

USUCAPIÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: DA ANCESTRALIDADE ROMANA COMO MODO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA À CONTEMPORÂNEA PROTEÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR – UMA ANÁLISE CRÍTICA

USUCAPION IN THE BRAZILIAN CIVIL CODE: FROM THE ROMAN ORIGINS AS A MODE OF ACQUISITION OF REAL ESTATE PROPERTY TO THE PROTECTION OF THE FAMILY ENTITY - A CRITICAL ANALYSIS

*Gilson Ferreira**

Resumo:

O objetivo deste artigo é apresentar uma análise crítica do ponto de vista dogmático à estruturação de uma nova modalidade de usucapião instaurada na ordem civil com a edição da Lei n. 12.424, de 2011. Do ponto de vista metodológico, fez-se uma análise do instituto da usucapião de uma perspectiva histórico-social para possibilitar de um lado, a compreensão de suas bases romanísticas e de outro, a forma como se deu a sua recepção no direito moderno, durante o processo de codificação brasileira tanto de 1916 quanto de 2002; em seguida, contrapôs-se, criticamente, a modalidade recém-instituída de usucapião, com os paradigmas assentados na legislação codificada, que se renovaram com as sucessivas conformações do Estado Social e Democrático no Brasil. Como resultado da pesquisa bibliográfica realizada, constata-se, para além de uma ruptura abrupta com o paradigma oitocentista da usucapião e dos contornos sistêmicos do instituto, um crescente deslocamento da dimensão social da posse para o primeiro plano dos Direitos Reais, implicando-a como uma via a ser percorrida para assegurar a eficácia do direito social de moradia articulado com a proteção integral da família. Por fim, a relevância dos resultados apresentados reside na possibilidade que se abre de, criticamente, o instituto poder ser compreendido de tal maneira que nele se harmonizem de um lado, o direito de propriedade e o direito à propriedade, assim como se assegure a plenitude da proteção ao direito social de moradia, ainda que alcançado, reflexamente, pela proteção à família.

Palavras-chaves: Posse. Usucapião. Direito de Moradia. Direito de Propriedade. Direito à Propriedade. Proteção da Família.

Abstract:

The purpose of this paper is to present, in a simple approach, a summarized analysis of a new type of usucapion according to the Federal Law 12.424/2011. From the methodological point of view, this analysis was made under a historical and social perspective in order to understand the roman influence over the civil law tradition, which is normative in character and deductive in thinking, providing the legal infrastructure for incorporating the culture and the principles of the Roman Law;

* Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pesquisador do Grupo de Estudos Aplicados ao Meio Ambiente – GEAMA/USP e Professor de Direito Civil – Direitos Reais.

next, this new type of usucapion was critically contrasted with the paradigms over which the Social and Democratic State of Brazil has been settled ever since. As a result of a bibliographic research a sudden change of the 19th Century perspective about the usucapion in this case has been observed as well as of the role and function of the usucapion; a growing interest over the social dimension of the possession, which has been put more to the fore has been pointed out as a result of this research. The relevance of the results presented in this paper lies in the possibility of a new approach to the Law of Property in order to ensure as well as enable the proper housing as means of comprehensive protection of the family.

Keywords: Possession. Usucapion. Right of Dwelling. Property rights. Right to property. Private Property Law. Family protection.

Introdução

Em 16 de junho de 2011 foi publicada a Lei n. 12.424, resultado da conversão da Medida Provisória n. 540 que alterou não apenas a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, mas também o mecanismo de regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas assim como alterou uma série de instrumentos normativos.¹

O objetivo desse estudo é examinar o art. 9º da referida norma que introduziu o art. 1.240-A, inovando o Código Civil no que diz respeito ao assentamento de mais uma nova modalidade de usucapião, contrastando o regime jurídico dessa nova figura com aquelas herdadas do Direito Romano, as quais foram revisitadas ao longo do processo de codificação brasileira de 1916 e de 2002.

A análise dessa figura, que inova a civilística nacional, está centrada unicamente nos elementos de direito real, isto é, aqueles que originariamente compõem a figura base da usucapião, como modo de aquisição da propriedade, ainda que essa nova figura apresente elementos do Direito de Família, aspectos que serão examinados apenas tangencialmente.

1. Perspectiva histórica da usucapião: bases romanas do instituto

Segundo José Carlos Moreira Alves (1983, p. 382) o instituto da usucapião é anterior à Lei das XII Tábuas, sofrendo profundas alterações nos períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico do Direito Romano.

¹ Trata-se das Leis ns. 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.

No período pré-clássico, a Lei das XII Tábuas, ao disciplinar o direito de propriedade e a posse na Tábua Sexta determinava que “As terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse, as coisas móveis, depois de um ano”, sem estabelecer, contudo, outros requisitos além do tempo e do exercício da posse, salvo a proibição, na Tábua Segunda de poder ser adquirida a coisa por usucapião quando resultar do furto.

Nesse período, ainda de acordo com José Carlos Moreira Alves (1983) e antes da Lei Atínia, a usucapião destinava-se não à aquisição da propriedade propriamente dita, mas sim à legitimação da posse já exercida sobre uma coisa móvel ou imóvel recebida a *non domino*, isto é, havida de quem não era o titular do direito de propriedade ou havida em desconformidade com os modos de aquisição estabelecido pelo *ex iure Quiritium*, ou seja, em atenção às regras do direito quiritário que era aplicado somente ao cidadão romano.²

De todo modo, nesse momento, a aquisição da propriedade móvel ou imóvel pelo decurso do tempo aliado ao exercício da posse da coisa que não fosse objeto de furto e nem de violência somente podia ser deferida ao cidadão romano, portanto, a usucapião como praticada nos primeiros momentos era modo de aquisição apenas da propriedade quiritária.³

Na medida em que as relações sociais se tornaram mais complexas, as limitações originárias à aquisição da propriedade impuseram a necessidade de se estender essa prerrogativa aos estrangeiros, que não podiam adquirir a propriedade quiritária, visto que a esfera de incidência normativa desse modo de aquisição era restrita apenas ao cidadão romano.

Surge, nesse cenário, um instituto muito semelhante ao da usucapião – a *longi temporis praescriptio* (ALVES, 1983, p. 383), consistente numa defesa processual manejada pelo estrangeiro que possuísse por longo período de tempo uma propriedade

² Para o direito romano a propriedade não se transferia senão por meio da *mancipatio*, da *in iurecessio* ou da *traditio*, tidos assim como modos de aquisição derivada da propriedade. A *mancipatio* como negócio jurídico solene dependia da obediência de uma fórmula que recaía sempre sobre uma *res Mancipi*. A *in iure cessio*, de outro lado, recaía não apenas sobre as *res Mancipi*, mas também sobre as *res nec Mancipi* e se desenrolava diante do magistrado num processo fictício de reivindicação. A *traditio*, por sua vez, recaía sobre as *res nec Mancipi* e diferentemente dos outros dois modos de aquisição – *mancipatio* e *in iure cessio* – por que instituto do *ius gentium* podia ser utilizada por estrangeiros, não se limitando, pois à propriedade quiritária. A *traditio* ou entrega para atribuir eficácia aquisitiva à transferência da propriedade deveria estar calcada numa causa jurídica cf. José Carlos Moreira Alves, p. 373-372.

³ Por propriedade quiritária deve se entender a coisa móvel ou imóvel que fosse titularizada por um cidadão romano ou por latino ou peregrino que tivesse o direito de comércio – *ius commercii* e quando imóveis, era preciso que se localizasse na Itália ou nas províncias que estiverem sujeitas ao *ius Italicum*. Para uma discussão mais detalhada sobre essa questão, veja CHAMOUN, Ebert Viana. *Instituições de direito romano*. Prefácio de San Tiago Dantas. 4. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

provincial contra o proprietário que exercesse seu direito de reivindicação da coisa, mas de forma alguma implicava em modo de aquisição da propriedade.

