

FUNDAÇÃO DE ENSINO EURÍPIDES SOARES DA ROCHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANA POMPEO

ASPECTO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL

MARÍLIA
2012

MARIANA POMPEO

ASPECTO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador Prof^ª:
Raquel Cristina Ferraroni Sanches.

MARÍLIA
2012

Pompeo, Mariana

Aspecto social da propriedade no código civil / Mariana Pompeo;
orientador: Raquel Cristina Ferraroni Sanches. Marília, SP: [s.n.] 2012. 71
f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito,
Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro
Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Direitos fundamentais 2. Função social 3. Propriedade 4. Posse
5. Espécies de usucapião. 6. Usucapião familiar – art. 1.240-A Código Civil

CDD: 342.12324



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Mariana Pompeo


RA: 43586-4

ASPECTO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (Dez)

ORIENTADOR(A): 
Raquel Cristina Ferreroni Sanchez

1º EXAMINADOR(A): 
Edinilson Donisete Machado

2º EXAMINADOR(A): 
Carolina Maria Morro Gomes Galbiati

Marília, 03 de dezembro de 2012.

*À Deus por ter me guiado até aqui.
Aos meus pais e namorado por terem viabilizado esse projeto.
Aos meus companheiros de sempre Nina, Gaia e Airon.*

*“O direito é um organismo vivo,
peculiar porém porque não
envelhece, nem permanece jovem,
pois é contemporâneo à realidade. O
direito é um dinamismo. Essa, a sua
força, o seu fascínio a sua beleza”*

Eros Roberto Grau

Pompeo, Mariana. **O aspecto social da propriedade no código civil**. 2012. 71 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

Objetiva o presente trabalho de conclusão de curso, à luz dos direitos fundamentais de terceira geração, mais especificamente da função social da posse e propriedade, dos Princípios e Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil, do reflexo desse progresso coletivista em detrimento do individualismo até então reinante, identificar a inovação legislativa, introduzida no ordenamento jurídico pela Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, constante do artigo 1.240-A, doutrinariamente denominada usucapião familiar, como mais um mecanismo de efetivação do direito fundamental em comento. Uma simples análise bibliográfica referente à problemática revela que discussões permeiam o tema tendo em vista a aquisição da propriedade pela usucapião implicar na perda do domínio por aquele que à coisa não atribuiu correta destinação social. Dirimir a contenda implica em oferecer ao aplicador do direito mais uma ferramenta contra aqueles que não observam em suas propriedades privadas as finalidades socioeconômicas disciplinadas pelo ordenamento pátrio.

Palavras chave: Direitos fundamentais. Função social. Propriedade. Posse. Espécies de usucapião. Usucapião familiar – art. 1.240-A Código Civil.

Pompeo, Mariana. **O aspecto social da propriedade no código civil**. 2012. 71 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

The purpose of this conclusion course work, throw of basics rights of third generation, more particular the ownership and propriety's social role from Brazil Republic Federative, Beginning and Basics Objectives, the reflex of the colletive progress on detriment f the individualism always, then regnant, identify the legislative innovation, insert in the juridical ordination by the Law 12.424, June 16 2011, from the article 1.240-A, doctrairement named family usurping, well as more one mechanism of fulfillment fundamental right in comment. A simple bibliographic analysis referring to the troublous reveals that discussions permeating the subject at the sight of propriety acquisition by usurping implicate at the domain by yonder that didn't give the right social destination to the demesne. To solve the contestation implicates in offer to the right investor more one tool against those that do not observe in their private proprieties the social economic purpose disciplined by the paternal ordering.

Key words: Main rights. Social function. Demesne. Asset. Kind of usurping. Family usurping - Art. 1.240-A Civil Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 – A PROPRIEDADE NA CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1 Surgimento e reconhecimento dos direitos humanos	11
1.2 Processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos e seus reflexos no ordenamento jurídico nacional	16
1.3 Questão da propriedade até os dias de hoje	23
CAPÍTULO 2 – POSSE E PROPRIEDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	31
2.1 Noções introdutórias sobre posse	31
2.2 Noções introdutórias sobre propriedade	41
2.2.1 Aquisição da propriedade imóvel pela usucapião	46
CAPÍTULO 3 – O REFLEXO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	51
3.1 Função social da propriedade	51
3.1.1 Formas de usucapião	55
3.2 Usucapião familiar – criação do artigo 1.240-A do Código Civil	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

INTRODUÇÃO

Partindo da premissa de que o homem é ser gregário por natureza (DINIZ, 2007 p. 06), discorre o primeiro capítulo sobre o surgimento e reconhecimento dos direitos humanos, como forma de limitação do poder do Estado (FERREIRA FILHO, 2004, p. 04), levando em consideração não apenas o pensamento jusnaturalista, mas também a modificação dos direitos fundamentais de acordo com o panorama socioeconômico em que estavam inseridos (BOBBIO, 2004, p. 31).

Logo após, tomando por base a imprescindibilidade de se garantir o direito de propriedade, vislumbrando melhor compreender os atuais contornos do conceito de domínio, já que não mais individualista (GONÇALVES, 2009, p. 246), ocupa-se do processo de internacionalização e universalização dos direitos fundamentais e sua conseqüente influência no ordenamento pátrio.

Entendido o porquê do processo de flexibilização dos contornos da propriedade, estabelecida a premissa de que nos dias atuais nem proprietário nem possuidor podem fazer uso do domínio como bem lhe aprouver, reúne o segundo capítulo os principais elementos, tais como conceito, fundamento, espécies e um de seus desdobramentos - a saber, a usucapião-, do instituto posse e propriedade para que no último dos capítulos fosse possível a identificação do reflexo da constitucionalização no direito civil.

Compilados os elementos necessários, consoante supramencionado, demonstra o terceiro e último capítulo o reflexo da constitucionalização no diploma civilista com a explanação da direta interferência da função social nas diversas formas de usucapião constantes do ordenamento, mas não sem primeiro consignar seus principais aspectos. No último dos itens, como mais uma prova desse reflexo, tratou-se da inovação legislativa criada pela Lei 12.424/11, doutrinariamente denominada usucapião familiar.

Adentrando na seara da importância do tema convém salientar que tem por fundamento a República Federativa do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, assim como, a título de objetivos fundamentais, a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, consoante disciplinado nos artigos 1º e 3º da CR/88. Justifica-se, por conseguinte, o presente considerando ser a usucapião familiar mais um instrumento à disposição do aplicador do direito para efetivar o cumprimento do princípio da função social do domínio.

