



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Mestrado em Direito

MARA LUCIA GUIMARÃES CARDOSO

USUCAPIÃO FAMILIAR:

a intervenção das políticas públicas nas relações privadas familiares com a discussão da conjugalidade originada no programa de governo Minha Casa Minha Vida – PMCMV

BRASÍLIA-DF
2016

MARA LUCIA GUIMARÃES CARDOSO

USUCAPIÃO FAMILIAR:

a intervenção das políticas públicas nas relações privadas familiares com a discussão da conjugalidade originada no programa de governo Minha Casa Minha Vida – PMCMV

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – (UniCEUB).

Orientador: Prof. Doutor Paulo Cavichioli Carmona

**BRASÍLIA-DF
2016**

CARDOSO, Mara Lucia Guimarães.

Usucapião familiar: a intervenção das políticas públicas nas relações privadas com a discussão da conjugalidade originada no programa de governo Minha Casa Minha Vida – PMCMV/ Mara Lucia Guimarães Cardoso – Brasília [S.n.], 2016.

151 p.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Palavras-Chaves: Políticas públicas. Usucapião. Usucapião familiar. Relações privadas. Abandono do lar. Moradia. Propriedade. Dignidade humana.

CDU -

MARA LUCIA GUIMARÃES CARDOSO

USUCAPIÃO FAMILIAR:

a intervenção das políticas públicas nas relações privadas familiares com a discussão da conjugalidade originada no programa de governo Minha Casa Minha Vida – PMCMV

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – (UniCEUB).

Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona
Orientador

Prof. Dr. Hector Valverde Santana
Co-orientador

Prof. Dr. Jefferson Carus Guedes
Membro interno

Profa. Dra. Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra Ferreira
Membro Externo

AGRADECIMENTO

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que me concedeu a vida, a inteligência e a perseverança para escrever este trabalho.

Ao UNICEUB – Centro Universitário de Brasília, e em especial aos Professores Doutores Marcelo Varella, Paulo Cavichioli Carmona, Jefferson Carus Guedes e Hector Valverde Santanna, que me apoiaram na estruturação deste projeto.

Aos meus filhos, Thiago Guimarães Cardoso e Lucas Guimarães Cardoso, que entenderam os meus momentos de ausência, nas inúmeras aulas na Universidade e mesmo em casa, enquanto escrevendo.

Dedico este trabalho, especialmente, ao Professor, Mestre e Doutorando nesta Instituição, Mauro Pinto Serpa, meu Professor na Universidade Paulista, onde iniciei meus estudos jurídicos, meu orientador de monografia de conclusão de curso, meu orientador e componente da banca de avaliação convidado de monografia de pós-graduação *latu sensu* nesta Instituição, meu iniciador na advocacia de Família e de Sucessões e nos estudos de Mestrado, e em que tenho a honra de ser sua substituta na disciplina Direito de Sucessões, nesta Instituição, pela transmissão de conhecimentos com amizade, carinho, paciência, dedicação, orientação, confiança, respeito.

“A família é maravilhosa, mas o problema é que a família, às vezes, tem inimizades, brigas com a mulher, os filhos com o pai. Vou dar um conselho, nunca terminem o dia sem fazer a paz, em uma família não se pode terminar o dia em guerra!”

Papa Francisco

“Quem não luta pelos seus direitos não é digno deles.”

Rui Barbosa

“Diego não conhecia o mar. O pai, Santiago Kovadloff, levou-o para que descobrisse o mar. Viajaram para o Sul. Ele, o mar, estava do outro lado das dunas altas, esperando. Quando o menino e o pai enfim alcançaram aquelas alturas de areia, depois de muito caminhar, o mar estava na frente de seus olhos. E foi tanta a imensidão do mar, e tanto o seu fulgor, que o menino ficou mudo de beleza. E quando finalmente conseguiu falar, tremendo, gaguejando, pediu ao pai:

–Me ajuda a olhar!”

Eduardo Galeano
Excerto retirado de “O livro dos abraços”

RESUMO

Esta dissertação trata da intervenção de políticas públicas no direito de família e na intimidade das relações familiares, tomando como objeto de análise o instituto da usucapião familiar, espécie de usucapião criada a partir do programa do governo federal Minha Casa Minha Vida (PMCMV) e responsável por retomar a discussão da existência de culpa nas separações pelo abandono do lar e da família. A usucapião familiar está ligada a duas questões básicas: proteger o direito à moradia e proteger a família. Analisar-se-á o instituto da usucapião familiar como uma forma de efetivação dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito social à moradia, constantes na Constituição Federal. Apresentar-se-á um panorama das políticas públicas no país e em especial, a política habitacional brasileira, onde está inserido o programa Minha Casa Minha Vida e a lei que o instituiu e que originou o instituto em análise. Em seguida, apresentar-se-á o instituto da usucapião e sua espécie usucapião familiar, com suas definições, características e os fundamentos jurídico-constitucionais que o fundamentam. Finalmente, analisar-se-á acerca da intervenção de uma política pública na conjugalidade e suas implicações no direito de família, considerando-se a posição desfavorável a esta intervenção, como a possibilidade de volta da discussão da culpa nas separações e a violação aos princípios da autonomia, da menor intervenção estatal e ao princípio do retrocesso no âmbito das relações familiares, e a posição favorável ao instituto, considerando-se a importância da garantia da efetividade dos princípios fundamentais do direito à moradia da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana. Demonstrar-se-á os problemas do instituto que vem sendo apontados e propor-se-á alterações com o objetivo de aprimorá-lo, concluindo-se sobre a importância da usucapião familiar para a efetivação dos direitos fundamentais na esfera individual e social, da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia e da função social da propriedade.

Palavras-chave: Políticas públicas. Usucapião. Usucapião familiar. Relações privadas. Abandono do lar. Moradia. Propriedade. Dignidade humana

ABSTRACT

This dissertation broaches public policy's intervention in family law and in the intimacy of relative's relations, having as analysis object the family adverse possession's institute, a kind of adverse possession created by the Federal Government program "My house, my life" (PMCMV), responsible for restarting the discussion of guilt's existence in separations by home and family abandonment. The family adverse possession connects itself to two basic questions: protecting the right to housing and protecting the family. We will analyze the family adverse possession's institute as a way of effecting the fundamental rights to dignity of the human being, the property's social function and the social right to housing, comprehended in the Federal Constitution. We will present the public policy's panorama in the country, in particular, the Brazilian housing policy that inserts the program "My house, my life" and the law that instituted and originated the institute in analysis. The next step is to present the adverse possession's institute and its familial variation, with its definitions, characteristics and the juridical-constitutional fundaments that underlie it. Finally, we will analyze the public policy's intervention in the "conjugability" and its implications in family law, considering the unfavorable position to this intervention as a possibility to returning the discussion of guilt in the separations and the violation of autonomy principals, to the least state's intervention and to the beginning of a regression in family relations' scope. In addition, the favorable position to the institute, considering the importance to guarantee the effectiveness of the fundamental principles of housing rights, of the social function of property and dignity of the human being. We will demonstrate the frequently pointed institute's problems and propose alterations aiming to improve it, concluding around the family adverse possession's importance to the effectuation of fundamental rights in the individual and social sphere, of the human being dignity, of the housing right and of the social function of property.

Key words: Public Policy. Adverse Possession. Family Adverse Possession. Private relations. Home abandonment. Housing. Property. Human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1	15
POLÍTICAS PÚBLICAS E PROGRAMAS DE GOVERNO COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DE MORADIA	15
1.1 Definição de políticas públicas	15
1.2 Política pública habitacional no Brasil	19
1.2.1 Ministério das Cidades	20
1.2.2 Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social - SNHIS	23
1.2.3 Plano Nacional de Habitação – PLANHAB	24
1.2.4 Programa do governo federal Minha Casa Minha Vida – PMCMV	24
CAPÍTULO 2	27
A USUCAPIÃO FAMILIAR	27
2.1 A posse	27
2.2 A usucapião	31
2.2.1 Definição de usucapião	32
2.2.2 Breve noção histórica da usucapião	35
2.2.3 A usucapião no direito brasileiro	36
2.2.4 A usucapião no direito comparado	38
2.2.5 Requisitos gerais da usucapião	40
2.2.6 Espécies de usucapião previstas no ordenamento jurídico	42
2.3 A usucapião familiar	45
2.3.1 Requisitos específicos da usucapião familiar	47
2.3.1.1 O objeto	47
2.3.1.2 O tempo	48
2.3.1.3 A propriedade do imóvel	51
2.3.1.4 O abandono do lar	53
2.3.1.5 A situação matrimonial	55
2.3.1.6 A competência	56
2.4 Os fundamentos jurídico-constitucionais da usucapião familiar	57
2.4.1 A dignidade da pessoa humana	60
2.4.2 A função social da propriedade	64
2.4.3 O direito à moradia	75
CAPÍTULO 3	79
A DISCUSSÃO DA CONJUGALIDADE EM UMA POLÍTICA PÚBLICA DO GOVERNO FEDERAL POR MEIO DA USUCAPIÃO FAMILIAR ..	79
3.1 As instituições do direito de família que caracterizam a usucapião familiar	82
3.1.1 O casamento e a união estável	82
3.1.2 Regime patrimonial de bens	88
3.1.3 A dissolução do casamento e da união estável	94

3.1.4	O direito de meação e partilha.....	98
3.2	O direito de famílias e sua posição desfavorável ao instituto da usucapião familiar.....	99
3.2.1	A Emenda Constitucional 66/2010 e o fim da discussão da culpa no divórcio	102
3.2.2	A usucapião familiar e a volta da discussão da culpa na separação ...	107
3.2.3	Possibilidade de violação ao princípio do retrocesso e da mínima intervenção do Estado.	109
3.3	Os direitos constitucionais fundamentais sociais e o posicionamento favorável à usucapião familiar	114
3.3.1	O princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade dos membros no direito de família.....	117
3.3.2	O princípio da função social da propriedade e o direito à moradia	119
3.4	Problemas do instituto e sugestões para possível solução	121
3.4.1	Da exiguidade do prazo	122
3.4.2	Das características do bem imóvel	122
3.4.3	A perda da propriedade	123
3.4.4	O abandono do lar	124
3.4.5	Proposta de nova redação para o artigo 1.240-A do Código Civil	125
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por objeto analisar a intervenção das políticas públicas nas relações privadas familiaristas, com a discussão da conjugalidade por intermédio do instituto da usucapião familiar, utilizado como um instrumento para efetivação dos direitos fundamentais constitucionais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade, e o direito à moradia, instituído por meio de uma política pública do governo federal, o programa de governo Minha Casa Minha Vida - PMCMV, em confronto com os princípios também constitucionais que regem as relações de família, em especial, o fim da discussão da culpa nas separações, conforme entendimento doutrinário retirado da Emenda Constitucional 66/2010, que institui o divórcio direto, e a perda do direito à meação decorrente do regime de bens do casamento ou união estável.

A pesquisa encontra respaldo nos direitos fundamentais e sociais positivados constitucionalmente e nos princípios do direito de família expressos nas Constituição Federal, no Código Civil e na legislação esparsa. O escopo do trabalho é o estudo e análise do instituto da usucapião familiar sob a ótica da intervenção de uma política pública na esfera das relações privadas, discutindo um tema que já estaria superado, que é a discussão da culpa na separação do casal, ou seja, a intervenção das políticas públicas nas relações privadas com a discussão da conjugalidade originada do programa do governo federal Minha Casa Minha Vida – PMCMV.

O estudo será estruturado na construção de uma base teórica sobre o tema proposto, com a estruturação de conceitos, evolução histórica, finalidade, fundamentação legal e requisitos referente à usucapião e sua modalidade usucapião familiar, aos princípios jurídico-constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, e do direito à moradia, às políticas públicas e à política pública habitação pátria. A análise será delimitada pela importância do instituto na efetivação do direito fundamental à moradia do cônjuge ou companheiro abandonado, que usucapirá a meação do outro que abandonou o lar. A importância do trabalho está na efetivação dos direitos fundamentais à moradia, da função social da propriedade e na dignidade da pessoa humana em contraposição à interferência na conjugalidade por uma política pública.

O objetivo da pesquisa é analisar o impacto do novel instituto nas relações familiares, que caberá aos intérpretes da lei identificar, de acordo com a sua função social. Para alcançar a finalidade desejada, tem-se como objetivos específicos: analisar as características da usucapião familiar e seus impactos como política pública nas relações privadas; analisar a Emenda Constitucional 66/2010 e a volta da discussão da culpa nas separações e sua ligação com a usucapião familiar; analisar as posições desfavoráveis e favoráveis ao instituto, respectivamente: a posição do direito de família diante da intervenção estatal por meio de políticas públicas nas relações privadas, a violação do princípio do retrocesso e da intervenção mínima do Estado com a ingerência das políticas públicas na esfera da vida individual do casal em contraponto com a importância do instituto na garantia da efetividade dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia e da função social da propriedade, concluindo com a proposta de alterações no instituto que visam garantir sua efetividade atendendo às duas posições. Utiliza-se para alcançar tal objetivo o método hipotético-dedutivo.

No primeiro capítulo será estudado as políticas públicas como efetivação do direito fundamental social à moradia, abrangendo o seu conceito, sua finalidade e a crescente judicialização com o objetivo de garantir a eficácia dos direitos fundamentais positivados na Constituição. Em seguida será abordada a estrutura da política habitacional brasileira, e o programa de governo Minha Casa Minha Vida – PMCMV, que instituiu a usucapião familiar, com uma breve explanação da lei que institui o programa de governo que criou a usucapião familiar.

No segundo capítulo será estudado o instituto da usucapião familiar, primeiramente abordando o seu instituto mãe, a usucapião, e após, abordando todas as características específicas da usucapião familiar, e finalizando com os princípios jurídico-constitucionais que fundamentam este instituto: a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da república federativa pátria; a função social da propriedade abrangendo a evolução histórica do instituto, a sua fundamentação jurídica, a influência do publicismo francês e da Constituição alemã de Weimar, a sua finalidade e a regulamentação legal no ordenamento jurídico nacional; e a seguir será abordado o tema do direito à moradia como um direito constitucional social fundamental.

No terceiro capítulo, será analisado a discussão da conjugalidade em um programa de governo, no caso específico, no programa federal Minha Casa Minha Vida – PMCMV, abordando a constitucionalização do direito de família. Avalia-se os pontos contrários e favoráveis ao novel instituto, como a posição do direito de família sobre a volta da discussão da culpa no divórcio, a intervenção da usucapião familiar nas relações privadas e a vedação ao princípio do retrocesso e da intervenção mínima do Estado, que são posicionamentos contrários à usucapião familiar, e a importância do instituto na garantia da efetividade dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito à moradia, que são posicionamentos favoráveis aos institutos dos civilistas quanto ao instituto, finalizando com a análise dos principais problemas do instituto e com uma proposta de solução que atenda aos anseios de ambos posicionamentos.

A pesquisa será estruturada com base na revisão bibliográfica, pelo estudo da doutrina sobre o assunto, em livros, artigos científicos, relatórios, pareceres e jurisprudência.

CAPÍTULO 1

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROGRAMAS DE GOVERNO COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DE MORADIA

A efetividade dos direitos fundamentais sociais positivados na Constituição de um país depende dos poderes legislativo e executivo para elaboração e implementação de políticas públicas. As políticas públicas surgiram nos Estados Unidos em meados do século XX, em resposta ao adensamento e expansão crescente da democracia, que repercutiram na diversificação e expansão das funções do Estado. Neste período surgiu uma nova função do Estado: a promoção do bem-estar social, requerendo uma atuação diferenciada e mais ligada aos problemas cotidianos da sociedade. Neste contexto nascem as políticas públicas, objetivando dar respostas a demandas específicas da sociedade, em especial às demandas de cunho social¹. A Constituição Federal de 1988 fomentou a necessidade de elaboração de políticas públicas com o objetivo de viabilizar o amplo rol de direitos sociais nela expressos.

1.1 Definição de políticas públicas

Políticas públicas possuem um conceito mais amplo do que muitos entendem, ou sejam, serem meros assistencialismos sociais e econômicos praticados pelo Estado. O clássico conceito de políticas públicas é de Maria Paula Dallari Bucci²:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

Para Ronaldo Dworkin, políticas públicas se associam às diretrizes da administração pública, de metas e objetivos sociais que estão atrelados a um programa de ação a ser desenvolvido pelo Estado, ligado à ideia de bem-estar social³.

¹ TUDE, João Martins. *Conceitos gerais de políticas públicas*. Disponível em <www2.videolivrraria.com.br>. Acesso em 13 set. 2015.

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva; 2006, p.241.

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134

Entende-se por políticas públicas o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas, tratando-se de um conjunto de normas emanadas do poder legislativo, de atos emanados do poder executivo e de decisões proferidas pelo poder judiciário que visam à realização das finalidades primordiais do Estado⁴. Políticas públicas é o conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante com o interesse público. Ou ainda um programa de ação que tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado, como mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais⁵. Políticas públicas compreende o conjunto de decisões e ações propostas geralmente por um ente estatal, em uma determinada área (saúde, educação, transportes, reforma agrária, etc.) de maneira discricionária ou pela combinação de esforços com determinada comunidade ou setores da sociedade civil.⁶

A finalidade primordial das políticas públicas consiste em dar efetividade aos direitos fundamentais, com a atuação harmônica dos três poderes na sua atuação, o legislativo, na criação de leis e normas, o executivo, na execução das políticas e o judiciário, no controle jurisdicional dentro dos limites estabelecidos, ou seja, resguardando a noção do mínimo existencial, da razoabilidade e da reserva do possível⁷. Políticas públicas e direito se entrelaçam, pois, a qualidade técnica da solução jurídico-institucional que venha a ser adotada é fundamental para o aspecto político, pois uma gestão ineficiente do Estado impede o desenvolvimento do país. Assim, soluções técnicas que não contemplem os aspectos políticos serão insatisfatórias.

Maria Paula Dallari Bucci entende que “o problema jurídico-administrativo do Brasil, embora tenha elementos gerenciais, não é exclusivamente de gestão; é

⁴ CANELA JUNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. (orientador Kazuo Watanabe). Trabalho apresentado à USP para qualificação de doutorado. Inédito, p. 17-19. *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. e WATANABE, Kazuo (orgs). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁵ FIGUEREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte: Forum, ano 8, n.44. jul/ago 2007.

⁶ TUDE, João Martins. *Conceitos gerais de políticas públicas*. Disponível em: <www2.videolivaria.com.br>. Acesso em 13 set. 2015.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. e WATANABE, Kazuo (orgs). *Op.cit.*, p. 13.

primordialmente um problema político”⁸. As políticas públicas devem ser vistas como um processo ou um conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva das prioridades e para definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito⁹. Compete aos representantes do povo eleitos, representado pelo poder legislativo, a elaboração das políticas públicas, e à direção política do governo a decisão de elaborá-las. À administração cabe a execução das políticas. A ideia de uma sucessão de atos no tempo em que o legislativo e o governo traçam em primeiro plano as diretrizes e a administração execute, é mais um tipo idealizado do que uma realidade. “Este conflito revela não só a crise entre o Executivo e o Legislativo, em termos de titularidade da iniciativa legislativa, como, também, a superação de toda a organização formal do Estado liberal”.¹⁰

Os poderes legislativo e executivo têm o dever fundamental de promover a irradiação material e formal quando estabelecido o direito fundamental. É função precípua destes poderes, pela teoria de “pesos e contrapesos”, satisfazer os direitos fundamentais, gozando de ampla liberdade discricionária, de acordo com os núcleos constitucionais de irradiação previstos na Constituição Federal. Estes poderes devem satisfazer espontaneamente os bens de vida previstos nos direitos fundamentais previstos no artigo 6^a da Constituição Federal. É compromisso ético do Estado realizá-los, em consonância com o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil expresso no artigo 3^a da Constituição Federal¹¹. Ocorre lesão aos direitos fundamentais quando as políticas públicas são omissas e ou não são satisfeitas pelo Estado.

Cabe ao poder judiciário atribuição constitucional residual, ou seja, não pode e nem deve intervir nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes, exceto nos casos de omissão ou contrariedade ao estabelecido na Constituição Federal. Assim, a função judicial no que tange à políticas públicas é promover seu

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva; 2006, p. 244.

⁹ *Ibidem*, p. 264.

¹⁰ *Ibidem*, p. 244.

¹¹ Art. 3^o Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

realinhamento, de modo que os direitos fundamentais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, sejam efetivados pelos demais poderes. O pedido deve demonstrar que o Estado gera desigualdade social com o não implemento das políticas públicas, com sua omissão incompleta ou comportamento omissivo/comissivo.

Na Constituição Federal estão expressos direitos fundamentais de defesa e prestação de deveres ao Estado e aos particulares e os direitos fundamentais ali colocados exigem comportamentos ativos de todos os entes da federação. O judiciário tem sido muito provocado, em especial pelo Ministério Público, para questionar e avaliar políticas públicas, direitos sociais, econômicos e culturais, tanto em função da obrigação e direitos constitucionais, tanto como na omissão, ilegalidade, desvio do poder ou falta de razoabilidade dos poderes públicos no cumprimento das metas constitucionais e infraconstitucionais. São ações individuais e coletivas que pretendem obrigar o poder público a alterar um padrão de comportamento e ajustar políticas públicas, com maior participação do Estado Democrático de Direito.¹²

A posição do Supremo Tribunal Federal – STF, é no sentido de que o poder judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos fundamentais, como direito à saúde e à moradia, não violando o princípio da separação dos poderes, pois é competência de o poder judiciário analisar a legalidade e a constitucionalidade dos atos dos demais poderes. É função do judiciário determinar que políticas públicas sejam implementadas em caráter excepcional, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprimento dos encargos político-jurídicos da sua competência, vierem a comprometer com a sua omissão, a eficácia e a integridade dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.¹³

A legitimidade do poder judiciário fundamenta-se na garantia do mínimo essencial e na dignidade da pessoa humana, e nem a escassez de recursos pode

¹² FIGUEREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil – uma visão geral. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte: Forum, ano 8, n.44. jul/ago 2007.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de poderes – Anotações ao AGRG no AGRIN 708.667 do STF. *Revista dos Tribunais*, vol. 921, jul/2012, p. 471.

ser invocada para não cumprimento da implementação de políticas públicas, sendo este, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o ponto mais polêmico, ou seja, a teoria da reserva do possível, assim entendido como os aspectos financeiros e econômicos que dizem respeito à efetividade dos direitos sociais. O custo das prestações materiais a ser alcançada pelo poder público assume uma crescente importância na eficácia e efetividade dos direitos fundamentais¹⁴. Maria Paula Dallari Bucci admite que a justiciabilidade é fato:

Que essa justicialidade existe, ninguém há de negar, em face do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Os modos de exercê-la, no entanto, são vários, alguns mais “compreensíveis” pela ordem jurídica em vigor – é o caso da ação civil pública, por exemplo – e outros menos. É sabido que o sucesso de certas medidas judiciais sobre políticas públicas está na razão direta da afinidade política entre os integrantes do tribunal e o governante que as implementa, isso não apenas no Brasil, mas em todos os lugares do mundo, destacando-se os Estados Unidos. Entretanto, observo que outro componente desse sucesso, nem sempre adequadamente considerado, é a capacidade de “assimilação” da medida judicial proposta pelo sistema jurídico.¹⁵

Desta forma, são necessárias políticas públicas efetivas para consolidação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, e se os mesmos não forem efetivados pelos poderes que possuem a competência constitucional explícita para tal, o legislativo, no sentido de criar as normas, e o executivo, no sentido de efetivar as normas, cabe ao poder judiciário garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

A usucapião familiar origina-se de uma política pública criada com o objetivo de efetivação do direito à moradia para as classes baixas e médias, cuja lei foi editada pelo poder legislativo para efetivação destes direitos e incluída no Código Civil brasileiro.

1.2 Política pública habitacional no Brasil

A política pública habitacional no Brasil é coordenada pelo Ministério das Cidades, criado em 2003 com a missão de melhorar as cidades. Para atingir os objetivos previstos foi criado o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social –

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de poderes – Anotações ao AGRG no AGRG 708.667 do STF. *Revista dos Tribunais*, vol. 921, jul/2012, p. 471.

¹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva; 2006, p.258.

SNHIS, com o objetivo de centralizar todos os programas e projetos relacionados à melhoria das cidades. O SNHIS coordenou a elaboração da Política Nacional de Habitação – PNH, que criou o Plano Nacional de Habitação – PLANHAB. Neste contexto, foi criado o programa do governo federal Minha Casa Minha Vida – PMCMV, instituído em lei, que originou o instituto da usucapião familiar.

1.2.1 Ministério das Cidades

O Ministério das Cidades¹⁶ foi criado em 1º de janeiro de 2003, a partir da Medida Provisória nº 103/2003, convertida na Lei nº 10.683 de 28 de maio de 2003. Constituem áreas de competência do Ministério das Cidades: a) política de desenvolvimento urbano; b) políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, transporte urbano e trânsito; c) promoção, em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e organizações não-governamentais, de ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano; d) política de subsídio à habitação popular, saneamento e transporte urbano; e) planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação, saneamento básico e ambiental, transporte urbano e trânsito; f) participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água, bem como para a adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e gestão do saneamento.

O Ministério das Cidades tem como missão:

Melhorar as cidades, tornando-as mais humanas, social e economicamente justas e ambientalmente sustentáveis, por meio de gestão democrática e integração das políticas públicas de planejamento urbano, habitação, saneamento, mobilidade urbana, acessibilidade e trânsito de forma articulada com os entes federados e a sociedade.¹⁷

Integram a estrutura do Ministério das Cidades, de acordo com o art. 29 da Lei nº 10.683 de 28 de maio de 2003: o Conselho Curador do Fundo de Desenvolvimento Social; o Conselho das Cidades (ConCIDADES); o Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN); a Secretaria Nacional de Habitação (SNH); a

¹⁶ BRASIL. Ministério das Cidades. *O Ministério*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/institucional/o-ministerio>>. Acesso em 18 set. 2015.

¹⁷ Ibidem.

Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA); a Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana (SEMOB); a Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos (SNAPU); e o Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN). A Companhia Brasileira de Transporte Urbano (CBTU) e a Companhia de Trens Urbanos de Porto Alegre (Trensurb) são vinculadas ao Ministério das Cidades.

A criação do Ministério das Cidades constitui-se em um fato inovador para as políticas urbanas nacionais, com a integração da habitação, saneamento, transporte e trânsito em uma só pasta e tornou-se um paradigma para toda a América Latina. Esta nova conformação de Ministério foi formada por um grupo de profissionais, lideranças sindicais e sociais, ONGs, intelectuais, pesquisadores e professores universitários, com inúmeras conquistas importantes, como a inserção da questão urbana na Constituição Federal, a Lei Federal 10.257/2001, Estatuto da Cidade e a Medida Provisória 2220/2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição Federal, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências.

O fim do Banco Nacional de Habitação – BNH em 1985 trouxe insegurança ao poder público e ao mercado no que tange às políticas de habitação e saneamento. Foram muitos os erros do Sistema Financeiro de Habitação e do BNH, aumentando as desigualdades sociais, com o privilégio de investimentos nas faixas de renda média e média baixa e também com muitos erros urbanísticos e arquitetônicos nos conjuntos públicos que foram construídos com seus recursos. Em contrapartida o volume de construção foi muito significativo, com um sistema constituído por agentes financeiros e promotores públicos e privados, credenciados e regras para aplicação do significativo volume de recursos disponíveis. Com o fim do banco Nacional de Habitação – BNH, a Caixa Econômica Federal assumiu o seu espólio. Assim, entre 1985 e 2002 ocorreram consideráveis mudanças na estrutura institucional da política de habitação e saneamento, quanto nos programas e recursos destinados a estes fins.

Considerando-se que de acordo com o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, mais de 80% da população brasileira é urbana, como aspecto fundamental da criação do Ministério das Cidades, está a definição de uma

política nacional de desenvolvimento urbano em consonância com os demais entes da federação, demais poderes do Estado e participação da sociedade, com o objetivo de coordenação e integração dos investimentos e ações nas cidades brasileiras, visando diminuir a desigualdade social e sustentabilidade ambiental. Cumpre um papel fundamental na política urbana e políticas setoriais de habitação, saneamento e transporte, sem contrariar a centralização e fortalecimento dos municípios prevista na Constituição Federal.

Cabe ao governo federal definir as diretrizes gerais da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, de acordo com o estabelecido na Lei Federal 10.257/2001, Estatuto das Cidades, e cabe ao município, de acordo com suas atribuições constitucionais, o planejamento e a gestão urbanos e metropolitanos. O Ministério das Cidades tem como uma de suas competências fortalecer a atuação municipal, por meio de financiamentos de plano, projetos e obras, apoio na capacitação de quadros da administração pública municipal ou agentes sociais locais, envolvendo a modernização administrativa e a atualização e registro das informações municipais sobre o ambiente construído. É o cadastro multifacetário, uma ferramenta para o planejamento urbano e a política fiscal, que constituem a base da autonomia municipal. Assim dispõe o artigo 30, VIII da Constituição Federal¹⁸ e o artigo 3º do Estatuto das Cidades.¹⁹

¹⁸ Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; [...]

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 set. 2015.

¹⁹ Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

I – Legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;

II – Legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;

III – promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

IV - Instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transportes urbanos e infraestrutura de energia e telecomunicações;

V – Elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

BRASIL. *Lei n. 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 18 set. 2015.

A função do Ministério das Cidades é primordial no fortalecimento das políticas nacionais de desenvolvimento urbano e as políticas setoriais de habitação e para a sua efetividade, deve promover a articulação com as diversas esferas do governo, setor privado e organizações não governamentais, de ações e programas de urbanização, para elaboração de uma política de subsídios à habitação popular, saneamento e transporte urbano, planejamento, regulação, normatização e gestão de aplicação de recursos.

1.2.2 Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social - SNHIS

O Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS²⁰, foi instituído pela Lei Federal n.º 11.124 de 16 de junho de 2005, e tem como objetivo implementar políticas e programas para promoção de acesso à moradia digna para a população de baixa renda. Centraliza todos os programas e projetos destinados à habitação de interesse social, integrado pelos seguintes órgãos e entidades: Ministério das Cidades, Conselho Gestor do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, Caixa Econômica Federal, Conselho das Cidades, Conselhos, Órgãos e Instituições da Administração Pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios, relacionados às questões urbanas e habitacionais, entidades privadas com atividades na área habitacional e agentes financeiros autorizados pelo Conselho Monetário Nacional.

A Lei n.º 11.124/2005 também instituiu o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS, que em 2006 centralizou os recursos orçamentários dos programas de Urbanização de Assentamentos Subnormais e de Habitação de Interesse Social, inseridos no SNHIS. O Fundo é composto por recursos do Orçamento Geral da União, do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social – FAS, dotações, recursos de empréstimos externos e internos, contribuições e doações de pessoas físicas ou jurídicas, entidades e organismos de cooperação nacionais ou internacionais e receitas de operações realizadas com recursos do FNHIS. Esses recursos têm aplicação definida pela Lei, como, por exemplo, a aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, locação social e arrendamento de unidades habitacionais, a produção de lotes urbanizados para fins habitacionais, a

²⁰ BRASIL. Ministério das Cidades. *Plano Nacional de Habitação - PlanHab*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/habitacao-cidades/plano-nacional-de-habitacao-planhab>>. Acesso em 08 set. 2015.

regularização fundiária e urbanística de áreas de interesse social, ou a implantação de saneamento básico, infraestrutura e equipamentos urbanos, complementares aos programas de habitação de interesse social.