O tempo da posse, entretanto, variava de província para província, embora o prazo de dez anos entre presentes e de vinte anos entre ausentes fosse geralmente reconhecido pelos pretores (WESSELS, 2005, p. 635). No período pós-clássico é que Justiniano estabelece, normativamente, em relação ao *tempus* o prazo de 10 anos entre presentes e de 20 anos entre ausentes.

Antes, porém e ainda assim, e nesse ponto os autores mencionados são concordes, a *longi temporis praescriptio* só podia se referir a bens imóveis e exigia para sua dedução em juízo a demonstração da *iusta causa*, da *bona fides* e do prazo longo acima já mencionado.

Johannes Wilhelmus Wessels (2005) anota que do ponto de vista teórico a *usucapio*, como modo de aquisição da propriedade e a *securitas possessionis* decorrente do reconhecimento pretoriano da *longi temporis praescriptio* eram bem distintas, do ponto de vista prático, não havia diferença, o que pode ter levado, no período pós-clássico com Justiniano, à atribuição da eficácia aquisitiva da propriedade à *longi temporis praescriptio* que assim se funde na *usucapio*, mantidos, os requisitos legais estabelecidos no período clássico.

No direito pós-clássico, ao mesmo tempo em que ocorre a fusão da *usucapio* com a *longi temporis praescriptio*, surge uma nova modalidade aquisitiva de propriedade: a *longissimi temporis praescriptio* (ALVES, 1983, p. 397), que atribuía a propriedade a quem por 30 anos exercesse a posse de boa-fé, sem justo título, sobre uma coisa, ou por 40 anos se se tratasse de coisa de propriedade da Igreja, do imperador ou da imperatriz ou do fisco.

Nesse período, passa-se a utilizar a expressão *usucapio* para a aquisição da propriedade sobre coisas móveis e a *praescriptio* para a aquisição da propriedade imóvel, mantidos para ambos os institutos os demais requisitos que o direito clássico havia estabelecido para a *usucapio*, estabelecendo-se como requisitos para a *usucapio* certas qualidades para a *possessio*.

Em sentido amplo, a *possessio* poderia ser: a) *naturalis*, que nos textos normativos contemporâneos corresponde à detenção; b) *possessio*, propriamente dita, enquanto o poder físico de uma pessoa sobre a coisa com a intenção de assenhorear-se dela; e c) *possessio civilis*, como aquela de que decorrem consequências jurídicas, mais especialmente, a aquisição da propriedade pela *usucapio*, para o que, então era necessário que essa *possessio* fosse *ex iusta causa*, isto é, que o poder físico, de fato, fosse exercido com fundamento reconhecido pelo *ius civile*.

Em outros termos, era preciso que a *possessio civilis* decorresse de uma relação jurídica capaz de fazer nascer o direito de propriedade, o que quer significar que

se a coisa fosse transferida a *non domino*, ou seja, por quem não fosse proprietário da coisa ou sem a configuração da *mancipatio* e da *in iure cessio*, que eram formas solenes de transferência da coisa, a coisa estaria viciada, não sendo, por conseguinte, uma *res habilis*, isto é, uma coisa passível de aquisição pela *usucapio*.

Era preciso, ainda, que o possuidor estivesse de boa-fé. A boa-fé possessória consistia na crença de que o possuidor estivesse com a coisa sem ferir direito alheio. No direito romano clássico, portanto, o critério eleito para a configuração da boa-fé foi ético e não psicológico, como posteriormente foi eleito pela legislação codificada brasileira de 1916 e mantida na estrutura normativa do Código Civil reformado.⁴

Em síntese, tomando como referência o direito romano pós-clássico, de que a tradição ocidental e mais especialmente o Brasil vai, posteriormente, por ocasião do Código Civil de 1916 se tornar herdeiro, a usucapião será disciplinada essencialmente como modo de aquisição de propriedade móvel ou imóvel, extensível a quem quer que exerça a posse sobre coisa passível de ser adquirida por um tempo fixado na lei.

Sobre essa base, constroem-se, posteriormente, duas classificações que serão apropriadas pelas legislações de orientação romanística: usucapião ordinária e usucapião extraordinária; aquela decorrente da fusão da *usucapio* com a *longi temporis praescriptio*, que exigirá não apenas a posse a justo título, antes denominada de posse *ex iusta causa*, mas também o tempo de 10 anos entre presentes e de 20 anos entre ausentes, além da boa-fé e a esta, resultante da *longissimi temporis praescriptio*, como uma modalidade especial de usucapião, fundada exclusivamente na posse de 30 ou 40 anos conforme a categoria de bens sobre os quais a posse era exercida.

2. A usucapião nos primórdios da legislação civil brasileira

Nada obstante a Constituição Imperial de 1824, no inc. XVIII, do art. 179 determinar que fosse organizado o quanto antes um Código Civil, o fato é que até meados do século XX, no Brasil as relações de natureza privada tinham por diretriz um *corpus* legislativo essencialmente fundado no Direito Romano desde quando recepcionado na Idade Média e que apenas foi renovado pela Lei da Boa Razão de 1769, manteve o Direito Romano como base da organização jurídica nacional, que por via de consequência, manteve a tradição herdada do Direito Romano pós-clássico disciplinando a prescrição.⁵

⁴ Veja-se nesse sentido o art. 1.200, do Código Civil que define a boa-fé possessória como aquela que resulta da ignorância do possuidor quanto aos vícios que impedem a aquisição do direito sobre a coisa.

⁵ Tome-se, à vista disso, as disposições constantes da Consolidação das Leis Civis vigentes em 11 de agosto de 1899, segundo o qual: “Art. 428 – Adquire-se por prescrição: § único – Além do lapso de tempo, a prescrição ordinária requer: a) coisa hábil; b) posse; c) justo título; d) boa-fé. Art. 429 – A prescrição ordinária consuma-se: I – quanto aos móveis e semoventes em 3 anos; II – quanto aos imóveis: a) em 10

Perceba-se que em decorrência da fusão da *usucapio* com a *longi temporis praescriptio*, sob a rubrica de *usucapio* e a atribuição de eficácia aquisitiva à *longissimi temporis praescriptio* sob a expressão *praescriptio*, houve na legislação nacional uma equiparação dos fenômenos usucapião e prescrição, prevalecendo esta sobre aquela para regular um modo de aquisição da propriedade.

Com a edição do Código Civil em 1916, preferiu-se adotar a teoria dualista, disciplinando a prescrição na Parte Geral e a usucapião, na Parte Especial, no Livro do Direito das Coisas, como modo de aquisição da propriedade. Para Washington de Barros Monteiro (2011, p. 145).

O legislador pátrio pendeu, tanto o de 1916 como o de 2002, todavia, pelo sistema alemão, fundado na tradição romana e segundo o qual o usucapião tem vida própria, apresenta contornos que lhe são peculiares e é autônomo, malgrado inegáveis afinidades com a prescrição.

De acordo com Francisco Clementino de San Tiago Dantas (1981, v. 3, p. 157) a respeito da necessária distinção entre prescrição e usucapião ensina que:

(...) que a doutrina brasileira prefere o tratamento separado, isto porque, no direito brasileiro, o usucapião aparece unicamente como modo de aquisição de propriedade, ao passo que a prescrição liberatória aparece em todos os direitos. Costuma-se dizer que a prescrição aquisitiva é o modo de aquisição de um direito subjetivo determinado propriedade.