Justificada a importância delimitou-se como objetivo geral, à luz do direito fundamental função social, dos Princípios e Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil, do reflexo desse progresso coletivista em detrimento do individualismo até então reinante, fazendo uso dos métodos de interpretação teleológica e sistemática da letra da lei, a demonstração de que o instituto denominado usucapião familiar, recém inserido no ordenamento, é mais um mecanismo para que se efetive o conteúdo da expressão função social.

A fim de cumprir o objetivo pré-estabelecido necessária a eleição de um método de pesquisa. No caso em tela utilizou-se, como base lógica de investigação o método hipotético-dedutivo, por meio de mecanismos exploratórios.

Quanto à abordagem da problemática elegeu-se como mais adequado o método por ser o mais hábil a descrever a complexidade da questão proposta e a interação das variáveis a ela intrínsecas. Já quanto aos procedimentos técnicos utilizou-se, predominantemente, da pesquisa bibliográfica e documental.

No que diz respeito à coleta de dados fora utilizado plano de trabalho que orientou, em um primeiro instante, a cuidadosa identificação e seleção das fontes bibliográficas e documentais necessárias ao desenvolvimento da pesquisa. Nessa tarefa foram compiladas doutrinas de autores a quem compete o tema, legislação constitucional e infraconstitucional vigente, bem como eventuais posicionamentos já explicitados pelos tribunais.

Feita a coleta e seleção de todo o material embasador da pesquisa este foi submetido à leitura analítica e fichamento do que se entendeu relevante a fim de que as informações fossem ordenadas em um banco de dados. Ordenadas as informações, foram concatenadas em consonância com os objetivos gerais e específicos de modo a atingir o objetivo inicialmente proposto.

CAPÍTULO 1 – A PROPRIEDADE NA CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Objetiva o presente capítulo uma breve explanação sobre o surgimento e reconhecimento dos direitos humanos considerando não só o pensamento jusnaturalista, mas também a constante transmutação dos direitos fundamentais já que restam aperfeiçoados pela superação das lutas impostas ao ser social. Logo após, vislumbrando a hodierna relativização do conceito de propriedade, abordada no último tópico, tem o capítulo por escopo um sucinto discurso sobre o processo de internacionalização e universalização desses direitos.

1.1 Surgimento e reconhecimento dos direitos humanos

Parte-se da premissa de que o homem é um ser gregário por natureza. Não é um ser eminentemente social só em decorrência de seu instinto sociável, mas também por força de sua inteligência que lhe demonstra os benefícios do convívio em sociedade e, conseqüentemente, da maior facilidade com que pode alcançar seus objetivos (DINIZ, 2007, p. 05).

Desta indissociável coexistência narra a história que desde as mais primitivas formas de organização social, ainda no tempo das hordas, já que a condição do homem em seu estado de natureza é a de a guerra nos moldes do entendimento hobbesiano (HOBBS, 2006, p. 101), existem normas que regulamentam esse convívio.

Se a princípio essas regras de convivência eram limitadas, proporcionais à intensidade das interações humanas, o desenvolvimento dos povos, em sentido lato, exigiu - e esse é um fenômeno constante, contínuo e interpenetrante entre os diversos níveis de realidade dentro da estrutura social global (GRAU, 2004, p. 37) – o seu aperfeiçoamento tornando-as cada vez mais complexa.

A necessidade de manter-se em paz, aliada a complexidade das normas de conduta viabilizadoras da coexistência humana, fez com que o homem celebrasse um pacto social no qual abriu mão de parcelas de sua liberdade a fim de que fossem estabelecidos limites no exercício dos direitos naturais inerentes a cada um. Em relação a esta renúncia ponderou Ferreira Filho

A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais. Não podem nem ao mesmo tempo exercer todos os direitos naturais. Não podem todos ao mesmo tempo exercer os seus direitos naturais sem que daí advenha a balburdia, o conflito (2004, p. 04).

Firmado o pacto, para que se efetivasse, prescindiu da instituição “de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-los” (HOBBS, 2006, p. 111). A este poder constituído, a quem fora atribuída a competência de regulamentar essas regras, denominou-se Estado. Na verdade o legislador humano, transfigurado em Estado, já que, segundo Montesquieu as leis são relações necessárias derivadas da natureza das coisas, não faz as lei, mas está incumbido apenas de declará-las (FERREIRA FILHO, 2004, p. 02).

Entretanto, embora o ser social tenha renunciado a parcelas de suas liberdades naturais em prol de um Ente Maior que as garantisse sob pena de permanecerem em constante conflito, não restaram estabelecidos limites a esse poder, razão pela qual os abusos culminaram no sistema de governo absolutista.

Presente nas monarquias da Europa Ocidental dos séculos XVII e XVIII caracterizava-se pela concentração total de poderes nas mãos de um só indivíduo ou de um grupo deles. Neste momento histórico “os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle à abusiva atuação do Estado” (PIOVESAN, 1997, p. 157). Por conseguinte, como solução, vislumbrou-se a limitação e controle Estatal exigindo a necessária e inescusável observância da legalidade e dos direitos fundamentais.

Foi nesse contexto de abusos e desrespeito dos absolutistas, nos idos do século XVII, que se desenvolveu a doutrina dos direitos humanos. Criada a partir das “exigências de liberdade proveniente dos que lutavam contra o dogmatismo das igrejas e contra os autoritarismos do Estado” (BOBBIO, 2004, p. 69), surgiu a necessidade de serem materializados em escritos.

Consta dos registros históricos que o primeiro documento em que restaram reconhecidos os direitos naturais do homem foi na Declaração dos Direitos editada pela Virgínia, em 1776, a qual inspiradora dos acontecimentos franceses que culminaram na Declaração de 1789 – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, modelo de todas as demais a ela subsequentes.

Esclarece Bobbio (2004, p. 29), filósofo italiano, que a partir do momento em que essas teorias foram acolhidas pela primeira vez por um legislador, “o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e da Revolução Francesa”, a afirmação dos direitos do homem não é mais uma exigência, mas sim o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos. A partir de então, definem esses direitos as diretrizes do que é lícito para o Estado, restringindo o seu poder.