1.2.3 Plano Nacional de Habitação – PLANHAB

Frequentemente, as políticas públicas se exteriorizam através de planos, que podem ter caráter geral ou setorial. Nestes casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação e sucedem as normas de execução da alçada do poder executivo²¹. Assim, a Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades coordenou a elaboração do Plano Nacional de Habitação – PLANHAB²², para implementação da Política Nacional de Habitação – PNH, previsto pela Lei 11.125/2005, que estruturou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS. Trata-se de uma política de longo prazo especialmente voltada para a baixa renda, denominado de “Pacto Nacional pela Moradia Digna”, compreendendo o período de 2009 a 2023. O plano foi elaborado por meio de um processo participativo, em um contexto de um pacto nacional para a garantia da moradia digna, com debates regionais e setoriais, com o acompanhamento dos representantes do Conselho das Cidades e do Conselho Gestor do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – CGFNHIS em um espaço de interlocução política, proposição e deliberação. O plano faz parte de um processo de longo prazo para o setor habitacional, que pressupõe articulação com outros instrumentos de planejamento orçamentário-financeiro e pressupõe revisões periódicas e articulação com os planos plurianuais, com o objetivo final de universalizar o acesso à moradia digna para todo cidadão brasileiro.

1.2.4 Programa do governo federal Minha Casa Minha Vida – PMCMV

Programas são o principal instrumento que o governo utiliza para concretizar políticas públicas e otimizar seus recursos, sejam eles financeiros, humanos, logísticos ou materiais. Ação é o conjunto de operações cujos produtos contribuem para os objetivos do programa governamental. A ação pode ser um projeto,

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*; São Paulo: Saraiva; 2006, p.259.

²² BRASIL. Ministério das Cidades. *Plano Nacional de Habitação - PlanHab*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/habitacao-cidades/plano-nacional-de-habitacao-planhab>>. Acesso em 08 set. 2015.

atividade ou operação especial²³. Dentro da estrutura do Plano Nacional de Habitação – PLANHAB, foi criado o programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, que tem por objetivo promover a produção ou aquisição de novas unidades habitacionais, ou a requalificação de imóveis urbanos, para famílias com renda mensal de até R\$ 5.000,00. O programa está regulamentado pela Lei Federal 12.424 de 2011²⁴. O Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV, faz parte do Programa Nacional de Habitação Urbana – PNHU do Ministério das Cidades.

A Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2011 criou o Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV e dispõe sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. A lei determina que o programa tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou a requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com um limite de renda. O programa é composto pelos subprogramas PNHU – Programa Nacional de Habitação Urbana e o PNHR – Programa Nacional de Habitação Rural.²⁵

O objetivo da lei foi o de regulamentar a matéria objeto da Medida Provisória 514/2010, que dispunha sobre o funcionamento do Programa Minha Casa Minha Vida. A transformação da Medida Provisória em lei tramitou no primeiro semestre de 2011 em caráter de urgência, fato este que tirou a comunidade acadêmica da discussão do projeto, causando inúmeros equívocos. A Medida Provisória não tratava do reconhecimento da usucapião entre os cônjuges e não incluía a alteração

²³ BRASIL. Ministério das Cidades. *Ações e programas*. Disponível em: <www.cidades.gov.br/acoes-e-programas>. Acesso em 04 set. 2015.

²⁴ BRASIL. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei n.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/L12424.htm>. Acesso em 26 set. 2015.

²⁵ Art. 1º O Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) e compreende os seguintes subprogramas: (Redação dada pela Lei nº 12.424, de 2011)
I - o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU); (Redação dada pela Lei nº 13.173, de 2015)
II - o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR); e (Redação dada pela Lei nº 13.173, de 2015)

prevista no art. 1.240-A. O Deputado André Vargas propôs a redação que incluía a possibilidade da usucapião familiar, cujo objetivo era permitir o fortalecimento das mulheres como chefes de família e era dirigida especificamente para mulheres de baixa renda, que poderiam se beneficiar do Programa Minha Casa Minha Vida, abandonadas pelos maridos, para garantir a aquisição da propriedade exclusiva de um bem móvel por meio do instituto da usucapião, com o consequente reconhecimento do acesso à moradia, e a busca de regularização da posse e aquisição da propriedade. A redação sugerida pelo Deputado André Vargas foi aprovada pelo Senado Federal e a lei foi sancionada em 2011.²⁶

A criação da lei e a inclusão de artigo 1.240-A no Código Civil, criando o instituto da usucapião familiar, suscita inúmeros problemas, violando princípios basilares do Direito de Famílias, fato que pode representar retrocesso quanto a matérias que ao longo de décadas foram superadas pela sociedade e pelo direito, como a volta da discussão da culpa nas separações e a interferência do Estado nas relações privadas. Em contrapartida, trás inúmeros benefícios, como a efetivação de políticas públicas de direito à moradia.

²⁶ WESENDONCK, Tula. *Usucapião familiar*: uma forma de solução de conflitos no Direito de Família ou (re) criação de outros? Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em 06 fev. 2016.

CAPÍTULO 2

A USUCAPIÃO FAMILIAR

Para caracterizar o instituto da usucapião familiar, é necessário conceituar os institutos da posse e da usucapião em geral, que lhe dão sustentação e origem. A posse prolongada por um certo período de tempo, mansa, pacífica e sem oposição, independente de justo título e boa-fé, dá origem a usucapião. A usucapião é uma forma de aquisição da propriedade pela inércia de seu titular que a perde e pela utilização, efetivando a função social da propriedade, por quem a adquire. A usucapião familiar é mais uma espécie de usucapião, criada pela lei que regulamenta o programa de governo Minha Casa Minha Vida e prevista no artigo 1.240-A do Código Civil. É um instituto que já conta com quase cinco anos de existência, e que ainda suscita controvérsias, com reflexos significativos nas relações familiaristas, em especial com a intervenção de uma política pública nas relações privadas e íntimas da família, e que faz renascer a discussão da culpa nas separações, considerada pela doutrina e jurisprudência majoritária como extirpada do ordenamento jurídico com a Emenda Constitucional 66/2010, que institui o divórcio direto.

2.1 A posse

A posse é uma situação de fato protegida pelo direito, com o objetivo de evitar a violência e assegurar a paz social, de quem aparenta ser proprietário. Se o real proprietário se mantém inerte, não reivindicando a entrega da coisa possuída, o possuidor continua sendo protegido pela lei e acabará tendo direito a aquisição da coisa, por meio do instituto da usucapião. A *jus possessionis* é um direito que se configura quando alguém instala em um imóvel e se mantém por um ano e um dia, somente perdendo a posse depois deste tempo na via judicial. Já a *jus possidendi* é o direito à posse, dado ao portador do título transcrito. Em ambos a posse é garantida contra atos de violência, para garantir a paz social.²⁷

Existem duas teorias sobre a posse: a teoria subjetiva (clássica) de Savigny e a teoria objetiva de Ihering. Para a teoria subjetiva a posse é o poder que a pessoa tem de dispor de uma coisa, com a intenção de tê-la para si e defendê-la de

²⁷ GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito civil* 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 344.

terceiros, apresentando dois elementos constitutivos: *corpus*, o controle material da pessoa sobre a coisa e o *animus*, a intenção do possuidor de ter a coisa como se dono fosse. *Corpus* sem *animus*, para a teoria subjetiva, trata-se de mera detenção. Assim, para a teoria subjetiva, a posse é vislumbrada como uma situação fática que merece tutela jurídica, decorrente da necessidade de proteção a pessoa, manutenção da paz social e estabilização das relações jurídicas. Para a teoria objetiva, a posse é o mero exercício da propriedade, sendo a posse o poder de fato e a propriedade o poder de direito sobre a coisa. A posse não seria autônoma, e sim um meio que conduz a propriedade, é a exteriorização e complemento necessário à proteção da propriedade e tem como fundamento a defesa da propriedade. Ihering não reconhece o elemento *animus*, que para ele está implícito no poder de fato exercido sobre a coisa. Não é o elemento psicológico que a define, mas a forma como o poder fático do agente sobre ela revela-se exteriormente, e a posse não existe sem existir a propriedade. A teoria objetiva é um avanço em relação à subjetiva, pois os meros detentores são possuidores e recaem sobre o bem e não sobre o direito. Para Ihering, a detenção é uma posse desqualificada²⁸. O ordenamento jurídico nacional acolheu a teoria objetiva de Ihering, onde a posse é qualificada como a conduta de dono.

A Constituição Federal acolheu a posse nos artigos 5º., XXIII²⁹, pelo princípio da função social da propriedade e nos artigos 182³⁰ e 183³¹, que tratam da política

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35-39.

²⁹ 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:
[...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...]

³⁰ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

urbana, com as regras atinentes à usucapião urbana e rural. O Código Civil regulamenta a posse nos artigos 1.196 a 1.227. O artigo 1.196 conceitua o possuidor como sendo todo aquele que tem de fato o exercício pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade³². A posse é assim definida por Caio Mário da Silva Pereira:

Nem todo estado de fato, relativamente à coisa ou a sua utilização, é juridicamente posse. Às vezes o é. Outras vezes não passa de mera detenção, que muito se assemelha à posse, mas que dela difere na essência, como nos efeitos. Aí é que surge a doutrina, com os elementos de caracterização, e com os pressupostos que autorizam estremar uma de outra.³³

A posse classifica-se em:

- a) posse direta ou imediata, posse indireta ou mediata³⁴: o titular do direito real tem a posse indireta ou mediata, enquanto que o terceiro tem a posse direta ou imediata, ou seja, o proprietário exerce a posse indireta, enquanto quem ocupa o imóvel, por exemplo, o locatário, tem a posse direta;
- b) posse justa e posse injusta³⁵: Posse justa é a isenta de vícios e adquirida legitimamente, que não seja violenta, clandestina ou precária, enquanto que na posse injusta, esta foi adquirida com vícios, de forma violenta ou clandestina ou por precariamente;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

³¹ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

³² Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, , Vol. IV, p.17.

³⁴ Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

³⁵ Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

- c) posse de boa-fé e posse de má-fé³⁶: Na posse de boa-fé, o possuidor ignora o vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa, existindo a crença do possuidor em se encontrar em uma situação legítima, já na posse de má-fé, o possuidor sabe que existe o vício, ou seja, o que as distingue é a posição psicológica do possuidor;³⁷
- d) posse nova e posse velha: A posse nova configura-se com de menos de ano e dia e a posse velha configura-se como de ano e dia ou mais;
- e) posse natural e posse civil ou jurídica: A posse natural se constitui pelo exercício de poderes de fato sobre a coisa ou que se assenta na detenção material ou efetiva da coisa³⁸, enquanto que a posse civil ou jurídica é a que se adquire por força de lei, através de título como a escritura pública;
- f) posse *ad interdicta* e posse *ad usucapionem*: A posse *ad interdicta* pode ser defendida pelos interditos possessórios quando molestada, mas não leva a usucapião e a posse *ad usucapionem* é a que se prolonga por um tempo definido em lei e que defere a seu titular a aquisição do domínio, capaz de gerar o direito de propriedade, gerando a usucapião;
- g) posse *pro diviso* e posse *pro indiviso*: Na posse *pro diviso* pode se estabelecer uma divisão de fato do bem para utilização pacífica de cada um, enquanto que na posse *pro indiviso*, todos ao mesmo tempo, exercem a posse sobre a totalidade da coisa.

Qualquer modo de aquisição em geral é idôneo para a aquisição da posse, e são classificados em: originários, quando não há relação com a posse anterior e quando não há consentimento do possuidor precedente³⁹ e derivados, quando há anuência do possuidor anterior e transmissão da posse ao adquirente. A posse originária não traz os vícios da posse anterior, ao contrário da posse derivada, que vem eivada de vícios. A posse pode ser adquirida pela pessoa que a pretende, e

³⁶ Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

³⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

³⁸ FRANCA, Rubens Limongi. *A posse no Código Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1964, p. 18.

³⁹ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. atual. Por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 66.

sendo incapaz, pelo seu representante legal ou convencional ou por terceiro sem mandato, que depende de ratificação. Perde-se a posse quando termina o poder sobre o bem, mesmo contra a vontade do possuidor.

A função social da posse se projeta no instituto da usucapião, reconhecendo-se que a posse qualificada pelo elemento tempo cumpre seu papel social ao permitir a redistribuição da propriedade de forma originária. A função social da posse está configurada no artigo 1.228 do Código Civil, onde o proprietário pode ser privado da coisa nos casos de desapropriação, de utilidade pública ou interesse social e de requisição, de iminente perigo público e de posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, e por um número considerável de pessoas que houver realizado obras e serviços de interesse social e econômico relevante. A evolução jurisprudencial também é de vital importância para o reconhecimento da função social da posse, com a tese vitoriosa do Superior Tribunal de Justiça – STJ, pela Súmula 84⁴⁰. Assim Fredie Didier Junior entende sobre a tutela da posse:

Ao tutelar a posse, o legislador busca valorizar, ainda, o sujeito que de fato exerce os poderes inerentes ao domínio, protegendo aquele que explora economicamente a coisa, seja trabalhando, seja residindo no bem possuído. Essa é a razão pela qual se criam as figuras especiais de usucapião, constitucionalmente previstas nos arts. 183 e 191 da CF/88, e a aquisição forçada da propriedade em razão da posse-trabalho, prevista no §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil.⁴¹

A posse mansa, pacífica e ininterrupta por um lapso de tempo estipulado pelo legislador, mesmo sem justo título e boa-fé, dá origem ao instituto da usucapião, uma forma de dar função social a propriedade para quem dela cuida e efetivar o direito à moradia, princípios fundamentais no rol dos direitos sociais constitucionais.

2.2 A usucapião

O instituto da usucapião está previsto no ordenamento jurídico nos artigos 183 e 191 da Constituição Federal, nos artigos 1.238 a 1.244 do Código Civil, nos artigos 1º a 3º da Lei n. 6.969/1981 e nos artigos 9º e 10 da Lei n. 10.257/2001

⁴⁰ BRASIL. Corte Especial, julgado em 18/06/1993, DJ 02/07/1993, p. 13283. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em 20 fev. 2016.

Súmula 84. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie. *A função social da propriedade e a tutela processual da posse*. Disponível em: <<http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>>. Acesso em 21 fev. 2016.

(Estatuto da Cidade). Trata-se de uma forma de aquisição da propriedade pela posse continuada por um certo período de tempo e pelo atendimento de requisitos previstos legalmente. Há várias espécies de usucapião previstas no ordenamento jurídico, tanto na Constituição Federal como no Código Civil, cada uma com requisitos próprios, e a usucapião familiar, objeto de nosso estudo, é a mais nova espécie de usucapião criada por lei.

2.2.1 Definição de usucapião

A usucapião é uma forma originária de aquisição da propriedade, desde que cumpridos requisitos instituídos em lei: coisa hábil (*res habilis*), posse (*possessio*), tempo (*tempus*), sendo irrelevante a existência de boa-fé (*bona fides*) e justo título (*títulus*).

A definição tradicional é a de Modestino, calcada na de Ulpiano: *Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definit*, ou seja, é o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante um certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos em lei⁴². É uma aquisição do domínio pela posse prolongada⁴³. É a modalidade de aquisição originária da propriedade, móvel ou imóvel, e de outros direitos reais, tendo um caráter duplo: ao mesmo tempo que o possuidor adquire o domínio da coisa, o proprietário a perde. Forma-se com a posse ininterrupta da coisa durante um determinado tempo de acordo com a sua modalidade, sendo que no momento em que o prazo se completa ocorre a aquisição da propriedade⁴⁴. A existência do instituto é justificada como consolidação de uma situação jurídica por ter a posse sem contestação, em nome da segurança jurídica:

Por outro lado, é racional, econômico e justo que a posse reiterada de uma pessoa sobre certo bem, quando ninguém se opõe a essa situação, implique a atribuição ao possuidor do direito de propriedade. Como afirmado no estudo da prescrição, o decurso de tempo consolida situações jurídicas. A aquisição da propriedade por meio da usucapião, importa essa consolidação. Por ter a posse da coisa, sem contestação, o possuidor torna-se seu proprietário. Esvai-se, então, o desconforto da ordem jurídica.⁴⁵

⁴² Cf. DIGESTO, Livro 41, Tit. III, fr.3, *apud* RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 988.

⁴⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil – direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, Vol. 4, p 111-112.

⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – direito das coisas – direito autoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

Majoritariamente é considerada como um modo originário de aquisição da propriedade, pois para o titular é considerado um direito novo, sem vinculação com seu predecessor, que se existir, não será o transmitente da coisa⁴⁶. Considera-se um modo originário de aquisição, visto que extingue o direito de propriedade do antigo titular e não se estabelece nenhum vínculo entre ele e o possuidor que o adquire. Nesta relação jurídica não ocorre transmissão de direito, pois quando nasce o direito de propriedade para o prescribente, desaparece o histórico da matrícula do imóvel, pela constituição de uma nova matrícula e o gravames e outros direitos reais menores desaparecem com a aquisição da nova propriedade. Parte da doutrina considera a usucapião um modo derivado de adquirir a coisa, sob o fundamento de não há direito novo, há uma substituição dos direitos do antigo titular antes de ser usucapido⁴⁷. Maria Helena Diniz entende que:

A usucapião é um direito novo, autônomo, independente de qualquer ato negocial provindo de um possível proprietário, tanto assim que o transmitente da coisa objeto de usucapião não é o antecessor, o primitivo proprietário, mas a autoridade judiciária que reconhece e declara por sentença a aquisição por usucapião.⁴⁸

No que se refere à natureza jurídica do instituto, defende-se sua autonomia apesar das afinidades com a prescrição, de acordo com o sistema alemão, fundado na tradição romana em que a usucapião tem vida própria, seguido pelo Código Civil⁴⁹. O instituto é considerado como modalidade aquisitiva da prescrição, mas que predomina o entendimento doutrinário da sua autonomia⁵⁰. Considera-se como prescrição aquisitiva, diferindo da prescrição extintiva, tratando-se de espécies do mesmo gênero⁵¹. Assim entende Orlando Gomes:

Parte da doutrina a conceitua como espécie de prescrição. Ao lado da prescrição extintiva ou liberatória, estaria da prescrição aquisitiva ou positiva. Seriam espécies do mesmo gênero.

⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil – 3- direito das coisas*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

⁴⁷ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.180.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, direito das coisas*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179.

⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil – 3- direito das coisas*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

⁵⁰ NADER, Paulo. *Curso de Direito civil – direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, Vol. 4, p. 112.

⁵¹ WALD, Arnaldo. *Direito civil 4 – direito das coisas*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

A essa maneira de ver conduz a existência de elementos comuns. Mas é incorreta. A tese da autonomia da usucapião é hoje defendida com sólidos fundamentos, estando consagrada nas legislações modernas.⁵²

Somente bens particulares podem ser usucapidos, enquanto que bens públicos, tanto patrimoniais como dominiais não podem ser abrangidos pelo instituto. Relevante que terrenos da marinha e terras devolutas não comportam usucapião, posição consolidada na Constituição em vigor.

O instituto da usucapião justifica-se nos fatores de segurança jurídica e justiça social. Com o advento do conceito de função social da propriedade, o descaso e a negligência do proprietário que abandona um imóvel, preocupa a sociedade, em face do crescimento populacional, com a necessidade de aproveitamento útil e produtivo das terras e edificações. Em contrapartida, o possuidor que se apropria da coisa e a mantém publicamente, revela seu interesse em aproveitar sua utilidade⁵³. Justifica-se também como uma forma de punição ao proprietário da coisa que não lhe deu a destinação devida, porém assim justifica-se a perda da coisa, mas não sua aquisição pelo novo proprietário. Para outros, seria um prêmio para quem valorizou a coisa, mesmo que não seja produtivo. Argumenta-se com a segurança jurídica e a legalização das situações de fato já consolidadas. Conclui que a usucapião atende à necessidade de segurança e à valorização do trabalho.⁵⁴

Não há um consenso doutrinário sobre a determinação do fundamento da usucapião, e as opiniões se dividem em duas correntes: a subjetiva e a objetiva. As teorias subjetivas partem da presunção de que há intenção do proprietário, pela sua inércia, de renunciar ao bem, e há o propósito de abandoná-lo. A crítica a esta corrente é de que presumir a intenção do dono de renúncia é desconhecer a natureza humana. Orlando Gomes cita Lafayette: “a negligência do proprietário não é propriamente uma razão determinante da prescrição aquisitiva”. Já as teorias objetivas prezam pela segurança jurídica e estabilidade à propriedade, pois terminar com as incertezas da propriedade é a razão final da usucapião. As teorias objetivas

⁵² GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 179.

⁵³ NADER, Paulo. *Op.cit.*, p. 117-119.

⁵⁴ WALD, Arnaldo. *Op.cit.*, p. 216.

são mais coerentes e remetem o instituto ao exercício da função social da propriedade.⁵⁵

Na realidade, o fundamento do instituto é de que todo imóvel deve possuir uma função social, deve ser usado pelo seu proprietário com a finalidade de gerar alguma utilidade, que não pode deixar o bem abandonado. A negligência do proprietário com os seus bens pode levá-lo a perdê-lo, com se a ele renunciasse, se houver um possuidor que esteja lhe dando uma destinação justa, mansa e pacífica, zelando pela função social da propriedade, um direito fundamental expresso na Constituição Federal, por um tempo determinado. Assim, uma situação de fato é transformada em uma situação de direito, pois o interesse principal é a sociedade, levando à paz social e a solução dos conflitos sociais. Não há necessidade de o proprietário do imóvel ter o intuito de abandoná-la, mas é imprescindível que o possuidor tenha o intuito de dela cuidar, dando a propriedade possuída utilidade e conservando-a como se dele fosse.

2.2.2 Breve noção histórica da usucapião

O instituto da usucapião surgiu no direito romano a fim de proteger a posse do adquirente imperfeito, que é aquele que recebeu uma coisa sem as solenidades legais devidas. Podia originar-se da falta de solenidade essencial ou da ausência do direito⁵⁶. Os romanos logo perceberam graves problemas originados da incerteza do domínio, e tal instituto representou naquela sociedade uma verdadeira forma de aquisição da propriedade, desde que o titular demonstrasse a posse por um período de tempo, nas condições determinadas pela *ius civile*. Trata-se de um direito originário que não se confunde com a prescrição aquisitiva.⁵⁷

A origem da usucapião remonta a fase anterior à Lei das XII Tábuas, e foi regulado por esta lei, tanto para bens imóveis quanto para móveis, com o prazo de dois anos para os imóveis e um ano para os móveis, e posteriormente o prazo foi elevado para dez anos entre presentes e vinte anos entre ausentes. A exiguidade dos prazos iniciais deve-se à dimensão territorial de Roma. Com o crescimento da cidade, no período clássico, estes prazos foram estendidos. Não existiam outros

⁵⁵ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 181.

⁵⁶ WALD, Arnaldo. *Direito civil 4 – direito das coisas*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

⁵⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59-60.

requisitos para a aplicação do instituto e era discutível a exigência de boa-fé e justa causa⁵⁸. Ainda nesta primeira fase do seu surgimento, a posse não poderia ser obtida por atos de violência, precariedade ou clandestinidade. Não se podia usucapir a *res furtiva*, bens do tutelado, objetos incorpóreos e zonas limítrofes de prédios. O sujeito ativo somente poderia ser cidadão romano, sendo proibido estrangeiros usucapirem e a *res* devia possuir valor econômico.⁵⁹

Com o crescimento de Roma e a conseqüente complexidade das relações sociais que se impunha, foi necessário aperfeiçoar-se o instituto. Com a *praescriptio*, o prazo aumentou para 10 anos para os presentes e 20 anos para os ausentes. O seu campo de aplicação ficou restrito por várias leis, como a Lei *Atínia*, que proibiu a usucapião de coisas furtivas, tanto para o ladrão como para o receptador, as Leis *Júlia* e *Pláucia* proibiram para coisas violentas e a Lei *Scribonia* proibiu a usucapião de servidões prediais. Inicialmente somente poderia ser invocada pelo cidadão romano, sendo que posteriormente estendeu-se em favor do peregrino⁶⁰, com o preenchimento de duas condições: justo título e boa-fé.

Coexistiam dois institutos: a *usucapio* e a *praescriptio*. A *usucapio* com o prazo mais curto e a *praescriptio* com o prazo mais longo. Com Justiniano, os dois institutos foram unificados, a *usucapio* ficou apenas para a aquisição de bens móveis, com o prazo de 3 anos e a *praescriptio longi temporis* para imóveis em terrenos orientais, com boa-fé e justo título, prazo de 10 anos para presentes e 20 anos para ausentes. Surge a usucapião extraordinária, que é a *praescriptio* para possuidor com 30 anos de justo título e boa-fé, estendido para 40 anos se os bens fossem da Imperatriz, do Imperador, do Fisco, da Igreja e os destinados a *piae causae*.⁶¹

2.2.3 A usucapião no direito brasileiro

A usucapião no direito brasileiro teve como precedente histórico a Consolidação de Teixeira de Freitas, cujo projeto não foi acolhido no Código Civil de

⁵⁸ Ibidem, p. 60.

⁵⁹ Ibidem, p. 60-61.

⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil – 3- direito das coisas*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144.

⁶¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67-68.

1916, mas constituiu-se em um monumento legislativo de grandeza ímpar⁶². Nesta consolidação já se previa a prescrição extintiva e a prescrição aquisitiva, com base nas Ordenações Filipinas e leis extravagantes. No que tange à prescrição aquisitiva, previa-se que o possuidor de má-fé jamais podia prescrever e também da impossibilidade de prescrição de bens e servidões públicas.⁶³

Até a publicação do Código Civil de 1916, havia três espécies de usucapião: a prescrição ordinária, que se consumava em 3, 10 ou 20 anos, a prescrição extraordinária, que se completava em 30 ou 40 anos e a prescrição imemorial, que era uma presunção de aquisição, onde testemunhas de duas gerações deviam atestar o prazo de 40 anos. Com o advento do Código Civil de 1916, aboliu-se a prescrição imemorial, substituindo-a pela ordinária, com prazo de 10 anos para os móveis e 30 anos para os imóveis. A Lei n. 2.437/1955, nos seus artigos 550, 551, 619 e 689 estabeleceu as várias formas de prescrição e usucapião até a entrada em vigor do atual Código Civil. O STF editou a Súmula 445⁶⁴ para dirimir as controvérsias quanto ao prazo prescricional.

No que tange à evolução constitucional do instituto, a Constituição de 1934, no artigo 125⁶⁵, introduziu a usucapião rural ou *pro labore*, que foi reproduzido no artigo 148 da Constituição de 1937 e no artigo 156, §3º da Constituição de 1946. Houve omissão do instituto nas Constituições de 1967 e Emenda 1/1969, porém a Lei 4.504 não retirou esta modalidade do mundo jurídico. A atual Constituição Federal prevê duas espécies de usucapião, sendo uma urbana prevista no artigo 183⁶⁶ e outra rural prevista no artigo 191⁶⁷, que serão analisadas junto com as

⁶² Ibidem, p. 74.

⁶³ Ibidem, p. 75.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 25 mar. 2016
Súmula 445: A L. 2.437, de 7.3.55, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1.1.56), salvo quanto aos processos então pendentes.

⁶⁵ Art 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

⁶⁶ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

demais espécies previstas no Código Civil: a extraordinária no artigo 1.238, a ordinária no artigo 1.242, a especial rural no artigo 1.239, a especial urbana no artigo 1.240 e a familiar no artigo 1.240-A.

2.2.4 A usucapião no direito comparado

Tanto nos ordenamentos jurídicos europeus, quanto nos latino-americanos, o instituto da usucapião encontra-se codificado, e todas suas modalidades encontram-se caracterizadas pela existência ou não de justo título e boa-fé e pelo decurso de lapso temporal. Faz-se uma breve exposição do instituto pelos principais ordenamentos jurídicos que influenciam o ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁸

No direito alemão, que influenciou sobremaneira várias legislações, e em especial no Brasil, o instituto da usucapião está previsto no BGB (arts. 900, 927 e 937), com a possibilidade do possuidor com posse de 30 anos que tenha agido como dono, de excluir os direitos do proprietário sobre o terreno, condicionando a aquisição da propriedade ao seu registro. Caso um terceiro se manifeste como proprietário, com um assento no Registro de Imóveis e antes da inscrição da sentença, sua eficácia será obstada em face do impugnante, revelando o caráter de proteção ao terceiro de boa-fé.

No direito francês, o Código Civil não usou o termo usucapião para regular a aquisição por posse prolongada. Até o ano de 2008 havia um tratamento unificado para a posse e prescrição, que era alvo de muitas críticas. A Lei n. 2008-561/2008 separou o tratamento da prescrição extintiva e a prescrição aquisitiva ganha nova previsão. A posse aproximou-se da teoria subjetiva, e tem como elemento fundamental o *animus domini*. Todos os bens são passíveis de usucapião, exceto os que estão fora do comércio: sujeitos ao domínio público, pertencentes ao patrimônio histórico e a propriedade literária (Art. 2.260). Os que ocupam um bem a título precário não possuem autorização para usucapir (art. 2.266). A posse deve ser livre de vícios (art. 2.261) e o tempo pode ser de 30 anos, somente com os requisitos

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

⁶⁷ Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

⁶⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 86-112.

gerais de posse e tempo; e de 10 anos, com os requisitos específicos de justo título e boa-fé, sendo que a boa-fé somente será exigida na fase inicial e não em todo o período para a sua consumação (art. 2.272). A boa-fé é presumida (art. 2.274) e o justo título é o documento hábil para transmissão plena da propriedade, sendo vedada a transmissão quando o título for putativo (art. 2.273).

No direito português o Código Civil prevê expressamente a usucapião como um modo de aquisição da propriedade e dá eficácia *ex tunc* à sentença (art. 1.288). Permite a usucapião ao compossuidor (art. 1.291), nos moldes da usucapião coletiva do direito brasileiro. Há previsão de três situações de usucapião: posse com justo título e registro (art. 1.294), com prazo de 15 anos para possuidor de má-fé e de 10 anos para possuidor de boa-fé; posse com registro de mera posse (art. 1.295), onde o prazo é de 10 anos para possuidor de má-fé e de 5 anos se a posse for contínua e de boa-fé, sendo que o registro de mera posse depende de pronunciamento judicial que reconheça ao possuidor esta situação jurídica; e posse sem registro (art. 1.296), com prazo de 20 anos para possuidor de má-fé e de 15 anos para possuidor de boa-fé.

No direito italiano há previsão no Código Civil de usucapião de bens imóveis e direitos reais imobiliários, com a posse contínua de 20 anos, e caso tenha adquirido de um proprietário putativo e estando de boa-fé, o prazo se reduz a 10 anos (arts. 1.158 a 1.167). É reconhecida a usucapião para a pequena propriedade, nos mesmos moldes de usucapião especial rural ou urbana do ordenamento jurídico brasileiro. Considera-se interrompida a prescrição pela perda da posse por mais de um ano.

No direito espanhol, o Código Civil trata as prescrições aquisitiva e extintiva em conjunto (arts. 1.930 a 1.939) e a capacidade para usucapir condiciona a aquisição de bens e direitos pela prescrição à capacidade jurídica do sujeito ativo (art. 1.931). Não há restrição ao bem objeto da usucapião (art. 1.936). Há duas espécies previstas: a ordinária (art. 1.940) com justo título e boa-fé e lapso temporal de 10 anos entre presentes e 20 anos entre ausentes (art. 1.940 e 1.957); e a extraordinária, onde não há necessidade de justo título e boa-fé, com lapso temporal de 30 anos entre presentes e ausentes (art. 1.959).