Segundo o autor, uma análise, da perspectiva histórica aliada à percepção da função econômica desses dois institutos, revela que há entre eles uma forte correlação, representada não apenas pela ideia de uma lesão, mas também pelo desaparecimento em razão do tempo.

anos, se o proprietário e prescribente estão presentes, isto é, residem na mesma circunscrição judiciária, equivalente à comarca da organização judiciária do extinto império; b) em 20 anos, se o proprietário e o prescribente estão ausentes, isto é, moram em circunscrições judiciárias diversas. (...) Art. 431 – A prescrição extraordinária completa-se em 30 ou 40 anos e dispensa justo título. § único – O prazo de 40 anos é exigido para a prescrição de bens de domínio privado da União. (...) Art. 442 – A propriedade de imóvel, derivada unicamente da diuturnidade da posse, pelo tempo necessário para operar-se a prescrição, prova-se por justificação judicial em que fique evidenciado que a posse nem foi turbada ou interrompida nem fundase em título precário.”

3. Avanços legislativos de 1916 a 1988: das fórmulas romanas à funcionalização da posse

O Código Civil de 1916 manteve para os bens imóveis as duas modalidades de prescrição a que se referia a Consolidação das Leis Civis, adotando, contudo, a denominação usucapião, em razão da adoção da teoria dualista, segundo a qual a prescrição não se podia confundir com a usucapião, tal como o fizera o Código Civil Alemão.

A aquisição da propriedade haveria de se operar, nos termos da redação original do art. 550, com o decurso do prazo de 30 anos de exercício de posse, ininterrupta, sem oposição, independentemente de justo título e boa-fé, que a doutrina denominou de extraordinária e o modo de aquisição que se faria, nos moldes do art. 551, com os prazos de exercício da posse então estabelecidos na Consolidação das Leis Civis, quais fossem, 10 anos entre presentes e 20 anos entre ausentes, além do justo título e da boa-fé.

Buscando manter simetria, o Código Civil de 1916 estabeleceu para os bens móveis, igualmente, duas espécies de usucapião: a ordinária, calcada na posse de 3 anos, com justo título e boa-fé e a extraordinária, de 10 anos, independentemente de justo título e boa-fé, segundo os arts. 618 e 619, do Código.

O uso consagrado, pela doutrina das expressões usucapião extraordinária e usucapião ordinária, a partir da Consolidação das Leis Civis para se referir a duas das modalidades previstas na lei civil é criticável, na medida em que a extraordinariedade de uma de suas modalidades não pode estar centrada apenas no decurso mais longo do prazo, senão na exigibilidade de outros requisitos além do prazo e da posse mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini* (GOMES, 2009, p. 191).

Segundo o autor, o que deveria ser extraordinária é a modalidade que a doutrina consagrou como ordinária, pois para esta modalidade a lei exige além da posse *ad usucapionem*, o justo título e a boa-fé, o que não se exige na extraordinária.

É de se notar que a partir do redesenho normativo da usucapião no Código Civil de 1916, redação originária representou, em certa medida um avanço, pois enquanto na Consolidação das Leis Civis, editadas no Império, não se admitia a possibilidade de aquisição calcada na posse decorrente de má-fé, o Código Civil de 1916, abriu essa possibilidade no regime jurídico da usucapião extraordinária, ao estabelecer a independência do justo título e da boa-fé.

De outro lado, a legislação civil avançou ainda mais, com a entrada em vigor da Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, que determinou que a redação dos arts. 550 e 551 fosse alterada para diminuir os prazos usucapionais. Assim, a partir de 1º de janeiro de 1956, quando entrou em vigor a nova redação, a usucapião extraordinária de bem imóvel passou a ter o prazo de 20 anos, mantidos os demais requisitos e a ordinária entre ausentes, cujo prazo era de 20 anos passou a ser de 15 anos. Em se tratando de bem

móvel, a usucapião extraordinária passou a ser de 5 anos, independentemente de justo título e boa-fé.

É preciso lembrar que entre 1916 e a derrogação do regime jurídico da usucapião de bem imóvel, pela Lei n. 2.437, de 1955, surgiu com a Constituição de 1934, um novo constitucionalismo – o constitucionalismo social, em que ao lado das garantias civis e políticas clássicas, a propriedade assume novos contornos, o que em se tratando de usucapião representou uma maior possibilidade de acesso à propriedade privada.

Com índole marcadamente social, este novo pacto político, de acordo com Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1988, p. 321), para além de estabelecer como inviolável o direito à subsistência, esse pacto não mantém a propriedade privada em toda a sua plenitude, mas antes limita o seu exercício ao interesse social.

Esse novo olhar sobre a propriedade privada implicará nas bases do que a contemporaneidade do direito privado e, particularmente, dos Direitos Reais, tratará como repersonalização das relações jurídicas e da produção econômica, fenômeno que marcará a funcionalização das tradicionais categorias de direitos reais – posse e propriedade. A partir dessa perspectiva, eis que a nova ordem constitucional inaugura uma nova modalidade usucapional – a usucapião rústica ou constitucional, prevista no art. 125.⁶

O objetivo, considerada a moldura social da nova ordem constitucional era a de consolidar a pequena propriedade rural, que na tradição jurídica brasileira tivera a posse legitimada pela Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, a chamada Lei de Terras. Essa modalidade foi, posteriormente, repisada na Constituição de 1937, no art. 148 com a mesma redação e na Constituição de 1946, no art. 156, § 3º, com significativa alteração de seu texto.⁷

Sustentando o novo olhar sobre a propriedade e especialmente a propriedade privada, sobreveio a Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, conhecida como o Estatuto da Terra, que se propondo a disciplinar o programa de reforma agrária, assegurou no seu art. 2º o direito a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua

⁶ 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. (g. n.) cf. BRASIL, Constituição da República de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

⁷ Art. 156 (...) § 3º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, *ocupar*, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirirá-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. (g. n.) cf. BRASIL. Constituição da República de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

função social. E não só, pois no seu parágrafo primeiro cuidou a referida lei de esclarecer em que circunstâncias fáticas a propriedade cumpriria a sua função social.⁸

No art. 98, disciplinando o uso das terras devolutas federais, determinou o Estatuto da Terra, na esteira das disposições constitucionais anteriores e na tradição da ocupação dessas terras, já estabelecidas anteriormente pela Lei n. 601, de 1850, que todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupasse por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando trecho de terra produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, haveria de adquirir o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita no Serviço Imobiliário.

Referido texto ainda fazia referência à dimensão do trecho de terra que deveria ser aquela caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade.

A Constituição de 1967 não cuidou da usucapião rural no seu texto original e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, no § 34, do art. 153 remeteu a questão a tratamento por lei infraconstitucional que sobreveio em 1981, com a edição da Lei n. 6.969, de 10 de dezembro daquele ano, que no seu art. 1º, determinou que quem, não sendo proprietário rural nem urbano, exercesse posse, como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, sobre área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, tendo a tornado produtiva com seu trabalho e nela tivesse assentado sua morada, adquirir-lhe-ia o domínio, independentemente de justo título e boa-fé.

As redações da Constituição de 1934, 1937 e 1946 e o Estatuto da Terra não guardaram simetria com a lei civil, porquanto não empregaram a expressão posse como requisito dessa modalidade usucapional, utilizando, contudo, a expressão “ocupar”, que na tradição romanística era o modo de aquisição da propriedade de coisas móveis sem dono – *res nullius* ou coisas abandonadas – *res derelictae*, que se perfazia somente quando presentes a um só tempo a apreensão da coisa e a intenção de tornar-se dono dela.

O ajuste técnico, isto é, a substituição do termo “ocupar” pelo termo “possuir” só ocorreu com a edição da Lei n. 6.969, de 10 de dezembro de 1981, que trata desse modo especial de aquisição da pequena propriedade rural previsto na Constituição

⁸ Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. § 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem. BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

como usucapião especial, quando então o *nomen juris* de usucapião especial passa a ser utilizado, como se extrai da redação do art. 1º.

Aqui se constata o que mais tarde se observaria com a edição do Código Civil de 2002, uma tendência à redução dos prazos de exercício da posse a fim de possibilitar o acesso à propriedade, que se estenderia às modalidades usucapionais previstas no Código Civil, mas condicionada a redução, como se verá mais adiante a certas circunstâncias que emprestem à propriedade a sua função social e econômica, inaugurada, ainda que num quadro de instabilidade, com a Constituição de 1934.