Em um primeiro momento, mais especificamente no final do século XVII, os direitos do homem, em termos de reconhecimento, eram poucos e essenciais. Limitados às liberdades públicas, importantes no reconhecimento de direitos civis e políticos, denominaram-se *direitos fundamentais de primeira dimensão*¹. Motta & Barchet estabelecem um panorama desses primeiros direitos ao afirmar que

Os direitos fundamentais de primeira geração, diretamente vinculados à ideologia liberal, são essencialmente direitos **de defesa** do indivíduo perante o Estado, pois objetivam não uma prestação positiva do Estado, mas uma atuação negativa, um **não - agir** por parte do Estado em benefício da liberdade do indivíduo, no sentido de que o ente estatal não interfira nas esferas jurídicas individuais. Buscam, basicamente, assegurar a **liberdade** do indivíduo na arena política e, precipuamente, em seus negócios privados. (destacado no original) (2007, p. 150)

Consistentes nos “poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 23), pertencentes à humanidade como um todo (como se verá no item subsequente), por isso taxado natural e abstrato, tem por características a imprescritibilidade e a inalienabilidade. Aqui estão incluídos os direitos à vida, as liberdades em geral, tais como de opinião e de expressão, a igualdade, a segurança e a propriedade – a qual, neste momento, absoluta e ilimitada. Constituem, por conseguinte, o núcleo dos direitos fundamentais.

Ao contrário do que *a priori* fora concebido pelos contratualistas os ditos direitos inatos não decorrem do simples existir humano, mas sim das lutas impostas pela realidade social de cada época. Diz a nova concepção que são produtos desta. Sobre a influência das lutas sociais na criação e reconhecimento desses direitos pronunciou-se Bobbio:

O fato mesmo de que a lista desses direitos esteja em continua ampliação não só demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas nos deveria tornar conscientes de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências derivam é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa

¹ Diverge a doutrina quanto ao emprego da expressão “geração” ou “dimensão” quando o tema é a nomenclatura atribuída à ordem cronológica em que os direitos fundamentais surgiram e foram incorporados ao ordenamento jurídico. Os que refutam o uso do termo “geração” o fazem embasados na carga semântica da palavra, qual seja, a ideia de substitutividade. Destarte, por ser ponto pacífico o fato de os direitos fundamentais não serem sucessivos, mas sim complementares mais adequado o emprego do vocábulo “dimensão” para o exercício do mister em comento.

nova sociedade, não bastam os chamados direitos fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade (2004, p. 69).

Reconhecidos estes direitos, protegido o ente humano dos desmandos estatais, dentro do contexto das constantes transmutações sociais que exigem o reconhecimento de outros direitos em prol da manutenção da paz social, foram reconhecidos, ao término da Primeira Grande Guerra, os ditos *direitos fundamentais de segunda dimensão* na conjuntura que se segue.

Paralelamente à ruptura com o modo de governo absolutista, produto de um processo de maturação iniciado com a derrocada do sistema feudal, já que a disseminação das corporações de ofício contribuiu para tanto com o galopante crescimento dos burgos, surgiu o ideal capitalista.

Visando a máxima obtenção de lucros, a qual viabilizada através da exploração máxima da força de trabalho e mediante a contraprestação de remunerações irrisórias, estipulou-se como objetivo a arrecadação da maior quantidade de renda possível a fim de reinvestir esses haveres em meios de produção, o que propiciaria a geração de mais lucro.

Nesse contexto de liberalismo econômico, regulamentado por um Estado abstencionista, em que vige a livre iniciativa num mercado concorrencial, criou-se a acumulação extremada de riquezas. Se nas mãos de uma ínfima minoria estava concentrada pouco menos que a totalidade das riquezas, “em contrapartida, a classe trabalhadora se viu numa situação de penúria” (FERREIRA FILHO, 2004, p.42).

Das péssimas condições de trabalho, aliada à visualização da situação de miserabilidade em que se encontrava imersa, a classe operária insurgiu-se contra a minoria exploradora e detentora do poder econômico ameaçando, de maneira concreta, a estabilidade das instituições liberais (FERREIRA FILHO, 2004, p. 43).

Percebeu-se então que não bastava o reconhecimento formal de igualdade e a garantia de liberdade individual para assegurar o pleno desenvolvimento da sociedade como um todo (MOTTA & BARCHET, 2007, p. 151). Percebeu-se que, em razão de a grande massa não dispor de condições reais para obter elementos dignos de existência e subsistência, era imprescindível a adoção de uma postura ativa por parte do Estado.

Dentro desta concepção, inspirado nos precedentes da Constituição Mexicana de 1917 e na Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, em 1919, na cidade alemã de Weimar, elaborou-se o primeiro documento em que constaram, expressamente, os direitos sociais, ditos direitos de segunda dimensão. Ferreira Filho comenta seus pontos de destaque

Nela destacam-se a sujeição da propriedade à função social – com a célebre fórmula: “A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral” (art. 153) -, a repartição de terras (reforma agrária) (art. 155), a possibilidade da “socialização” de empresas (art. 156), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito de sindicalização (art. 159), a previdência social (art. 161), a co-gestão de empresas (art. 165) (2004, p. 49).

Entretanto, somente em dezembro de 1948 é que restaram consolidados os ditos direitos de segunda dimensão, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.

Decorrentes dos direitos de primeira dimensão representam o segundo elemento da tríade inspiradora da Revolução Francesa, qual seja, a igualdade. Implicam na obrigação do Estado de proporcionar a implementação de políticas públicas viabilizadoras da igualdade material de que deve gozar cada um dos membros de uma coletividade, por isso, assim como os de primeira, também possuem caráter eminentemente individual.

Insistindo que os direitos dos homens são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o ente humano trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem (BOBBIO, 2004, p. 31), após o reconhecimento dos direitos de primeira – consistentes nas liberdades públicas – e segunda dimensão – direitos sociais -, ocupa-se da explanação dos *direitos fundamentais de terceira dimensão*.

“São a tradução de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas” (MOTTA & BARCHET, 2007, p. 152), razão pela qual pode se afirmar que, diferentemente dos dois anteriores, assumiram os direitos de terceira dimensão natureza transindividual, pois se preocupam com os direitos difusos e coletivos.

Para Ferreira Filho “foi no plano do direito internacional que se desenvolveu esta nova geração” (2004, p. 58). Consistentes em, a título exemplificativo, direito ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento e à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, influência de maneira direta a questão da propriedade.

Se em um primeiro momento, quando do reconhecimento dos direitos de liberdade, era absoluto o conceito e a fruição da propriedade há que se admitir uma tímida flexibilização do domínio quando do reconhecimento dos direitos sociais na Constituição de Weimar, de 1919. Entretanto, foi na era dos direitos de solidariedade que a relativização assumiu contornos alargados.