No direito argentino, com o Código Civil em processo de transição, a perda e aquisição de direitos reais e pessoais é disciplinada pelo instituto da prescrição. O regime geral de usucapião está disciplinado no art. 2.656 remetido ao art. 1.897 do novo Código. Há dois tipos de prescrição aquisitiva: *prescripción adquisitiva breve*, com justo título e boa fé e período de 10 anos; e a *prescripción adquisitiva larga*, sem necessidade de justo título e boa-fé e com prazo de 20 anos, exigindo-se a posse prolongada e contínua do imóvel. Na usucapião *breve* a sentença é declaratória e na usucapião *larga*, trata-se de ação constitutiva (art. 1.905). Há grande preocupação em proteger o terceiro de boa-fé em especial quanto ao efeito retroativo da sentença declaratória.

No direito chileno, o Código se refere a prescrição em geral, com a previsão conjunta a prescrição aquisitiva e extintiva. O sistema prevê duas modalidades: a usucapião ordinária, com posse regular e contínua para 5 anos para os imóveis e não há menção ao justo título e boa-fé (art. 2.507); e a usucapião extraordinária, onde não se exige título e o prazo é de 10 anos (art. 2.509).

Observa-se que em nenhum dos ordenamentos jurídicos pesquisados trata-se a usucapião familiar nos moldes da prevista no ordenamento jurídico nacional.

2.2.5 Requisitos gerais da usucapião

Cada espécie de usucapião prevista no ordenamento jurídico possui características e requisitos próprios, porém existem requisitos comuns a todas as espécies, quais sejam: a posse, a pessoa, a coisa e o tempo.

A posse (*possessio*) é o elemento central da usucapião e pode ser exercida pelo próprio usucapiente, seu representante, procurador ou terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. A posse *ad usucapionem* deve ser mansa e pacífica, sem oposição, pública, contínua e não pode haver contestação da posse durante o período aquisitivo. A posse não pode ser dar de forma violenta ou clandestina, ou seja, tem que ser justa, de acordo com o que dispõe o artigo 1.200 do Código Civil. Se a posse é perturbada pelo proprietário, que reclama seu direito, não há requisito para a usucapião, pois a lei exige que a posse seja sem oposição, de maneira contínua e incontestada. Pressupõe o *animus domini*, ou seja, o possuidor deve exercer o seu poder com a intenção de dono, precisa comportar-se como

proprietário. Quanto a *accessio possessiones*, na sucessão a título universal os herdeiros continuam na posse sem qualquer solução de continuidade e na sucessão a título singular não ocorre a soma das posses se a anterior foi de má-fé. Desta forma a soma de períodos não é absoluta, sendo que algumas modalidades esta possibilidade não é permitida.

Quanto à pessoa (*persona habilis*), podem usucapir tanto a pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeiro, havendo restrição apenas quanto à capacidade de fato em relação aos absolutamente incapazes, de acordo com o Código Civil.⁶⁹

A coisa (*res habilis*) deve ser certa e determinada, e há necessidade que o bem móvel, semovente ou imóvel e possa ser individuado e materializado na posse do usucapiente. Os bens públicos não podem ser usucapidos, pois são inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis, conforme previsão expressa no artigo 102 do Código Civil: “Os bens públicos não estão sujeitos à usucapião”. São considerados bens públicos os que estejam no domínio da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, autarquias e fundações de direito públicos, além dos afetados à prestação de serviços públicos. Existe divergência sobre se as terras devolutas podem ser usucapidas, pois exceto a faixa de cento e cinquenta quilômetros de largura ao longo das fronteiras, essas terras pertencem aos Estados, por força do artigo 26, IV, da Constituição Federal. Existe outro entendimento doutrinário que as pessoas jurídicas do direito público podem usucapir bens de domínio particular. Também não estão sujeitos à usucapião as coisas fora de comércio, exceto as alienáveis por disposição testamentária ou convenção *inter vivos*, como também os objetos furtados. No fideicomisso⁷⁰ existe possibilidade de usucapião apenas em relação ao fiduciário, que se encontra na posse da coisa.

O tempo (*tempus*) tem importância vital na usucapião, haja vista que sua caracterização depende da inércia prolongada do proprietário, que permite a transformação de uma situação fática em jurídica em favor do possuidor. Trata-se de

⁶⁹ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

⁷⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016. Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

uma forma de proteção ao proprietário, pois durante o prazo permite-se que se tome todas as medidas necessárias para não se perder o objeto⁷¹. É exigido para todas as espécies, e é estabelecido de acordo com cada uma, e em caráter geral deve ser contínua e sem oposição. O legislador estabelece a duração de cada modalidade pela importância econômica do objeto e pela justiça social, exigindo menor tempo de quem faz do local sua morada e campo de trabalho. A posse de boa-fé ou de má-fé estabelecem diferentes tempos para a aquisição por usucapião. A junção de posses é permitida, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, como estabelecem os artigos 1.207 e 1.243 do Código Civil.

2.2.6 Espécies de usucapião previstas no ordenamento jurídico

A Usucapião Extraordinária está prevista no artigo 1.238, *caput*, do Código Civil, fundamentada no decurso de tempo que causa a prescrição aquisitiva e caracterizada pela posse contínua, mansa e pacífica do bem e com decurso de prazo mínimo de 15 anos ininterruptos. Não há necessidade de demonstração de justo título e boa-fé. É a modalidade com exigência de tempo maior para a consumação da usucapião. O artigo 1.238, parágrafo único, admite a prescrição aquisitiva minorada para o possuidor que deu destinação ao imóvel que atenda a função social da propriedade, caracterizada por um decurso de 10 anos ininterruptos e ter o possuidor constituído no imóvel sua moradia habitual, ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

A Usucapião Ordinária está prevista no artigo 1.242 do Código Civil, *caput*, é caracterizada pela posse contínua, mansa e pacífica do bem e com decurso de prazo mínimo de 10 anos ininterruptos. Há necessidade de demonstração de justo título e boa-fé. Exige-se a existência de justo título (compra e venda, permuta, dação em pagamento, doação, adjudicação, legado, arrematação, dentre outros), ato translativo que ainda não produziu efeitos jurídicos pretendidos de transmissão de propriedade e boa-fé, que deve existir desde a aquisição da posse até a obtenção da propriedade. A existência de boa-fé sem justo título não possibilita a usucapião.

O artigo 1.242, parágrafo único, admite a prescrição aquisitiva minorada para o possuidor, com decurso de 5 anos ininterruptos, no caso de aquisição onerosa do

⁷¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 220.

imóvel com base em registro regular, posteriormente cancelado que tenha estabelecido moradia no imóvel ou realizado investimentos de interesse social ou econômico.

A Usucapião Especial Urbana Residencial Individual ou Constitucional Urbana Individual está prevista no artigo 183 e §§ da Constituição Federal, no artigo 1.240 do Código Civil e nos artigos 9º, 11 e ss. da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Tem como fundamento beneficiar e possuidor que atendeu a função social da propriedade e a sanção ao proprietário que não a cumpre. Tem como requisitos, a posse contínua, mansa e pacífica do bem, área *usucapienda* de até 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, decurso de prazo mínimo de cinco anos, prova de que o possuidor se estabeleceu no imóvel para construir sua moradia e de sua família e a prova de que não possui propriedade de outro imóvel urbano ou rural. Pode ser concedido tanto ao homem quanto a mulher, tanto casados como aos que vivem em união estável. Está previsto no Estatuto da Cidade para fins de aquisição de propriedade individual e tem sua importância como forma de cumprir a função social da propriedade urbana.

A usucapião especial Urbana Residencial Coletiva ou Constitucional Urbana Coletiva ou de Imóvel Urbano para Pessoas de Baixa Renda está prevista no Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, artigo 10 e ss., para fins de propriedade conjunta (condomínio), decorrente da política urbana. Tem como requisitos a posse contínua, mansa e pacífica do bem, área *usucapienda* urbana com mais de 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, decurso de prazo mínimo de cinco anos ininterruptos, sejam os possuidores de baixa renda, prova de que os possuidores se estabeleceram para construir suas moradias, a impossibilidade de se identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, a prova de que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. O requerimento pode ser formulado por um, alguns ou todos os possuidores ou por associação de moradores dotada de personalidade jurídica própria, e acolhido o pedido, será deferido fração ideal do terreno a cada possuidor ou se houver acordo, frações diferenciadas, constituindo-se em um condomínio especial e indivisível, que somente poderá ser desfeito pela deliberação de pelo menos dois terços dos condôminos. Foi uma forma do legislador regularizar áreas urbanas ocupadas por grupos de pessoas com posse estabilizada,

sendo facilmente identificáveis nos grandes centros urbanos, com o objetivo de inserção socioeconômica desta parcela da população.⁷²

A Usucapião Especial Rural ou Constitucional Rural ou *Pro Labore* está prevista no artigo 191 da Constituição Federal, no artigo 1.239 do Código Civil e na Lei n. 6969/81, tem como fundamento o fato de o proprietário não der dado cumprimento à função social da propriedade e beneficiar o possuidor que atendeu. Se caracteriza por recair sobre imóvel rural e tem como requisitos a posse contínua, mansa e pacífica do bem, área *usucapienda* até 50 (cinquenta) hectares, decurso de prazo mínimo de cinco anos ininterruptos, a prova de estabelecimento no imóvel para moradia e para tornar o imóvel produtivo por seu trabalho e de sua família e a prova de que não possui outro imóvel urbano ou rural. Pode abranger, por exceção, as terras devolutas, desde que não seja área destinada à segurança nacional, aos silvícolas ou à proteção ambiental. Trata-se da posse qualificada pelo trabalho.

A Usucapião Especial Urbana Residencial Familiar ou de Imóvel Familiar, objeto específico deste estudo, está prevista no artigo 1.240-A do Código Civil e se caracteriza como a forma de aquisição de metade da propriedade urbana pertencente a ex-cônjuge ou ex-companheiro, pelo decurso de tempo de abandono do lar. Possui similaridade com a modalidade de usucapião urbana residencial individual, prevista no artigo 1.240 do Código Civil, no artigo 183 da Constituição Federal, além da previsão do artigo 9º do Estatuto da Cidade. Possui, além dos requisitos comuns as demais espécies de usucapião, que são a posse contínua, mansa e pacífica do bem, requisitos especiais, como área *usucapienda* de até duzentos e cinquenta (250) metros quadrados, decurso de prazo de dois anos, a exclusividade da posse direta como posse efetiva do interessado, a prova de que o possuidor se utiliza do imóvel para sua moradia ou de sua família, a boa-fé do possuidor, a prova de não propriedade de outro imóvel urbano ou rural e que não se beneficiou anteriormente do instituto. A nova espécie de usucapião está no âmbito do objeto deste trabalho e será detalhada no próximo item.

⁷² ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 355.

2.3 A usucapião familiar

A usucapião familiar é uma espécie de usucapião criada por intermédio de um programa do governo federal de incentivo à moradia, o programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV, como forma de efetivação a este direito social constitucional. O objetivo principal do instituto é o atendimento à função social da propriedade e o direito à moradia, em casos em que a dignidade da pessoa humana, princípio basilar e fundamental de todos os princípios e um dos objetivos da República Federativa do Brasil, é violado. Trata-se de um misto de direito real, devido à sua origem no tradicional instituto da usucapião, e de direito de família, pois trata-se de tutelar as relações familiares, em especial o cônjuge ou companheiro abandonado em seu lar. Trata-se também de uma interpenetração do direito público no direito privado, pois princípios fundamentais constitucionalizados são invocados, como a função social da propriedade e o direito à moradia, ambos inseridos no ramo do direito público, contrapondo-se a princípios basilares do direito de família, constitucionalizado no artigo 226 da Constituição Federal⁷³, em especial ao princípio da autonomia da vontade e da intervenção mínima do Estado no direito privado.

O instituto originou-se da Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009, que instituiu o programa de governo Minha Casa Minha Vida (PMCMV), alterada pela Lei n 12.424, de 16 de junho de 2011, que dispôs sobre importantes modificações na lei original e que, dentre os dispositivos incluídos, introduziu o artigo 1.240-A no Código Civil⁷⁴.

Há várias denominações para o instituto: usucapião familiar, usucapião especial urbana por abandono do lar, de imóvel familiar, usucapião conjugal, pelo abandono do lar. No âmbito deste trabalho, será denominado de usucapião familiar.

Dispõe o artigo 1.240-A do Código Civil⁷⁵ que aquele que exercer por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta e com exclusividade sobre imóvel urbano até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), cuja

⁷³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dívida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

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

propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O instituto refere-se a um programa de governo destinado a criar mecanismos de produção e aquisição de novas habitações para família de baixa e média renda, com o objetivo maior de dar efetividade ao direito fundamental social à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal⁷⁶. Como se pode verificar inicialmente, esta nova espécie de usucapião não tem muita relação com a matéria abordada pelo programa Minha Casa Minha Vida, uma vez que não se destina apenas a pessoas de baixa e média renda e não se trata de aquisição de novas habitações, como definido na lei criadora do programa. O valor protegido constitucionalmente pela lei são os direitos fundamentais à moradia e à função social da propriedade, ambos previstos na Constituição Federal. É de se ressaltar que a lei criadora do instituto possui dispositivos de defesa da mulher, como a regra da regularização fundiária de assentamentos urbanos de interesse social e interesse específico a concessão do título preferencialmente para a mulher, conforme previsto nos artigos 48, V e 58, § 2º da Lei 11.977/2009⁷⁷, bem como a excepcionalização do artigo 1.647 do Código Civil, quando dispõe que nos contratos de financiamento envolvendo gravame real com recursos do FGTS é desnecessária a outorga marital na hipótese em que a mulher for chefe de família, dentre outros dispositivos previstos⁷⁸. Esta preocupação que a legislação tem com a situação da mulher justifica a criação do instituto, que geralmente, é a mais propensa a ser abandonada com sua prole pelo homem.

A usucapião familiar guarda semelhança com a usucapião habitacional constitucional ou também denominada de urbana ou *pro moradia*, prevista no artigo 183 da Constituição Federal e no artigo 1.240 do Código Civil, com as características de o imóvel ser urbano, a área do imóvel não ser superior a 250 m²

⁷⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷⁷ Art. 48. Respeitadas as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, a regularização fundiária observará os seguintes princípios:

[...] V – concessão do título preferencialmente para a mulher.

Art. 58. A partir da averbação do auto de demarcação urbanística, o poder público deverá elaborar o projeto previsto no art. 51 e submeter o parcelamento dele decorrente a registro.

[...] § 2º O título de que trata o § 1º será concedido preferencialmente em nome da mulher e registrado na matrícula do imóvel.

⁷⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Usucapião familiar*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/12/09/usucapiao-familiar/>>. Acesso em 10 dez. 2015.

(duzentos e cinquenta metros quadrados), a utilização do imóvel se destinar para a própria moradia ou de sua família, a concessão apenas uma vez ao mesmo possuidor e o possuidor não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Porém, possui requisitos específicos e peculiares para sua espécie.

2.3.1 Requisitos específicos da usucapião familiar

A usucapião familiar contém características pertinentes a dois subsistemas normativos: a dos direitos reais e a do direito de famílias. O objetivo do instituto foi o de resolver um problema social ligado às relações familiares por meio de uma solução de estabilização social própria dos direitos reais, ou seja, a usucapião. Desta forma, além dos requisitos gerais admitidos para todas as espécies de usucapião, o instituto tem seus requisitos específicos, que guardam coerência e semelhança com seu instituto mãe.

2.3.1.1 O objeto

O objeto da usucapião familiar (*res habilis*) é a meação de imóvel urbano, terreno, casa ou apartamento, pertencente ao membro que abandonou o lar, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), utilizado para moradia do casal e de sua família. Neste enfoque, não se cogitou em imóvel rural como objeto do instituto, pois apenas privilegiou do Programa Nacional de Habitação Urbana – PNHU, previsto nos artigos 4º a 10º da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, como pela sua origem advinda de um programa de direito à moradia, com a justificativa de que o que reside em imóvel rural, utiliza-o para o seu trabalho e o seu sustento. Embora a lei regulamente de igual forma o Programa Nacional de Habitação Rural – PNHR, nos artigos 11 a 17 da Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, a intenção do legislador foi a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. No imóvel rural o membro abandonado tem como trabalhar e suprir suas necessidades básicas de sobrevivência no próprio imóvel. Porém sob a ótica do direito de famílias, quem mora em imóvel rural e é abandonado passa pelo mesmo dissabor tanto quanto quem reside em imóvel urbano.

Não são os membros da família desfeita que tem direito à aquisição do imóvel residencial, mas apenas o ex-cônjuge ou ex-companheiro, que diante da desídia do outro, permanece, com exclusividade e sem oposição, por dois anos na posse do

imóvel, com *animus domini*, nele residindo, salvo se o que abandonou o lar fizer alguma notificação demonstrando interesse ou disputa pela propriedade, e neste caso não se configurará a posse *ad usucapionem*. Observa-se na usucapião familiar uma *res habilis specialis*, haja vista que o bem que o usucapiente faz jus é a totalidade da cota parte do imóvel pertencente ao outro membro do casal.⁷⁹

Outro fato que se discute no âmbito da abrangência do instituto relaciona-se com a metragem do imóvel urbano. Mesmo em grandes cidades, como Brasília, um imóvel urbano tipo apartamento com 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), somente pode ser adquirido por pessoas com um poder aquisitivo alto. Então, a origem do instituto em um programa de governo que tem por objetivo a tutela e proteção de pessoas hipossuficientes e efetivação do direito à moradia perde um pouco do seu sentido. Entende-se que a lei privilegia os sentimentos decorrentes das relações familiares, não importando as condições financeiras do casal, apenas excluindo, neste caso, os efetivamente ricos ou mais abastados. Mas fica um questionamento: estes também possuem sentimentos, como o de abandono.

2.3.1.2 O tempo

O tempo (*tempus*) mínimo para a aquisição da usucapião familiar é de dois anos, mais exíguo que as demais espécies de usucapião. Este tempo é contado a partir da separação de fato, desde que o abandono do lar seja caracterizado, e, pela nova orientação dada pela proposição da VII Jornada de Direito Civil, relativo da Direito das Coisas, desde que o cônjuge ou companheiro abandonado assumira todos os encargos materiais próprios da condução da família⁸⁰. A separação de fato permite a contagem do início do prazo para que se caracterize a usucapião familiar, desde que se caracterize o abandono, e tem sido admitida como motivo para reconhecimento do fim da sociedade conjugal e do regime de bens⁸¹. O Superior Tribunal de Justiça - STJ decidiu em que na data em que se concede a separação

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, direito das coisas*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193-194.

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo e GONCALVES, Marcos Alberto Rocha. *Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-liceos-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas>>. Acesso em 17 fev. 2016.

⁸¹ SIMÃO, José Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <www.cartataforense.com.br/conteúdo/colunas/usucapião-familiar>. Acesso em 30 set. 2015.

de corpos, desfazem-se os deveres conjugais e o regime matrimonial de bens, retroagindo a esta data os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio.⁸²

O abandono do lar por dois anos, deve ser ininterrupto, em prazo corrido e sem nenhuma oposição, sem intervalos de idas e vindas e nem tentativas de reconciliação do casal. Qualquer fato ocorrido interrompe a contagem do prazo. Também não pode haver nenhuma manifestação do coproprietário de interesse em retomar a posse ou propriedade da habitação conjugal, seja por ação de divórcio, união estável, cumuladas com pedido de partilha de bens decorrente do regime de bens do casamento ou convivência, ação de reintegração de posse ou demanda de aluguéis, ou qualquer fato que possa demonstrar e interpretar que ele não se desinteressou da propriedade e descaracterize sua inércia, que é fato básico para a aquisição por usucapião em geral.

Questiona-se quanto à prévia necessidade da dissolução do vínculo conjugal para o início da contagem do prazo prescricional, pois de acordo com o artigo 197, I, do Código Civil, não corre a prescrição contra os cônjuges na constância da sociedade conjugal. De acordo com a redação literal da lei haveria prévia necessidade de dissolução do vínculo conjugal, já que o ex-cônjuge é aquele de quem é separado judicialmente ou divorciado. Entretanto, esta posição levaria a uma discriminação entre casamento e união estável, equiparados pela Constituição para todos os efeitos, pois a união estável pode ser dissolvida de fato sem necessidade de pronunciamento judicial. Então, neste caso, para a união estável, se contaria o prazo após a separação de fato, e para o casamento, após o divórcio. Assim, entende-se que se não houve separação de direito, a separação de fato é a data de início de contagem de prazo para aquisição da usucapião familiar, tanto para ex-cônjuge como para ex-companheiro.⁸³

⁸² 1.O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após decisão liminar de separação de corpos. 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1065209/SP*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 16/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1065209&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 21 mar. 2016).

⁸³ JATAHY, Maria Celeste Pinto de Castro. *A nova usucapião*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 16 – Direitos Reais. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_87.pdf>. Acesso em 03 out. 2015.

O abandono não pode ser registrado de maneira formal em cartório ou delegacia por meio de boletim de ocorrência, pois a complexidade do instituto agrava a determinação do *dies a quo* do prazo da usucapião, que deverá ser comprovado por outros meios, como testemunhas, fotografias ou outros dados concretos que caracterizem o abandono, sendo este um ônus do usucapiente⁸⁴. Depois de definido o *dies a quo* do abandono, sempre complexo, inicia-se a contagem do prazo de dois anos sem oposição alguma, surgiu a dúvida se pode ser contado prazo anterior ou apenas a partir da vigência da lei. O entendimento é que vigora o princípio da irretroatividade e da segurança jurídica. Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes sobre irretroatividade e os efeitos do casamento:

Quantos aos efeitos do casamento, a doutrina distingue os efeitos pessoais e patrimoniais. Quanto aos primeiros, as modificações da lei nova são suscetíveis de aplicação imediata, por isso que são situações jurídicas afastadas do âmbito dos bens pessoais ou patrimoniais de qualquer dos cônjuges, enquanto que, em relação aos segundos, dada a sua natureza patrimonial, há lugar para o princípio da irretroatividade.⁸⁵

Os Enunciados 496 e 497 do Conselho da Justiça Federal⁸⁶, deixam claro que o prazo somente pode ser considerado a partir da entrada em vigor da lei que estabelece a usucapião familiar, mas seu prazo pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual. A jurisprudência se posiciona neste sentido e conclui-se que a contagem do prazo de dois anos é a partir da separação de fato, e sempre a partir da vigência da lei, homenageando os princípios da irretroatividade e da segurança jurídica.⁸⁷

⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. São Paulo: *Jornal Carta Forense*. Ano III, n.31. Outubro/2011, p. 14 B. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>>. Acesso em 12 out. 2015.

⁸⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, Vol. I, p.173.

⁸⁶ BRASIL. *Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publica-coes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2016:

Enunciado n. 496: O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor.

Enunciado n. 497: A fluência do prazo de 2 anos previstos pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplado tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011.

⁸⁷ AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR - VIGÊNCIA - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - SENTENÇA CONFIRMADA. - O prazo de 02 anos da prescrição aquisitiva exigido pela Lei nº 12.424/11, deve ser contado a partir da sua vigência, por questões de segurança jurídica, vez que antes da edição da nova forma de aquisição da propriedade, não existia esta espécie de

2.3.1.3 A propriedade do imóvel

A propriedade do imóvel (*titulus*), entendida como o registro imobiliário, e não simples ato de posse, deve ser do casal, em comunhão decorrente do regime de bens do casamento ou da união estável, ou em condomínio. A posse comum não enseja o direito à usucapião.

Se um casal invadiu um imóvel urbano de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e reúne todas os requisitos da usucapião, se houver abandono por um deles por mais de dois anos, o direito à usucapião será de ambos, pois desta forma não se configura a usucapião familiar, que exige a co-propriedade do bem, assim, será uma ação de usucapião relacionadas às outras espécies legais previstas.

O imóvel pode pertencer ao casal em condomínio ou em comunhão. Se o casamento for pelo regime legal de comunhão parcial de bens ou união estável sem contrato que estipule regime contrário, e o imóvel for adquirido na vigência do relacionamento, há comunhão, e, portanto, possibilidade de usucapião familiar. Se o casamento for pelo regime de separação de bens ou o contrato de união estável estabeleça este regime, mas o imóvel foi adquirido pelo casal, cada um com seus recursos próprios, há condomínio, e, portanto, também possibilidade de usucapião familiar. Se o casamento for pelo regime de comunhão universal de bens ou o contrato de união estável estabeleça este regime, todos os bens de cada parte, adquiridos antes ou durante a união, há comunhão, e, portanto, possibilidade de usucapião familiar. Assim, existindo comunhão ou simples condomínio entre o ex-casal, o bem pode ser usucapido por um deles.⁸⁸

usucapião. Recurso não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0598.11.002678-1/001, Rel. Des.(a) Nilo Lacerda, 12ª Câmara Cível, pub. 23/04/2012)

⁸⁸ 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 da 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. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70063635593, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, J. 25/03/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815993/apelacao-civel-ac-70046304689-rs-tjrs>>).

A posse do imóvel de propriedade do casal pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro que ficou lá residindo, deve ser direta, com exclusividade e para sua moradia e de sua família. Não se configura a usucapião se a mãe e os filhos abandonados forem residir na casa dos avós e deixar o imóvel fechado ou alugado. Deve haver permanência pelo abandonado no imóvel objeto da usucapião, com a consequente assunção de todos os encargos materiais relativos ao imóvel.

Coloca-se a questão da posse direta pelo cônjuge que ficou no imóvel, pretendente a usucapir o bem em contraposição à posse indireta do cônjuge que abandonou o lar, que de acordo com o artigo 1.197 do Código Civil, não anula a posse indireta de quem esta foi havida de quem tem a coisa em seu poder. Segundo Luiz Edson Fachin, este fato impossibilitaria a usucapião, “uma vez que a posse direta jamais será *ad usucapionem*”⁸⁹. Posiciona-se que neste caso admitir a existência de posse direta implicaria preservar a posse, ainda que indireta, com o proprietário, impossibilitando-se a usucapião. Assim, o artigo deve ser interpretado “como se este mencionasse apenas posse, sem o desdobramento sugerido pelo termo “direta”, tecnicamente empregado: ali posse direta é pessoa concreta, efetiva”.⁹⁰

O enunciado n. 501 da V Jornada de Direito Civil⁹¹ esclarece a questão em relação a usucapião familiar. Assim, a posse direta do cônjuge que ficou residindo no lar só ou com sua família é considerada para todos os efeitos de usucapião familiar.

Quanto à proibição de propriedade de outro bem imóvel pelo usucapiente, o entendimento é de que esta situação se aplica apenas quando da aquisição por usucapião familiar, ou seja, se o adquirente já tiver tido a propriedade de outro imóvel anteriormente que não tenha sido por usucapião familiar, isto seria

⁸⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013, p. 851

⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. São Paulo: *Jornal Carta Forense*. Ano III, n.31. Outubro/2011, p. 14 B. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>>. Acesso em 12 out. 2015.

⁹¹ BRASIL. *Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 25 de março de 2016.

Enunciado n. 501: O conceito de posse direta referido no artigo 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.1.97 do mesmo Código.

irrelevante. Esta é a posição de Arnaldo Rizzardo⁹², ao comentar sobre a usucapião especial urbano: “sem significar que não possa ter sido proprietário em época anterior”.

2.3.1.4 O abandono do lar

A permanência do ex-cônjuge ou ex-companheiro no bem imóvel (*possessio*) deve ser ininterrupta e sem oposição. Ou seja, não poderão haver ações impetradas pela parte que abandonou o lar e que caracterizem a retomada da convivência no lar e na família. Desta forma, o proprietário tem que deixar de praticar atos que são inerentes à propriedade, como de uso, gozo e reivindicação da coisa, como efetivo não exercício de atos de posse. Se o proprietário que abandonou o imóvel tomar alguma medida judicial ou extrajudicial para sua manutenção, exclui-se a situação de abandono.

Exemplo clássico é ação proposta pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro para arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo da coisa comum ou que ação que propõe partilha do bem comum.⁹³

Outra questão bastante debatida pela doutrina é da mulher utilizar as medidas previstas no artigo 22 da Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, para sua proteção, ou seja: o afastamento do marido ou companheiro do lar, domicílio ou local de convivência com a com a ofendida; proibição de determinadas condutas, como a aproximação da ofendida, de seus familiares e testemunhas, com a fixação de limite mínimo de distância entre estes e o agressor; contato com a ofendida, familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; proibição de frequentar determinados lugares com a finalidade de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Neste caso, não há caracterização de abandono pelo ex-marido ou ex-companheiro, de modo a caracterizar a usucapião familiar, pois não foi um ato voluntário deste, mas uma imposição legal. No caso do artigo 23 da Lei Maria da Penha, o juiz pode determinar a recondução da ofendida e de seus dependentes no

⁹² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas: Lei n.º 10.406, de 10.01.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 298.

⁹³ SIMÃO, José Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <www.cartataforense.com.br/conteúdo/colunas/usucapião-familiar>. Acesso em 30 set. 2015.

domicílio, após afastamento do agressor, pode determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda de filhos e alimentos ou ainda determinar a separação de corpos. Assim, nos casos de incidência da Lei Maria da Penha, em especial aplicação dos artigos 22 e 23 da Lei, conclui-se que não há caracterização de usucapião familiar

Para se caracterizar a perda da propriedade do bem imóvel por usucapião familiar, o ex-cônjuge ou ex-companheiro deve ter abandonado o lar, conforme letra expressa da lei. Porém é necessário definir o significado de lar. Segundo o dicionário Michaelis⁹⁴, lar significa casa de habitação, família, a casa da família. Podem ocorrer casos em que o ex-cônjuge ou ex-companheiro abandone o imóvel, mas não abandone a família. Desta forma configura-se usucapião familiar? Entende-se que não, pois mesmo que a origem e o fundamento do instituto, originado de uma política pública habitacional de efetivação de direito à moradia e sua natureza de usucapião se relacione ao bem imóvel, o instituto também tem como objetivo a tutela da relação familiar. Assim dispõe Rolf Madaleno sobre o abandono do lar:

Não há abandono malicioso ou espontâneo quando o cônjuge se afasta da vivenda comum por ordem judicial compulsória de separação de corpos e tampouco quando um dos consortes foi expulso de casa por violência doméstica e fundado temor quanto à segurança de sua integridade física, moral ou psicológica, ou a de seus filhos. Como escreve Luiz Edson Fachin, o abandono deve ser interpretado no sentido de interromper a comunhão de vida conjunta e assistência financeira e moral, que compõe o núcleo familiar, renegando o dever de solidariedade e de responsabilidade para com a família.⁹⁵

O abandono não se caracteriza se o ex-cônjuge ou ex-companheiro que se distanciou fisicamente dá sinais de que não se afastou, demonstrando ações de cuidados e responsabilidades com a família, com relação a alimentos, seja pagando, ofertando, contestando e depositando a quantia estabelecida em juízo. Também não configura abandono se o cônjuge paga os tributos e taxas relativas ao imóvel, até porque estes gestos demonstram que apesar do distanciamento físico, não há desinteresse pelo imóvel e pela família, quer dizer, o “lar”. Pois assim o pressuposto

⁹⁴ Lar: **sm** (*lat lare*) **1** Lugar na cozinha em que se acende o fogo; lareira; fogão. **2.** Superfície do forno onde se põe o pão para cozer. **3** Face inferior do pão, que fica assente sobre a superfície do forno. **4** Torrão natal; pátria. **5** Casa de habitação. **6** Família. **sm pl** Nome dos deuses familiares e protetores do lar doméstico, entre os romanos e etruscos. **L. doméstico:** a casa da família. MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=lar>>. Acesso em 03 out. 2015.

