmica da realidade social contemporânea.

Neste ponto se revela importante a capacidade interpretativa do operador do direito para a correta aplicação das normas e consecução dos fins estabelecidos pelo legislador, levando segurança jurídica para as relações e pacificação dos conflitos sociais da propriedade.

6 REFERÊNCIAS

A Evolução Histórica da Propriedade, o Surgimento de sua Função Social e a Usucapião Extrajudicial enquanto Propulsora Do Conteúdo Existencial Mínimo, **Brasil Escola**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-evolucao-historica-propriedade-surgimento-sua-funcao-social-usucapiao-extrajudicial.htm>> Acesso em 19 out.2022.

ABBOUD, Georges. **Usucapião urbano coletivo e o art. 1.228 do Código Civil de 2002:** novas perspectivas para a implementação da função social da propriedade urbana. *Revista de direito privado*, v. 36, p. 169. Disponível em: <<https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/30495>> Acesso em: 02out.2022.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 1. Disponível em:

<https://www.academia.edu/39686390/DIREITO_ROMANO_MOREIRA_ALVES> Acesso em 22mai.2022.

ARAÚJO, Edson José de. **Déficit Habitacional e o Direito a Moradia no Brasil**. Portal Jus.com.br. Fev.2022. Disponível em: <<https://jus.com.br/imprimir/96427/deficit-habitacional-e-o-direito-a-moradia-no-brasil>> Acesso em: 16 ago.2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 23nov. 2021

BRASIL. **Lei 12.424, de 16 de junho de 2011**. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112424.htm>. Acesso em: 23nov.2021

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em: 23nov.2021

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 23nov.2021

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 23nov.2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 23nov.2021

CARNACCHIONI, Daniel. **Manual de Direito Civil** – volume único. Editora Juspodivm, 4ª edição, 2020

CODJERJ – **Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj_novo.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001**, São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 4: Direito das Coisas**. 34 Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil**. 5 Ed. São Paulo: Atlas, 2016

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Reais**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERNANDES, Marcio Silva. **Usucapião de Bens Imóveis e Cláusula de Inalienabilidade**. Portal Recanto das Letras. Out/2013. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2545151#:~:text=S%C3%8D%20DLVIO%20DE%20SALVO%20VENOSA%20%28in%20Direito%20Civil%2C%20v.,proceder%20de%20um%20ato%20negocial%20ou%20de%20>> Acesso em: 20ago.2022

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil; volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Novo Curso de Direito Civil; volume 5: Direitos Reais**. 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GOMES, Josiane Araújo. **Usucapião Familiar *pro Morare***: aspectos jurídicos e práticos. Leme, SP: Mizuno, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUIMARÃES, Jackson Rocha. **O novo Código Civil e o Direito das Coisas**. Revista da Faculdade de Direito n. 15. Fev/2014. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/58>> Acesso em: 11abr.2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Coisas**. Volume 4. 7ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2022.

LEITE, Rodrigo. **Art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil: usucapião, desapropriação privada ou desapropriação judicial?** Portal Meu Site Jurídico. Jul/2020. Disponível em: <

_____. **Leis especiais para concurso. Desapropriação**, vol. 39. Editora Juspodivm, 1ª edição, 2018

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva, 10ª edição, 2016.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Posse e Usucapião – Direito Material e Direito Processual**. 3. Ed., São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, v. 3: direito das coisas**, 37ª edição, São Paulo. Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/86744>> Acesso em 15out.2022.

PINTO, Luiz Fernando. **Direito de Propriedade**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_75.pdf> Acesso em 22mai.2022.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**, 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. Portal Jus.com.br. Mar/2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/509/visao-geral-do-projeto-de-codigo-civil>> Acesso em 24nov.2021

Revista dos Tribunais nº 798. **O novo Código Civil e o Direito das Coisas**. p. 56, Abr/2002, Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113736>> Acesso em 24nov.2021.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas, 2002,

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

SALERNO, Rodrigo João Rossolim. **A Nova Usucapião: forma originária ou derivada de aquisição da propriedade?** Portal Jus.com.br. Fev/2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21048/a-nova-usucapiao-forma-originaria-ou-derivada-de-aquisicao-da-propriedade>> Acesso em: 21ago.2022.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **As Alterações da Lei nº 13.465/2017 na Usucapião Especial Urbana Coletiva: Questões Materiais e Processuais**. Revista de Direito da Cidade. Vol. 11, nº 2. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiSjoqPI5D7AhX7opUCHdZyApkQFnoECAgQAw&url=https%3A%2F%2Fwww.e-publicacoes.uerj.br%2Findex.php%2Frdc%2Farticle%2Fdownload%2F36751%2F32474&usq=AOvVaw2PIUBsy-C9atuAVoUGjCsj>> Acesso em: 27ago.2022.

SIMÃO, Jose Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?** Jornal Carta Forense. Disponível em:<<https://professorsimao.com.br/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/>> Acesso em 18mai.2022

TARTUCE, Flávio. **A usucapião urbana por abandono de lar**. IBDFAM, 2011. Disponível em <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820005/a-usucapiao-especial-urbanapor-abandono-do-lar-conjugal>>. Acesso em 18 mai.2022

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 8 ed.São Paulo: Atlas, 2008. p. 92. Disponível em: < <https://br.librosintinta.in/silvio-salvo-venosa-direito-civil-pdf.html>> Acesso em 17 set. 2022.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião Especial e Abandono de Lar** – Usucapião entre Ex-Casal. 2012. Disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/11017>>. Acesso em: 18 mai.2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. Disponível em < <https://baumgartner.jusbrasil.com.br/artigos/420455600/resenha-critica-a-tutela-da-posse-na-constituicao-e-no-codigo-civil>> Acesso em 13set.2022.