Todavia, antes de explanar sobre a relativização do domínio e uso da propriedade, que se dará ao longo dos capítulos, importante entender o processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos a fim de que seja detectada a nítida influência dessas dimensões de direitos no ordenamento jurídico nacional. Mas não sem antes ressaltar, mais uma vez, que os direitos fundamentais não são estanques.

Prova disso é a identificação dos direitos de *quarta* – direitos relacionados à manipulação genética – e *quinta* dimensões – reconhecimento dos direitos advindos da realidade cibernética - considerados por alguns doutrinadores. Nesse sentido Motta & Barchet pronunciam-se

E há os que, a exemplo de Paulo Bonavides, ainda defendem a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, relacionados à expansão do processo democrático em nível mundial, entre os quais podemos citar os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Isso sem mencionar os direitos de quinta geração que tratam da realidade virtual e de sua influência na efetividade dos demais direitos fundamentais (2007, p. 145).

Por derradeiro, ante todo o exposto, apropriando-se mais uma vez dos ensinamentos de Bobbio (2004, p. 32), restou demonstrado que os ditos direitos humanos não são produto da natureza, mas sim da natureza humana, já que, enquanto direitos históricos, preservam sua capacidade de transformação e de ampliação, sem que o reconhecimento de direitos implique na desconsideração dos anteriores. Muito pelo contrário, são complementares.

Compartilha Piovesan (1997, p. 160) desse entendimento de que “uma geração de direitos não substituiu a outra, mas com ela interage” sob pena de esvaziarem-se, já que representam uma unidade indivisível.

1.2 Processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos e seus reflexos no ordenamento jurídico nacional

Estabelecido, em linhas bastante gerais, o surgimento e o desenvolvimento dos direitos fundamentais, considerando a sua natureza não estanque, de suma importância a compreensão do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos a fim de que se apreenda como se dá a interferência desses direitos na formatação do ordenamento jurídico nacional.

Sempre se mostrou intensa a polêmica sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos. É vasta a discussão se são naturais e inatos (teoria jusnaturalista), positivos e históricos (teoria positivista), ou ainda, derivados de determinado sistema moral (teoria moralista) (PIOVESAN, 1997, p. 131).

Entretanto, independentemente de sua natureza, até mesmo porque os mais ferrenhos positivistas admitem em sua doutrina nuances jusnaturalistas (Ferreira Filho é um exemplo, mais especificamente quando, faz uso de considerações da teoria do direito natural na obra aqui referenciada), de nada adianta o seu reconhecimento se inexistentes mecanismos que os garantam de maneira eficaz.

Preocupado com a proteção dos direitos fundamentais acrescenta Bobbio, no excerto intitulado “Presente e futuro dos direitos do homem”, inserido na obra “A era dos direitos”, que o problema não é filosófico, mas sim jurídico e político já que não se trata de enumerar e elencar quais e quantos são esses direitos, sua natureza e seu fundamento, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los e impedir sua violação (2004, p. 25).

Esse imperativo primordial de proteção e efetividade aos direitos humanos implicou na criação de um ordenamento jurídico internacional e, por conseqüência, da disciplina autônoma de Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja função precípua, no entendimento de Moraes (1997, p.35), é a “concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, por meio de normas gerais tuteladoras de bens da vida primordiais e previsões de instrumentos políticos e jurídicos de implementação dos mesmos”.

Nesta tônica de viabilização e efetiva proteção dos direitos fundamentais mostrou-se inevitável a relativização do conceito de soberania e a redefinição do status do indivíduo no cenário internacional. Como precedentes desse processo de internacionalização registra a história a criação do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho. (PIOVESAN, 1997, p. 133)

Flávia Piovesan (1997, p. 134) consigna que estes institutos romperam com seus conceitos tradicionalistas. Se antes o Estado era tido por único sujeito do Direito Internacional, neste novo contexto o cidadão não é apenas nacional, mas também internacional. Em termos de conceito de soberania o mesmo. Se em tempos de absolutismo o conceito era rígido restou relativizado assim que foram admitidas as intervenções internacionais nos planos nacionais em prol da defesa dos direitos humanos.

Todavia, nesta primeira fase, por serem tímidas as iniciativas da comunidade internacional, só há que se falar em verdadeira internacionalização dos direitos humanos em meados do século XX, no pós Segunda Guerra Mundial.

Estando o mundo escandalizado com as atrocidades cometidas pelos nazistas, contra os judeus, ganhou concretude a certeza de que a proteção dos direitos fundamentais não deve ficar adstrita às fronteiras nacionais, muito pelo contrário, é tema de interesse internacional.

Sobre o imperativo de criação de uma sistemática normativa internacional discorre Piovesan

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que fez possível a responsabilização do Estado no domínio internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos (1997, p. 141)

Nessa conjuntura do pós-guerra, vislumbrando a responsabilização dos totalitaristas alemães, criou-se o Tribunal de Nuremberg, em 1945/1946, para a punição das barbáries cometidas no período. Mais ou menos dois anos depois, em 1948, sendo crescente a preocupação da comunidade internacional em evitar a guerra e manter a paz, redigiu-se a Declaração dos Direitos do Homem.

Salienta Bobbio (2004, p. 26) que a Declaração, além de desacelerar os debates relativos ao fundamento dos direitos humanos, “representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral de sua validade”.

Acrescenta ainda o autor que foi a partir da Assembléia Geral das Nações Unidas, ou melhor, da anuência de 48 Estados, corroborada pela aposição de suas assinaturas aprovando a Declaração de 1948, que esta se transformou em inspiração e “orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais” (BOBBIO, 2004, p. 27).

Não obstante tenha garantido, em termos materiais, a proteção aos direitos fundamentais, apesar de a Declaração Universal ter sido adotada como diretriz internacional no que diz respeito aos direitos humanos, representa “algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos que um sistema de normas jurídicas” (BOBBIO, 2004, p. 30).

Entretanto, ainda que não apresente forma de tratado internacional, segundo explanação de Piovesan (1997, p. 165), possui força jurídica cogente e vinculante “na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante nos arts. 1º e 55 da Carta das Nações Unidas” além de ter se transformado em norma consuetudinária internacional. Nesse diapasão conclui a autora

Com efeito, a Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos (1997, p. 166).

No entendimento de Moraes (1997, p. 36), após consignar que a “evolução histórica da proteção dos direitos humanos fundamentais em diplomas internacionais é relativamente recente” e que teve início com declarações, não menos importantes, “sem caráter vinculativo, para posteriormente assumirem forma de tratados internacionais”, a Declaração Universal representa a mais importante conquista desses direitos na esfera internacional.