⁹⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013, p. 849.

de coabitação não é exigência da união estável e o casamento não termina quando os cônjuges habitam casas diferentes. O conceito de abandono do lar é mais amplo, não se caracterizando apenas com a saída da casa, mas de ignorar a célula familiar e abdicar da família e tudo que ela representa.⁹⁶

Luiz Edson Fachin, com bastante propriedade, fala sobre a abrangência do termo “abandono do lar”, que não se trata de simples saída do lar, porque na atualidade a caracterização dos casamentos e uniões estáveis não dependem de coabitação para atender ao dever de vida comum⁹⁷. Para Luiz Edson Fachin:

[...] abandonar é abdicar, uma expressão de fato ou da liberdade vivida. Abandono, pois, deve ser interpretado no sentido de se interromper a comunhão de vida conjunta e a assistência financeira e moral àqueles que compõe o núcleo familiar, renegando o dever solidário de responsabilidade para com a família, o que faz com que a pessoa que deixou o lar por sofrer violência doméstica não se enquadre neste conceito de abandono.

O Enunciado 496 da V Jornada de Direito Civil prevê quanto ao abandono do lar, que este deve ser interpretado de maneira cautelosa, no sentido de que represente simultaneamente descumprimento de outros deveres conjugais, como o de assistência material, onerando o que ficou com a família na residência, arcando com todas as despesas, daí se justificando e fundamentando o instituto da usucapião familiar⁹⁸. Sustenta-se que o abandono deve ser tanto do imóvel como da família, conjugando-se estes dois fatores para a configuração do instituto. Trata-se da assunção, pela parte que ficou no lar, de todos os ônus materiais e morais relativos à família.

2.3.1.5 A situação matrimonial

Os co-titulares, aqui considerados ex-cônjuges ou ex-companheiros, que tenham o bem imóvel como único da família, como residência desta e em comunhão ou condomínio, devem estar separados de fato. A separação de fato significa o fim da comunhão entre os cônjuges ou companheiros, que não se valeram dos meios judiciais ou extrajudiciais para reconhecimento de que a conjugalidade teve um fim.

⁹⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013, p. 850.

⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. São Paulo: *Jornal Carta Forense*. Ano III, n.31. Outubro/2011, p. 14 B. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>>. Acesso em 12 out. 2015.

⁹⁸ *Ibidem*.

Questiona-se neste ponto: quando há separação de direito, com sentença de divórcio ou de dissolução de união estável transitada em julgado, mas sem a partilha de bens, e após esta sentença, o ex-cônjuge ou ex-companheiro abandona a família, incide a usucapião familiar? Entende-se que sim, se o mesmo se recusar a pagar pensão alimentícia estipulada em sentença e que não exerça suas prerrogativas e direitos inerente à guarda dos filhos, abandonando a família sem dar notícias. Neste caso entendemos que o prazo começa a partir do último ato do que abandonou o lar no processo, com a assunção, pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro abandonado, dos encargos matérias e morais da família.

Todas as espécies reconhecidas em nosso ordenamento jurídico como entidades familiares são reconhecidas pelo instituto, sejam heterossexuais ou homossexuais, estas com o julgamento procedente pelo Supremo Tribunal Federal da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277 e de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132, desde que preenchidos os requisitos do artigo 1.723 do Código Civil, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Assim, o Enunciado nº 499 da V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal prescreve que a usucapião familiar pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares⁹⁹. Quanto à denominação legal de ex-cônjuge ou ex-companheiro, o Enunciado n. 500 do STJ¹⁰⁰ elucida a questão, que corresponde à situação fática da separação, independente de divórcio.

2.3.1.6 A competência

Inicialmente foi reconhecido que a competência para o processamento da ação de usucapião familiar é da vara de família, pois há necessidade de se analisar

⁹⁹ BRASIL. *Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 25 de março de 2016.

Enunciado n. 499. 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 homoafetiva.

¹⁰⁰ BRASIL. *Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 25 de março de 2016.

Enunciado nº 500: As expressões ex-cônjuge ou ex-companheiro, contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independente de divórcio.

efetivamente se houve o abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro e por se tratar de efeito jurídico derivada da relação de casamento ou de união estável, seguindo o rito ordinário e não o rito especial das ações de usucapião previstas no atual Código de Processo Civil. Assim dispõe Rolf Madaleno:

É da vara de Família, onde houver, a competência para processar a ação de usucapião familiar, por tratar de efeito jurídico derivado da relação de casamento ou da união estável que se prorroga em razão da matéria, exigindo justamente o artigo 1.240-A do Código Civil que o imóvel a ser usucapido seja aquele utilizado pelo ex-casal como moradia familiar ou conjugal, não podendo o promovente da usucapião ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.¹⁰¹

A jurisprudência atual vem admitindo que a competência não é da vara de família, pois não se trata de uma ação sobre o estado das partes envolvidas, haja vista que não se discute a relação familiar, extinta por mais não se pesquisar a culpa nas separações. Assim, considera-se tratar de ação que visa à legitimação do domínio de imóvel e de um direito real de propriedade¹⁰². Desta forma, a questão da competência do processamento da ação de usucapião familiar ainda não está decidida pela jurisprudência.

2.4 Os fundamentos jurídico-constitucionais da usucapião familiar

Os direitos fundamentais estão postos nas Constituições e se originam de transformações ocorridas na sociedade, de acordo com as necessidades e demandas do homem, em consequência de sua existência, sobrevivência e desenvolvimento. Norberto Bobbio define os direitos fundamentais como direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos gradualmente, e de acordo com

¹⁰¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013, p. 852.

¹⁰² Conflito negativo de competência. Varas Cível e de Família e Sucessões. Usucapião Familiar. Ação de natureza real. Lide que não versa sobre estado da pessoa ou de inventário. Conflito conhecido. Competência da Vara Cível, Juízo Suscitado. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Conflito de Competência nº 0039763-23.2014.8.26.0000*, Relator Pinheiro Franco, Câmara Especial, J. 01/06/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessio nid=A5371F62E18C58FFE16E99BF856EC9F9.cjsg3>>. Acesso em 25 mar. 2016).

E acrescenta que “diante dos inúmeros requisitos cumulativos e a interpretação que se dá a cada um deles, dificilmente será usada como elemento de sanção a uma violação do dever matrimonial abandono imotivado do lar que não mais tem relevância no direito de família. Seu campo típico de incidência será a situação para a qual foi pensada a figura, qual seja, o da regularização fundiária de imóveis populares e que, durante o período de financiamento, um dos cônjuges ou companheiros desaparece sem deixar paradeiro conhecido” (PELUZO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2013).”

estas circunstâncias e modificações da sociedade¹⁰³. Os direitos fundamentais, são ao mesmo tempo, direitos subjetivos, pois outorgam aos titulares imporem seus interesses em face dos órgãos obrigados, e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, formam a base do ordenamento jurídico do Estado de Direito Democrático.¹⁰⁴

Está consolidada a existência de três dimensões de direitos fundamentais, evoluindo-se recentemente para mais duas dimensões. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que tem sua origem no liberalismo do século XVIII, com caráter individualista e de direitos negativos (abstenção estatal): são os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, e outros referidos como direitos civis e políticos. Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram no século XIX, quando se concluiu que os direitos de primeira dimensão precisavam serem efetivados e realizados. São os direitos sociais, culturais e econômicos, com direito à saúde, educação, trabalho, assistência social, e exigem prestações positivas por parte do Estado e são direitos individuais, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos ou difusos. Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgiram no século XX, e são referentes à solidariedade e fraternidade, com titularidade coletiva ou difusa, com o objetivo de proteger grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas, derivados da percepção mundial entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas e englobam desenvolvimento, meio ambiente, paz, autodeterminação dos povos, patrimônio histórico e cultural da humanidade e comunicação. A efetivação destes direitos tem estreita relação com o princípio fundamental da República Federativa do Brasil e um de seus valores: a dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 2º da Constituição Federal, com estreita relação com os direitos sociais.¹⁰⁵

A eficácia dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente se faz presente nas relações de família. O princípio da dignidade da pessoa humana,

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle da constitucionalidade como garantia da cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão; possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 191, p. 40-66, jan./mar. 1993.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 174-177.

estruturante de todo o sistema jurídico nacional, é o principal balizador das relações familiares e deve ser aplicado racionalmente. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho citam o filósofo Robert Alexy, que afirma sobre a aplicação de um princípio¹⁰⁶:

Nesse ponto, aliás, assiste razão ao grande filósofo da linguagem jurídica ROBERT ALEXY, quando afirma que, ao aplicar um princípio, o intérprete deve atuar consciente de que tem o ônus da argumentação jurídica, ou seja, a imperiosa tarefa de construir racionalmente o fundamento discursivo de incidência do referido preceito, não cabendo a simples transposição mecânica para o papel, sem direção nem sentido¹⁰⁷. Além da aplicação direta e imediata do princípio da dignidade da pessoa humana, o instituto da usucapião fundamenta-se no princípio da função social da propriedade e no direito social à moradia. Trata-se assim, da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais nas relações de direito privado.

Trata-se, assim, da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais nas relações de direito privado. Assim preleciona Pietro Perlingieri:

No âmbito da relevância do núcleo familiar na sociedade civil, assume especial importância o tema dos direitos fundamentais da pessoa. Normalmente, o ângulo visual a partir do qual ele é proposto é aquele de apresentar em formas separadas, de um lado, a família e os seus direitos originários e invioláveis, do outro, os direitos das pessoas que compõem o núcleo, de maneira a propor a primeira como elemento que condiciona os segundos e vice-versa: torne-se, como exemplo, as discussões acerca da influência que “razões de família” podem exercer sobre a liberdade religiosa ou de opinião política de um cônjuge em relação ao outro, ou, ainda, sobre escolhas políticas, religiosas ou afetivas do menor em contraste com a tradição familiar. Desse modo, atribui-se valor primário e prevalente ora aos direitos de família ora àqueles dos seus componentes, fazendo, respectivamente, prevalecer razões de seriedade, de solidariedade e de liberdade. O problema, a bem ver, não está na determinação dos fatores de conformação deste ou daquele direito fundamental, mas, antes, em tornar conciliáveis e compatíveis, na mesma formação social, exigências idênticas e/ou diversas, principalmente quando poucos são os instrumentos para a satisfação delas. A validade da composição deve ser extraída sempre da mesma tábua de valores constitucionalmente relevantes.¹⁰⁸

Além da aplicação direta e imediata do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, o instituto da usucapião familiar fundamenta-se nos princípios da função social da propriedade e no direito social à moradia, haja vista tratar-se de um instituto misto pertencente ao âmbito de direitos reais e do direito de famílias.

¹⁰⁶ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que esse pensamento de ROBERT ALEXY é desenvolvido em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica* (São Paulo: Landy, 2001).

¹⁰⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 6, pag. 60.

¹⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 246-247.

2.4.1 A dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III¹⁰⁹, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil e como uma verdadeira razão de ser do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal foi influenciada pela consagração do conceito da dignidade da pessoa humana, que tem origem na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, ocupando posição de destaque no ordenamento jurídico nacional, o que influenciou sobremaneira as constituições da segunda metade do século XX¹¹⁰. Segundo Anderson Schreiber¹¹¹: “O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é vinculado aos direitos sociais por uma linha de eticidade e a observância e a prática dos direitos sociais e a sua inviolabilidade forma hoje o pressuposto mais importante para a eficácia deste princípio nos quadros de uma organização democrática da sociedade e do poder¹¹². Algumas diferenças humanas não são na realidade deficiências, mas fontes de valores positivos e devem ser protegidas e estimuladas¹¹³. Assim entende Fábio Konder Comparato¹¹⁴:

Pode-se aprofundar o argumento e sustentar, como fez Hannah Arendt ao refletir sobre a trágica experiência dos totalitarismos do século XX, que a privação de todas as qualidades concretas do ser humano, isto é, de tudo aquilo que forma a sua identidade nacional e cultural, o torna uma frágil e ridícula abstração. A dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito.

Fazendo um digressão histórico-constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, Maria Cecília Bodin de Moraes cita a sua inclusão nas

¹⁰⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 595.

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 229.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 229.

constituições, influenciadas após a Segunda Grande Guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo¹¹⁵:

Na Constituição italiana de 1947 “*todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei*”. A Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, é considerado o primeiro documento a declarar o princípio mais incisivamente: “*Art. 1, 1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais*”. A Constituição portuguesa de 1946 estabelece: “*Artigo 1º: Portugal é uma república soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”. Também a Constituição espanhola de 1978: “*Artigo 10, 1: A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.*”

A Constituição Federal recepciona o princípio da dignidade da pessoa humana em outras hipóteses, além da sua função primordial de fundamento da república:¹¹⁶ a) com a finalidade assegurada no exercício da atividade econômica, tanto pelo Estado como pelos particulares, no artigo 170, *caput*¹¹⁷; b) como princípio essencial da família, no artigo 226, §7º¹¹⁸ e c) como direito fundamental da criança e do adolescente no artigo 227, *caput*¹¹⁹. O princípio dignidade da pessoa humana é considerado um princípio fundamental que influencia todos os demais princípios e norteia todas as regras jurídicas e tem sido aplicado a grande número de casos concretos, como na motivação das decisões judiciais, nas decisões administrativas, nos debates parlamentares, nas justificativas de projetos de lei, sem citar outros campos de aplicação.¹²⁰

Dignidade é uma noção de difícil conceituação, pois não corresponde a aspecto específico da condição humana, mas a um valor-síntese que reúne as

¹¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82-83.

¹¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade – Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v.8, n.º 31, 2005, p. 57.

¹¹⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

¹¹⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade – Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v.8, n.º 31, 2005, p. 57.

¹²⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana, sendo que seu conteúdo não pode ser descrito de maneira rígida e deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu substrato cultural¹²¹. Para Luiz Edson Fachin, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental de que derivam todos os demais princípios, é um valor que foi edificado ao longo da história da humanidade, tratando-se de um valor superior:

Sobre a dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ou seja, não derivou de algum direito ideal constituído previamente ao ordenamento jurídico e válido perenemente. Ao contrário, a sua validade e eficácia como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, deriva da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos.¹²²

Para Maria Cecília Bodin de Moraes, os seres humanos possuem uma qualidade própria que os distingue de outros seres: uma “dignidade” inerente à espécie humana, cuja raiz etimológica provém do latim *dignus*, “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”. Explica que no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. O preço representa um valor externo de mercado e manifesta interesses particulares, enquanto que a dignidade representa um valor interior moral e de interesse geral¹²³. Conforme Immanuel Kant, as coisas têm preço e as pessoas dignidade.¹²⁴

Três elementos integram o conteúdo mínimo da dignidade: a) o valor intrínseco de todos os seres humanos; b) a autonomia de cada indivíduo e c) o valor comunitário como algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais. Como valor intrínseco, no plano filosófico, é o elemento ontológico, ligado à natureza do ser, trata-se da posição especial da pessoa no mundo que a distingue dos demais seres vivos e das coisas, como a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação, e no plano jurídico é a origem de vários direitos fundamentais, como o direito à vida, à igualdade, à

¹²¹ Ibidem, p. 8.

¹²² FACHIN, Luiz Edson. Op.cit., p. 58.

¹²³ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana. uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77-81.

¹²⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995, p. 71-72.

integridade física e a integridade moral ou psíquica. Como autonomia, no plano filosófico, trata-se do elemento ético, ligado à razão e ao exercício da vontade e conformidade com determinadas normas, ligado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais e no plano jurídico envolve uma dimensão privada e outra pública, ligadas à satisfação do mínimo existencial. E o valor comunitário é o elemento social da dignidade humana, o indivíduo em relação ao grupo, os valores compartilhados pela comunidade, os padrões civilizatórios e o ideal de vida, são as escolhas individuais aliadas às responsabilidades e deveres perante o grupo¹²⁵. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem que a definição da dignidade da pessoa humana é uma árdua tarefa:

[...] por se tratar de cláusula geral, de natureza principiológica, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemos em dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Mais do que garantir a simples sobrevivência, este princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização desta finalidade.¹²⁶

A Constituição Federal consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república democrática de direito, atribuindo um valor de superioridade, no topo da ordem jurídica e democrática, sendo que é na dignidade humana que a ordem jurídica democrática se impõe e se constitui, alcançando todos os setores da ordem jurídica¹²⁷. Se a noção de dignidade for levada ao extremo, como no topo do ordenamento jurídico, princípio maior e norteador de todos os outros, acaba por ser atribuído a este princípio que grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação. Assim argumenta Maria Cecília Bondim de Moraes¹²⁸:

Para que se extraiam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva; 2015, p. 286-289.

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, (Contratos), Tomo I (Teoria Geral). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. IV, p. 65.

¹²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana. uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 85.

intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação – será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.¹²⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atividade estatal, pois impede a violação por qualquer dos poderes da dignidade pessoal do particular, vinculando também os poderes públicos a sua efetivação, não apenas de modo programático, mas também concreto¹³⁰. Essa seria uma dimensão positiva da atuação do Estado, em uma perspectiva que também é dotada, como anteriormente asseverado, de plena eficácia como a outra que se apresenta, que se trata de uma ação impeditiva, pelo Estado, de que o Poder Público e os particulares venham a violar a dignidade pessoal.¹³¹

2.4.2 A função social da propriedade

O Código Civil de 1916, como os demais códigos civis de sua época, eram considerados como a Constituição do direito privado. O direito público não interferia nas relações privadas e o Código Civil tinha um papel de estatuto único e monopolizador no âmbito privado. O Código Civil de 1916 é fruto da doutrina individualista e voluntarista consagrada pelo Código de Napoleão que influenciou as codificações posteriores. O direito civil tinha a finalidade de garantir às relações privadas e, em particular, ao sujeito de direito, uma segurança e estabilidade advindas de regras quase imutáveis nas suas relações econômicas.¹³²

Na segunda metade do século XX entrou em declínio a era da estabilidade e segurança, com a eclosão da Primeira Grande Guerra, onde os movimentos sociais e o processo de industrialização tomaram conta da sociedade, atingindo o direito civil europeu, e conseqüentemente, o brasileiro. Tornou-se inevitável a intervenção estatal cada vez mais intensa na economia. Inicia-se a proliferação de leis excepcionais para atender aos reclames sociais emergentes. Assim, o Código Civil fazia seu papel de ordenador único das relações privadas e as leis extravagantes

¹²⁹ Ibidem, p. 85.

¹³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade – anotações para uma leitura crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina de Direitos da personalidade do Código Civil Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v.8, no 31, 2005, p. 62-63.

¹³¹ Ibidem, p. 64.

¹³² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2-3.

eram o instrumento para situações não previstas que pudessem ser reguladas excepcionalmente pelo Estado.¹³³

No plano internacional, existe consenso que o marco da constitucionalização do direito civil foi estabelecido na Alemanha. Sob a égide da Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu que os direitos fundamentais desempenham, além da função subjetiva de proteção de direitos individuais, a instituição de uma ordem objetiva de valores. As normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito, tanto público como privado, e vinculam os poderes estatais¹³⁴. O primeiro grande precedente foi o caso *Luth*, julgado em 15 de janeiro de 1958, na Alemanha.¹³⁵

O Código Civil perde seu caráter de exclusividade no papel de regulador das relações privadas, tornando-se aplicável apenas ao direito comum e aos negócios jurídicos em geral, e surge um direito especial paralelo regulando as relações advindas do momento político atual, marcadas pelo Estado do bem-estar. Assim é o denominado por Gustavo Tepedino como a “era dos estatutos”, com o advento dos Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Locações, o Estatuto da Terra, dentre outros diplomas legais.

A Constituição Federal teve um destaque primordial nesta mudança de papel desempenhando pelo Código Civil, no sentido de que passou a ser valorado e interpretado junto com os demais diplomas legais. Busca-se a unidade do sistema,

¹³³ Ibidem, p. 4.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva; 2015, p. 393-394.

¹³⁵ A provocação para a decisão proferida pelo Tribunal teve origem no recurso constitucional interposto por Erich Lüth, que se opunha à condenação que lhe havia sido imposta por um tribunal estadual (*Landgericht*) pelo fato de haver se expressado publicamente, por diversas vezes, convocando um boicote aos filmes de Veit Harlan, por seu suposto passado nazista, tendo considerado a Justiça ordinária, com base no parágrafo 826 do BGB (Código Civil Alemão), que a exortação de Lüth ao boicote seria *contrária à moral e aos costumes*, razão pela qual ele foi condenado a omitir-se de novas convocações a favor do boicote sob ameaça de uma pena de multa ou até mesmo de prisão[2]. A decisão da Justiça ordinária seria, entretanto, reformada pelo Tribunal Constitucional, sob o fundamento de que o *direito fundamental à liberdade de opinião* irradiava sua força normativa sobre o Direito ordinário, no caso o Direito Civil, impondo-se aos tribunais ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares. Entendamos bem esses fatos. GUEDES, Néviton. *Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em 06 set. 2015.

deslocando-se para a Constituição a referência que estava no Código Civil, cercado pela legislação específica. Assim dispõe Gustavo Tepedino:

Caso o Código Civil se mostrasse incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderia fazê-lo, já que o Constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recuperar-se-ia, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema.¹³⁶

A constitucionalização do direito associa-se a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia com força normativa para todo o sistema jurídico, e os princípios e regras constitucionais condicionam a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, repercutindo na atuação dos três poderes, em especial nas suas relações com particulares e também nas relações entre particulares.¹³⁷

Neste ponto, as Constituições promulgadas introduzem princípios e normas de caráter social no desenvolvimento da atividade econômica privada, temas antes reservados exclusivamente para a esfera dos Códigos, tais como: direito de propriedade, limites da atividade econômica e organização da família. Assim é com o direito de propriedade, onde o seu conteúdo como direito subjetivo foi redesenhado, não significando que os conteúdos destes direitos tenham migrado para o direito público, muito pelo contrário, continuam como direitos civilistas, mas tutelados pela Constituição. A intervenção do Estado nas relações de direito privado não significa uma supremacia do direito público em relação ao direito civil, ao contrário, a interpretação civil-constitucional permite o revigoramento de vários institutos civilistas, defasados com relação à realidade atual, repotencializando-os, tornando-os compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade.¹³⁸

Depois das fases em que Constituição e codificação civil viviam em esferas distintas, passando pelo século XX em que ocorreu a publicização do direito privado, estamos em plena fase de constitucionalização do direito civil, impondo um novo

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 13-14.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 391.

¹³⁸ TEPEDINO, Gustavo. *temas de direito civil. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.21.

conjunto de valores e princípios. Essa constitucionalização inclui: a) a função da sociedade e do contrato; b) a proteção do consumidor com o reconhecimento de sua vulnerabilidade; c) a igualdade entre cônjuges e filhos; d) a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. Estas regras constitucionais afetam institutos clássicos, cujos princípios difundem por todo o ordenamento jurídico nacional, sobre o direito privado e sobre o direito civil em especial¹³⁹. Conclui Luiz Roberto Barroso:

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de natureza diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.¹⁴⁰

A propriedade, nos países que adotam o estado liberal, tem por essência natureza privada. O conceito de propriedade privada nasce na civilização greco-romano, onde a propriedade privada era absoluta, ligada à religião e era parte da constituição social desta civilização. É a concepção clássica do direito de propriedade como absoluto, exclusivo e soberano de um sujeito sobre a coisa.

A noção de propriedade privada altera-se um pouco com o surgimento da civilização burguesa e tem seus contornos delineados no Estado Liberal do século XVIII, onde desvincula-se da religião e passa a ter um sentido de utilidade econômica. Neste contexto, havia nítida distinção entre as normas de direito público e de direito privado, que caminhavam separadamente. O direito privado era concebido sob a égide do individualismo, do liberalismo econômico e da propriedade privada absoluta, desprovida de qualquer intervenção do Estado. Assim, a propriedade era conceituada como um instituto eminentemente privado, um direito do homem e uma garantia da liberdade dos indivíduos contra o Estado.

Com a ampliação das desigualdades sociais no final do século XIX, no contexto da Revolução Industrial, período caracterizado pela má distribuição de renda e miséria operária, agravado mais ainda com a grande crise de 1929, com a

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 405-407.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 410-411.

quebra da Bolsa de Valores de Nova York partiu-se de um Estado Liberal para a concepção de uma Estado Social, ante a necessidade de garantia de direitos individuais e sociais aos cidadãos. O Estado passa a intervir na vida privada com o objetivo de assegurar estes direitos, em especial o direito à dignidade da pessoa humana. O direito civil desloca-se da preocupação central com a propriedade e se preocupa com o ser humano e sua dignidade.¹⁴¹

Direito público e direito privado interpenetram-se e a intervenção pública na vida privada tornou-se tão importante na defesa do ser humano, que foi elevada a *status* constitucional, com a constitucionalização de institutos do direito civil, dentre eles a propriedade, que passou a ser vista não mais como um direito individual e absoluto, mas vinculado a sua função social. Desta forma, o direito à propriedade privada, antes individualista e absoluto, passa a ser mitigado perante a necessidade de defender os cidadãos e sua dignidade, com a preocupação de limitá-lo a cumprir uma função social que beneficie toda a sociedade. E assim surge a concepção de função social da propriedade, com a imposição de deveres, ao lado dos clássicos direitos dos proprietários. A propriedade passa a ser limitada, deixando de ser um direito absoluto e obrigando o seu proprietário, dentro de um contexto de um estado social, com a constitucionalização da ordem econômica.

Na concepção individualista do direito à propriedade, o direito do domínio correspondia unicamente aos interesses do proprietário, dono de um direito quase absoluto, limitando-se apenas em obrigações negativas de não fazer impostas pelo Poder Público, consideradas excepcionais e estranhas ao instituto da propriedade. A ideia de função social opõe-se a esta concepção, demonstrando a necessidade de tutela não apenas de interesses individuais e patrimoniais do proprietário, mas também tutelando os interesses supra individuais sociais relevantes, que podem ser prejudicados pelo exercício não responsável do domínio. Assim, a propriedade não é mais um direito absoluto do proprietário, mas uma situação jurídica complexa em

¹⁴¹ DIDIER Jr., Fredie. *A função social da propriedade e a tutela processual da posse*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-funcao-social-da-propriedade-e-a-tutela-processual-da-posse/>>. Acesso em 18 jul. 2015.

que se inserem direitos, deveres e obrigações, deveres de caráter positivo como consequência do próprio direito de propriedade.¹⁴²

A noção de função social da propriedade tem origem na figura do abuso do direito, onde a jurisprudência francesa começou gradativamente a impor limites ao poder absoluto do proprietário¹⁴³. No final do século XIX o publicista francês Leon Duguit promoveu uma crítica radical à noção de direito subjetivo, substituindo pela “noção realista de função social”, “daí assentando, em célebre dito, que a propriedade é uma função social [...]”. Larenz, citado por Leandro Paulsen¹⁴⁴, destaca a importância da Constituição de Weimar e a Lei Fundamental alemã como referenciais para fundamentação do instituto, influenciando as Constituições de todo o mundo.

Leon Duguit, no início do século XX, foi um marco na conceituação jurídica da função social da propriedade, que anteriormente era estudada com base em fundamentos filosóficos (Montesquieu, Hobbes, Rousseau, Bussuet, Mirabeau, Locke). A teoria de Duguit foi influenciada pela filosofia positivista de Comte, onde chegou-se à conclusão de que a propriedade não tem caráter absoluto e que o homem nem a coletividade possuem direitos sobre ela, mas que cada indivíduo tem uma função a cumprir na sociedade. Léon Duguit classifica os fundamentos do direito em duas grandes doutrinas: as doutrinas de direito individual e as doutrinas de direito social.¹⁴⁵

Para a teoria individualista, todo homem nasce com certos direitos subjetivos, que são os direitos individuais naturais, porém estes direitos devem ser limitados para que não haja interferência no direito do outro. Assim, impõe-se a todos o respeito ao direito individual de cada um, ao mesmo tempo impondo limites a este direito individual, para assegurar a proteção dos direitos individuais de todos. Assim, fundamenta-se o direito objetivo no direito subjetivo. Léon Duguit critica esta teoria,

¹⁴² SCHREIBER, Anderson. *Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Funcao_Social_da_Proprieda_de_na_Pratica_Jurisprudencial_Brasileira.pdf>. Acesso em 18 jul. 2015.

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146-147.

¹⁴⁴ LARENZ, Karl. *Apud* PAULSEN, Leandro. *A normatividade jurídico-positiva da função social da propriedade*. p. 9. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev02/03_conteudo_juridico_normativo_da_funcao_social_da_propriedade.pdf>. Acesso em 22 set. 2015.

¹⁴⁵ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Campinas: LZN, 2003, p. 6.

sob o fundamento de que os homens não são todos iguais, muito pelo contrário, são diferentes uns dos outros, e devem ser tratados de acordo com suas diferenças. Segundo Léon Duguit¹⁴⁶:

A doutrina individualista conduz assim à noção de um direito ideal, absoluto, que seria o mesmo em todos os tempos e em todos os países, e de que os homens se aproximariam cada vez mais, apesar de certos momentos de parcial regressão. Esta consequência condena ainda a doutrina individualista, porque a noção de um direito ideal e absoluta é anticientífica. O direito é um produto da evolução humana, um fenômeno social, de ordem diferente, sem dúvida, da dos fenômenos físicos, mas que, como eles, não se aproxima de um ideal, de uma absoluto.

A doutrina do direito social, segundo Léon Duguit, são todas as doutrinas que partem da sociedade para o indivíduo, do direito objetivo para o subjetivo, assim são todas as doutrinas que são impostas aos homens que vivem em sociedade, cujos direitos subjetivos são derivados de suas obrigações sociais, que o homem como ser social tem obrigações com outros homens, e que seus direitos são derivados de suas obrigações. Léon Duguit conclui que o homem tem a consciência da sua individualidade e ao mesmo tempo, da sua dependência de um grupo humano para realizar suas necessidades, tendências e aspirações próprias, e estão ligados uns aos outros pelos laços de solidariedade social ou interdependência social. Todo o direito objetivo, para Duguit, deve estar fundado no princípio da solidariedade social, a regra do direito é individual, mas só existe para manter a convivência e solidariedade social entre os homens.

Quanto ao direito de propriedade, Léon Duguit se posiciona no sentido de que a propriedade individual deve ser compreendida como um fato contingente, produto momentâneo da evolução social; e o direito do proprietário, como justificado e ao mesmo tempo limitado pela missão social que lhe incumbe em consequência da situação particular em que se encontra, pois o direito de propriedade deve ser concebido como um poder para certas pessoas que se encontrem em uma situação econômica, de desempenhar livremente uma missão social em virtude de uma situação especial.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Ibidem, p. 12.

¹⁴⁷ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Campinas: LZN, 2003, p. 22.

O marco constitucional do princípio da função social da propriedade foi consagrado na Constituição de *Weimar*, que instituiu a primeira República Alemã e foi elaborada e votada na cidade da Saxônia, aprovada em 31 de julho de 1919. Foi produto da grande guerra de 1914-1918 e seu projeto foi redigido por Hugo Preuss, discípulo do historiador e teórico do direito Otto v. Gierke, desta forma, desde a sua concepção se estruturava contraditoriamente, conciliando ideias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalista da civilização industrial.¹⁴⁸

Apesar de suas ambiguidades, exerceu uma influência decisiva sobre a evolução das instituições políticas em todo o ocidente, trazendo uma estrutura mais elaborada do Estado da democracia social traçada pela Constituição Mexicana de 1917. A Constituição alemã possui uma estrutura dualista: a primeira parte tem como objeto a organização do Estado e a segunda parte apresenta a declaração de direitos e deveres fundamentais.