A Constituição de 1988, no art. 191 albergou a usucapião rural, aumentando, contudo, a área de ocupação que de 25 hectares estabelecida na Constituição de 1946, passou na atual a ser de 50 hectares, determinando, ainda que o imóvel se localize em área rural, tornando ainda mais explícita a sua finalidade sociopolítica e especialmente econômica.

Criou-se, também, ao lado da usucapião rural, uma outra modalidade, igualmente especial e atrelada a certa especificidade sociopolítica. Trata-se da usucapião urbana e o fez no art. 183 para estabelecer no plano da política urbana que

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.

Para regulamentar os arts. 182 e 183, da Constituição da República, sobreveio a Lei n. 10.257, de 2001, que inovou a ordem jurídica ao estabelecer no art. 10, uma usucapião coletiva.⁹

⁹ “Art. 10 - As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”. ... *omissis*... Parágrafo segundo - A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. Parágrafo terceiro - Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. Parágrafo quarto - O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. Parágrafo quinto - As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes cf. BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelecem as 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: 30 abr. 2017.

Até este momento, o que se verifica no ordenamento jurídico pátrio em relação à usucapião de bem imóvel é a existência de duas grandes categorias, se for possível o emprego dessa expressão, situadas em planos diversos: a usucapião estruturada segundo os paradigmas privatistas do Código Civil de 1916 e a modalidade constitucional, inaugurada com a Constituição de 1934, que se manteve presente na atual Carta, a qual, igualmente, inovou a ordem jurídica, ao estabelecer a usucapião urbana, posteriormente incluída no Código Civil.

Por fim, eis que o Estatuto da Cidade, a Lei n. 10.257, de 2001, cria duas novas modalidades de usucapião, a chamada usucapião urbana individual, no art. 9º e a coletiva, no art. 10. Disso decorre, portanto, que havia, antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, as seguintes modalidades de usucapião: usucapião ordinária, usucapião extraordinário, previstas no Código Civil de 1916, usucapião rural, introduzida pela Constituição de 1934 e mantida na Constituição de 1988; a usucapião urbana, prevista na Constituição da República e as modalidades individual e coletiva de usucapião urbana, da Lei n. 10.257, de 2001.

4. A usucapião imobiliária no atual Código Civil

Sob os influxos de um constitucionalismo social que se veio sedimentando desde a Constituição de 1934, a nova ordem constitucional instaurada em 5 de outubro de 1988, ao dar a moldura do Estado Democrático e Social de Direito pôs em relevo a função social da propriedade e por via transversa seu par correlato – a posse, o que significa reconhecer que a propriedade assumiu contornos de um direito-função e com ela, igualmente, a posse.

É nesse sentido, portanto, que, a par da diretriz constitucional prevista nos arts. 5º, XXIII e 170, o Código Civil em vigor, estabeleceu no art. 1.228, § 1º, que a propriedade não só deve ser exercida de acordo com as suas finalidades sociais e econômicas, mas também em respeito ao meio ambiente natural e artificial, o que dá o tom metaindividual da propriedade e, pois, da posse, seja ela exercida com fundamento no *ius possidendi* seja ela expressão do *ius possessionis*.

O Código Civil de 2002 consolidou, à exceção da usucapião indígena, prevista no art. 33, da Lei n. 6.001, de 1973, as modalidades usucapionais que desde a Consolidação das Leis Civis, passando pelo Estatuto da Terra e Estatuto da Cidade até a Constituição de 1988, estão presentes no ordenamento jurídico e o faz nos arts. 1.238 a 1.242 para as coisas imóveis.

Não manteve o Código Civil no que tange à disciplina da usucapião ordinária a diferença de prazo entre ausentes e presente, então prevista no art. 551, Código Civil de 1916, mas inova nas disposições transitórias ao determinar no art. 2.039 que se

acrescesse aos prazos previstos nos arts. 1.238, parágrafo único e 1.242, parágrafo único, mais dois anos.

Assim, até dois anos após a entrada em vigor do novo Código Civil, o usucapiente que pretendesse ver reconhecido em seu favor o domínio da área ocupada e o fizesse com fundamento naqueles dispositivos deveria demonstrar o exercício da posse por 12 anos, no caso do art. 1.238, parágrafo único e o prazo de 7 anos, no caso do art. 1.242, parágrafo único, qualquer que fosse o prazo decorrido na vigência do Código derogado.

A regra estampada no art. 2.039, do Código Civil resolveu tormentoso problema de direito intertemporal, já experimentado por ocasião em que na vigência do Código de 1916, a Lei n. 2.437, de 1955, reduziu os prazos usucapionais de 30 anos para 20 e de 15 anos para 10, conforme se tratasse de usucapião extraordinária ou ordinária, o que se resolveu com a edição da Súmula n. 445, do Supremo Tribunal Federal.¹⁰

O Código Civil manteve, em se tratando de bem imóvel, as clássicas modalidades de usucapião em extraordinária e ordinária, reduzindo, em cada uma delas o prazo da posse *ad usucapionem*, que no caso da extraordinária passou a ser de 15 anos e a ordinária de 10 anos, mantendo, contudo, os demais requisitos até então exigidos pelo Código Civil de 1916.

Manteve, também, o Código Civil a inexigibilidade da demonstração do justo título e da boa-fé para a usucapião extraordinária, sem, contudo, estabelecer para a usucapião extraordinária, a presunção de boa-fé, apenas não se a reclama, pois

o usucapião trintenário veio substituir o “imemorial” das Ordenações, em cuja incidência não se cogitava daqueles elementos acidentais. O que o legislador de 1916 em verdade pretendeu foi que tais condições se dispensassem. (...) O que era e continua vigente é que, para o usucapião extraordinário não se reclama título por parte do usucapiente, nem se exige boa-fé. (PEREIRA, 2001, p. 144).

De outro lado, para a usucapião ordinária, continua imperiosa necessidade da presença do justo título e da boa-fé; no entanto, o Código Civil permitiu nos parágrafos únicos dos arts. 1.238, ao tratar da usucapião extraordinária e 1.242, relativamente à usucapião ordinária, a possibilidade de o prazo estabelecido nos respectivos *capita* ser reduzido a 10 anos, para a forma extraordinária e a 5 anos, no caso da ordinária, desde que posse se apresentasse funcionalizada social e economicamente.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 445: A Lei n. 2.437, de 7/3/1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1º/1/1956), salvo quanto aos processos então pendentes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2564>>.

A redução no caso da usucapião extraordinária fica subordinada ao usucapiente ter estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou não sendo o caso de moradia, nele tenha introduzido obras ou serviços de caráter produtivo. Não cuidou o legislador, contudo, de esclarecer o que se deve considerar como moradia habitual e nem fixou prazo para assim se pudesse considerar como tal a moradia do usucapiente.

Não esclareceu, também, o que se deve considerar por obras ou serviços de caráter produtivo, mas seguindo o princípio da funcionalização social da posse, essas obras ou serviços de caráter produtivo são aqueles que deem à coisa a sua instrumentalidade, ou seja, que a façam cumprir o papel constitucional de realização da existência humana digna.

A posse que se exerce com a realização de obras ou com a realização de serviços de caráter produtivo é a que resulta do trabalho que busca a obtenção de riquezas. Nesse sentido, para efeito de usucapião extraordinária, seja o imóvel urbano ou rural, as obras ou serviços assumem o caráter produtivo quando destinado à circulação de riquezas na produção e circulação de bens, sejam eles duráveis ou não.

A atribuição de sentido e natureza social não busca outro objetivo senão o de legitimar a utilização dos bens, o que faz com que a posse se torne instrumento de realização dos valores da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana de que se revestiu o Código Civil em vigor sob o viés da socialidade e da eticidade; nesse sentido Gustavo Tepedino (2008, p. 56) para quem a utilização dos bens particulares deve respeitar e promover as situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais.