Superada a questão, isto é, os motivos pelos quais se deu a internacionalização dos direitos fundamentais, tomando por premissa a força jurídica cogente e vinculante da Declaração Universal apesar de não ser uma norma, ao menos em termos formais, cumpre fazer uma breve consideração sobre a universalização desses direitos antes de adentrar na seara de interferência dos mesmos nos ordenamentos jurídicos nacionais, individualmente considerados.

Diverge a doutrina se os direitos humanos são universais, isto é, pertencentes a todo e qualquer povo independentemente de raça, credo e costumes, ou se são relativos, ou seja, intrinsecamente relacionados ao sistema político-econômico, sócio-cultural e moral de cada sociedade. Para os adeptos da segunda corrente essa diversidade de culturas impediria a formação de uma moral universal, pois, contrário fosse, desrespeitaria as peculiaridades de cada povo.

No entanto, Piovesan (1997, p. 170), ao abordar a problemática e defender que os direitos fundamentais são universais, ensina que, os instrumentos internacionais de direitos humanos são claramente universalistas já que buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais. Como prova cita o emprego de expressões como “todas as pessoas” nos diplomas de proteção.

Para dirimir a contenda, em 1993, a Declaração de Viena estabeleceu em seu parágrafo 5º que

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. Enquanto o significado de particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas deve ser considerado, é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, proteger e promover todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. (PIOVESAN, 1997, p.171)

Criados mecanismos de proteção aos direitos fundamentais em âmbito internacional, com fundamento na manifesta e já explanada importância, viabilizados em decorrência da relativização do conceito de soberania, consigna-se que a Declaração exerce impacto nas

ordens jurídicas nacionais. Impacto este que pode ser visualizado a partir da identificação da incorporação dos direitos fundamentais nas Cartas Magnas nacionais.

Nesse sentido são os ensinamentos de Ferreira Filho (2004, p. 99) que ao discorrer sobre os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro afirma, peremptoriamente, a enunciação dos direitos fundamentais em todas as Constituições do Brasil, os quais, evidentemente, incorporados às Cartas na medida em que foram consagrados no plano internacional.

Acrescenta, ainda, que as duas primeiras contentaram-se com as liberdades públicas, isto é, apenas preocuparam-se em estabelecer limites ao poder Estatal. Já nas demais, a partir de 1934, foram acrescidos os direitos sociais para na atual serem inseridos os direitos de solidariedade.

A título ilustrativo, ainda explorando o tema, Pedro Lenza, ao explicar sucintamente sobre cada uma das Cartas Nacionais que aqui já vigiram, preocupa-se em identificar esses direitos em cada uma delas. Em relação à de 1824 consigna que

Por forte influência das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), configurando a ideia de **constitucionalismo liberal**, a Constituição de 1824 continha importante rol de Direitos Cívicos e Políticos. Sem dúvida influenciou as declarações de direitos e garantias das constituições que se seguiram (2009, p. 54) (grifado no original).

No que concerne a Constituição de 1891, abordando a mesma natureza de direitos, afirma que

A declaração de direitos foi aprimorada, abolindo-se a pena de galés (que já havia sido extinta pelo Dec. N. 774, de 20.09.1890), a de banimento e a de morte, ressalvadas, neste último caso, as disposições da legislação militar em tempo de guerra. Houve prevalência de proteção às clássicas liberdades privadas, cívicas e políticas, não se percebendo a previsão de direitos dos trabalhadores nos termos que vai ser sentido no texto de 1934. No tocante às **garantias constitucionais**, na Constituição de 1891 houve expressa previsão, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, do remédio constitucional dos **habeas corpus** (2009, p. 58/59) (destacado no original).

Neste mesmo diapasão, sobre os direitos fundamentais na Constituição de 1934, inspirada na Carta de Weimar de 1919, assevera que

Nos termos do art. 108, constitucionalizou-se o voto feminino, com valor igual ao masculino, conforme já havia sido previsto no art. 2º do Código Eleitoral de 1932 [...]. Outra garantia foi a constitucionalização do voto secreto [...]. Vários direitos clássicos são mantidos. Inovando em razão do caráter social da Constituição, são destacados novos títulos, como o da

ordem econômica e social (Título IV), da família, da educação e cultura (Título V) e da segurança nacional (Título VI). Prestigiam-se, assim, a legislação trabalhista e a representação classista (2009, p.63).

Em tempos de influências totalitaristas, já que no continente europeu destacavam-se os movimentos nazifascistas, na Constituição de 1937, apropriando-se dos dizeres de Lenza (2009, p. 66), “não houve previsão do mandado de segurança nem da ação popular. Não se tratou dos princípios da irretroatividade das leis e da reserva de legal. O direito de manifestação de pensamento foi restringido”.

Entretanto, na Constituição de 1946, finda a Segunda Grande Guerra, vislumbrando a redemocratização, a reestruturação das liberdades democráticas no país, em repúdio ao Estado totalitário vigente desde a década de 30, restabeleceu-se no texto constitucional os mandados de segurança e a ação popular, consagrou-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pela primeira vez, previu-se regras para os partidos políticos e foram mantidos os direitos dos trabalhadores conquistados no “Estado Novo” (LENZA, 2009, p. 70).

Já na Constituição de 1967, havendo forte preocupação com a segurança nacional, estando o poder concentrado no âmbito federal, “havia exagerada possibilidade de suspensão dos direitos políticos por 10 anos, nos termos do art. 151” (LENZA, 2009, p. 72). Contudo, nesta mesma Carta Magna os direitos dos trabalhadores foram defendidos com maior eficácia e previu-se a perda da propriedade privada para fins de reforma agrária, mediante justa indenização com pagamento de títulos da dívida pública.

Dois anos depois, na Carta de 1969, após muito se discutir se tinha caráter de Emenda Constitucional ou de Constituição, em um primeiro momento mantiveram-se restritas as garantias pela vigência dos Atos Institucionais (AI), visando justificar juridicamente a ditadura militar, para em momento posterior, já nos idos de 1980, ganharem forma o movimento das “Diretas Já” e serem estabelecidos os contornos vestibulares da Carta Magna atual.

Da breve digressão histórica extrai-se que a inserção dos ditos direitos fundamentais ocorreu de maneira paulatina, de acordo com o contexto social, inclusive internacional, em que foram confeccionadas as Constituições. A título exemplificativo cita-se a inserção dos direitos de segunda geração na Carta de 1934, isto é, logo após o reconhecimento dos direitos sociais nos países do continente europeu. Destarte, a presença e o reconhecimento desses direitos em âmbito brasileiro são prova indubitável de que os direitos humanos são internacionais e universais.