Os direitos sociais têm como objeto uma prestação positiva do Estado, pois os mesmos somente se realizarão por meio de políticas públicas, o que implica em uma intervenção estatal no mercado e uma redistribuição de renda tributária¹⁴⁹. No que se refere à função social da propriedade, é garantida a propriedade, porém seu uso obriga a atender ao bem comum, conforme artigo 153 da referida Carta Constitucional¹⁵⁰, que foi reproduzido literalmente pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 14¹⁵¹. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha influenciou muitos ordenamentos jurídicos e a ideia de propriedade atinge sua função social, pois seu uso deve servir ao bem

¹⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 192.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.193-194.

¹⁵⁰ Artigo 153. A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites resultam das disposições legais [...]

A propriedade obriga. Seu uso deve, ademais, servir ao bem comum. [...]

¹⁵¹ Artigo 14 - Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação

(1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei.

(2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.

(3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 18 jul. 2015.

comum. Esta influência atingiu a Constituição brasileira, que incluiu grandes transformações no direito de propriedade, por meio de uma ampla reforma econômica e social, de tendência intervencionista e solidarista.

Gustavo Tepedino faz uma retrospectiva constitucional do direito à propriedade no Código Civil e nas Constituições Brasileiras¹⁵². O Código Civil de 1916 fazia limitada referência ao direito de propriedade, no caput do artigo 524¹⁵³, sendo que a função social da propriedade era matéria inteiramente estranha à legislação civilista.

O Código Civil, no artigo 1.228, já na concepção da função social da propriedade, faz grande inovação na disciplina, trocando a expressão “assegura” para a expressão “faculdade” em seu caput, bem como no § 1º, introduz o instituto relacionado às suas finalidades econômicas e sociais, além de prever situações de privação da propriedade, desta forma afastando seu direito absoluto.

A Constituição de 1946, caracterizada pelo seu caráter do Estado assistencialista e de socialização do direito civil, foi a que pela primeira vez expressou a preocupação com a função social da propriedade, em um contexto político intervencionista e em um processo de dirigismo econômico e de restrições à propriedade privada. No capítulo da ordem econômica e social, no artigo 147¹⁵⁴, fala-se em bem-estar social e justa distribuição da propriedade, já se observando contornos da função social da propriedade. A Constituição de 1967, pela emenda constitucional 1/1969, também revelou a preocupação com o tema, dentro do princípio da ordem econômica e social, no seu artigo 160¹⁵⁵, no tema da ordem econômica e social com a finalidade de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com um dos princípios sendo a função social da propriedade.

¹⁵² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 303-304.

¹⁵³ Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua.

¹⁵⁴ Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

¹⁵⁵ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...]

III - função social da propriedade; [...]

Apesar da função social da propriedade já estar consolidada constitucionalmente, o grande diferencial da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio, foi sua inclusão como matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, que determina que a propriedade atenderá à sua função social, desta forma a matéria tornou-se um direito fundamental do cidadão, ao lado da proteção da propriedade privada:

A política urbana é disciplinada no artigo 182 e 183 da Constituição Federal. O artigo 182 da CF/88 prevê, no seu parágrafo 2º, que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende a exigências fundamentais de ordenação da cidade que estão expressas no plano diretor. E no seu parágrafo 4º que o proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado seja penalizado com parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo ou desapropriação. Nesta esteira, o artigo 183 da Constituição Federal, institui o instituto da usucapião, que é a forma mais clássica de penalizar aquele que não utiliza a propriedade atendendo ao interesse social, e beneficiando quem dela cuida.

A propriedade rural também é objeto de disciplina constitucional enquanto não alcança sua finalidade social, conforme previstos nos artigos 184 a 191 da Constituição Federal. O artigo 184 da Constituição Federal cuida da desapropriação por interesse social para finalidade de reforma agrária para o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social. O artigo 185 da Constituição Federal fixa as propriedades que não podem ser desapropriadas: a pequena e média propriedade rural definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra e a propriedade produtiva. O parágrafo único do artigo 185 da Constituição Federal estabelece que será dado tratamento especial à propriedade produtiva por meio de lei, que fixará as normas para o cumprimento de requisitos relativos à função social. O artigo 186 da Constituição Federal define o cumprimento da função social da propriedade, por meio dos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulamentam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Os artigos 187 a 189 da Constituição Federal versam sobre a política agrícola e a reforma agrária, uma forma de cumprimento da função social da propriedade. O artigo 191 da Constituição Federal dispõe sobre a usucapião rural, definido como a aquisição da propriedade porque aquele que possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta (50) hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, e não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano.

A Constituição Federal tutela o direito de propriedade e sua função social da mais ampla forma, tanto da propriedade urbana quanto da propriedade rural, com os institutos da desapropriação e da usucapião como formas de penalizar o proprietário que não concede a função social para a sua propriedade, e beneficiar o cidadão que esteja na posse da propriedade e a utilize de forma a beneficiar toda a sociedade, cumprindo sua função social. José Afonso da Silva reafirma e destaca a importância constitucional da função social da propriedade em nosso ordenamento jurídico:

“A propriedade atenderá a sua função social” – diz o art. 5º, XXIII, da CF para a propriedade em geral. Essa disposição bastava para que toda forma de propriedade fosse intrinsecamente permeada daquele princípio constitucional. Mas a Constituição não se limitou a isso: reafirmou a instituição da propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III), relativizando, assim, seu significado. Além disso, inscreveu o princípio da função social da propriedade, com conteúdo definido em relação às propriedades urbana e rural, com sanções para o caso de não ser observado (arts. 182, 184 e 186).¹⁵⁶

A propriedade constitucional não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, transformando em uma “mini-propriedade” como se conceituou ironicamente, mas revela um conceito qualitativo diverso, na medida em que a relação jurídica da propriedade revela interesses não-proprietários merecedores de tutela. Assim a propriedade deixa de ser uma ameaça e transforma-se em um instrumento para a realização do projeto constitucional.¹⁵⁷

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73.

¹⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 323.

2.4.3 O direito à moradia

Debata-se atualmente o significado e a possível eficácia dos direitos sociais fundamentais. Para Konrad Hesse¹⁵⁸, o problema sobre tais direitos tem explicação por terem uma estrutura diversa dos tradicionais direitos de liberdade e igualdade, pois não se tornam efetivos pelo fato de estarem positivados na Constituição, requerem ações do Estado para realização do programa neles estabelecido, exigindo-se não apenas uma regulamentação legislativa, mas também da Administração. Não chegam assim a invocar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente de forma direta, como os direitos fundamentais. Somente são concretizáveis quando se impõe ao Estado o dever de concretizá-los de forma vinculante, pois somente a partir de normas legais estes direitos são postos à disposição da sociedade, com o objetivo de surtir os efeitos de garantia constitucional amparadora de direitos adquiridos. Segundo Konrad Hesse: “Em princípio, não podem tais direitos fundamentais sociais assumir o caráter de direitos subjetivos individuais. Ao limite, apenas se distinguem das normas constitucionais definidores de competência do Estado, hoje no centro do debate.”¹⁵⁹

Apenas a Constituição e a legislação não asseguram a efetivação destes direitos, carecendo de políticas públicas para a sua realização das funções de proteção, segurança, privacidade, local adequado, qualidade ambiental e potencial de investimento. As políticas públicas para a moradia devem respeitar ainda a diversidade cultural e os padrões habitacionais próprios de acordo com os costumes da comunidade, grupos sociais e época e não pode ser dissociada de seus aspectos econômico, social, cultural e ambiental. Desta forma, é um direito constitucional, que não é usufruído pela maioria dos brasileiros, criando uma exclusão: depende de normas, como o Estatuto da Cidade, e de financiamentos para ser efetivado como um direito, enfim, de uma política habitacional que o assegure. Assim, a Constituição Federal não é plenamente cumprida neste sentido.

A Constituição Federal inovou o ordenamento jurídico nacional incluindo um capítulo específico contemplando a política urbana, com um conjunto de princípios,

¹⁵⁸ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Série IDP. Trad. Por ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 46-47.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 47.

responsabilidade e obrigações do poder público e com instrumentos jurídicos e urbanísticos com o objetivo de reversão do quadro de degradação ambiental e desigualdades sociais nas cidades, para dar uma condição digna de vida a população urbana. Trata-se de um marco para as cidades, visando promover a integração social e territorial da população que vive indignamente em assentamentos urbanos. É necessário, para se atingir os objetivos pretendidos, um conjunto de medidas para mudar a legislação, para garantir a participação popular na gestão das cidades, de modo que os direitos de quem vive nas cidades, em especial a população carente e marginalizada, sejam respeitados e protegidos.¹⁶⁰

O direito à moradia foi incluído no rol dos direitos sociais no artigo 6º da Constituição Federal de 1988¹⁶¹, pela Emenda Constitucional 26/2000, pois anteriormente era apenas um direito implícito na Constituição Federal. Trata-se de um direito fundamental constitucional, cujo objetivo é garantir a todos um abrigo de modo permanente e está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É um direito universal, elementar, essencial e uma necessidade básica de todo ser humano e grupo familiar. Sofreu mudanças e adaptações de acordo com a evolução da humanidade. Antes de qualquer previsão legal, e até dispensável sua previsão constitucional, mais uma vez reforçado como um direito fundamental, pois assegura dignidade humana, estabilidade para o trabalho, abrigo para corpo e alma, onde até os mortos necessitam de uma moradia: sepulturas e mausoléus.

O primeiro reconhecimento do direito à moradia como um direito humano, foi na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, no artigo XXV, item I¹⁶². Seguem-se outros pactos, declarações e tratados importantes, e no aspecto social e político foi muito importante a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre

¹⁶⁰ SAULE JUNIOR, Nelson. *Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (organizador). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 101-102.

¹⁶¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁶² Artigo 25º 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Assentamentos Humanos – Habitat II, realizado em Istambul, através da Agenda Habitat. Esta agenda estabelece um conjunto de princípios, metas, compromissos e um plano global com o objetivo de orientar os esforços no campo da melhoria dos assentamentos humanos, nas duas primeiras décadas do próximo século¹⁶³. Nesta Agenda, na qual o Brasil é signatário, o direito à moradia foi reconhecido da seguinte forma:

Nós reafirmamos nosso compromisso para a plena e progressiva realização do direito à moradia, provido por instrumentos internacionais. Neste contexto, nós reconhecemos a obrigação dos Governos de capacitar as pessoas para obter habitação e proteger e melhorar as moradias e vizinhanças. Nós nos comprometemos com as metas de melhorar as condições de vida e de trabalho numa base sustentável e equitativa, pelo qual todos terão adequada habitação sadia, segura, protegida, acessível, e disponível e que inclui serviços básicos, e o gozo de liberdade frente a discriminações de moradia e segurança jurídica da posse. Nós devemos implementar e promover este objetivo de maneira plenamente consistente com as normas de direitos humanos.¹⁶⁴

O direito à moradia está incorporado à ordem jurídica e ao direito interno brasileiro, em face dos tratados internacionais do qual o Brasil faz parte. Assim, torna-se parte dos direitos fundamentais constitucionais. E para ter eficácia jurídica e social precisa de ações positivas do Estado, por meio da execução de políticas públicas que o efetive, no caso especial a promoção da política urbana e habitacional, com a obrigação do Estado de instituir organismos, ter uma legislação pertinente, planos de ação e instrumentos para garantir este direito aos cidadãos, esclarecendo-se que não existe a obrigação de prover uma moradia para cada cidadão¹⁶⁵. O Estado brasileiro vem cumprindo estas obrigações, com a criação do Ministério das Cidades, a promulgação do Estatuto da Cidade, com programas efetivos de promoção da moradia, como o programa Minha Casa Minha Vida, do qual se originou o instituto em análise, a usucapião familiar.

¹⁶³ SAULE JUNIOR, Nelson. *Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (organizador). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 102-103.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 104.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 105.

No plano das obrigações e responsabilidades do Estado brasileiro no âmbito constitucional, o artigo 21, inciso XX da Constituição Federal dá competência privativa à União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, como habitação, saneamento básico e transportes urbanos, necessárias para a definição da política urbana, desenvolvida de forma integrada e ordenada entre os organismos governamentais no âmbito das entidades federativas. O artigo 22, inciso I, da Constituição Federal dá competência privativa para a União para legislar sobre direito civil, incluindo a disciplina das relações privadas de direito à moradia e à propriedade. A União possui competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico, estabelecendo normas gerais através de lei federal para instituir diretrizes e objetivos da política urbana nacional, concedida nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

Os Estados possuem competência legislativa concorrente para editar leis estaduais de política habitacional e urbana de forma integrada com seus municípios e instituir uma política estadual com organismos e instrumentos próprios, com destinação às áreas metropolitanas. Ainda o artigo 23, inciso IX da Constituição Federal, dá à União, Estados e Municípios competências para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, de modo a atender grupos sociais marginalizados e excluídos. O Município é o principal ente federativo responsável pela execução da política urbana com a competência de desenvolver uma política urbana de âmbito local, como a elaboração do plano diretor como instrumento básico da política urbana.¹⁶⁶

¹⁶⁶ SAULE JUNIOR, Nelson. *Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (organizador). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 109-110.

CAPÍTULO 3

A DISCUSSÃO DA CONJUGALIDADE EM UMA POLÍTICA PÚBLICA DO GOVERNO FEDERAL POR MEIO DA USUCAPIÃO FAMILIAR

O tema do direito das famílias está constitucionalizado nos artigos 226 a 230 da Constituição Federal, em um modelo igualitário, fundamentado no consenso, na solidariedade e no respeito à dignidade da pessoa humana, em contraposição ao modelo autoritário previsto no Código Civil de 2002, então vigente à época da promulgação da nova Constituição. O conceito de direito de família vigente antes do advento da Constituição Federal de 1988 refletia este modelo autoritário. Clóvis Beviláqua define na concepção clássica, o Direito de Família:

Direito de Família é o complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares de tutela e curatela.¹⁶⁷

A Constituição Federal de 1988, em um modelo inédito, considerou como família não apenas a entidade matrimonial, mas também e explicitamente a união estável, além de permitir a interpretação extensiva, para incluir as demais unidades implícitas¹⁶⁸. Reflete o conceito de família plural e multiparental, com vários tipos de arranjos familiares que devem ser reconhecidos pelo direito. Assim entende Gisele Groeninga:

Se antes o direito tinha uma visão da família como patrimonializada, patriarcalizada e hierarquizada, agora a ênfase deve ser outra. O patrimônio e a herança são, antes de mais nada, representantes simbólicos das relações afetivas e devem ser entendidos desta forma. O que se discute quando se fala em herança? Claro que são bens materiais, mas sempre relacionados com outros significantes.¹⁶⁹

Historicamente o século XIX foi dominado pelo Estado liberal, que se caracterizava pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas e no poder econômico, concretizando as ideias dos direitos fundamentais de primeira geração, de liberdade e igualdade dos indivíduos. A família, neste contexto burguês, permaneceu obscura, não se lhe aplicando os princípios de

¹⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 482-483.

¹⁶⁸ LOBO, Paulo. *Direito civil – famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

¹⁶⁹ GROENINGA, Giselle. Decisões reconhecem a convivência dos afetos e reforçam um novo Direito de Família. *Boletim IBDFAM*, n.77, ano 12, novembro/dezembro 2012, p.10.

liberdade e igualdade, por estar à margem dos interesses patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis¹⁷⁰. Conforme Paulo Lôbo:

A posição jurídica subalterna da mulher, nas codificações liberais, está bem retratada na frase famosa pronunciada por Napoleão, intervindo na comissão que elaborou o Código Civil francês de 1804, para destacar o poder marital: “O marido deve poder dizer: senhora, você me pertence de corpo e alma; você não sai, não vai ao teatro, não vai ver essa ou aquela pessoa, sem o meu consentimento”.¹⁷¹

Com relação à evolução constitucional da família, as Constituições de 1824 a 1891 eram de cunho liberal e individualista e não tutelavam as relações familiares, com a exclusividade do casamento civil e a política de secularização da vida privada sob o controle da Igreja oficial e do direito canônico durante a Colônia e Império. Em contrapartida, as Constituições de 1934 a de 1988, de caráter do Estado do bem-estar social, destinaram normas explícitas às famílias. O Estado social caracterizou-se pela intervenção do Estado nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, com a finalidade da proteção aos mais fracos, com os princípios da solidariedade social ou a promoção da justiça social, com o intervencionismo dominando as relações familiares.¹⁷²

A Constituição Federal de 1988, de caráter claramente social, evolui e valoriza as relações familiares, proclamando que a família é a base da sociedade. Neste ângulo reside a principal limitação do Estado, porque a família não pode ser impunemente violada pelo Estado, pois assim seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado. No que tange a este trabalho, há casos em que o aumento das funções do Estado é imprescindível, quando entra em jogo o interesse social ou público: é de interesse público a política habitacional do Estado, podendo o Estado estabelecer um planejamento familiar; é de interesse social que se assegure a ajuda recíproca entre pais, filhos e idosos e que o abandono familiar seja punido; é de interesse público que seja eliminada a repressão e a violência dentro da família, para não citar outros casos que não sejam de interesse iminente deste trabalho.¹⁷³

A família constitucionalizada e como base da sociedade, hoje é dotada de uma função social e permite em uma visão filosófica-eudemonista a cada um de

¹⁷⁰ LOBO, Paulo. *Direito civil – famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁷² *Ibidem*, p. 35.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 34.

seus membros, a realização de seus projetos pessoais de vida. Nesta perspectiva podemos compreender a família como base da sociedade e em virtude do processo de constitucionalização seu papel na sociedade ficou mais nítido, podendo-se concluir pela ocorrência de uma inafastável repersonalização, pois a própria pessoa humana em sua dimensão existencial passa a ser a especial destinatária das normas de Direito de Família, pois a família deve existir em função de seus membros, e não o contrário.¹⁷⁴

O Código Civil, que tramitou por três décadas no Congresso Nacional, deu tratamento confuso ao Direito de Família, pois ficou entre dois paradigmas: a versão evoluída do Código de 1916, fundado na família hierarquizada e matrimonial, ainda nos moldes do sistema liberal, e a Constituição Federal de 1988, que aboliu as desigualdades entre homem e mulher, filhos e privilegiou outras formas de família, que não somente a matrimonial. Assim se impõe constante hermenêutica de conformidade com a Constituição, com vários projetos de lei visando corrigir, modificar, acrescentar ou suprimir matérias, total ou parcialmente, sendo a mais significativa a edição da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao §6º do artigo 226 da Constituição, que instituiu o divórcio direto, sem necessidade de prévia separação judicial e existência de requisitos subjetivos e objetivos para a realização do divórcio, bem como considerou-se superada pela doutrina majoritária a discussão da culpa na separação.

Atualmente parte-se para um novo conceito de Direito de Famílias, antes as modificações da sociedade, privilegiando a pluralidade de sua constituição. Assim conceitua Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Destarte, Direito de Família é o ramo do conhecimento que visa justificar as relações de família consanguínea, civil ou afetiva sob orientação dos princípios constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana, de solidariedade familiar, de igualdade entre filhos, de igualdade entre cônjuges e companheiros, de afetividade e de função social da família, entre outros corolários desses.¹⁷⁵

A usucapião familiar é uma política pública instituída por lei, com o objetivo de proteger a parte de uma relação afetiva, que foi abandonado no seio familiar, sem

¹⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 6, p. 64.

¹⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O conceito de família e sua organização jurídica. Tratado de Direito das Famílias*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2015, p. 61.

dar notícias, por um período de tempo mínimo de dois anos, originada dentro de um programa maior de atendimento à regularização fundiária e do direito à moradia, o programa do governo federal Minha Casa Minha Vida - PMCMV. Discute-se no âmbito de uma política pública relativa ao direito social constitucional à moradia, uma relação privatista familiarista, mas também constitucionalizada. Questiona-se com relação às relações familiares e a volta da discussão da culpa na separação e como este instituto reflete a interferência de uma política pública de efetivação do direito à moradia nas relações privadas.

O instituto, na proteção ao direito à moradia, protege o mínimo existencial daquele que, possuindo apenas aquele imóvel, foi abandonado materialmente e moralmente, assumindo todos os encargos familiares. Assegura-se segurança jurídica material ao consorte que permaneceu no imóvel e resguarda o direito deste que atende à função social da propriedade.

3.1 As instituições do direito de família que caracterizam a usucapião familiar

A usucapião familiar tem origem em um direito real, a usucapião, com contornos próprios que lhe são dados pelas instituições que compõe o direito de família. Antes de iniciar-se os comentários sobre o instituto em análise, cabe rever algumas instituições básicas do direito de família que caracterizam este instituto.

3.1.1 O casamento e a união estável

O casamento é uma instituição religiosa e jurídica, onde constitui-se socialmente em um ideal em que se depositam esperanças e sonhos de viver juntos para sempre. Inexiste uniformidade doutrinária sobre a definição de casamento, as numerosas definições refletem concepções originais ou tendências filosóficas. Caio Mário da Silva Pereira inicia sua definição de casamento pelo direito romano, com a definição de Modestino no século III, que se refere à perenidade da união, e à “comunhão de direito humano e divino”, sendo que com a evolução dos tempos desaparece a alusão à divindade e à subsistência do vínculo eterno. A segunda definição romana, provavelmente de Ulpiano, consagrada nas *Institutas* de Justiniano e depois adotada pelo Direito Canônico, dominava mais a ideia de relação jurídica do que de celebração, mais a situação fática de convivência sempre com a *affectio maritalis*. Com o cristianismo, o casamento foi elevado à dignidade de um

sacramento pelo qual “um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual” e de “maneira indissolúvel”¹⁷⁶. Caio Mário da Silva Pereira cita a definição clássica de Lafayette, onde o casamento é um ato solene onde duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, com a promessa recíproca de felicidade no amor e estreita comunhão de vida¹⁷⁷. Caio Mário cita também a definição também clássica, e igualmente importante, de Clóvis Beviláqua:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por eles suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida, e realça os deveres para com a prole.¹⁷⁸

Sílvio Rodrigues define o casamento como uma relação contratual no âmbito do Direito de Família que tem por finalidade promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole e prestarem mútua assistência¹⁷⁹. Tratam-se de conceitos já ultrapassados com relação a heteroafetividade, indissolubilidade, sexualidade e religiosidade. Na doutrina mais recente, Rolf Madaleno define o casamento:

Pode-se definir o casamento como um ato complexo, como ensina Sílvio Rodrigues, dependente em parte, é verdade, da autonomia privada dos nubentes, mas complementado com a adesão dos noivos ao conjunto de regras preordenadas, para vigerem a contar da celebração do casamento, esta como ato privativo do Estado; tanto que o artigo 1.514 do Código Civil informa que o casamento civil só se realiza depois que o homem e a mulher manifestam perante o juiz a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal, e o juiz declara-os casados.

O Código Civil define o casamento nos artigos 1.511 a 1.516, como uma comunhão plena de vida instituída pela família, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, como um ato solene instituído pelo casamento civil e reconhecendo a validade do casamento religioso para efeitos civis. Trata-se de um conceito mais abrangente para a atualidade, que pode abarcar futuramente todas as formas de relações afetivas familiares.

¹⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015, Vol. V, p. 79.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 79.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 80.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2008, Vol. 6, p. 43.

A união estável foi elevada à condição de entidade familiar com a Constituição Federal, no artigo 226, § 3º¹⁸⁰. Antes, era identificada apenas como concubinato, e estava colocada à margem da sociedade. Trata-se de uma forma de constituição de família de uma maneira informal e sem custos, por este motivo cresceu de importância a nível mundial, chegando à nossa legislação pela Constituição Federal de caráter social. A Constituição Federal também facilita a conversão da união estável em casamento a qualquer tempo. No Brasil a união estável encontrou grande aceitação, haja vista as condições sociais da maioria da população do país, que não dispõe de recursos nem acesso a cartórios para oficializar a relação como casamento.

A união estável é definida como a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros, prevista no artigo 1.723 a 1.726 do Código Civil. Distingue-se a união estável do concubinato, pois esta relação não merece a proteção do direito de família, por ter caráter adúltero, situação prevista no artigo 1.727 do Código Civil¹⁸¹. Junto com a família tradicionalmente constituída pelo casamento, a Constituição colocou a união estável no patamar de entidade familiar, e que incontestavelmente, cresceu número de uniões entre pessoas que iniciam um novo relacionamento, surgindo algumas vezes, de casamentos desfeitos e de relações afetivas traumáticas e onerosas, onde se opta pela informalidade da união livre, e quando muito, documentada por um contrato escrito de convivência e registrado em cartório, com a usual adoção do regime convencional de separação de bens¹⁸². Rodrigo da Cunha Pereira conceitua a união estável: “União estável é a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adúltera e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil”.¹⁸³

¹⁸⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁸¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

¹⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, Vol. V, p. 654.

¹⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 28-29.

Deve ser afastado do conceito de união estável qualquer pressuposto que a constituição se dê apenas entre homem e mulher, pois é judicialmente protegido quando ocorrem entre pessoas do mesmo sexo, uma vez presentes os pressupostos do artigo 1.723 do Código Civil, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal – STF reconhecendo as relações homoafetivas.

Para que seja caracterizada a união estável, pelo fato de não ser obrigatório documento público para configurar o instituto e servir como prova inequívoca para seu reconhecimento como no casamento, são necessários certas exigências ou requisitos¹⁸⁴:

- *Affectio societatis* familiar, que representa o ânimo ou a intenção de constituir uma família, com a união de esforços, trabalhos e bens de ambos os companheiros;
- Posse de estado de casado, ou seja, agir como se estivesse casado;
- Notoriedade do relacionamento e honorabilidade da conduta, ou seja, duas pessoas vivendo e habitando juntas, saindo em público juntas e respeitando-se mutuamente como marido e mulher;
- Conduta apropriada dos conviventes nas atitudes de um relacionamento íntimo, dentro de um certo entendimento e compreensão mútuos;
- Dever de fidelidade que dá ensejo {a presunção da sociedade de fato, não se configurando como uma condição indispensável};
- Habitação comum, pois em lares distintos dificilmente surgirá um patrimônio comum do casal, apesar da Súmula 382 do STF sugerir a possibilidade de dispensar estes requisitos: “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Não se dá o reconhecimento da união estável como o namoro e com o noivado, mesmo que haja constantes e permanentes visitas ao lar conjugal do outro, mas sem haver uma continuidade. Em contrapartida é possível o reconhecimento da união estável quando o

¹⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014, p. 834-836.

casal reside em casas diferentes, comprovadas a colaboração mútua, a assistência de um para o outro, a constância de convivência, a ajuda econômica, a aquisição ou formação de patrimônio com o esforço ou participação de ambos.

- Convivência *more uxório*, com a aparência de marido e mulher, com reciprocidade de afeição e respeito, com um modo de vida de casados, com referências que expressam relações entre cônjuges, com costumes e atividades referenciadas a família.
- Continuidade de leito, cuja expressão equivale às relações sexuais que são o motivo principal da união.
- Continuidade da união, com espaço de tempo não estipulado legalmente, mas suficiente para que se consolide a união.
- Dependência efetiva de um companheiro ou convivente em relação ao outro para a formação do patrimônio conjunto, seja na assistência na atividade profissional, na formação patrimonial ou nas atividades domésticas.
- Continuidade e período de duração, apesar de não estipulado legalmente, vem sendo aceito em torno de no mínimo cinco anos, prazo de aquisição legal de outros direitos, como previdenciários.

Com estes requisitos, pode-se reconhecer judicialmente uma união estável, com a ação de reconhecimento de união estável. Assim, casamento e união estável, apesar de serem institutos semelhantes, não são iguais, estando o primeiro fundamentado na formalidade, onde os cônjuges, pública e formalmente, assumem a sua relação, enquanto na segunda, fundamentada na informalidade, há completa ausência de intervenção estatal na sua constituição.

A união estável ainda vem sendo tratada em nosso país como uma família de segundo nível, com discriminações, em especial no âmbito do direito sucessório, pela legislação vigente, excluindo o convivente da hierarquia da ordem de sucessão hereditária, o fato de não ser considerado herdeiro necessário em similaridade com o cônjuge, não ter direito à quota mínima de 25% (vinte e cinco por cento) reservada

ao cônjuge quando concorre com descendentes e de não possuir o direito real de habitação¹⁸⁵, casos em que a jurisprudência vem amenizando, com decisões que procuram igualar os dois institutos.

Os efeitos pessoais do casamento são mais abrangentes que os da união estável, e são recíprocos entre os cônjuges: estabelecimento de uma comunhão de vida, fixação do domicílio conjugal, contribuição proporcional para a manutenção do lar conjugal independente do regime de bens, exercício conjunto da direção conjugal, sendo que em caso de divergência há deliberação judicial, possibilidade de acréscimo de sobrenome e a imposição de deveres recíprocos previstos no artigo 1.566 do Código Civil¹⁸⁶, que são: fidelidade, coabitação (também modernamente não exigido no casamento), assistência recíproca, guarda, sustento e educação da prole e respeito e consideração mútuos. Na união estável não estão previstos como deveres recíprocos a fidelidade e coabitação, sendo que no caso da fidelidade, esta é abrangida pelo respeito e consideração mútuos.

O casamento também gera efeitos sociais: constituição de uma entidade familiar, emancipação do cônjuge incapaz sem retorno ao *status quo ante* no caso de dissolução da sociedade conjugal, presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento, mudança de estado civil e estabelecimento de parentesco por afinidade de cada cônjuge com os parentes do outro. Na união estável não há emancipação, mudança de estado civil e nem gera parentesco por afinidade. Apesar destes posicionamentos doutrinários, existe visível vontade de igualar os dois institutos. O objeto de nosso estudo, a usucapião familiar, não faz distinção entre casamento e união estável, até pela sua origem em um programa de governo, onde a intenção inicial foi tutelar as classes menos favorecidas com moradia digna, pelo abandono do lar conjugal. A usucapião familiar não reconhece o concubinato, haja vista que este instituto não é considerado uma entidade familiar pela legislação vigente.

¹⁸⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013, p. 1107.

¹⁸⁶ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

3.1.2 Regime patrimonial de bens

Tanto o casamento como a união estável, que possuem a natureza jurídica de um contrato no âmbito do Direito de Família, pressupõem a existência de um regime de bens entre os conviventes, a partir de sua efetivação. Washington de Barros Monteiro define ao regime de bens como:

Regime de bens é o complexo das normas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher, durante o casamento. Numerosos são os regimes matrimoniais. A legislação pátria, no novo Código Civil, prevê nada menos do que quatro tipos diferentes, o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), o da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), o da participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e o da separação (arts. 1.687 a 1.688).¹⁸⁷

É livre a escolha do regime de bens, dentro dos quatro regimes previstos pelo Código Civil, e outros que o futuro casal, em pacto antenupcial venha a contratar, com o predomínio do princípio da autonomia da vontade, dispondo como melhor lhes convenha a respeito de suas relações econômicas, com exceção do regime de separação obrigatória imposto por lei no artigo 1.641 do Código Civil. O regime de bens começa a vigorar desde a data do casamento, sendo este o *dies a quo*, conforme estabelece o art. 1.639, *caput* e § 1º¹⁸⁸. O regime legal instituído pelo Código Civil é o de comunhão parcial de bens, porém em decorrência do princípio da autonomia da vontade, em que é livre a escolha do regime de bens, é instituído o pacto antenupcial, instituto próprio do casamento, que propicia aos nubentes optar por outro regime de bens dentre os previstos legalmente ou da forma que melhor lhes aprouver com regime de bens próprio. Para tal a lei exige escritura pública como condição essencial à própria existência do ato, deve ser lavrado antes do casamento, devem intervir os próprios nubentes, pessoalmente ou por meio de mandatário e capacidade matrimonial, ou seja, os pactuantes devem ser maiores de 16 anos, e antes de completada a maioridade civil, assistidos por seus representantes legais¹⁸⁹. Débora Gozzo, que realizou estudo sobre o tema, define o pacto antenupcial como um ato jurídico *lato sensu* pessoal, formal, por escritura pública, previsto em lei e legítimo, devido aos nubentes terem sua autonomia de

¹⁸⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 183.