Por sua vez, a redução de prazo prevista para a modalidade ordinária, se assenta, a uma, na existência de um título translativo da propriedade que tenha sido objeto de cancelamento registral à vista de eventual vício intrínseco; a duas, que a aquisição tenha sido feita onerosamente, pois sendo gratuita a aquisição, prevalece o prazo de 10 anos estabelecido no *caput* e a três, que no imóvel o usucapiente tenha estabelecido a sua moradia ou, alternativamente, tenha introduzido obras ou serviços de interesse social e econômico.

Trata-se, aqui da chamada usucapião documental ou tabular, inédita no ordenamento jurídico privado, visto que não havia no Código Beviláqua dispositivo normativo equivalente, fundando-se essa possibilidade no princípio da aparência, cujo intuito é o de preservar o proprietário aparente, conforme ensina Afrânio de Carvalho (2001, p. 206).

É preciso observar, contudo, a indispensável demonstração da boa-fé, que no caso não parece ser a boa-fé subjetiva, isto é, a ignorância quanto à existência de obstáculo à aquisição do direito, ou dito de outra forma, a crença na existência de um direito, mas sim a boa-fé objetiva quanto à aquisição do título e, portanto, uma regra de conduta.

Assim, aquele que sabendo ser título viciado, leva-o a registro para legitimar a ocupação e vendo-o, posteriormente, cancelado por vício intrínseco, não poderá manejar o pedido de usucapião fundado no art. 1.242, parágrafo único, do Código Civil, restando-lhe apenas a usucapião extraordinária, seja com fundamento no *caput* do art. 1.238, seja com fundamento no parágrafo único, do mesmo artigo, *si et quantum* demonstrado os demais requisitos para a modalidade usucapional extraordinária com prazo reduzido.

Além dessas duas modalidades e melhor será dizer quatro modalidades de usucapião, o Código Civil de 2002 trouxe para si o regime jurídico da usucapião rural, no art. 1.239 e a urbana individual, no art. 1.240, que estavam previstas no texto constitucional de 1988, nos arts. 191 e 183, respectivamente.

É de se perceber que para essas duas modalidades usucapionais o legislador não exigiu o justo título e nem a boa-fé, o que significa reconhecer não a sua indispensabilidade, mas a não dependência da demonstração desses requisitos a estas duas modalidades usucapionais, o que pode ser compreendido à luz das suas finalidades sociopolíticas.

A usucapião rural exige, além do requisito temporal, tal como a usucapião extraordinária abreviada, a comprovação da posse-trabalho, ou seja, no imóvel, localizado em área rural, tenha a sede de morada do usucapiente e de sua família, que na terra trabalha para retirar a sua subsistência. Exige, ainda, de conformidade com a finalidade dessa modalidade usucapional que o usucapiente não seja proprietário de outros imóveis, sejam eles rurais ou urbanos.

Dada a finalidade a que se destina, é imperiosa a presença de todos os elementos estruturantes da posse *ad usucapionem pro labore*, especialmente quanto a estabelecer no imóvel a moradia; não basta, portanto, a produtividade do imóvel.

De acordo com Benedito Silveiro Ribeiro

necessário o exercício da posse inter-relacionada com o trabalho e com a produção. Essa posse direta e com o objetivo de cultura da terra e desenvolvimento da produção, pelo possuidor ou com o auxílio de sua família, moradores no local, constitui requisito de maior importância à configuração da usucapião *pro labore*, hoje possível de ser chamada constitucional. (RIBEIRO, 2003, p. 1.029-1.030).

O Código Civil cuidou de esclarecer que a usucapião urbana individual, prevista no art. 1.240 não será concedida ao mesmo possuidor mais de uma vez, ficando silente quanto a essa restrição em relação a usucapião rural, o que poderia pressupor autorização para que o usucapiente de imóvel rural possa fazê-lo em relação a outro imóvel rural.

É de se entender, por identidade de razão, que prevaleça a impossibilidade do reconhecimento da usucapião rural ao mesmo possuidor mais de uma vez, pois do

contrário o instituto que tem finalidade social assumiria o caráter de instrumento de especulação imobiliária.

5. A usucapião *pro familia*: análise crítica

5.1. A constitucionalidade do texto normativo

Em 16 de junho de 2011 foi publicada a Lei n. 12.424, resultado da conversão da Medida Provisória n. 540 que alterou não apenas a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, mas também o mecanismo de regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas assim como alterou as Leis ns. 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.

A inovação legislativa vem estampada num texto normativo setorializado, isto é, num produto legislativo destinado a revitalizar um programa social de habitação popular, destinado a uma parcela específica da população, definida pela Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011.

A primeira questão, portanto, que emerge da criação dessa nova modalidade de usucapião é o fato de ela contrariar o comando constante do art. 7º, incisos I e II, da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 2008, no ponto em que determina que a lei não poderá tratar de vários objetos e nem de matéria estranha a seu objeto ou de disciplinar matéria que não esteja vinculada por afinidade, pertinência ou conexão com o objeto de que trata a lei.

Da parte preliminar da Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011 se extrai informação de que ela altera: a) a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV; b) a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; c) a Lei n. 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, que cria o Programa de Arrendamento Residencial, instituindo o arrendamento residencial com opção de compra e dá outras providências; d) a Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que disciplina o registro público; e) a Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que disciplina o parcelamento do solo urbano; f) a Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que disciplina as incorporações imobiliárias, dado que a disciplina do condomínio edilício foi derogada pelo Código Civil de 2002, à exceção do art. 10 da referida lei, ainda em vigor; g) Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, que regula a organização da Seguridade Social e institui o plano de custeio e a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil; além de revogar dispositivos da Medida Provisória n. 2.197-43, de 24 de agosto de 2001 e determinar de fixar limite temporal para a cessão de vigência de parte da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009.

O fato de conter vários objetos não é por si só causa eficiente e mesmo suficiente para implicar a imputação de violência da Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011 contra a Lei Complementar, é preciso atentar para a análise de pertinência, afinidade e mesmo conexão entre os vários e diversos objetos que a lei quer disciplinar.

A matéria regulamentada no art. 9º, da Lei n. 12.454/2011, que acrescenta o art. 1.240-A ao Código Civil para criar uma outra modalidade de usucapião - não se ajusta àquela originalmente tratada na MP n. 514/2010, que em nenhum ponto trata da criação de outra modalidade de usucapião, nem mesmo na Mensagem Interministerial 00008/2010/MCIDADES/MF/MP/MJ.¹¹

Assim, ainda que de certa forma a referida Medida Provisória trate do processo de aquisição imobiliária por determinada parte da população e de regularização fundiária de assentamentos urbanos precários, não guarda nenhuma afinidade, pertinência ou conexão com a usucapião, como de aquisição originário da propriedade privada, ainda que as medidas aventadas no instrumento legislativo estejam fortemente articulados com a questão social da moradia.

Duvidosa, portanto, parece a constitucionalidade e a legalidade do art. 9º da Lei n. 12.454/2011, especialmente porque ausente pertinência temática com a formatação original da MP n. 514/2010, o que caracteriza inadequação aos termos da LC n. 95/1998 e eventual abuso do poder de legislar.

5.2. O prazo da posse e o termo inicial da sua fluência

Desde suas bases românicas, como apontado acima, passando pelas Ordenações do Reino, pelo Código Civil de 1916 e pelas Constituições da República que criaram modalidades especiais de usucapião até o Código Civil de 2002, o instituto é marcado, não apenas pelo exercício da posse, mas pelo exercício prolongado no tempo mais ou menos longo, a fim de conferir estabilidade e certeza à situação de fato, devendo, por isso, a posse ser mansa e pacífica ao longo do tempo que os atos materiais se exercem (BEVILAQUA, 1917, p. 81).

Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a Constituição da República, na sua caminhada em direção à consolidação do Estado Social e Democrático de Direito, criou outras formas de usucapião, reduzindo, substancialmente, o prazo de aquisição da propriedade por meio da usucapião e o fez em razão da funcionalização social dos bens.

¹¹ Nesse sentido: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMi-8-MCIDADES--MF-MP-MJ-MPv514-10.htm>. Acesso em: 1 ago. 2013.

O Código Civil de 2002 não se furtou a essa tendência socializadora e funcionalizadora do Direito e bem por isso “No caso da posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem entre a posse de boa-fé e a posse de má-fé, o Código leva em conta a *natureza social da posse* da coisa para reduzir o prazo da usucapião (...)” (REALE, 2003, p. 14-15).

Não discrepou, portanto, o Código Civil das orientações constitucionais traçadas para as modalidades usucapionais sediadas na Constituição e para tanto reproduziu no texto infraconstitucional o texto da Constituição, reafirmando, assim, a simetria.

O mesmo, contudo, não se diz do art. 9º da Lei n. 12.454, de 2011 que introduziu o art. 1.240-A, de cujo texto, já na sua abertura se vê a redução do prazo do exercício possessório para 2 (dois) anos, contrariando o texto constitucional que para situação semelhante ou assemelhada no art. 183, fixa o prazo de 5 (cinco) anos, ainda mais quando em uma e outra das modalidades o que se quer privilegiar é a posse funcionalizada pela moradia como pretensa solução para o problema habitacional urbano.

Não se afirma com isso que a nova modalidade usucapional ponha em risco os valores de segurança e certeza jurídica e nem tampouco que ela represente uma afronta à propriedade e ao seu asseguramento constitucional como direito e garantia fundamentais, mas instala uma fratura no sistema.

Essa ruptura se dá não apenas quanto à redução bastante sensível do prazo de exercício continuado da posse *ad usucapionem*, quanto por instalar uma exceção à regra de que entre cônjuges e companheiros, por equiparação, não corre a prescrição, considerada a norma remissiva do art. 1.243, do Código Civil, ainda que a jurisprudência tenha se firmado no sentido de que a separação de fato razoável tivesse o condão de excepcionar a regra do art. 197, I, do Código Civil.

Nessa perspectiva, se a separação de fato, decorrente do abandono, há de ser mais ou menos longa para que se tenha por excepcionada a regra proibitiva da fluência do prazo de prescrição entre cônjuges ou companheiros, de qualquer gênero, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 4.277, porque nessa situação, não haveria mais a comunhão de vida esperada na sociedade conjugal, o prazo de dois anos fixado no texto do art. 1.240-A desconsidera essa perspectiva protetiva da relação afetiva.

O termo inicial o prazo de dois anos, dentro do qual posse do cônjuge ou companheiro que permanece no imóvel há de ser ininterrupta e sem oposição, o que significa dizer, mansa e pacífica, deve ser a data do abandono do lar conjugal, desde que verificada a partir da vigência da Lei n. 12.454, conforme, aliás, o Enunciado n. 498 da V Jornada de Direito Civil (2012, p. 70).

Nesse ponto, o abandono como fato fundamento aliado ao exercício da posse, que deve ser injustificado do lar não parece contrariar o fundamento social e econômico da usucapião, porque o abandono do lar não revela a violação, na situação concreta, da

função social do imóvel, bem a inércia do titular do direito real de propriedade, nem tampouco uma lesão, a possibilitar a usucapião, como expressão da prescrição aquisitiva o saneamento de uma situação injusta.

A perspectiva que se apresenta e que emerge do texto do art. 1.240-A na configuração dessa nova modalidade de usucapião é a de uma sanção que se quer aplicar ao cônjuge ou companheiro que abandona injustificadamente o lar, uma vez que a conformação apresentada pelo instituto não se acomoda aos contornos da usucapião, nem ao princípio da função social, quanto mais à garantia fundamental do direito de propriedade.

Nesse sentido, a perda da copropriedade em favor do cônjuge ou companheiro remanescente sob o argumento do abandono do lar conjugal fere o direito à propriedade, porque, conceitualmente, o direito de propriedade é o exercício socialmente funcionalizado das prerrogativas de uso, gozo e fruição do bem.

O Enunciado n. 595, da VII Jornada de Direito Civil, assentou orientação no sentido de que o abandono como requisito da usucapião *pro familia* deve ser compreendido sob uma dupla perspectiva: i) deixar de exercer as prerrogativas de uso, gozo e fruição, portanto, a posse sobre o imóvel e ii) omitir-se na tutela da família.

Assim, se houver, nos termos do Enunciado n. 595, o abandono da posse, mas a efetiva e continuada tutela da família, por parte de quem deixou o lar conjugal, não estará configurado o abandono, não fluindo, portanto, o prazo de dois anos a partir da saída do lar conjugal, uma vez que não basta o deixar de exercer os atos possessórios.

Não se pode deslembrar a circunstância de a usucapião representar, tradicionalmente, uma forma de sanção ao proprietário inerte, que descuida dos deveres inerentes ao proprietário, especialmente em tempos de funcionalização da propriedade, tanto assim ser a usucapião considerada uma espécie de prescrição.

O Enunciado n. 499 da V Jornada de Direito Civil alerta para a imperiosa cautela que se precisa ter para aferição do problema do abandono do lar conjugal, pois

(...) mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento (...) assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, (...). (2012, p. 70).

5.3. A usucapião *pro familia* como espécie de usucapião urbana

O art. 1.240-A restringe a possibilidade da usucapião a determinado tipo de imóvel. Se nas modalidades comuns, isto é, nas usucapiões extraordinária e ordinária,

não interessa a localização geográfica do bem, isto é, se na zona urbana ou rural, nem tampouco a sua destinação econômica, situação diversa é das modalidades especiais.

Para a usucapião rural, prevista no art. 1.239, do Código Civil, a coisa hábil a ser usucapida deverá ser imóvel estar localizado em zona rural ao passo que a modalidade urbana, encartada no art. 1.240 do mesmo diploma, o imóvel deve estar localizado na área urbana. O art. 1.240-A se refere a imóvel urbano.

Ao se qualificar um imóvel como urbano ou rural tem-se em vista, como no Direito Romano, a destinação econômica do bem, que os divide em prédio urbano ou prédio rústico (MENDES, 1905, p. 15).

Parece, portanto, que dois critérios aparentes distintos foram usados pelo legislador para caracterizar a coisa hábil a ser usucapida nas modalidades especiais. Tratam-se dos critérios zona urbana e imóvel urbano que são efetivamente distintos, porquanto um critério se refere à localização geográfica – zona urbana e o outro, à utilização econômica – prédio urbano.

Tenha-se em vista para compreender as características físicas do espaço urbano, a regra contida no art. 32, § 1º, do Código Tributário Nacional que define como zona urbana, aquela área definida pelo município em que haja pelo menos dois dos melhoramentos que indica nos incisos I, II, III, IV e V, quais sejam: meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; abastecimento de água; sistema de esgotos sanitários; rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar e escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

O imóvel rural, por sua vez, tem a sua definição estabelecida pelo Estatuto da Terra, que no art. 4º traz a definição de imóvel rural como “o prédio rústico de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial (...)”, cuja regulamentação pelo Decreto n. 55.891/65 acrescentou, que o imóvel rural pode se localizar “em perímetros urbanos, suburbanos ou rurais dos Municípios”.

Assim, de acordo com o Estatuto da Terra o imóvel rural é definido por sua destinação econômica, pouco importando sua localização. Disso decorre, portanto, ser possível que um imóvel urbano se localize em zona rural desde que não se destine à produção agrícola ou pecuária.

Colocada essa questão é preciso contrapô-la com a nova modalidade de usucapião; observe-se que o art. 1.240-A emprega a expressão “imóvel urbano” e tomada sistematicamente essa expressão, o legislador teria levado em consideração a destinação econômica do imóvel pela sua localização geográfica, confundindo imóvel em zona urbana com imóvel urbano.