Em tempos de direitos de solidariedade vige no Brasil a Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, denominada cidadã. Segundo Silva (2006, p.80) assim entendida “porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”. Para Piovesan (1997, p. 57) a Carta atual representa um marco jurídico da transição à redemocratização do país, pois alargou consideravelmente o campo dos direitos e das garantias fundamentais.

Lenza, com propriedade, relaciona os direitos fundamentais assegurados na Constituição vigente, mas não sem antes consignar, “como manifestou o STF, corroborando a doutrina mais atualizada, que os direitos e deveres individuais e coletivos” (2009, p.669) não estão adstritos art. ao 5º da CR/88 já que podem ser extraídos ao longo de todo o texto constitucional

Declaração de direitos: **a)** os princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos estão consolidados no texto, consagrando direitos fundamentais de maneira inédita, por exemplo, ter tornado o racismo e a tortura (já que havia sido abolida nos termos do art. 179, XIX, da Constituição de 1824) crimes inafiançáveis; **b)** os direitos dos trabalhadores foram ampliados; **c)** pela primeira vez se estabeleceu o controle das omissões legislativas, seja pelo mandado de injunção (controle difuso), seja pela ADI por omissão (controle concentrado) [...]; **d)** outros remédios também foram previstos pela primeira vez no texto, quais sejam, o mandado de segurança coletivo e o habeas data; **e)** há previsão específica, pela primeira vez de um capítulo sobre o “meio ambiente”(art. 225); **f)** nesse sentido, destacam-se, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; **g)** outra importante função institucional do MP é a de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas [...] (destacado no original) (LENZA, 2009, p. 80)

Demonstrado o modo pelo qual se deu o processo de universalização e internacionalização dos direitos fundamentais e, dentro desse mecanismo, o reflexo/reconhecimento dos direitos humanos na Carta Magna nacional cumpre, por derradeiro, tecer considerações a respeito da hierarquia normativa a fim de que não restem dúvidas em relação à supremacia constitucional e a obediência cogente de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional aos preceitos fundamentais norteadores.

Por primeiro, já que são diversos e distintos os conceitos de constituição, cada qual guiado por uma concepção, vale lembrar que a ideia de Constituição originou-se na Grécia Antiga, da necessidade de criação de um conjunto de normas que regesse a limitação e organização estatal (MOTTA & BARCHET, 2007, p. 18).

Entretanto, independentemente da concepção adotada, parece ser consenso que diversos elementos devem ser reciprocamente considerados a fim de que se obtenha um conceito que revele a conexão das normas com a totalidade da vida coletiva (SILVA, 2006, p. 924), e não meras concepções unilaterais.

Ao abordar o tema no tópico intitulado “Estado constitucional de direito e a segurança dos direitos do homem”, em sua obra “Direitos humanos fundamentais”, Ferreira Filho consigna que a supremacia do direito está embasada no primado da Constituição. Para o autor a Lei Maior, “como lei das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes” (2004, p. 03).

Representando a diretriz máxima de um Estado não há dúvida de que toda lei a ela está subordinada, isto é, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, está sujeito à condição de constitucionalidade. Sua validade depende tanto de sua adequação formal como material aos preceitos constitucionais. Nesse sentido são dizeres de Ferreira Filho

Assim, a validade da lei depende, por um lado, de um condicionamento formal. Este resulta das normas que regem o processo de sua elaboração (competência, prazos, etc.).

Mas igualmente de um condicionamento material. De fato, o conteúdo da lei tem de estar sintonizado com as regras materiais que edite a Constituição. Isto quer dizer, havendo a constituição preordenado conteúdo da lei, esta não pode contradizê-lo sob pena de invalidade (2004, p. 110/111).

Destarte, registrada a subordinação das leis inferiores aos preceitos constitucionais e que estes contêm impregnado em seu cerce os direitos fundamentais ocupa-se da questão da propriedade inserida nesta conjuntura.

1.3A questão da propriedade até os dias de hoje

Durante a confecção dos itens antecedentes restou consignado, de modo bastante superficial, a forma pela qual era considerada a propriedade, isto é, se absoluta ou com algum tipo de limitação. Aproveitando a abordagem do surgimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais, bem como a internacionalização destes graças à relativização do tradicional conceito de soberania e a concepção do ente humano enquanto ser internacional destina-se o presente tópico a análise mais acurada da relativização dos contornos da propriedade.

Ao discorrer sobre a sociologia da propriedade Pereira, cuja obra é atualizada por Monteiro Filho, consigna que em todos os tempos, no estudo das mais diversificadas ciências, a propriedade é objeto de investigação. Todavia, ressalta a inexistência de um “conceito inflexível de propriedade” (2010, p. 67).

Fosse inflexível o conceito de propriedade, não estivesse consignado à realidade social em que está inserido, o domínio seria absoluto e as desigualdades ainda mais latentes. Por via de consequência, a criação do instituto da usucapião seria impertinente e vazia. Do mesmo modo, seria infundada a criação da possibilidade contida no artigo 1.240-A do Código Civil, denominada usucapião familiar, tema que será abordado no presente. Ademais, o “caput” do artigo 1.228, também do diploma civil, que regulamenta quais são os poderes do proprietário, nega que a propriedade seja absoluta no sentido de que seu possuidor/proprietário não pode dela se utilizar da maneira que lhe aprouver posto que foram estabelecidos limites.

Para Pereira “muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira” (2010, p. 67). Muito pelo contrário, consoante mencionado nas considerações preambulares do primeiro item, em razão das constantes, e resalte-se indubitáveis, transmutações – que se dão pela contínua interpenetração dos diversos níveis de realidade no entender de Grau – a concepção de propriedade sofre modificações dentro do contexto socioeconômico, político-cultural e religioso em que está inserida.

Nesta tônica, segundo entender de Monteiro, atualizado por Maluf, nos primórdios da civilização o domínio era coletivo (2003, p.80). Na percepção de Venosa “essa situação nos tempos primevos facilmente se explica pelas condições de vida do corpo social de então”. (2009, p. 158).

O não desenvolvimento das técnicas de plantio e de criação de animais para subsistência fazia-os nômades, razão pela qual o uso e exploração da terra eram ilimitados. A inexistência da concepção de domínio está justificada.