¹⁸⁸ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

¹⁸⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op.cit.*, p. 190.

vontade limitada por lei e não podem estipular um pacto diferente da previsão jurídica.¹⁹⁰

Além das suas características, o pacto antenupcial é nulo se não lhe seguir o casamento, pois o casamento é condição suspensiva necessária para que o pacto produza seus efeitos reais, logo tornar-se ineficaz se não realizado o casamento. Apesar do princípio da autonomia da vontade das partes vigorar, só se admite convenção de acordo com a ordem pública e que não contravenha disposição absoluta da lei. Além disto o pacto antenupcial necessita de registro público no cartório de imóveis para produção de seus efeitos.¹⁹¹

O regime da comunhão parcial de bens é o regime legal de bens, tanto no casamento como na união estável, se não for assinado pacto antenupcial ou contrato de convivência estabelecendo outro regime, conforme dispõe o art. 1.640 do Código Civil¹⁹². O regime de bens legal reflete o momento histórico da época e os princípios dominantes da sociedade. A partir da segunda metade do século XX os relacionamentos tendem à igualdade, em contraposição à ideia de hierarquia masculina sobre a mulher vigente antes desta época. Assim, o regime de bens deve ser mais compatível com os valores que dominam as relações maritais, em especial no campo patrimonial que regem. Assim, o regime de comunhão parcial limita o patrimônio comum aos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal a título oneroso, mesmo que seja com esforço de apenas um dos cônjuges ou apenas em nome dele. Conforme Eduardo de Oliveira Leite, é um regime de separação quanto ao passado e um regime de comunhão quanto ao futuro¹⁹³. Os artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil regulamentam este regime de bens, onde convivem três massas de bens: os bens particulares de cada parte, que são incomunicáveis, e os bens comuns do casal, que se comunicam em caso de divórcio ou separação.

¹⁹⁰ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p.34.

¹⁹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado. Direito de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, Vol.5, p. 291-292.

¹⁹² Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.
Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

¹⁹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op.cit.*, p. 299-301.

Este regime de bens “é o que melhor atende aos princípios da justiça, por assegurar a autonomia recíproca dos cônjuges, conservando, cada um deles, a propriedade, a administração e o gozo excluídos dos respectivos bens”¹⁹⁴. Neste regime as partes conservam a propriedade exclusiva dos bens que possuíam antes de se casarem ou conviverem, ou que receberam durante a constância do relacionamento por herança ou doação, mais aqueles adquiridos com valores particulares. É o regime de bens de maior utilização na prática, pois não há necessidade de pacto antenupcial ou contrato de convivência que estabeleça outro regime. Este regime estabelece uma solidariedade entre o casal ao estabelecer a comunhão de aquestos, pois os seus interesses materiais tornam-se comuns após o casamento ou convivência e por outro lado, permite conservar a individualidade de cada parte com relação ao seu patrimônio pessoal e uma divisão justa dos bens na separação¹⁹⁵. Os artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil estabelecem os bens e encargos excluídos da comunhão e o artigo 1.660 estabelece os bens que integram a comunhão. Nas situações de divórcio ou separação, os bens comuns são partilhados na razão de metade para cada parte, e os bens particulares continuam no patrimônio da parte proprietária.

O regime de comunhão universal de bens predominou no direito como regime legal até o advento da Lei n. 6.515, de 1977 e está estabelecido no artigo 1.667 do Código Civil, como o regime que importa na comunicação de todos os bens presentes e futuros do casal e suas dívidas passivas, com as exceções que estabelecem os bens excluídos da comunhão no art. 1.668 do Código Civil. Este regime tem origem no direito germânico, propagando-se com velocidade no direito antigo, onde predominou nos sistemas onde o poder familiar era do marido, até que atualmente, deu lugar ao regime de comunhão parcial. Assim, neste regime de bens, todos os bens presentes e futuros se comunicam, bem com as dívidas, não importando sua natureza, sejam móveis ou imóveis, direitos ou ações, apreciáveis economicamente ou não, tornando-se um único acervo comum, um patrimônio comum, até a dissolução da sociedade conjugal ou regime de convivência. Os bens que cada parte traz para o casamento ou convivência forma uma única massa, e não retorna a propriedade originária quando da separação e fim do relacionamento.

¹⁹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014, p. 574-575.

¹⁹⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, Vol. VI, p. 282.

Há uma despersonalização do patrimônio individual, com o surgimento de um patrimônio indivisível e comum, sem definir, especificar ou localizar a propriedade dos bens¹⁹⁶. Nos casos de divórcio e separação, toda a massa patrimonial é dividida pela metade entre as partes, não interessando sua origem e respeitando apenas como particulares os bens excluídos da comunhão. É considerado uma espécie de sociedade regida por normas próprias, onde a comunhão entre as partes acarreta a comunicação de todos os bens presentes e futuros e as dívidas.¹⁹⁷

O regime de participação final nos aquestos foi uma novidade introduzida pelo Código Civil, nos artigos 1.672 a 1.686. Trata-se de um regime complexo, em que encontra restrições na doutrina pátria, por não encontrar amparo em nossas tradições e não oferecer as partes maiores vantagens do que as já oferecidas pelos outros regimes¹⁹⁸. A origem deste regime está no direito costumeiro húngaro e foi logo adotado pelos países escandinavos (Suécia, Finlândia, Dinamarca e Noruega). É o regime legal da Suécia desde 1920, supletivo legal na Alemanha desde 1957, introduzido no Código Civil Francês em 1965 a título experimental, inspirado no modelo alemão, que se afastou da lei sueca.¹⁹⁹

Este regime tem como característica um misto dos regimes de comunhão e de separação de bens, onde a comunhão não existe na constância do casamento ou convivência, mas tem efeito contábil diferido na dissolução do casamento ou união estável. Assim, na constância do relacionamento vigora o regime de separação de bens, com patrimônios separados, e na dissolução do relacionamento, reconstitui-se contabilmente uma comunhão de aquestos, onde levanta-se o acréscimo patrimonial de cada uma das partes na constância do casamento ou união estável, efetuando-se um balanço, onde quem tiver se enriquecido menos terá direito à metade do saldo apurado²⁰⁰. Rolf Madaleno explica este complicado regime de bens:

Cuida-se, em realidade, de um regime de separação de bens, no qual cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio

¹⁹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014, p. 585.

¹⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 198.

¹⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, Vol. V, p. 264.

¹⁹⁹ VELOSO, Zeno. *Regimes matrimoniais de bens*, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 296.

²⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, Vol. V, p. 264.

pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e necessitando da outorga do cônjuge se imóvel (salvo dispensa em pacto antenupcial para os bens particulares – CC, art. 1.656). Apenas na hipótese de ocorrer a dissolução da sociedade conjugal será verificado o montante de aquestos levantados à data da cessação da convivência (CC. art. 1.683) e cada cônjuge participará dos ganhos obtidos pelo outro a título oneroso na constância do casamento, mas, como acrescenta Débora Vanessa Caús Brandão, “não haverá, em momento algum, massa comum de bens.”²⁰¹

Neste regime não se forma uma massa de bens a serem partilhados, e o que acontece é um crédito em favor de uma das partes contra o outro, de forma a igualar os ganhos obtidos durante o casamento ou união estável transformados em acréscimo²⁰². A crítica mais constante e contundente, que este regime recebe, refere-se às dificuldades e complicações de sua liquidação, por ocasião da dissolução do relacionamento²⁰³. Na separação, verifica-se o montante dos aquestos na data de cessação da convivência, calculando-se os valores para reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário, ou se não for possível a reposição em pecúnia, avaliam-se e alienam-se tantos bens para completar a meação da outra parte.

O regime de separação de bens é pouco adotado no Brasil. É o regime onde as partes conservam o patrimônio total como sua propriedade exclusiva, os adquiridos antes do casamento ou convivência e os adquiridos na constância do relacionamento, mesmo com esforço comum, cada um competindo a posse e administração destes bens. Este regime está previsto nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil. Neste regime formam-se dois patrimônios, e tem como características a propriedade plena e exclusiva pelas partes dos bens existentes antes do casamento ou convivência e na sua constância, a administração exclusiva dos mesmos, a livre disposição pela parte proprietária quanto aos bens móveis e imóveis, sem necessidade de outorga ou consentimento do outro para alienar ou onerar, a responsabilidade única na satisfação das obrigações pela parte que as contraiu, a menos se destinadas ao proveito comum, os eventuais créditos entre as partes regulados pelo direito obrigacional aplicável a terceiros e a contribuição mútua do casal nas despesas da família, na proporção dos respectivos rendimentos²⁰⁴. Neste

²⁰¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013, p. 795.

²⁰² VELOSO, Zeno. *Regimes matrimoniais de bens*, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 266.

²⁰³ *Ibidem*, p. 270.

²⁰⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014, p. 601.

regime as partes conservam o domínio, a administração dos bens presentes e futuros, e a dívidas anteriores e posteriores ao casamento ou convivência.²⁰⁵

O regime de separação obrigatória é um regime de separação de bens imposto pela lei, expresso no artigo 1.641 do Código Civil. Este regime é aplicável as pessoas que se casarem com causas suspensivas da celebração do casamento previstas no artigo 1.523 do Código Civil e para os maiores de 70 (setenta anos). Muito se critica esta regra com relação ao maior de 70 anos, pois não se encontra justificativa econômica ou moral. Trata-se de uma discriminação ao idoso, sendo que casamentos por interesse econômico podem existir em qualquer faixa etária. Esta discriminação fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e longe de ser uma precaução como uma norma protetiva, trata-se de uma incoerência²⁰⁶. A jurisprudência já tem entendimento que o regime de separação se aplica à união estável, em similaridade ao casamento, pois caso não se aplicasse, desestimularia os casamentos em prol da união estável, burlando o regime imposto pela lei²⁰⁷. No regime de separação legal de bens é aplicável a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal²⁰⁸, tratando-se que os bens adquiridos na constância do

²⁰⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, Vol. 6, p. 204.

²⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, Vol. V, p. 225-227.

²⁰⁷ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. CONVIVENTE MAIOR DE 60 (SESSENTA) ANOS. UNIÃO HAVIDA ANTES DO ADVENTO DA LEI N.º 12.344, de 9.12.2010. SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. PARTILHA DE IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO COMUM. SÚMULA N.º 377 DO STF. ESFORÇO COMUM NÃO DEMONSTRADO. SENTENÇA MANTIDA.

1. É obrigatório o regime de separação de bens na união estável quando um dos companheiros for maior de 70 (setenta) anos, em analogia ao artigo 1.641, inciso II, do Código Civil.

2. A não extensão do regime da separação obrigatória de bens à união estável em razão da senilidade de um ou de ambos os conviventes, seria um desestímulo ao casamento e destoaria da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, que se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário.

3. Apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser partilhados entre os ex-conviventes, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.

4. Recurso conhecido e improvido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.791211, 20130110666922APC, Relator: Getúlio de Moraes Oliveira, Revisor: Silva Lemos, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/05/2014, publicado no DJE: 23/05/2014. p.: 147)

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 25 mar. 2016.

SÚMULA 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

casamento se comunicam, independente da comprovação do esforço comum, que é presumido e repudiando o enriquecimento sem causa.²⁰⁹

3.1.3 A dissolução do casamento e da união estável

O Código Civil prevê os casos de dissolução da sociedade conjugal, no artigo 1.571, e a dissolução do vínculo conjugal, no parágrafo único do artigo 1.571. A sociedade conjugal dissolve-se pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, ao passo que o vínculo conjugal se dissolve pela morte de um dos cônjuges e pelo divórcio. Somente com a dissolução do vínculo conjugal autoriza-se novo casamento. A nulidade ou anulação do casamento é considerado como se o ato não tivesse existido, não se formando o ato matrimonial, por vício originário na formação do vínculo, com a sentença tirando a validade do ato com efeito retroativo, desde o momento da sua formação²¹⁰. A separação de fato não dissolve a sociedade nem o vínculo conjugal, mas produz efeitos jurídicos patrimoniais, dentre eles, a usucapião familiar. Ante a Emenda Constitucional n. 66 de 2010²¹¹, a emenda do divórcio direto, maioria doutrinária entende que a separação judicial, que antecedia ao divórcio, foi extinta.

O divórcio dissolve definitivamente a sociedade conjugal e o vínculo conjugal, dando a oportunidade de realização de novo matrimônio. Foi resultado de longas

²⁰⁹ Apelação cível. Divórcio. Partilha de bens. Alimentos. 1) Tratando-se de casamento celebrado com a adoção obrigatória do regime da separação de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, nos termos da súmula 377 STF. 2) Ausente provas de que a autora necessite dos alimentos, descabe a fixação da obrigação. A mera alegação de dependência econômica da autora, já separada de fato há mais de seis anos, não é suficiente para justificar o pensionamento. Deram parcial provimento ao apelo. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC nº 70061959748*, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível, J. 20/11/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70061959748&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 25 mar. 2016).

²¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014, p. 206.

²¹¹ 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.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 226. [...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

lutas entre correntes de pensamento liberais e conservadoras ligadas à Igreja católica, onde enfim os liberais obtiveram vitória com a aprovação da Emenda Constitucional n. 9, de 28.06.1977, que instituiu a Lei n. 6.515, de 26.12.1977²¹², que regulamentou o divórcio no país. Foi uma forma de resolver o problema de inúmeras relações concubinárias, não podendo mais o direito desconhecer estes fatos, e assim o Brasil se alinhou às legislações da maioria de países no mundo.

No Brasil, até o advento da República, havia fortes ligações com a Igreja Católica, e a indissolubilidade do casamento era incontestável. Na República houve a separação entre a Igreja e o Estado, e em 1890 foi instituído o casamento civil, porém conservando-se o casamento religioso e sua tradição de indissolubilidade. Havia grande influência das altas autoridades eclesiásticas junto ao Congresso Nacional, que impedia qualquer ato ou manifestação para alteração da situação. As campanhas para a instituição do divórcio em nosso país iniciaram-se a partir da década de 1950, com destaque para o deputado federal Nelson Carneiro, até que se conseguiu incluir na Constituição Federal vigente a Emenda Constitucional n. 9, de 28.06.1977²¹³. A Constituição Federal contempla o divórcio no artigo 226, §6º²¹⁴, com a redação modificada pela Emenda Constitucional n.66, de 13.07.2010²¹⁵. Com a nova concepção de divórcio advinda da Emenda Constitucional 66/2010, o divórcio passou a ser concedido em face da simples manifestação da vontade decorrente da ruptura da união entre o homem e a mulher, com o desaparecimento da comunhão devida, de sentimentos e de interesses, com a perda da razão do casamento, diferentes dos anos anteriores, antes da vigência da emenda, onde a concessão do divórcio dependia da violação dos deveres conjugais ou de condutas culposas dos

²¹² BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em 22 nov. 2015.

²¹³ Art. 1º - O § 1º do art. 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguintes redação:

“Art. 175 [...]

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Art. 2º - A separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

²¹⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio

²¹⁵ Art. 226. [...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

²¹⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

cônjuges. No Código Civil estão contidas as regras especiais pertinentes ao divórcio, nos artigos 1.579 a 1.582, desde que não se contraponham ao artigo 226, §6º da Constituição Federal.

As legislações identificam duas modalidades de divórcio: o divórcio-sanção e o divórcio-remédio. O divórcio-sanção ocorre quando um dos cônjuges falta com um dos deveres conjugais e infringe as normas essenciais da vida em comum e sua finalidade é aplicar uma penalidade ao cônjuge culpado com a dissolução do matrimônio em face de seu comportamento infiel. Trata-se de um processo litigioso, pois resulta da imputação de um fato grave cometido por um dos cônjuges com a necessidade de prova. O divórcio-remédio é a solução encontrada quando a vida conjugal se torna impossível ou sacrificante para um ou ambos os cônjuges, com a finalidade de colocar fim a uma situação insustentável. Neste caso, o processo pode correr litigiosamente ou consensualmente, quando ambos os cônjuges pedem a separação com a finalidade de cessar o estado de insustentabilidade do casamento. O Código Civil adotou a teoria do divórcio-remédio, seguindo a linha de orientação da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977²¹⁶. A Emenda Constitucional n. 66/2010, por simplificar e facilitar o divórcio, ajudou a liberar uma demanda reprimida de separações, pois não há mais necessidade de os casais ficarem em uma situação transitória, enquanto não resolvem definitivamente suas vidas. A dissolução do vínculo e da sociedade conjugal ocorrem concomitantemente, não mais existindo a imputação de culpa pela separação da uma das partes.

A separação de fato não se constitui em uma instituição por definição, é apenas um fato do qual decorrem efeitos jurídicos, com tendência crescente de ser institucionalizada. O direito não tutela outra forma de separação que não seja a judicial ou legal, e agora também por via extrajudicial. Entretanto, a realidade da vida não exclui as separações de fato, que ao lado das situações de direito, acontecem com muita frequência com o relaxamento do vínculo conjugal. A separação de fato representa mais que um evento de interesse jurídico, mas constitui um fenômeno sociológico, onde os casais, diante das dificuldades legais, acabam se acomodando, ou pela separação de fato ou pela concubinação adúltera, com marido e mulher passando a manter vida própria, sem recorrer as vias judiciais para oficialização da

²¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, Vol. V, p. 291.

separação. Alguns possuem rendimentos e patrimônio próprio, e não precisam um do outro, cada um seguindo sua própria vida; outros unem-se a terceiros com apoio econômico e afetivo; e nas classes menos favorecidas, os custos do processo e as dificuldades de acesso ao judiciário inibem a ação das partes²¹⁷. Segundo Yussef Said Cahali:

Acontece, por vezes, que o cônjuge inocente se abstém de demandar a dissolução do casamento, seja por interesses pessoais, seja no interesse da prole; certos escrúpulos, alguns preconceitos ligados à moral social e à religião, sugerem ao cônjuge a omissão de iniciativa da separação legal, pelas repercussões naturais nos ambientes que integram ou por serem lesivos à sensibilidade pessoal. Quando não, preferem os cônjuges não dar pasto à curiosidade popular, a respeito e suas dissensões e desventuras.²¹⁸

Perante o direito a separação de fato não retira os direitos e deveres dos cônjuges em relação ao casamento. Nenhum ordenamento jurídico tem a capacidade de fazer com que os cônjuges vivam juntos indefinidamente perante uma crise conjugal, nem pode obriga-los a oficializar a situação, assim, juridicamente não está sujeito a sanções. A separação de fato pode ocorrer de duas formas: pela vontade unilateral caracterizada pelo abandono do lar por um dos cônjuges ou resultante de um acordo tácito ou expresso entre estes. No primeiro caso, antes da vigência do divórcio direto, podia servir de fundamento para o pedido de desquite. No segundo caso, qualquer documento público ou particular seria inócuo ou não teria validade, pois o casamento é de ordem pública. Mas não se pode deduzir que a separação de fato seja antijurídica, porém não tem os requisitos de perpetuidade e de permanência, pois a coabitação pode ser restabelecida a qualquer momento e sem qualquer formalidade. A separação de fato não tem nenhum efeito *erga omnes* neste caso. O direito de família está em constante evolução, e o divórcio extrajudicial, não é nada mais que uma formalização de uma separação de fato. Assim, a tendência de institucionalização da separação de fato vem em crescente desenvolvimento e vem sendo aceita pela jurisprudência com o intuito de produzir efeitos jurídicos similares ao divórcio.²¹⁹

A união estável pode ser dissolvida por comum acordo entre as partes ou por decisão judicial declaratória, que dispõe a respeito da partilha de bens comuns,

²¹⁷ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 32.

²¹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34-35.

guarda de filhos e alimentos. Se houver acordo entre as partes, pode-se optar ou não pela forma escrita. A forma escrita pode ser homologada judicialmente se as partes assim entenderem. Se não houver acordo, a parte pode ajuizar ação ordinária de reconhecimento e dissolução de união estável, onde o juiz decidirá sobre questões controvertidas, bem como a guarda, alimentos, partilha de bens segundo as normas do regime de comunhão parcial de bens ou do contrato acordado entre as partes.²²⁰

3.1.4 O direito de meação e partilha

Em decorrência do regime de bens do casamento, sejam os regimes legais, sejam os regimes particulares criados por meio do pacto antenupcial, surge o direito à meação para cada cônjuge ou companheiro. Faz parte do regime patrimonial da família, onde, pelo regime de bens do casal, identificam-se os bens que compõe o acervo patrimonial de cada cônjuge ou companheiro e os destacados para compor a massa da comunhão, destinado ao alicerce patrimonial da estrutura da família. A sociedade conjugal criada pelo casamento ou pela união estável, que mesmo sem personalidade jurídica própria, tem ativo e passivo, composto de bens, direitos, ações, débitos e encargos do casal.²²¹

O regime de bens do casal é o estatuto pelo qual os cônjuges se hão de reger nas suas relações patrimoniais, durante toda a sua vida, estatuto que é também obrigatório para os respectivos herdeiros, e bem assim para terceiros, que tenham relações patrimoniais com os cônjuges, ou melhor, hajam de exercer ação nos bens destes para reembolso de seus créditos.²²²

Um dos efeitos da ruptura da sociedade conjugal ou da união estável é a extinção do regime de bens, conforme dispõe o artigo 1.576 do Código Civil. No caso de qualquer sociedade, quando desaparece a *affectio societatis*, a sociedade conjugal deve ser extinta, pois não mais subsiste entre os cônjuges os deveres inerentes ao casamento ou à união estável. Os bens não podem ficar indefinidamente em comum, e neste caso a situação econômica deve ser extinta, procedendo-se a partilha. No divórcio consensual a partilha vale como um contrato

²²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50-51.

²²¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1397.

²²² GONCALVES, Cunha. *Tratado*, v. VI, n. 820, p.289 in NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1397.

entre duas pessoas capazes e no divórcio litigioso, se não houver acordo, há de ser imposta por sentença. Quanto aos efeitos patrimoniais da separação de fato, a jurisprudência reconhece que diante de prolongada separação não mais se aplica o regime de bens, pois, cessada a coabitação, desaparece a *affectio societatis*, base da comunhão de bens e também a continuidade do regime de bens pode levar a enriquecimento ilícito para quem não contribuiu com a aquisição. No caso de divórcio precedido de separação de corpos, o fim do regime de bens será da data da concessão da cautelar²²³. Desta forma, a separação de fato ou de corpos extingue o regime de bens do casamento ou da união estável.

A partilha não necessita ser realizada na formalização do divórcio ou da dissolução da união estável, podendo ficar para momento posterior, conforme dispõe o artigo 1.581 do Código Civil²²⁴. Esta prerrogativa de postergação é importante no sentido de evitar atritos que podem surgir em função da divisão de bens, ou dar tempo ao ex-casal para acomodar seus interesses, dúvidas, vacilações ou dificuldades financeiras. O artigo é claro pela não imposição da partilha e sim como uma mera faculdade, sendo aconselhável o arrolamento dos bens existentes, para evitar discussões posteriores acerca da propriedade e comunicação dos bens.²²⁵

3.2 O direito de famílias e sua posição desfavorável ao instituto da usucapião familiar

Doutrinadores de direito de família têm se posicionado a respeito do instituto, diante da intervenção estatal por meio de políticas públicas nas relações familiares, nem sempre de forma favorável ao tema. Para Rodrigo da Cunha Pereira, a dicotomia entre direito público e privado continua sendo uma das grandes questões do direito de família e o Estado só deveria intervir para garantir a autonomia privada.

[...] se ficasse cada um no seu quadrado poderíamos, de fato e de direito, termos um verdadeiro estado laico, e a vida privada, autonomia e liberdade das pessoas estariam preservadas. Devemos respeitar todas as religiões, e levá-las a sério como um sistema simbólico que veicula verdades profundas da existência humana, apesar de todo mal que ainda se pratica em nome dela. Religião é bom para nos confortar diante de nossa finitude e desamparo estrutural. Ela passa a ser maléfica quando é deturpada para

²²³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 243-245.

²²⁴ Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

²²⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013, p. 336-338.

utilização de poderes políticos e econômicos, como tem acontecido no Brasil.²²⁶

Maria Berenice Dias²²⁷, considera que a usucapião familiar, retomando a discussão da culpa na separação, desrespeita o direito à intimidade e afronta o princípio da liberdade, estes apenas como alguns dos princípios constitucionais que a lei viola ao conceder a propriedade exclusiva ao possuidor, responsabilizando o co-titular do domínio pelo fim da união. Nas questões concretas do dia a dia do direito de família, quando há disputa sobre imóvel residencial, a solução é uma das partes se afastar e o outro permanecer com os filhos em sua companhia, sendo em algumas vezes a única saída, pois a venda do imóvel pode não ser suficiente para a aquisição de dois outros, para cada parte. Assim, os filhos não ficam sem teto e a cessão da posse adquire natureza de alimentos *in natura*. Ainda no entendimento da autora, a usucapião familiar não pode ser estimulada, pois enseja a perda da propriedade no curto período de dois anos, não a favor dos filhos, mas do ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Elpídio Donizetti é contra o instituto, pois entende que as diversas modalidades de usucapião previstas no Código Civil possuem como fundamento a justificativa da utilidade social da propriedade e para a usucapião familiar só se vislumbra malefícios, e que se assiste o retorno da culpa, abolida pela Emenda Constitucional 66/2010. Entende que o legislador olhou exclusivamente para o fisiologismo buscando um consolo para a ruptura da vida conjugal com a perda da propriedade pelo cônjuge ou companheiro:

De minha parte, só vislumbro malefícios nessa modalidade de usucapião. Explico. O requisito nuclear da aquisição da propriedade pelo ex-cônjuge que permanece no imóvel é o abandono do lar pelo outro. Abandono do lar pressupõe culpa ou, no mínimo, falta de motivo justificado para não mais morar no mesmo teto. Exemplificativamente, para não perder parte do imóvel, o homem vai ter que provar que saiu de casa porque não mais aguentava as ranzinças da mulher e esta, por sua vez, vai ter que

²²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Limites do direito devem garantir autonomia privada sem ceder a moralismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-29/processo-familiar-limites-direito-garantir-autonomia-privada-ceder-moralismo>>. Acesso em 29 nov. 2015.

²²⁷ DIAS, Maria Berenice Dias. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf>. Acesso em 26 set. 2015.

demonstrar que, cansada de sofrer agressões físicas e psicológicas, resolveu deixar o traste para trás.²²⁸

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenwald consideram que a usucapião familiar incide em grave equívoco ao substituir o requisito *animus domini*, que é requisitos essencial de qualquer espécie de usucapião, pelo requisito da causa da separação, onde é a primeira e única espécie de usucapião em que é desprezada a investigação da intenção do possuidor de ter a coisa para si, pois o que importa é discutir e procurar o culpado pelo abandono do lar. O legislador também criou sério desvio em relação às normas de direito de família relacionadas à divisão de bens dos conviventes, criando-se uma norma desproporcional, com a intromissão na esfera privada de um dos membros do casal impondo a grave sanção de perdimento de bens, podendo tirar de quem saiu do lar o seu patrimônio mínimo.²²⁹

Uma das grandes questões do direito de família na atualidade é o limite entre o público e o privado, considerando a prevalência dos interesses da sociedade e do Estado na proteção da família, chegando até alguns autores a defenderem sua inclusão no ramo do direito público, situando-se mais perto do público do que do privado, com suas normas que são quase todas de ordem pública. Porém, a maioria doutrinária entende ser o direito de família ramo do direito privado, mas que merece a tutela do Estado, ao mesmo tempo em que esta delimitação serve de freio à intervenção do Estado nas relações familiares.²³⁰

Entende-se que a posição destes doutrinadores é um pouco exagerada. A Lei instituidora da usucapião familiar é bem clara ao dispor que deve haver um abandono do lar sem oposição. Ora, se a solução é afastar-se para não gerar maiores conflitos familiares, este afastamento não necessita ser absoluto, pois o afastado pode continuar a conviver ou falar por telefone ou mensagens com os filhos do relacionamento desfeito e haver um mínimo de respeito entre as partes, o que afasta a fundamentação para o pedido de usucapião. Caso haja um afastamento absoluto, o afastado não é merecedor do amor desta família, desta forma é

²²⁸ DONIZETTI, Elpídio. *Usucapião do lar serve de consolo para o abandonado*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-20/consolo-abandonado-usucapiao-lar-desfeito>>. Acesso em 29 nov. 2015.

²²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 395-396.

²³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 176-178.

relevante invocar-se os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à moradia, ensejando dar uma função social a propriedade como preceito maior, sobrepondo-se aos princípios basilares que regem o direito das famílias.

3.2.1 A Emenda Constitucional 66/2010 e o fim da discussão da culpa no divórcio

A Emenda Constitucional n. 66/2010²³¹, que instituiu o divórcio direto, representa uma redução da intervenção e maior laicidade do Estado no casamento e na intimidade das pessoas. A Emenda Constitucional 66/2010 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. A alteração constitucional que reformou a Constituição Federal procurou dar um novo sentido ao fim da união conjugal, pois havia um procedimento intermediário entre o casamento e o divórcio cujo objetivo era possibilitar uma reconciliação. Na vida contemporânea, com a evolução das famílias, que se processa com uma grande velocidade, não há mais sentido em que o casal passe por esta etapa do relacionamento.²³²

A chamada PEC do divórcio teve como proposta suprimir a separação conjugal na versão judicial e extrajudicial como requisito para o divórcio, facilitando a vida pessoal e afetiva dos cônjuges, que não precisariam passar por dois processos judiciais ou lavrar duas escrituras, em um primeiro momento dissolverem a sociedade conjugal e em um segundo momento dissolver o vínculo conjugal pela conversão da separação judicial em divórcio, caso não optassem em aguardar dois anos de separação de fato ou de corpos para o divórcio direto²³³. Trata-se de uma economia financeira e também afetiva, pois a parte pode retomar de imediato sua vida afetiva. Com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010 e a consequente supressão da separação judicial e extrajudicial como requisito para o divórcio, paralelamente, a grande dúvida recai sobre a discussão da culpa e seus efeitos jurídicos na ruptura do vínculo conjugal.

²³¹ Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
"Art. 226. [...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

²³² FACHIN, Luiz Edson. *Revista IBDFAM*, Edição 23, Out/Nov 2015, p. 6.

²³³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013, p. 201.

Decorridos mais de quatro anos da edição da Emenda Constitucional 66/2010, ainda persistem discussões a respeito da separação e via de regra, pela discussão da culpa pelo fim da sociedade conjugal. Há posições contrárias a possibilidade da discussão da culpa e favoráveis a essa possibilidade, com argumentos relevantes de ambos por lados, conforme tratadas a seguir.