Dessa imprecisão técnica, considerando-se, ainda que o art. 1.240-A se coloca ao lado da usucapião urbana, que incide sobre imóveis localizados em zona urbana com área não superior a 250 metros quadrados, então imóveis localizados na zona rural, que se destinem apenas a moradia da família e não à produção agropecuária, não estariam protegidos por essa modalidade de usucapião.

Se de outro lado, o espírito da lei foi o de assegurar um patrimônio mínimo existencial e nesse compasso proteger a família que remanesce no imóvel com a ruptura da vida conjugal pelo abandono injustificado do lar por parte do outro cônjuge ou companheiro, então a expressão “imóvel urbano” quer se referir à destinação econômica do bem e por essa particular razão essa nova modalidade usucapional se estenderia aos imóveis localizados na zona rural, desde que destinado exclusivamente a moradia, perspectiva que se apresenta como razoável à luz da finalidade da lei.

5.4. A usucapião entre condôminos e a aquisição do domínio integral

Estabelece o art. 1.240-A que o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel, após o abandono injustificado do lar conjugal pelo outro, poderá usucapir integralmente o domínio da propriedade que dividia com o cônjuge ou companheiro.

A primeira questão que se precisa examinar qual é o sentido da expressão propriedade empregada no texto normativo, pois a consequência dessa modalidade é a aquisição integral do domínio. Propriedade e domínio são dois termos que, embora correlatos, não se apresentam como sinônimos.

A ideia de propriedade é ampla e dela emerge a noção de domínio. Anota Teixeira de Freitas que

A propriedade pode tomar-se em várias acepções – 1º como qualidade ou atributo inerente á um objecto, 2º como synonymo de bem necessário á vida pessoal e social, 3º como patrimônio ou complexo de seus direitos reaes e pessoas que tem um valor pecuniário, 4º como synonymo de domínio, ou de propriedade material. (FREITAS, 1857, p. XLVII- XCII).

Para o autor, domínio representa a soma de todos os direitos possíveis sobre a coisa, a saber: a posse, uso, gozo, e de livre disposição, o que significa dizer que para usar e gozar é preciso possuir, conforme art. 884, da Consolidação. (FREITAS, 1857, p. XLVII- XCII).

Disso decorre que o termo propriedade está sendo usado no sentido do objeto sobre o qual recai o domínio e, portanto, se trata do imóvel que dividido entre os cônjuges ou companheiros, vez que expressão domínio foi empregado no sentido específico, qual seja, o de representar a síntese de todos os direitos reais e, portanto, o

direito de propriedade no sentido estrito da expressão ou como prefere Teixeira de Freitas, a soma de todas as prerrogativas do titular do direito, qual seja, o de usar, gozar, fruir e livremente dispor.

O problema, contudo, se assenta no estabelecimento da possibilidade de a usucapião recair sobre parte ideal de bem imóvel, quando indiviso, como é o caso desenhado pela usucapião *pro familia*. Trata-se aqui do saber da possibilidade de usucapião entre condôminos, admitindo-se, para argumentar que a expressão “cuja propriedade divida com o ex-cônjuge ou companheiro que abandonou o lar” se refira à situação condominial.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira “(...), não tem cabida o usucapião entre condôminos; uma vez que não é lícito a um excluir da posse os demais, mostra-se incompatível com esta modalidade aquisitiva a condição condominial, que por natureza exclui a posse *cum animo domini*”. (2001, p. 114).

A usucapião entre condôminos requer a produção de prova robusta no sentido de ter cessado de fato a comosse, em razão do que se estabelece a posse exclusiva daquele que pretende o reconhecimento da aquisição da propriedade sobre o todo pelo tempo necessário fixado na lei.

De uma perspectiva jurisprudencial, ensina Francisco Eduardo Loureiro que:

(...) Exige-se, em tal caso, que a posse seja inequívoca, manifestada claramente aos demais condôminos durante todo o lapso temporal exigido em lei. Deve estar evidenciado aos demais comunheiros que o usucapiente *não reconhece a soberania alheia ou a concorrência de direitos sobre a coisa comum*. (LOUREIRO, 2009, p. 1.180).

Sobre essa particular situação, a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0406795-60.2009.8.26.0577 (990.10.528183-4) já se manifestou afirmando que “Exercício exclusivo da posse por um deles, ainda quando real, não implica a existência de *animus domini* quanto ao todo, derivando de mera tolerância dos demais interessados na administração da coisa”. (SÃO PAULO, 2011).

Nesse sentido, a tendência moderna, é a da demonstração probatória da posse exclusiva em nome próprio (COSTA, 1999, p. 330). A problemática da possibilidade da usucapião entre condôminos reside nisso: todo e qualquer condômino, em relação à coisa sobre a qual tem a titularidade do direito de propriedade, tem mais que ânimo de dono; tem o próprio domínio. Assim, se exerce a posse, não o faz como se a coisa fosse sua, mas o faz porque a coisa é sua, ainda que em parte.

Quando mais não fosse, é preciso ter conta que quando o condômino ocupa com exclusividade a fração ideal cabente ao outro condômino e, portanto, sobre a totalidade da coisa, ele o faz em razão de mera tolerância ou permissão do outro com

quem ele divide a titularidade do direito, circunstância que afasta o fenômeno da posse, nos termos do art. 1.208, primeira parte, do Código Civil, configura detenção a afastar, em termos práticos, a usucapião.

Como quer que seja, de acordo com o Enunciado n. 500 da V Jornada de Direito Civil, “a modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas” (2012, p. 71), o citado Enunciado explica a não referência do legislador aos tradicionais requisitos da boa-fé e do título e do *animus domini*, porque o usucapiente já é proprietário.

Se de outro lado, se compreender que a questão é relativa à posse, a não exigibilidade do justo título e da boa-fé nessa modalidade de usucapião se dá pela mesma razão pela qual não se o exigiu para as modalidades usucapionais especiais rural e especial, dada a sua finalidade especificamente social, calcadas que estão no aspecto funcional da posse: moradia e trabalho.

Em se tratando de pessoas casadas, seja o casamento igualitário ou não, se o regime for de separação voluntária de bens e houver apenas bens adquiridos anteriormente ao casamento, aquele que eventualmente permanecer, por dois anos, na posse do imóvel, após o abandono do lar não poderá usucapir pela modalidade em questão por lhe faltar o requisito copropriedade.

A possibilidade da usucapião sobre a fração ideal apenas se abre para o cônjuge que permanecer no imóvel apenas na ausência de disposição negocial no pacto antenupcial em que se fundar o regime de separação voluntária de bens, como na hipótese: a) de o casal ter adquirido em condomínio um bem imóvel depois do casamento, figurando ambos no álbum imobiliário como proprietário ou b) apenas um dos cônjuges houver adquirido o imóvel depois do casamento, em razão do que é imperioso que o outro cônjuge demonstre haver participado da aquisição do aquesto a fim de que se aplique a regra da comunhão parcial de bens, por se tratar de bem adquirido depois do casamento, como medida que evita o enriquecimento sem causa.

Não se trata de aplicação da Súmula n. 377, do Supremo Tribunal Federal, cujo âmbito de incidência se restringe aos casos de separação obrigatória dos bens, isto porque se fosse possível a sua aplicação às situações de separação convencional, estaria-se admitindo indevida ingerência do Estado nas declarações negociais dos sujeitos de direito, comprometendo a autonomia da vontade (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 266).

Se se tratar de casamento realizado sob o regime da comunhão universal de bens, diante da comunicabilidade dos bens do acervo conjugal, o fato de um deles não ser proprietário não impede a aquisição da propriedade por meio da usucapião familiar, porque o requisito da copropriedade estaria preenchido em razão do estado de comunhão derivado do próprio regime de bens adotado pelo casal.