Venosa atribui a “permanente utilização da mesma terra pelo mesmo povo, pela mesma tribo e pela mesma família” (2009, p. 158) a ligação com o terreno habitado e explorado e com isso a criação da concepção de propriedade coletiva. De modo a corroborar o tema, sobre o caráter coletivo da propriedade, preleciona Diniz ao citar observação de Beviláqua

No início das civilizações as formas originárias da propriedade tinham uma feição comunitária. P.ex.: entre nossos indígenas, ao tempo da descoberta do Brasil, havia domínio comum das coisas úteis, entre os que habitavam a mesma oca, individualizando-se, tão-somente, a propriedade de certos móveis, como redes, armas e utensílios de uso próprio. **O solo, por sua vez, era pertencente a toda tribo e isso, temporariamente, porque nossos**

índios não se fixavam na terra, mudavam de cinco em cinco anos (2007, p. 105) (grifos acrescentados).

Ainda nestes termos são os ensinamentos de Rodrigues

Examinando a história da humanidade, verifica-se que a propriedade privada só raramente deixou de existir, pois afora sociedades extremamente atrasadas, todos os agrupamentos humanos a reconhecem. Aliás, mesmo nessas comunidades primitivas a noção de domínio se apresenta; apenas, seu titular não é o indivíduo, mas o agrupamento familiar ou o clã (2009, p. 81/82).

Contudo, a hodierna apreensão do conceito de domínio tem suas raízes nos idos romanos. Para Venosa (2009, p. 158) foi a partir instituição da Lei das XII Tábuas que se desenvolveram os primeiros contornos do conceito de propriedade individual. Já no entender de Pereira, desde sua criação, nos tempos de César, foi a propriedade concebida individualmente (2010, p. 68).

De todo modo, concordam os autores que só na época clássica do Direito Romano admitiu-se, ainda que timidamente, o abuso do direito de propriedade e sua admoestação.

Na Idade Média, apesar de os glosadores terem transmitido o conceito romano de domínio a toda a Europa Ocidental (VENOSA, 2009, p. 159), a propriedade perde o seu caráter unitário e exclusivista em decorrência das constantes invasões bárbaras. Essas violações provocaram ruptura nos antigos valores “gerando a instabilidade, a insegurança e o receio” (PEREIRA, 2010, p. 68).

A inconstância promovida pelas ações dos bárbaros exigiu do povo a busca por proteção, a qual fora oferecida pelos senhores em troca de submissão e vassalagem. Soberano dentro de seu domínio, ao senhor feudal competia todas as decisões, inclusive as de vida e de morte. No tocante à propriedade o nobre cedia o uso da terra aos seus servos mediante contraprestação pecuniária e prestação de serviços, inclusive os militares.

A respeito do domínio da Idade Média consigna Monteiro

Na Idade Média a propriedade, principalmente a propriedade sobre terras, situava-se em plano especial. Na época medieval, como ensina BRUGI, o proprietário livre era o mais frágil de todos, prevalecendo a velha máxima feudal *nulle terre sans seigneur*. Realmente, a esse tempo, no alto da escalada social, situava-se o senhor, em que se confundiam o direito de propriedade e a jurisdição política. Embaixo postava-se o vassalo, o servo, o semilivre, obrigado muitas vezes a fornecer pela violência a mão-de-obra. Distinguiam-se então os fundos nobres dos fundos plebeus, obrigados estes a contribuições onerosas em favor daqueles. Frequentemente, os humildes eram despojados de suas terras pelos poderosos (2003, p. 81).

Por evidente que nestes tempos de propriedade absoluta ainda não haviam sido reconhecidas as liberdades públicas. Predominante o domínio unitário e exclusivista ainda nos idos absolutistas só há que se falar na imposição de alguma espécie de limitação após o Movimento Francês de Ruptura, de 1789.

“A Revolução Francesa pretendeu democratizar a propriedade, aboliu privilégios, cancelou direitos perpétuos” (PEREIRA, 2010, p. 69). Para Venosa a perda desse individualismo exacerbado se deve não só ao advento da revolução e desenvolvimento industrial, mas também, e principalmente ao surgimento das doutrinas socializantes (2009, p. 159).

Não por acaso, como mencionado nos itens antecedentes, já vislumbrando o reconhecimento dos direitos de igualdade, foram as Constituições Mexicana, 1917, e de Weimar, 1919, as primeiras que trouxeram limitações expressas relacionadas à função social da propriedade.

Contudo, foram os direitos de terceira dimensão os responsáveis por imprimir nos ordenamentos constitucionais das nações do Ocidente a preservação da função social na aplicação de seus institutos. O conceito de fraternidade/solidariedade, como não poderia deixar de ser, impôs grandes limitações ao direito de propriedade.

Não se trata aqui das limitações de natureza voluntária, tais como servidões, usufruto ou das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, mas sim daquelas oriundas da própria natureza do direito de propriedade ou decorrentes da expressa limitação legal (DINIZ, 2007, p. 107).

É de nítida percepção que a atual concepção e configuração da propriedade está atrelada ao regime político. Em tempos de desequilíbrios, incertezas e mutações, no qual os regimes político-jurídicos “dançam da direita para a esquerda e da esquerda para a direita” (PEREIRA, 2010, p. 69), o domínio sofre permanente impacto com a luta entre os velhos conceitos e a tentativa de extinção da propriedade individual.

Dependendo da influência do regime político sobre o domínio, “o direito de nosso tempo conhece e disciplina a propriedade individual como padrão de direito subjetivo nos regimes capitalistas”, e, no pólo diametralmente oposto, “a propriedade coletiva predomina especialmente no que concerne aos bens de produção, vigentes nos regimes socialistas e nas chamadas repúblicas populares” (PEREIRA, p. 69).

Sob o enfoque econômico do conceito de propriedade conclui Monteiro

Presentemente, duas ideologias se defrontam. O individualismo econômico, que inspira o direito privado das nações ocidentais, preconiza a conservação do direito de propriedade e só admite qualquer reforma social desde que respeitado esse direito. O marxismo, ao inverso, base e fundamento da organização comunista, prega sua supressão, ainda que pela violência. Os próximos anos da humanidade dirão a última palavra e decidirão do destino dessa instituição milenar (2003, p. 82).