Paulo Lobo entende que não há possibilidade de a separação judicial conviver concomitantemente com o divórcio, porque antes recebiam tutela jurisdicional explícita, e hoje não sobrevive norma infraconstitucional que trate isoladamente da dissolução da sociedade conjugal, por incompatibilidade com a Constituição Federal e seu § 6º do artigo 226, com força normativa própria, com manutenção apenas da dissolução do vínculo conjugal.

Entende-se que estão revogadas, com relação à discussão da culpa, as normas referentes aos artigos 1.578 do Código Civil, porque desaparece o exame da culpa para efeito de perda do sobrenome conjugal e os artigos 1.702 a 1.704 do Código Civil, por vincularem os alimentos à concepção da culpa conjugal. Desta forma, para Paulo Lobo, não há que se falar em discussão da culpa no divórcio.²³⁴

José Fernando Simão entende que é inadmissível qualquer debate acerca da culpa, porque somente atrasa a conclusão judicial do matrimônio, não significando a extinção da culpa do ordenamento jurídico nacional, mas uma alteração de foro legal de discussão, que pode ser debatida em ação autônoma de alimentos ou indenização por danos morais.²³⁵

Para Arnaldo Rizzardo não existe mais discussão de culpa no divórcio, pois com a Emenda Constitucional 66/2010 desaparecem as modalidades de classificação da culpa, concedendo-se simplesmente o divórcio e não se cogitando da separação e tempo e muito menos submeter a concessão a uma conduta violadora dos deveres conjugais como no divórcio-sanção.

²³⁴ NETTO LOBO, Paulo Luiz. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. In: *Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister – IBDFAM, v. 11, ago/set. 2009, p. 8.

²³⁵ SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/627/A+PEC+do+Div%C3%B3rcio+e+a+Culpa%3A+Impossibilidade>>. Acesso em 10 jan. 2016.

O pedido de divórcio é deferido pela simples vontade de terminar o casamento, pois a única condição para a concessão é estar casado, e a Emenda Constitucional eliminou qualquer outro pré-requisito.²³⁶

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem que a análise da culpa no divórcio sempre foi vista como um elemento delicado a ser enfrentado, pois se, de acordo com o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, o único fundamento para a decretação do divórcio é a falência afetiva da relação, torna-se desnecessária a análise da culpa. Antes da instituição do divórcio direto, já havia nos meios acadêmicos, e em parte da doutrina e jurisprudência pátria, forte resistência à demonstração da culpa. Com o fim do instituto da separação, desaparecem também as causas objetivas e subjetivas para a dissolução da sociedade conjugal, pois na opinião destes autores, não cabe buscar razões para o fim de um matrimônio.²³⁷

Rolf Madaleno entende que existe um argumento complementar atrelado aos deveres conjugais do artigo 1.566 do Código Civil, com o fundamento de que a culpa não pode ser suprimida do ordenamento jurídico nacional, sob pena que os deveres conjugais sejam convertidos em mera recomendação judicial e não ter nenhum efeito jurídico no caso de não serem observados pelos cônjuges. Diferente da união estável, em que os deveres conjugais são similares, com exceção da coabitação, e no caso de dissolução, não há possibilidade dos motivos serem discutidos, sendo que estes deveres impostos são exclusivamente morais, com sanções de foro íntimo, sem força cogente estatal.²³⁸

Ainda persistem posições de não extinção da discussão da culpa no divórcio. Para Eduardo de Oliveira Leite²³⁹, o Código Civil mantém o princípio da culpa no art. 1.572, com as hipóteses em que ocorrerá a separação judicial com fundamento na culpa do outro cônjuge, atos que importem em grave violação dos deveres do casamento que torne insuportável a vida em comum e ainda no art. 1.573 do Código

²³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014, p. 217.

²³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 6, p. 585-590.

²³⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013, p. 212.

²³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado. Direito de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol.5, p. 135.

Civil, com um rol que trata da impossibilidade da vida em comum. Conforme Eduardo de Oliveira Leite:

Daí, entretanto, a concluir que a culpa foi banida na sistemática civil nacional vai uma longa distância que precisa ser apreciada com cautela, sob risco de se colocar todas as situações vividas pelo casal num só plano, o que fica negado pela complexidade da realidade fática e do escopo jurídico.²⁴⁰

Flávio Tartuce entende que a Emenda Constitucional 66/2010 não traria nenhuma alteração nas leis infraconstitucionais, e embora reconheça que houve um avanço na retirada do modelo bifásico da dissolução conjugal, conclui que a melhor solução é preservar um sistema dualista que discute a culpa na dissolução do casamento, por ser um conceito inerente ao ser humano e à civilização, não pode ser ignorada como se não existisse e não interessasse ao ser humano, sendo que tirar esta discussão na dissolução do casamento seria desrespeitar a autonomia privada, questionando ainda como ficaria a questão da responsabilidade civil decorrente do casamento e a indenização dos cônjuges, caso a culpa não mais seja apurada.²⁴¹

Juridicamente a culpa é conceito que persiste e que será mantido no Direito das Obrigações, no Direito Contratual e na Responsabilidade Civil. Desse modo, obviamente, a categoria deve ser preservada para extinguir os vínculos conjugais no Direito de Família. Entender o contrário fere o razoável e uma visão unitária do ordenamento jurídico privado. Eventuais argumentos históricos de conquistas não podem dar, ao Direito de Família, tal suposto privilégio. Aliás, fica a dúvida se afastar a culpa e conceber um modelo unitário é mesmo uma vantagem.²⁴²

A culpa ainda provoca efeitos no terreno pessoal, como a perda da utilização do sobrenome conjugal, conforme expresso no art. 1.578 do Código Civil e no terreno patrimonial, como a perda do direito à pensão, prevista nos arts. 1.702 e 1.704, caput e parágrafo único do Código Civil. E ainda permanece como ilícito civil o adultério, que é a quebra da fidelidade conjugal, disposto no art. 1.566, I do Código Civil.

²⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado. Direito de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol.5, p. 136.

²⁴¹ TARTUCE, Flávio. *A PEC do divórcio e a culpa: possibilidade*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/13_a.pec.do.divorcio.e.a.culpa-possibilidade.pdf>. Acesso em 30 jan. 2016.

²⁴² *Ibidem*.

A jurisprudência já se consolida em relação ao fim da discussão da culpa no divórcio, tanto nos tribunais estaduais²⁴³, quanto no STJ – Superior Tribunal de Justiça²⁴⁴. Recentemente foi publicado Enunciado da VII Jornada de Direito Civil em

²⁴³ Direito civil e processual civil. Agravo de instrumento. Divórcio litigioso. Autora que pretende discutir a culpa do cônjuge pela ruptura do matrimônio e seus reflexos a título de dano moral indenizável. Decisão agravada que entendeu pela prescrição do pedido de danos morais e indeferiu a produção de provas referentes à discussão da culpa. Decisão mantida. Agravo conhecido e desprovido.1. A Emenda Constitucional nº 66, de 14 de julho de 2010 (EC 66/2010), que conferiu nova redação ao § 6º, do art.226, da CF, inseriu no ordenamento jurídico pátrio a permissão para que qualquer dos cônjuges ingresse com o pedido de divórcio, independentemente da existência de separação de fato ou de prévia separação judicial, suprimindo qualquer discussão acerca da culpa pela ruptura do vínculo matrimonial e, portanto, sendo descabida a pretensão de que um dos consortes seja considerado o causador da ruptura.2. Verificada a prescrição no tocante ao pedido de indenização por danos morais, vez que decorrido o prazo trienal desde a separação de fato até o ajuizamento da ação, consoante inteligência do art. 206, § 3º, V, do Código Civil.3. Ante a prescrição verificada, acertada a decisão singular ao indeferir as provas desnecessárias à elucidação dos pontos controvertidos, notadamente aquelas relativas à investigação da infidelidade conjugal e ao pedido genérico de perícia. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1065209/SP*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 16/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1065209&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 21 mar. 2016).

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo e Recurso especial n.º 219.113 - SP (2012/0172780-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=culpa++prox+div%F3rcio&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#DOC1>>. Acesso em 25 mar. 2016.

Trata-se de agravo interposto por S. M. M. contra decisão que inadmitiu recurso especial pelas razões seguintes: a) não ocorrência de violação do art. 535, II, do CPC; e b) não demonstração da violação legal e aplicação da Súmula n. 7/STJ. Alega a parte agravante, em síntese, que o recurso especial atendeu aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual requer o seu processamento. Sustenta também que o órgão de interposição do recurso, ao realizar o juízo prévio de admissibilidade, ultrapassou os limites de sua competência, adentrando indevidamente o mérito do recurso especial. É o relatório. Decido. Inicialmente, cumpre esclarecer que, em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal, "é possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea 'a', em face dos seus pressupostos constitucionais, envolve o próprio mérito da controvérsia" (Quarta Turma, AgRg no Ag n. 228.787/RJ, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4.9.2000). Nesse sentido, aliás, é o enunciado da Súmula n. 123 do STJ: "A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais". A questão apreciada na decisão de admissibilidade e não impugnada nas razões do presente agravo (não violação do art. 535, II, do CPC) não será analisada por força da preclusão consumativa e da coisa julgada. O recurso especial foi interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO em apelação nos autos de separação judicial. O julgado traz a seguinte ementa: "SEPARAÇÃO JUDICIAL. Superveniência da Emenda Constitucional nº 66/2010 - Inteligência da nova redação dada ao artigo 226, § 6º da Constituição Federal - desaparecimento da figura jurídica da separação judicial, perdendo o sentido a discussão sobre a culpa - Divórcio que é sempre direto e imotivado - Nova norma constitucional que atinge as separações em curso - Imperiosa a decretação do divórcio do casal, diante da concordância expressa das partes - Insurgência restrita, basicamente, à partilha de bens determinada na sentença - Casamento celebrado no regime de separação convencional de bens - Imóvel adquirido a título oneroso na constância do casamento em nome exclusivo do réu - Provas constantes dos autos a indicar a inexistência de esforço comum para a aquisição do bem - Elementos de informação demonstram que o imóvel foi comprado em sub-rogação a bem particular do requerido - Razoável a determinação para que os bens móveis sejam partilhados igualmente entre as partes, em face do disposto no art. 1.688 do CC/02 - Recurso não provido." Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. No recurso especial, aduz a parte recorrente que o aresto hostilizado contrariou dispositivos de lei federal

que 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 de tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável”.²⁴⁵

3.2.2 A usucapião familiar e a volta da discussão da culpa na separação

A primeira interpretação da lei, é de que na usucapião familiar, o abandono do lar deve ser voluntário e injustificado, sendo fundamental a verificação do elemento culpa. Também o caráter abstrato da norma não deixou claro quanto à hipótese de abandono apenas do consorte ou da família. No caso, abandono do lar é expressão mais abrangente do que abandono do consorte, abrangendo o desligamento da prole, tanto material quanto afetivo.²⁴⁶

No entendimento dos doutrinadores contrários ao instituto, no momento em que o sistema jurídico brasileiro superou a pesquisa da “culpa” por ocasião do rompimento da sociedade conjugal pela Emenda Constitucional 66/2010, surge a figura do abandono do lar no direito de família como justificativa para aquisição de imóvel urbano por usucapião, abrangendo a falta de deveres conjugais e familiares, o que inclui a pesquisa da “culpa”. Em sentido contrário, entende-se que a usucapião familiar não tem a ver com a culpabilidade ou não pelo fim do casamento ou pelo fato do abandono do lar ter sido voluntário ou necessário, o que interessa ao instituto é o abandono do lar. É muito comum entre os casais que se separam, deixar o imóvel com o outro cônjuge, para conforto dele e dos filhos até a partilha, o que torna a discussão da culpabilidade mais controversa. A Lei 12.242/2012 não se

(arts. 535, I e II, do Código de Processo Civil e 92, 94, 111, 1.260, 1.263, 1.264, 1.275 e 1.687 do Código Civil) quanto às seguintes questões: (a) nulidade por negativa de prestação jurisdicional e (b) partilha de bens móveis. Passo, pois, à análise da questão impugnada nas razões do agravo. Esclareceu o acórdão recorrido que os bens móveis foram adquiridos para utilização comum da família. Assim, determinou sua partilha na proporção de 50%, com preferência para a recorrente dos bens por ela comprados. Registrou que os armários embutidos existentes no imóvel, embora fossem pertenças, permaneceram no imóvel após sucessivas transferências de domínio, razão pela qual estavam abrangidos na compra do imóvel e embutidos no preço. Assim, conclusão em sentido diverso demandaria o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, procedimento que atrai o óbice da Súmula n. 7/STJ. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 14 de setembro de 2015. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Relator (Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 25/09/2015)

²⁴⁵ TARTUCE, Flávio. *Enunciados aprovados na VII Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/238317848/enunciados-aprovados-na-vii-jornada-de-direito-civil>>. Acesso em 13 fev. 2015.

²⁴⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil – direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, Vol. 4, p. 127.

reporta à necessidade de se investigar as razões do afastamento, pois pode decorrer do trabalho de um dos consortes que impeça a sua comunicação ou também a hipótese de transtorno mental por longo período, deixando o parceiro ausente se qualquer contato²⁴⁷. A Lei 11.340/2006, “Lei Maria da Penha” e suas medidas protetivas, no artigo 22, inciso II²⁴⁸, visando a proteção da mulher, determina o afastamento do marido ou companheiro do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Assim, o consorte que se afastou do lar, como medida de proteção, deve notificar anualmente a outra parte, para afastar o cômputo do prazo que caracterize a usucapião familiar.²⁴⁹

Maria Berenice Dias²⁵⁰, na sua posição contrária ao instituto, entende que a Lei criou muito mais problemas do que soluções para garantir o direito à moradia. Para Dias, a Lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010, que quando acaba com a separação judicial, faz desaparecer prazos e atribuições de culpas, cuja medida foi salutar pois evita que mágoas e ressentimentos sejam trazidos para o Judiciário quando o amor acaba, pois afinal a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do relacionamento. Nesta nova modalidade de usucapião o que se procura, para Dias, é a causa de um dos cônjuges ou companheiros ter se afastado da morada comum:

Da novidade só restam questionamentos. O que significa mesmo abandonar? Será que fugir do lar em face da prática de violência doméstica pode configurar abandono? E se um foi expulso pelo outro? Afastar-se para que o grau de animosidade não afete a prole vai acarretar a perda do domínio do bem? Ao depois, como o genitor não vai ser tachado de mau pelos filhos caso manifeste oposição a que eles continuem ocupando o imóvel?

O termo “abandono do lar” remonta à superada hipótese de dissolução pela culpa do vínculo familiar, e que não pode ser mais interpretado neste sentido sob pena de inadequação das famílias contemporâneas, uma vez que o vínculo conjugal

²⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, Vol. V, p. 208-210.

²⁴⁸ Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

[...] II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.

²⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., p. 210.

²⁵⁰ DIAS, Maria Berenice Dias. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf>. Acesso em 26 set. 2015.

é vivencialmente desconstituído²⁵¹. Para a aquisição da usucapião familiar, um dos requisitos a serem analisados é se houve efetivamente um abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, desta forma ressurgem a análise da culpa pela extinção do vínculo de conjugalidade, em uma época em que a decretação do divórcio é direta, sem a necessidade de dois anos de prévia separação judicial, antes de Emenda Constitucional 66/2010, ou seja, sem necessidade de averiguação de culpa. A questão a ser analisada, neste prisma, é o entendimento de “abandono do lar”, se o simples fato de deixar a moradia em comum ou se será necessário verificar as razões deste abandono. Se o “abandono” é físico ou também material. Para Maria Celeste Pinto de Castro Jutahy²⁵², a interpretação mais razoável para estas questões é a necessidade de analisar a causa do abandono e também é necessária a demonstração de abandono físico e material.

Para esta corrente desfavorável ao instituto, o certo é que para dar provimento à usucapião familiar para o ex-cônjuge ou ex-companheiro, deve-se imputar ao outro a culpa pelo abandono do lar, requisito essencial do instituto, e quando se lhe imputa o abandono, estará lhe imputando culpa, e estará lhe impondo uma penalidade, ou seja, a perda da meação a que tem direito decorrente do regime de bens do casamento.

Em sentido contrário, entende-se que mesmo invadindo a órbita do direito de família, o instituto atende à função social da propriedade, para garantir a moradia de quem tem a posse do imóvel e dele cuida, protegendo a comunidade familiar, apesar de violar normas sobre propriedade e regime matrimonial de bens.²⁵³

3.2.3 Possibilidade de violação ao princípio do retrocesso e da mínima intervenção do Estado.

Dentre os princípios que regem o Direito de Família, destacam-se, além do princípio da dignidade da pessoa humana, os princípios da vedação do retrocesso e

²⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. São Paulo: *Jornal Carta Forense*. Ano III, n.31. Outubro/2011, p. 14 B. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>>. Acesso em 12 out. 2015.

²⁵² JATAHY, Maria Celeste Pinto de Castro. *A nova usucapião*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 16 – Direitos Reais. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_87.pdf>. Acesso em 03 out. 2015.

²⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, direito das coisas*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

da intervenção mínima do Estado. A Emenda Constitucional n. 66/2010, com a desburocratização do divórcio, significou menos intervenção do Estado na vida íntima das pessoas, dando maior responsabilidade aos cônjuges sobre suas escolhas amorosas e foi um grande passo adiante da reafirmação do Estado laico. Constituiu-se em uma grande evolução, a nível constitucional, no direito de família. As facilidades jurídicas advindas desta nova fase do divórcio, onde o Estado deixa de tutelar os casais com prazos e culpa pelo fim da conjugalidade, impõe mais responsabilidade às pessoas pela manutenção de seus vínculos amorosos, deixando a decisão sob a responsabilidade das partes, pois a fase de separação judicial era uma forma de dar um prazo para que o casal pudesse reconciliar-se. Para o IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família²⁵⁴, foi a substituição do discurso da culpa, tão paralisante e infantil, pelo discurso da responsabilidade, que fez o Direito de Família dar um passo adiante e eliminar um dos seus maiores sinais de atraso, que era a procura de um culpado pelo fim do casamento.

Para Giselle Câmara Groeninga²⁵⁵, houve grandes avanços no direito de família, e um deles é mudança de paradigma baseado na culpa para aquele baseado na responsabilidade. A culpa tem sido usada e abusada pelo Estado e pelo Direito de Família, por questões religiosas para o controle das relações, e foi um instrumento usado pelo Direito de Família, que era pautado pela atribuição de culpas. Groeninga alerta para o cuidado aos retrocessos:

Preciso dizer que a culpa, no mais das vezes, recaía (e ainda recai) sobretudo sobre as mulheres, na tentativa de exercer controle sobre a sexualidade e, também, sobre a maternidade e mesmo o patrimônio, transformando-as em vítimas do sistema. Necessário, ainda, dizer o quanto a homossexualidade é alvo de tentativa de imputação de culpa.

Não perquirir culpas denota um amadurecimento bem-vindo da laicização do direito, e mais livre do controle de ideologias e propósitos outros que fogem à sua finalidade. Mas, certo é que outros capítulos, no sentido não mais das culpas e sim das responsabilidades, deverão ser escritos nas evoluções da legislação.²⁵⁶

²⁵⁴ IBDFAM. Disponível em: <www.IBDFAM.org.br>. Acesso em 23 nov. 2015.

²⁵⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. *Culpa cabe na religião e na mente, mas não no Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-15/processo-familiar-culpa-cabe-religiao-mente-nao-direito-familia>>. Acesso em 29 nov. 2015.

²⁵⁶ GROENINGA, Giselle Câmara. *Culpa cabe na religião e na mente, mas não no Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-15/processo-familiar-culpa-cabe-religiao-mente-nao-direito-familia>>. Acesso em 29 nov. 2015.

Em posição contrária, Maria Helena Diniz entende que a usucapião familiar, discutindo a culpa na separação, não atenta ao princípio da vedação ao retrocesso:

[...] Há quem ache que a discussão da culpa pelo abandono do lar é um atentado ao princípio da vedação ao retrocesso. Tal não entendemos, pois não se poderia discutir a culpabilidade pela separação de fato para a concessão do divórcio, mas nada obsta que se averigüe a culpa pelo abandono familiar para reconhecer, ou não, certas consequências jurídicas.²⁵⁷

É evidente o avanço ocorrido dando maior autonomia às relações familiares, em detrimento da interferência do Estado com predomínio de normas imperativas. No Direito de família sempre houve uma grande intervenção do Estado-Juiz na família, impondo freios e restrições na sua liberdade de ação, sempre com o objetivo de defender a célula familiar, com a justificativa de atender ao princípio da dignidade da pessoa humana. A ampliação da autonomia privada no direito familiarista e redução da intervenção estatal encontra respaldo com o advento do divórcio extrajudicial, com a opção de dissolver o vínculo conjugal por meio de escritura pública, com a constitucionalização da união estável com a retirada da obrigatoriedade de coabitação, como exemplos. Atualmente há um crescimento da liberdade de ação dos cônjuges e conviventes, desde que não sejam contrários aos fundamentos basilares do Direito de Família. Porém, exercer com amplitude a autonomia privada não é um poder absoluto e ilimitado, porque ninguém age completamente livre ou com total autonomia.²⁵⁸

A discussão sobre o retrocesso nas relações familiares tornou-se mais acirrada com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil – NCPC, Lei n. 13.105/2015, em 18 de março de 2016, uma vez que em seus artigos 23, III, 53, I, 189 II e § 2º, 693, *caput*, 731, *caput*, 732 e 733, e também no *caput* da seção IV, do Capítulo XV, do Título III, do Livro I, da Parte Especial, faz expressa referência à “separação”, “separação judicial” e “separação consensual”. Ou seja, o novo Código considera que a separação conjugal não foi retirada do ordenamento jurídico nacional.

O Direito de Família sofreu enorme evolução em pouco tempo, tendo a Emenda Constitucional 66/2010 como um marco, com status de norma

²⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, direito das coisas*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

²⁵⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013, p. 91-92.

constitucional, onde dá maior eficácia ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana dos cônjuges, conferindo maior proteção a sua vida privada e sua intimidade, em especial por não mais permitir a discussão da culpa no divórcio. O novo Código de Processo Civil, quando trata em várias passagens da “separação”, pretende “represtinar” este instituto jurídico que já estaria extinto. Desta forma, a manutenção da vigência dos artigos do Código Civil e do novo Código de Processo Civil implica em retrocesso social, prejudicando o exercício de direitos sociais conquistados pela sociedade ao longo do tempo e também em contrariedade às metas estabelecidas no artigo 3º da Constituição Federal.²⁵⁹

A proibição ao retrocesso social é um princípio constitucional implícito, que encontra fundamento em vários princípios explícitos na Constituição Federal, quais sejam²⁶⁰: princípio do Estado Democrático e Social de Direito, princípio da Segurança Jurídica, princípio da Proteção da Confiança, princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio da Máxima Eficácia e Eficiência das normas definidoras de Direito e Garantias Fundamentais e princípio da Justiça Social.

A jurisprudência tem reconhecido o princípio do retrocesso social, como se pode observar nos julgamentos do REsp. 302.906-SP, pelo Superior Tribunal de Justiça e no ED no AI n. 598.202-PR²⁶¹, pelo Supremo Tribunal Federal, que fazem expressa referência ao princípio.²⁶²

²⁵⁹ FOSSEN, Maurício. O Novo CPC implicou em alguma alteração na alteração da separação judicial perante o sistema jurídico brasileiro? *Revista IBDFAM Família e Sucessões*, 10, jul/ago 2015, p. 47-51.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível*. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES, Francisco Gerson; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 318-320.

²⁶¹ PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNI FAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

[...] 11. O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se

E quanto a violação ao princípio do retrocesso pela ingerência de uma política pública na vida individual do casal, Maria Berenice Dias²⁶³ é taxativa quando diz que a nova lei da usucapião familiar provoca retrocesso: “Boas intenções nem sempre geram boas leis. Não se pode dizer outra coisa a respeito da recente Lei 12.424/2011 que, a despeito de regular o Programa Minha Casa, Minha Vida com nítido caráter protetivo, provocou enorme retrocesso”.

A intervenção do Estado nas relações familiares, na ótica dos doutrinadores familiaristas, deve-se dar somente com relação a tutelar e dar garantias a família. A Constituição Federal assume o papel de “Estado-protetor” e não de “Estado-interventor” e dispõe no artigo 226 que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Também no Código Civil existe fundamento para a autonomia privada como um princípio fundamental do Direito de Família, quando expresso no artigo 1.513²⁶⁴ que é defeso a qualquer pessoa, do direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituído pela família. O Estado atual tem a função de protetor-provedor-assistencialista, não podendo ingerir totalmente nas relações familiares. O grande desafio para as normas que disciplinam as relações familiares é de conciliar o direito à autonomia e liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, na atuação do Estado como protetor. Esta conciliação deve ser realizada através da hermenêutica comprometida com os princípios fundamentais do Direito de Família, em especial o da autonomia privada²⁶⁵. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Ao ressuscitar o ilícito de efeitos caducificantes, qual seja, a perda da titularidade sobre a fração ideal do bem comum, o legislador operou sério desvio em relação às normas do direito de família alusivas à divisão dos

ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20100826+e+%40DTDE+%3C%3D+20100826&livre=%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=302906&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 31 jan. 2016.

²⁶² FOSSEN, Maurício. O Novo CPC implicou em alguma alteração na alteração da separação judicial perante o sistema jurídico brasileiro? *Revista IBDFAM Família e Sucessões*, 10, jul/ago 2015, p. 54-55.

²⁶³ DIAS, Maria Berenice Dias. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf>. Acesso em 26 set. 2015.

²⁶⁴ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

²⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178-183 e 189.

bens dos conviventes. Cria-se uma norma desproporcional, pois sob o manto da tutela patrimonial de um dos membros do ex-casal o ordenamento pratica intromissão na esfera privada da família impondo gravíssima sanção de perdimento de bens, quiçá subtraindo daquele que se retirou do lar o seu patrimônio mínimo.²⁶⁶

A maior conquista do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, foi sem dúvida a Emenda Constitucional 66/2010, abolindo o fim do prazo para o divórcio, a desnecessidade da prévia separação judicial e o fim da discussão da culpa. E para a corrente contrária ao instituto, a usucapião familiar entra como “vilão” da história, pois tem características de volta da discussão da culpa no ordenamento jurídico nacional, com a penalização dirigida a quem abandonou o lar, com a perda de seus direitos materiais e patrimoniais sobre a meação do imóvel comum ao casal.

3.3 Os direitos constitucionais fundamentais sociais e o posicionamento favorável à usucapião familiar

O instituto da usucapião familiar é regido por duas justificativas fundamentais: uma baseada na quebra das relações afetivas, fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar e outra baseada na quebra das relações patrimoniais, fundamentada nos princípios sociais da função social da propriedade e no direito à moradia. São direitos pessoais e patrimoniais em jogo, haja vista que o instituto se constitui de um misto de direito real e direito de família. O indivíduo tutelado é uma pessoa concreta, com necessidades vitais a serem atendidas, e é dotada de variáveis que dizem respeito ao desenvolvimento de sua personalidade, considerando em sua coexistencialidade.²⁶⁷

O direito é um sistema de freios e contrapesos, com o objetivo de viabilizar o convívio social e sua função deve ser de colocar limites e barrar os excessos existentes, o direito deve cumprir sua função social e não permitir tudo²⁶⁸. Muito se discutiu sobre a dicotomia entre direito público e direito privado e parece que o tema se encontra praticamente superado nos sistema jurídico romano-germânico, a que

²⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil, 5, reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 396.

²⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. *A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.250-A do Código Civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>>. Acesso em 17 fev. 2016.

²⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Limites do direito devem garantir autonomia privada sem ceder a moralismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-29/processo-familiar-limites-direito-garantir-autonomia-privada-ceder-moralismo>>. Acesso em 29 nov. 2015.

se filia o direito brasileiro, pois no âmbito da teoria jurídica é frequente a afirmação de que o Estado social superou a ideologia individualista do Estado Liberal que projetava a dicotomia público/privado. No Estado social, é da sua natureza as interferências recíprocas entre o público e o privado. Assim Paulo Lôbo diz que “[...] há equívoco em se falar de publicização do direito privado em virtude da intensidade da intervenção estatal nas relações privadas”.²⁶⁹

O direito é público se a relação jurídica for desigual sob o império do Estado, seja esta parte ou não da relação, e o direito é privado se a relação jurídica for entre pessoas privadas ou entre estas e o Estado, quando este não estiver revestido de seu poder de império. Donde conclui-se, na visão de Paulo Lobo, que o direito de família é genuinamente privado, apesar de constitucionalizado e detentor de normas cogentes ou de ordem pública, não lhe retirando a natureza de ser ramo do direito civil, com características de intervenção na autonomia privada, e também com uma marcante intervenção legislativa. O direito de família é um direito composto de direitos pessoais, onde a sua finalidade é a realização e a dignidade da pessoa humana no ambiente familiar, pois nada é mais privado que a vida familiar.²⁷⁰

O fato do Direito de Família pertencer ao direito privado não quer dizer que as normas que compõe o seu sistema devem ser todas de cunho privatista. Considerando-se a sua importância na sociedade e a vulnerabilidade do núcleo familiar, várias das normas que regem os direitos familiares devem e são cogentes, de ordem pública, inderrogáveis pela simples vontade das partes. Com a constitucionalização do direito civil, a publicização de suas normas tornou-se mais necessária, com o objetivo de atender a função social da família. O direito de família, sob o ponto de vista enciclopédico e como um ramo do Direito Civil, integra o ramo do direito privado, não deixando de ter suas normas caráter cogente.²⁷¹

Há muito a dicotomia entre direito público e direito privado está superada, não há atualmente parâmetros para se distinguir o público do privado. A divisão dualista em Direito Público e Direito Privado com ramos do direito antagônicos não mais se

²⁶⁹ LOBO, Paulo. *Direito civil – famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 47.

²⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol 6, p. 62-63.

sustenta nas interações jurídicas atuais. Não se pode, de modo simplista, classificar um direito como público ou como privado, em especial, o Direito de Família, denominado por muitos como um direito Civil-Constitucional.

A família é a base da sociedade, conforme previsto na Constituição Federal, estando neste sentido a limitação principal do Estado, que não pode violar a família, sob pena de estar violando a base da sociedade que serve ao próprio Estado. Em situações em que existe interesse social ou público, a intervenção do Estado torna-se necessária, como a alfabetização e educação básica das crianças; o planejamento familiar desestimulando proles numerosas nas populações de baixa renda; a vedação de escolha do sexo dos filhos pelos pais por meio da manipulação genética; o asseguramento da ajuda recíproca entre pais e filhos e idosos com a consequente punição ao abandono familiar; a eliminação e repressão a violência dentro da família. A Constituição Federal neste contexto, expande a proteção do Estado à família, com uma profunda transformação, salientando-se os seguintes aspectos: a) a proteção do Estado abrange qualquer entidade familiar, sem restrições; b) a família assume a posição de sujeito de direitos e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas integrantes da família possuem primazia sobre os interesses patrimonializantes; d) a natureza socioafetiva da filiação; e) igualdade entre gêneros e filhos; f) liberdade de constituir, manter e extinguir a entidade familiar e o planejamento familiar, sem imposição estatal; g) a configuração da família no espaço de realização pessoal e dignidade de seus membros.²⁷²

Assim, justifica-se plenamente a intervenção de uma política pública em uma relação privada, pois efetiva-se de pleno a garantia da dignidade da pessoa humana no seio das relações de família, como no caso da usucapião familiar. O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental de que derivam todos os demais princípios, tratado como um valor superior que sobrepõe a todos os demais princípios, que rege as relações familiares. Uma família abandonada por um de seus comandantes (homem ou mulher), da forma como é tratada na usucapião familiar, ou seja, por dois anos sem sequer dar notícias, perde a dignidade perante seus próprios membros e perante a sociedade, podendo trazer inúmeros conflitos internos afetivos e familiares, afetando a saúde psicológica e emocional de seus membros,

²⁷² LOBO, Paulo. *Direito civil – famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35-36.

como também problemas externos materiais e patrimoniais, deixando a propriedade fora de comércio pela impossibilidade de ser alienada. Conforme Kant²⁷³: “as coisas têm preço e as pessoas dignidade”.