A mesma solução há de ser aplicada para os casos de regime da comunhão parcial de bens, na hipótese em que o imóvel tiver sido adquirido por apenas um dos cônjuges após o casamento. Se o imóvel tiver sido adquirido por apenas um dos cônjuges e não tendo havido participação econômica do outro na sua aquisição, não haverá propriedade comum, ficando excluída a possibilidade de usucapião.

Vale observar que essa é regra que se aplica aos casos de união estável; disso decorre, portanto, que a posse comum do casal que não seja derivação do direito de propriedade impede a aquisição do direito de propriedade por meio dessa modalidade usucapional.

O mesmo, por outro lado, não se pode dizer do compromisso de venda e compra quitado que, diante da estrutura desse direito, não parece impedir o fenômeno usucapional, ainda que o art. 1.240-A se refira a propriedade comum tal como reforçado pelo Enunciado n. 500, da V Jornada de Direito Civil.

O compromisso de venda e compra é um direito real *sui generis*, porque sendo uma espécie de contrato de compra e venda, ele apresenta força translativa do direito de propriedade; o compromisso de compra e venda é um caminho que os adquirentes percorrem em direção ao direito de propriedade até a quitação, quando, depois de realizado o adimplemento substancial e absoluto, tem-se por adquirido o direito de propriedade. (BUNAZAR, 2008, p. 430).

Nessa perspectiva, tendo sido o compromisso de compra e venda firmado conjuntamente pelo casal e desde que quitado antes do abandono do lar assim como na hipótese de ter sido o compromisso firmado por apenas um deles, mas com participação do outro na quitação do preço, a propriedade comum já se terá estabelecido e se consolidado.

Faz-se, nesse ponto, apenas uma ressalva quanto a eventual impedimento à usucapião familiar. Trata-se do exagerado apego ao formalismo cartorário, que ignorando a estrutura e função do compromisso de compra e venda quitado, não reconheceria no compromisso quitado o direito de propriedade senão depois do registro imobiliário, a teor do que determina o art. 1.227, do Código Civil, a despeito inclusive da redação do art. 26, da Lei n. 6.766, de 1979, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.785, de 1999.

5.5. A posse funcionalizada pela moradia

O imóvel cuja fração ideal há de ser objeto da usucapião deve ser destinado à moradia do usucapiente residente ou à moradia de sua família, podendo, sem que isso descaracterize a sua função social relativa à moradia a realização de atividades voltadas ao setor terciário, visto se tratar de imóvel urbano.

Esse requisito ajuda a compreender o sentido da expressão “posse direta” usada pelo legislador ao assentar os requisitos dessa nova modalidade. A noção tradicional

de posse de direta é extraída da teoria objetiva da posse, traduzindo-se naquela que deriva de um negócio jurídico em que se funda um direito pessoal ou um direito real e por meio do qual se opera o desdobramento ou organização vertical da posse.

Disso decorre que a noção de posse direta a que se refere o art. 1.240-A não se compreende naquele conceito estampado no art. 1.197, ambos do Código Civil, como, aliás, já se deixou assentado no Enunciado n. 502, da V Jornada de Direito Civil (2012, p. 71), querendo a expressão direta empregada no art. 1.240-A significar o exercício direto e imediato das prerrogativas de uso, gozo e fruição do bem imóvel, sem o que a ideia de moradia, como interesse maior a se proteger ficaria relegado ao segundo plano.

No contexto do art. 1.197, do Código Civil, a ideia de posse direta é estritamente econômica e se insere no amplo leque de possibilidades de exercício do poder econômico sobre a coisa, enquanto que no contexto da regra examinada a noção de posse direta reside na finalidade social, no sentido de a coisa ser empregada diretamente por quem permanece no imóvel para o exercício de um direito fundamental: o direito de moradia.

É preciso observar que o imóvel urbano deve ser usado para a moradia daquele que permanece no local, o que impede a utilização do imóvel para outras finalidades como a de sua utilização para realização de trabalho, salvo aquelas atividades econômicas do setor terciário que não descaracterizam o imóvel a ponto de transformá-lo em imóvel comercial ou não residencial, com o que haveria desvio de sua finalidade social e econômica que é a moradia.

6. Aspectos jurisprudenciais sobre a questão

Desde a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011, o Tribunal de Justiça de São Paulo examinou apenas dois pedidos recursais. Um deles, na Apelação de n. 0014460- 81.2009.8.26.0032, a 5ª Câmara de Direito Privado discutiu o problema de direito intertemporal para decidir pela inaplicabilidade do art. 1.240-A do Código Civil para fatos anteriores à vigência da Lei n. 12.424/2011 que acrescentou aludido dispositivo entrou em vigor no ano de 2011, que não poderia retroagir para regular os efeitos de atos ou fatos jurídicos passados, não tendo enfrentado a questão da usucapião propriamente dita.

7. Alguns arremates a título de conclusão

1. Objetiva a referida norma conferir proteção à moradia, não se compreende a opção legislativa de privilegiar as situações imobiliárias urbanas, no entanto, não contemplou situação idêntica na zona rural, em que estão presentes as mesmas necessidades

motivadoras de proteção, isto sem esquecer que na maioria das vezes os moradores da zona rural se encontram distantes das políticas públicas protetivas.

2. A hipótese fática descrita no art. 1.240-A, do Código Civil, não difere, em substância, da problemática possibilidade de usucapião entre condôminos, que os Tribunais locais da Federação e até mesmo o Supremo Tribunal já enfrentaram ao tempo em que era o responsável pela uniformização da jurisprudência, o que significa dizer que já era possível, juridicamente, a usucapião entre cônjuges antes da edição da Lei n. 12.424/2011, desde que um deles, como condômino, demonstrasse durante o arco probatório, que exercia a posse com exclusividade sobre a coisa indivisa.

São Paulo, maio de 2017.

Referências

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

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. 3.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1988.

BRASIL. Decreto n. 55. 891, de 31 de março de 1965. Regulamenta o Capítulo I do Título I e a Seção III do Capítulo IV do Título II da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964 – Estatuto da Terra. *Portal do Palácio do Planalto*, Brasília, DF, 31 mar. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55891.htm>. Acesso em: 19 ago. 2013.

BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra. *Portal do Palácio do Planalto*, Brasília, DF, 30 nov. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504compilada.htm>. Acesso em: 19 ago. 2013.

BUNAZAR, Maurício. Do compromisso de compra e venda: uma estrutura naturalmente funcionalizada. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo código civil*. Questões controvertidas. Direito das coisas. São Paulo: Método, 2008. v. 7.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

COSTA, Dilvanir José. Usucapião: doutrina e jurisprudência. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 36, n. 143, p. 321-334, jul./set. 1999.

COUTO, Sergio A. Frazão do. *Manual teórico e prático do parcelamento urbano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981. v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL, 1., 3., 4. e 5., 2002, 2004, 2006, 2012, Brasília. *Enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

LOUREIRO, Francisco Eduardo; PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2009.

MENDES, José. *Das servidões de caminho: direito romano e patrio*. São Paulo: Duprat, 1905.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 4.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: Batista de Souza, 1922.

REALE, Miguel. Prefácio. In: TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.). *Novo código civil brasileiro: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Acórdão* n. 03496559, da 2ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Fabio Tabosa. São José dos Campos, 19 de abril de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5087267&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_d52f7c0f8ce447a0bcc8af28d551d28b&vlCaptcha=kppU&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 26 ago. 2013.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Acórdão* n. 2012.0000626210, da 5ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Edson Luiz de Queiróz. São Paulo, 28 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://juris.aasp.org.br/jurisprudencia2/viewdoc?docId=71f8f166aafa6b023ec912f29519fb00>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.). *Novo código civil brasileiro: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Coords.). *Novo código civil: questões controvertidas: direito das coisas*. São Paulo: Método, 2008. (Série grandes temas de direito privado; v. 7).

WESSELS, Johannes Wilhelmus. *History of the Roman-Dutch Law*. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2005.