E principalmente quando se fala que os interesses dos membros da família possuem primazia sobre os interesses patrimoniais, justifica-se a intervenção do Estado, com a criação de um instituto que visa proteger a dignidade de um membro familiar e de toda a família, com a conseqüente perda de seu direito patrimonial mediante o abandono do lar.

3.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade dos membros no direito de família

O princípio da dignidade da pessoa humana é um macroprincípio fundamental da Constituição Federal, como um objetivo da República Federativa do Brasil, expresso no artigo 1º, inciso III, no qual se concretizam direitos fundamentais e do qual se desdobram subprincípios ou princípios implícitos, conforme preconiza o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal²⁷⁴. No que tange ao direito de família, o princípio da dignidade da pessoa humana está presente no artigo 226, § 7º, onde o planejamento familiar e a paternidade responsável estão ligados a este princípio. E no artigo 227 da Constituição Federal, está expresso que é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar a criança e ao adolescente, dentre outros direitos expressos, o direito à dignidade, colocando-os a salvo de qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, garantias mínimas para os que estão em formação física e mental. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família tem proteção especial do Estado e este protege especialmente a dignidade humana de seus componentes²⁷⁵. A família é composta por pessoas, que merecem a atenção jurídica do Estado e o direito de família tem sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade da pessoa humana, de modo a assegurar a comunhão plena de vida de cada integrante da sociedade familiar.²⁷⁶

²⁷³ MORAES, Maria Cecília Bodin. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

²⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, Vol. 5, p. 62.

²⁷⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2013, p. 45-46.

²⁷⁶ SILVA, Eduardo. *A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o Direito de Família entre a Constituição e o Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 464.

A família passou a ter um papel de instrumento de promoção da dignidade humana e é tutelada como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade de seus membros. Sua função instrumental reconhece a responsabilidade de seus membros de forma que o sistema constitucional de proteção à família não pode ser compreendido isoladamente dos deveres de proteção do Estado. A manutenção da família é uma obrigação do Estado, vinculando os poderes públicos a um dever de proteção aos direitos humanos, com o dever de garantir às famílias condições e recursos necessários ao desempenho de suas funções. A afirmação dos direitos fundamentais e seu asseguramento, com ênfase na dignidade da pessoa humana, é condição de legitimação do Estado de Direito e a família somente faz sentido para seus membros se for o veículo funcionalizador da promoção da dignidade de seus membros, não restando dúvidas que a dignidade da pessoa humana é o princípio norteador do direito de família²⁷⁷. Para Paulo Lobo:

O modelo igualitário de família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988.²⁷⁸

O princípio da solidariedade é fundamental para o direito de família e está expresso nos artigos 226, 227 e 230 da Constituição Federal. A solidariedade está entre os objetivos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º, inciso I, que estabelece a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A solidariedade representou uma inovação importante no ordenamento jurídico nacional, e é um fato social na proteção dos grupos familiares, conforme expresso no artigo 226 da Constituição Federal. No âmbito do Direito de Família, este princípio vai além, em uma interpretação sistemática da Constituição, onde se inclui que a família é a base da sociedade. A solidariedade familiar é considerada fato e direito, realidade e norma. No plano fático as pessoas convivem em família para compartilhar afeto e responsabilidade e não estão submissas entre si. No plano jurídico, os deveres familiares impõem direitos e deveres jurídicos²⁷⁹. Também implica respeito e

²⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, Vol. 5, p. 62-63.

²⁷⁸ LOBO, Paulo. *Direito civil – famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

²⁷⁹ LÔBO, Paulo. “Princípio da Solidariedade Familiar”, in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões* (Edição de Lançamento), Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2007, p. 159.

consideração mútuos em relação aos membros familiares, constituindo assim um princípio norteador do Direito de Família.²⁸⁰

Estes dois princípios basilares e norteadores do Direito de Família e previstos na Constituição Federal, justificam a criação do instituto da usucapião familiar, no que tange à quebra das relações afetivas. O abandono do lar por um membro do casal fere estes princípios, tanto com relação aos demais membros, como em relação à instituição familiar que é desfeita em um primeiro momento. Mesmo que haja um indício de retrocesso com a retomada da discussão da culpa na separação, e com a perda patrimonial do direito à meação, dentre a ponderação de princípios, os princípios da dignidade e da solidariedade são mais fortes para justificar por si só a criação e manutenção deste instituto, que impõe a sanção a parte que abandonou o lar e feriu os princípios aqui abordados.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento primordial do instituto da usucapião familiar, na medida que este princípio tutela o direito de propriedade e de moradia, do mesmo modo que tutela as relações familiares, como um princípio essencial do direito de família. O abandono, por si só, já justifica a existência desta nova espécie de usucapião, como uma forma de tutela da dignidade pessoal e da família, núcleo essencial da sociedade. A forma que o legislador encontrou para suprir esta carência, foi dar ao cônjuge ou companheiro abandonado a dignidade de sua moradia, com a aquisição do título de propriedade por usucapião, para que se dê à propriedade o destino que lhe aprouver.

3.3.2 O princípio da função social da propriedade e o direito à moradia

Se por um lado a retomada da discussão da culpa no direito de família representa um indício de retrocesso no âmbito das relações familiares e da intimidade da vida privada, essa nova forma de aquisição da propriedade pela usucapião familiar, prioriza direitos sociais, em especial para a população de baixa e média renda, e atende ao princípio da função social da propriedade²⁸¹. São direitos

²⁸⁰ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios no direito de família brasileiro*, in TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008, p. 42.

²⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, Vol. V, p. 208-209.

fundamentais em face de direitos patrimoniais decorrentes do regime de bens casamento ou da união estável.

O instituto protege especificamente o direito à moradia da parte da relação afetiva que ficou residindo no imóvel, escolha que visa proteger o mínimo existencial daquele que, materialmente, pouco ou nada possui, mesmo que isso aconteça em detrimento da hipótese abstrata daquele que abandonou o lar, pois assegurar o direito à moradia de uma pessoa desamparada financeira e/ou moralmente significa proteger também a moradia concreta da família e o direito existencial daqueles que se correlacionam²⁸². Assim posiciona Luiz Edson Fachin:

Não obstante a constituição proteja o direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII), ela o condiciona ao atendimento à função social (art. 5º, XXIII), prescindindo de tutela jurisdicional a propriedade que não a atenda. É, pois, a função social elemento estrutural da propriedade, ao lado dos direitos dominiais de usar, gozar e dispor do bem. Destarte, o instituto analisado visa resguardar o direito daquele que atende à função social do imóvel, conferindo autonomia ao direito do possuidor sem, contudo, ferir o direito à propriedade, uma vez que este está vinculado ao atendimento à função social.²⁸³

O novo instituto, em seu contexto geral, está adequado aos vetores do nosso ordenamento jurídico, é constitucional e é possível o seu acolhimento sistemático, conforme posto no artigo 1.240-A do Código Civil, em leitura orientada pelas determinantes principiológicas-constitucionais. A lei não nasce pronta e sua estruturação é gradual, desta forma a doutrina e em especial, a jurisprudência, no exercício cotidiano, vem interpretando os pontos lacunosos do dispositivo legal.²⁸⁴

Mesmo invadindo a órbita do direito de família, a usucapião familiar atende à função social da propriedade, pois garante a moradia de quem exerce a posse do imóvel, com a proteção da comunidade familiar, apesar de violação das normas sobre propriedade e regime matrimonial de bens. A usucapião familiar visa preservar

²⁸² FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. São Paulo: *Jornal Carta Forense*. Ano III, n.31. Outubro/2011, p. 14 B. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>>. Acesso em 12 out. 2015.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. São Paulo: *Jornal Carta Forense*. Ano III, n.31. Outubro/2011, p. 14 B. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>>. Acesso em 12 out. 2015.

a segurança e interesse de pessoas integrantes da família, dando uma tutela excepcional ao núcleo familiar.²⁸⁵

A função social da propriedade, da forma como está estabelecida no sistema constitucional brasileiro, fortalece os princípios gerais da tutela da pessoa, do trabalho e da dignidade humana, demonstrando a finalidade do legislador constituinte com os dramáticos conflitos sociais, permeado pelos princípios solidários e humanistas²⁸⁶. Constitui-se em um dos fundamentos da nova espécie de usucapião familiar, uma vez que regulariza a propriedade em favor de quem dela cuida, ou seja, do ex-cônjuge ou ex-companheiro abandonado com ou mesmo sem sua família, mas que ficou na propriedade, dando-lhe uma função social como sua moradia e ao mesmo tempo penalizando a outra parte, que não demonstra interesse na propriedade e/ou na família. O legislador procurou resolver um problema social ligado à família por intermédio de uma solução de estabilização social, pois a parte que fica na posse do imóvel sofre ônus com sua manutenção, além de impossibilitar sua alienação com o bem fora de comércio.

3.4 Problemas do instituto e sugestões para possível solução

O instituto da usucapião familiar apresenta inúmeros problemas, tanto com relação ao seu instituto mãe, a usucapião, como em relação aos institutos inerentes ao direito de família. Já foi sugerida a hipótese de sua inconstitucionalidade, em especial pelas correntes ligadas ao direito familiarista, porém o objetivo principal do instituto é de efetivação do direito à moradia e da função social da propriedade, respaldado no princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamentam a validade e importância no ordenamento jurídico, não se caracterizando confronto entre princípios e normas constitucionais. Os problemas apontados referem-se à exiguidade do prazo, características do imóvel e o abandono do lar, com a volta da discussão da culpa nas separações.

²⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, direito das coisas*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194-195.

²⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 310.

3.4.1 Da exiguidade do prazo

O prazo para a aquisição da usucapião familiar, de dois anos, é menor do que o menor prazo para a aquisição da usucapião sobre bens imóveis, que é de cinco anos, e de bens móveis de boa-fé, que é de três anos. Além de que o prazo de dois anos, entendido sob o ângulo do direito de famílias, é o período em que o casal ainda cogita uma possível reconciliação, e que casais separados de fato ainda nem decidiram sobre a partilha de bens. Assim, entende-se que este prazo é exíguo para um efeito tão radical nas relações patrimoniais decorrentes do casamento ou união estável, que se consubstancia na perda da propriedade estabelecida pela meação, um direito constituído quando do início da sociedade conjugal ou convivência, decorrente do regime de bens adotado.

A solução proposta para este caso é de aumentar o prazo para a aquisição da usucapião para cinco anos, mesmo prazo da usucapião de bens urbanos imóveis previstos no artigo 183 da Constituição Federal, e artigo 1.240 do Código Civil, que serviu de modelo para a criação do instituto da usucapião familiar. Deste modo, a separação de fato estaria mais amadurecida, havendo menores possibilidades de reconciliação do casal, representando maior justiça social e segurança jurídica para se decretar a aquisição da propriedade por usucapião no âmbito das relações familiares.

3.4.2 Das características do bem imóvel

A lei prevê que o imóvel objeto da usucapião seja urbano e com metragem até duzentos e cinquenta metros quadrados (250 m²). Retira da abrangência do instituto os casais que habitam imóveis rurais, que podem estar vivenciando o mesmo problema de abandono do lar, não tenham outra moradia, estejam com sua dignidade afetada e arcando com todos os ônus materiais e afetivos da família. E considerando-se que o direito à moradia é de todos, e as políticas públicas com relação a este comando constitucional deve favorecer os menos abastados ou que não a possuem.

Quanto ao tamanho da propriedade, abrange propriedades de classe média e até alta, inclusive apartamentos de luxo em grandes cidades e boas casas no interior. Como um dos fundamentos do instituto é efetivar a função social da

propriedade e o direito à moradia previstos constitucionalmente, e em especial proteger as pessoas menos abastadas, haja vista que originado de um programa de governo de proteção à moradia de baixa renda, existe uma incoerência no instituto, pois ele abrange mais pessoas do que o seu foco. Em contrapartida, quanto à metragem do bem, o instituto não protege apenas o direito à moradia, mas também a dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todo o ordenamento jurídico. Então, qualquer pessoa que esteja em um relacionamento, seja casamento ou união estável, seja em imóvel urbano ou rural, devia ser tutelada em sua dignidade, desde que preenchidos os demais requisitos exigidos para a usucapião, como posse mansa e pacífica, sem oposição, por um determinado período de tempo.

Nesta questão do tamanho da área da propriedade e da não abrangência dos imóveis rurais, para se garantir a efetividade dos princípios constitucionais que regem o instituto, propomos a alteração da lei, para imprimir maior coerência com o objetivo de sua criação, agregando os imóveis rurais e retirando a questão do limite de metragem do imóvel, como nas modalidades de usucapião ordinária e extraordinária, estendendo o instituto a todas as famílias que foram abandonadas, haja vista que a dignidade destas pessoas foram afetadas, não interessando a classe social a que pertencem. Já se impõe a restrição do ex-casal ter apenas um imóvel e não ter sido contemplado pelo instituto por outra ocasião. Desta forma, efetiva-se o direito à moradia e tutela-se a função social da propriedade ao membro do casal que foi abandonado, ferido em sua dignidade e que assume todos os encargos relativos ao imóvel e à família, obviamente excluindo os mais abastados que possuem outros patrimônios, inclusive incluindo fazendas e imóveis comerciais, com a característica principal de este ser o único imóvel da família, tanto urbano quanto rural.

3.4.3 A perda da propriedade

A lei se refere a imóvel cuja propriedade seja dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro, tratando-se de imóvel comum, tanto pela comunhão de bens decorrente do regime de casamento ou da união estável, bem como em condomínio, quando os dois possuem a copropriedade do bem mesmo se o regime de bens não for de comunhão. Tanto é concedida a propriedade ao cônjuge que ficou no lar, como é declarada a perda da propriedade para o cônjuge que abandonou o lar, o

que se caracteriza como uma penalidade. O regime de comunhão de bens, instituto específico do Direito de Famílias, concede segurança jurídica à sociedade conjugal, por meio da meação de cada parte. Há violação dos princípios do Direito de Família, em especial a sua crescente autonomia em relação à interferência do Estado nas relações familiares. Volta-se a discutir a culpa nas separações, fato considerado superado pela doutrina e jurisprudência majoritária. Também se observa violação ao artigo 5º, XXII da Constituição Federal, que trata do direito de propriedade.

Por outro lado, a parte que ficou habitando no imóvel, precisa arcar com todos os ônus decorrentes, como impostos, manutenção, prestações de financiamento, desta forma, além de que, como se trata de abandono do lar, que compreende a família, e fica com a total responsabilidade pela criação e educação dos filhos do casal, tanto afetivamente como materialmente. Este caso é de difícil solução, pois há direitos constitucionais envolvidos, e a respeito dos reflexos na dignidade da pessoa humana, com certeza a dignidade de quem foi abandonado é abalada, porém não se sabe se a dignidade de quem abandonou foi também abalada, como no caso de uma mulher ou até um homem que sofra agressões e ameaças, talvez a única solução tenha sido abandonar o lar para preservar sua segurança física.

Novamente, a solução sob este prisma seria o aumento do prazo para a concessão da usucapião, para o prazo de cinco anos (5 anos), que é o prazo disposto no instituto análogo, a usucapião extraordinária habitacional prevista no artigo 183 da Constituição Federal e no artigo 1.242, parágrafo único do Código Civil, onde a perda do imóvel se dá pela posse contínua, mansa e pacífica do bem, sem a necessidade de demonstração de justo título e boa-fé, com a prova de que o possuidor se estabeleceu no imóvel para sua moradia habitual. Este tempo já é bem razoável para a consolidação dos problemas que geraram o abandono do lar e seria uma forma de pacificar a posição desfavorável ao instituto, dando maior segurança jurídica às relações familiares.

3.4.4 O abandono do lar

Na VII Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal em Brasília, em setembro de 2015, foi discutido e proposto nova interpretação para o requisito “abandono do lar”, com o intuito de terminar com a discussão da volta da

discussão da culpa nas separações. Revogou-se o Enunciado 499, com a seguinte proposição:

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 499²⁸⁷.

Desta forma, parece que fica pacificada a tendência que certamente repercutirá nos tribunais e na doutrina, de que o problema da discussão da culpa nas separações fica superado, prestigiando-se a interpretação finalística do dispositivo de lei, permitindo a usucapião familiar sem discutir a culpa, diferente da orientação anterior, que vinculava o início do prazo ao abandono de forma culposa, fazendo com que o objetivo maior do instituto, que é a proteção a moradia, ficava subordinada a uma questão de direito de família alheia a preocupação do legislador constituinte. Desta forma, o início do prazo para a aquisição da propriedade fundamentada na usucapião familiar passa a correr diante da assunção pelo cônjuge ou companheiro que ficou no imóvel, dos encargos materiais e morais próprios da condução familiar.²⁸⁸

Deve ficar expreso também que o abandono deve abranger a família, e não apenas o cônjuge ou companheiro, para que o termo “abandono do lar” fique bem caracterizado. Com esta proposição, espera-se superar a discussão da culpa na separação, na questão da usucapião familiar.

3.4.5 Proposta de nova redação para o artigo 1.240-A do Código Civil

Assim, propõe-se que a redação do artigo 1.240-A do Código Civil seja alterada para a seguinte forma:

Aquele que exercer, por 5 (cinco) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano ou rural, cuja propriedade dívida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para

²⁸⁷ TEPEDINO, Gustavo. GONCALVES, Marcos Alberto Rocha. *Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-lico-es-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 08 fev. 2016.

²⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. GONCALVES, Marcos Alberto Rocha. *Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-lico-es-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 08 fev. 2016.

sua moradia e de sua família, e assumindo todos os encargos materiais e morais decorrentes da manutenção da família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural e que este direito não tenha sido reconhecido ao mesmo possuidor.

Esta nova redação atende ao objetivo principal do instituto, que é a efetivação do direito à moradia para as classes menos privilegiadas, que tiverem sua dignidade afetada pelo abandono familiar e tiverem que assumir encargos financeiros sobre a totalidade da propriedade, e afetivos com relação a sua família, minorando seus efeitos sobre os princípios de Direito de Família, como a perda da meação e a interferência do Estado nas relações privadas, por um decurso de prazo bem maior que consolida uma situação de total abandonando, superando também a discussão da volta da culpa nas separações, quando se tem como início da contagem do prazo da consolidação da usucapião a assunção de todos os encargos materiais e afetivos da família.

CONCLUSÃO

A família sempre foi o núcleo essencial, formador e estruturador da sociedade, em qualquer tempo ou espaço. Qualquer ação que possa destruir a constituição de uma família pode e deve ser tutelada pelo direito. O direito à moradia é um direito social, de toda a sociedade, e em especial, das famílias, que precisam ter um lar para sua constituição e formação.

A usucapião familiar é uma espécie de usucapião, com origem em uma política pública do governo federal que visa garantir o direito constitucional a moradia, materializada na Lei n. 12.424/11, que incluiu no Código Civil o artigo 1.240-A. Trata-se de um misto de direito real e de direito de família. Visa especificamente proteger o ex-cônjuge ou ex-companheiro abandonado na relação familiar, garantindo-lhe, pelo decurso de prazo de dois anos, a propriedade do imóvel que reside sozinho ou com sua família. O instituto busca a regularização fundiária, em especial, para famílias de baixa renda, pelo fato de ter sido criado por meio de uma política pública para efetivação do direito social à moradia e para proteger a dignidade da pessoa humana.

O artigo 1.240-A atende a preceitos constitucionalizados, como a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII da Constituição Federal de 1988), o direito da moradia (artigo 6º da Constituição Federal de 1988) e a proteção conferida ao núcleo social familiar (artigo 226 da Constituição Federal de 1988), tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana. A situação de inércia não pode se perpetuar indefinidamente no tempo, com o bem ficando fora do comércio, gerando uma situação de instabilidade social e insegurança jurídica para as famílias.

Muitas são as críticas desfavoráveis das correntes ligadas ao Direito de Família, em especial quanto a edição da Emenda Constitucional 66/2010, que alterou o artigo 226, § 6º. da Constituição Federal, que institui o divórcio direto sem a necessidade de prévia separação judicial, e em consequência, acabou com a discussão da culpa nas separações. Esta posição considera que o instituto da usucapião familiar volta com a discussão da culpa nas separações, na medida em que imputa uma pena a parte que abandona o lar, com violação ao princípio do retrocesso e da autonomia das relações privadas, consubstanciando-se com a

interferência do Estado nas relações familiares por meio de uma política pública. Outra questão colocada por esta corrente é o instituto afronta princípios do direito patrimonial decorrente do regime de bens do casamento, visto que a meação é um direito de cada cônjuge ou companheiro decorrente do estabelecimento da sociedade conjugal ou da união estável.

Em contrapartida, muitas são as posições favoráveis ao instituto, como sendo uma política pública que efetiva os direitos fundamentais da moradia e da função social da propriedade, além de privilegiar o macroprincípio constitucional, objetivo da República Federativa do Brasil, da dignidade da pessoa humana. Certo é que o Estado deve interferir ao mínimo na vida dos seus indivíduos e em suas relações privadas, mas este princípio não é absoluto, e pode ser relativizado em prol da melhoria de vida das pessoas e de sua dignidade como ser humano. E o direito à moradia é privilegiado por este instituto.

Ao par de posições contrárias e favoráveis, o instituto apresenta problemas advindos da redação da lei, que provém de um programa de governo de incentivo a moradia e não teve a participação da comunidade acadêmica, em especial a do Direito de Família. Os principais problemas analisados são: o prazo exíguo para a obtenção do título, menor que os prazos estabelecidos para seu instituto mãe e que não oferece segurança jurídica, pois ainda há tempo para arrependimento e reconciliação do casal; a localização e metragem do imóvel, que não inclui os moradores de áreas rurais e restringe a área usucapienda, esquecendo-se de que, independente da classe social, o abandono fere a dignidade da pessoa humana; e faz ressurgir a volta da discussão da culpa nas separações, com sanção, causando um retrocesso nas relações familiares e interferindo na vida privada da família.

Diante deste quadro, para que se aprimore a legislação, que é benéfica embora traga algumas incoerências e até suposta inconstitucionalidade, propõe-se alteração nos requisitos da lei para que atenda ao objetivo maior por que foi proposta: efetivar o direito à moradia, a função social da propriedade e a segurança jurídica familiar: aumento do prazo para cinco (5) anos de posse do imóvel, extensão para imóveis rurais, abandono do lar entendido expressamente como assunção de todos os encargos materiais e morais decorrentes da manutenção da família e que o

abandono não seja apenas do cônjuge ou companheiro, mas deste com a sua família.

Efetiva-se assim uma política pública de direito à moradia, por meio de um instituto tradicional da usucapião, modo originário de aquisição da propriedade por inércia de seu titular, buscando também efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares e da função social da propriedade, princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Usucapião*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva; 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva; 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. (orientador Kazuo Watanabe). Trabalho apresentado à USP para qualificação de doutorado. Inédito, p. 17-19. *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. e WATANABE, Kazuo (orgs). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – direito das coisas – direito autoral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice Dias. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf>. Acesso em 26 set. 2015.

DIDIER JR., Fredie. *A função social da propriedade e a tutela processual da posse*. Disponível em: <<http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>>. Acesso em 21 fev. 2016.

DIGESTO, Livro 41, Tit. III, fr.3, *apud* RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*,.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de direito civil brasileiro, direito das coisas*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. *Usucapião do lar serve de console para o abandonado*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-20/consolo-abandonado-usucapiao-lar-desfeito>>. Acesso em 29 nov. 2015.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Campinas: LZN, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. São Paulo: *Jornal Carta Forense*. Ano III, n.31. Outubro/2011, p. 14 B. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>>. Acesso em 12 out. 2015.

_____. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade – Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v.8, n. 31, 2005.

_____. *Revista IBDFAM*, Edição 23, Out/Nov 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no brasil – uma visão geral. *Revista Interesse Público – IP*. Belo Horizonte: Forum, ano 8, n.44. jul/ago 2007.

FOSSEN, Maurício. O Novo CPC implicou em alguma alteração na alteração da separação judicial perante o sistema jurídico brasileiro? *Revista IBDFAM Família e Sucessões*, 10, jul/ago 2015.

FRANCA, Rubens Limongi. *A posse no Código Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1964.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Vol. 6.

_____. *Novo curso de direito civil, (Contratos), Tomo I (Teoria Geral)*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. IV.

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

_____. *Direitos reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 2*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONCALVES, Cunha. *Tratado, v. VI, n. 820*, p.289 in NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Culpa cabe na religião e na mente, mas não no Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-15/processo-familiar-culpa-cabe-religiao-mente-nao-direito-familia>>. Acesso em 29 nov. 2015.

_____. Decisões reconhecem a convivência dos afetos e reforçam um novo Direito de Família. *Boletim IBDFAM*, n.77, ano 12, novembro/dezembro 2012.

GUEDES, Néviton. *Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>>. Acesso em 06 set. 2015.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Série IDP. Trad. Por ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. Saraiva: São Paulo, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O conceito de família e sua organização jurídica. Tratado de Direito das Famílias*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2015, p. 61.

JATAHY, Maria Celeste Pinto de Castro. *A nova usucapião*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 16 – Direitos Reais. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_87.pdf>. Acesso em 03 out. 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

LARENZ, Karl. *Apud* PAULSEN, Leandro. *A normatividade jurídico-positiva da função social da propriedade*. p. 9. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev02/03_conteudo_juridico_normativo_da_funcao_social_da_propriedade.pdf>. Acesso em 22 set. 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado. Direito de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, Vol.5.

LÔBO, Paulo. “Princípio da Solidariedade Familiar”, in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões* (Edição de Lançamento), Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2007.

_____. *Direito civil – famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, Vol. I.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Usucapião familiar*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/12/09/usucapiao-familiar/>>. Acesso em 10 dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle da constitucionalidade como garantia da cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão; possibilidade da declaração de inconstitucionalidade

sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 191, p. 40-66, jan./mar. 1993.

MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=lar>>. Acesso em 03 out. 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil – 3- direito das coisas*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Maria Cecília Bodin. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil – direito das coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, Vol. 4.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas. *In: Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister – IBDFAM, v. 11, ago/set. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

PELUZO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2013.”

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, , Vol. IV.

_____. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, Vol. V.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Limites do direito devem garantir autonomia privada sem ceder a moralismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-29/processo-familiar-limites-direito-garantir-autonomia-privada-ceder-moralismo>>. Acesso em 29 nov. 2015.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, Vol. VI.

_____. *Direito civil – direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, Vol. 6.

_____. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito civil. Direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2008, Vol. 6.

_____. *Direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, Vol. 5.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de poderes – Anotações ao AGRG no AGIN 708.667 do STF. *Revista dos Tribunais*, vol. 921, jul/2012.

_____. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível*. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES, Francisco Gerson; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SAULE JUNIOR, Nelson. *Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil*. In FERNANDES, Edésio (organizador). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Funcao_Social_da_Propriedade_na_Pratica_Jurisprudencial_Brasileira.pdf>. Acesso em 18 jul. 2015.

SILVA, Eduardo. *A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o Direito de Família entre a Constituição e o Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/627/A+PEC+do+Div%C3%B3rcio+e+a+Culpa%3A+Impossibilidade>>. Acesso em 10 jan. 2016.

_____. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteúdo/colunas/usucapião-familiar>. Acesso em 30 set. 2015.

TARTUCE, Flávio. *A PEC do divórcio e a culpa: possibilidade*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/13_a.pec.do.divorcio.e.a.culpa-possibilidade.pdf>. Acesso em 30 jan. 2016.

_____. *Enunciados aprovados na VII Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/238317848/enunciados-aprovados-na-vii-jornada-de-direito-civil>>. Acesso em 13 fev. 2015.

_____. *Novos princípios no direito de família brasileiro*, in TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo e GONCALVES, Marcos Alberto Rocha. *Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-liceos-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas>>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. *Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-liceos-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 08 fev. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Temas de direito civil. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUDE, João Martins. *Conceitos gerais de políticas públicas*. Disponível em <www2.videolivrraria.com.br>. Acesso em 13 set. 2015.

VELOSO, Zeno. *Regimes matrimoniais de bens, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.)*. Direito de Família Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

WALD, Arnaldo. *Direito civil 4 – direito das coisas*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WESENDONCK, Tula. *Usucapião familiar: uma forma de solução de conflitos no Direito de Família ou (re) criação de outros?* Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em 06 fev. 2016.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em <www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 18 jul. 2015.

BRASIL. *Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1946*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Emenda Constitucional de 1/1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 set. 2015.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.608, de 18 Set de 1939*. Código de Processo Civil Brasileiro de 1939. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n. 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 18 set. 2015.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.340, de 07 Ago 2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009*. Programa Minha Casa Minha Vida. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011*. Programa Minha Casa Minha Vida. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>. Acesso em 26 set. 2015.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de marco de 2015*. Código de Processo Civil Brasileiro de 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n. 2.437, de 07 de marco de 1955*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. *Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916*. Código Civil Brasileiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

BRASIL. *Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em 22 nov. 2015.

BRASIL. Ministério das Cidades. *Ações e programas*. Disponível em: <www.cidades.gov.br/acoes-e-programas>. Acesso em 04 set. 2015.

BRASIL. Ministério das Cidades. *O Ministério*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/institucional/o-ministerio>>. Acesso em 18 set. 2015.

BRASIL. Ministério das Cidades. *Plano Nacional de Habitação - PlanHab*. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/habitacao-cidades/plano-nacional-de-habitacao-planhab>>. Acesso em 08 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 377*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 25 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 445*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=445.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 24 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão n.791211, 20130110666922APC*, Relator: Getúlio de Moraes Oliveira, Revisor: Silva Lemos, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/05/2014, publicado no DJE: 23/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo e Recurso especial n.º 219.113 - SP (2012/0172780-1)*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=culpa++prox+div%F3rcio&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#DOC1>>. Acesso em 25 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Súmula 84*, julgado em 18 jun 1993, DJ 02 jul 1993. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em 20 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20100826+e+%40DTDE+%3C%3D+20100826&livre=%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=302906&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 31 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1065209/SP*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 16/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1065209&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 21 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0598.11.002678-1/001*, Rel. Des.(a) Nilo Lacerda, 12ª Câmara Cível, pub. 23/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo nº 1218369-4, Relatora Ivanise Maria Tratz Martins, 12ª Câmara Cível, J. 28/01/2015. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>>. Acesso em 25 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC nº 70061959748*, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível, J. 20/11/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=emen tario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70061959748&as_q=+#main_re s_juris>. Acesso em 25 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Conflito de Competência nº 0039763-23.2014.8.26.0000*, Relator Pinheiro Franco, Câmara Especial, J. 01/06/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=A5371F62E18C58FFE16E99BF856EC9F9.cjsg3>>. Acesso em 25 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC nº 70063635593*, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, J. 25/03/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21815993/apelacao-civel-ac-70046304689-rs-tjrs>>.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2016.