De todo modo, independentemente se por questões ideológicas ou político-econômicas, é fato que vige no ordenamento jurídico internacional, em razão dos motivos explanados no tópico antecedente, a primazia da função social da propriedade, cuja importância do cumprimento será abordada em capítulo pertinente. Isto implica dizer, e não poderia ser diferente, que está presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Há até quem acredite que a priorização do coletivo em detrimento do individual é tamanha que o Estado acaba por se transformar em um inveterado intervencionista. Nesse sentido são dizeres de Diniz

No direito moderno, o primado do interesse coletivo ou público vem influenciando sobremaneira no conceito de propriedade. As medidas restritivas ao direito de propriedade, impostas pelo Estado em prol da supremacia do interesse público, vêm diminuindo o exercício desse direito. De modo que os princípios gerais de direito como os da igualdade das propriedades e repressão ao abuso do direito foram sendo aplicados tão amplamente que o domínio passou a encontrar neles restrições cada vez mais fortes, acarretando o seu enfraquecimento interno e a consolidação da política de intervenção estatal (2007, p. 251).

No ordenamento pátrio observam-se essas limitações. No entanto, deve ser visto com cautela o posicionamento supramencionado. Os artigos 1º e 3º da Constituição Federal ao preverem, respectivamente, dentre os fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana, e dentre os objetivos a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, além de estabelecer em suas entrelinhas a incorporação dos ditos direitos de solidariedade, comprometem-se com o povo (ressalta-se aqui o contratualismo hobbesiano) a garantir-lhes esse direito.

Deste modo, ainda que criticada pelos neoliberalistas principalmente no tocante ao aspecto econômico, se a intervenção estatal é a medida que se mostra efetiva na garantia do cumprimento do direito de propriedade deve ser aplicada. Contudo, a fim que não haja predomínio do esquerdismo, nem tampouco de direita, deve-se buscar o equilíbrio. Não tão limitado o direito ao domínio que comprometa o desenvolvimento econômico, nem tão elástico que prejudique a própria cláusula pétrea.

Superada a questão, de modo a explicitar ainda mais a influência dessa dimensão (terceira) de direitos no atual ordenamento jurídico, declara a Constituição da República, em seu preâmbulo, que o Estado Democrático de Direito está “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

Não há que se duvidar, por conseguinte, que o estabelecimento de uma função social para a propriedade é mais uma forma de conferir concretude aos fundamentos da República, bem como viabilizar os objetivos por ela estabelecidos.

Neste mister, depois de instituir dentre as cláusulas pétreas contidas no art. 5º, incisos XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, o direito à propriedade privada, regulamenta a CR/88, no Capítulo III – Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Quanto à definição do que seja função social, em termos de domínio rural, estabelece

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores

Nesta mesma seara, para que se cumpra a função social da propriedade urbana devem ser observados os ditames do artigo 182, parágrafo segundo, também da Lei Maior de 1988, que preceitua

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;

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 (destaque acrescido).

Da leitura dos dispositivos retrotranscritos infere-se que a CR/88 tem por desiderato a prevalência do interesse social em detrimento do individual. Prova disso é o estabelecimento de sanção, aqui na forma de desapropriação e imposição de outras penalidades, como as previstas no parágrafo quarto de artigo 182 da CR/88.

Sobre o reflexo dos princípios limitadores da propriedade estabelecidos na Carta Magna assevera Gonçalves que é grande a quantidade de leis infraconstitucionais que impõe restrições ao direito de propriedade. A título de exemplo cita o Código de Mineração, o Código Florestal, a Lei de Proteção do Meio Ambiente, dentre outras tantas além de algumas cujo conteúdo é administrativo, de natureza militar ou até mesmo eleitoral (2011, p. 245).

Em relação ao atual perfil do instituto da propriedade no direito brasileiro conclui o doutrinador que “deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social” (GONÇALVES, 2011. p. 246).

Ante todo o exposto, vislumbrou-se que, definitivamente, a propriedade não mais possui os contornos de que era dotada quando de sua disseminação no hemisfério ocidental. Se antes era individualista e absoluta tornou-se flexível, seja em decorrência das transmutações socioeconômicas ou unicamente ideológicas. Para alguns doutrinadores, como Diniz (2007), a flexibilização é tamanha que chega a promover um enfraquecimento interno e com isso a consolidação da intervenção estatal, posicionamento este que deve ser observado com cautela.

Entretanto, independentemente das críticas, é fato que a Constituição da República vigente está não só inspirada, mas também impregnada dos ideais de solidariedade e, em razão de disso, visando à promoção da dignidade da pessoa humana e também cumprir seus objetivos preambularmente estabelecidos, trás a limitação da propriedade em seus texto constitucional prevendo inclusive a aplicação de sanção para quem descumpri-la.

Com não poderia deixar de ser, por estabelecer a Lei Máxima de um país as diretrizes que norteiam toda a legislação infraconstitucional é cediço que esta seja reflexo da primeira. Tendo este primeiro capítulo cumprido com seu desiderato, qual seja, situar o leitor quanto ao surgimento dos direitos fundamentais, ressaltando o processo de internacionalização e universalização desses direitos a fim de que pudesse compreender o porquê da relativização do conceito de propriedade, passa-se ao segundo para que a posse e propriedade sejam dissecadas.

CAPÍTULO 2 – POSSE E PROPRIEDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO – PRINCIPAIS ASPECTOS E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Tendo o primeiro capítulo discorrido sobre a flexibilização dos contornos da propriedade, ao considerar o surgimento e reconhecimento dos direitos fundamentais, seu processo de internacionalização - decorrente da imprescindível superação das lutas sociais impostas - e a conseqüente interferência no ordenamento jurídico nacional, restou estabelecido que tanto proprietário como possuidor não podem fazer uso do domínio como bem lhe aprouver.

Deste modo, ainda captando elementos para que melhor se compreenda o instituto criado e contido no artigo 1.240-A do diploma civil, tem este item por finalidade a consignação de alguns elementos fundamentais e introdutórios dos institutos da posse e do domínio. Nessa abordagem, levar-se-á em consideração, além dos elementos que os constituem, as teorias que brigam pela definição do conceito e outras peculiaridades.

2.1 Noções introdutórias sobre a posse

Em busca dos fundamentos da posse verificou-se que é pacífico o entendimento dos doutrinadores, dentre eles Orlando Gomes (2010), Caio Mário da Silva Pereira (2010) e Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011), no que diz respeito às dificuldades que permeiam o estudo do instituto em comento.

No entender de Venosa (2011, p. 30) tamanha dificuldade se deve não só à ausência de consenso em relação ao conceito, origem, elementos, e a imprecisão dos escritos romanos, mas principalmente em razão da inexistência de homogeneidade entre os ordenamentos jurídicos existentes. Ademais, o uso do termo posse, empregado em diversas acepções, contribui para que o tema seja árido como bem salientou Diniz (2007, p. 32/33).

Sendo assim, tendo em vista o objetivo deste item, qual seja, fornecer as principais diretrizes da posse, a abordagem restringir-se-á ao que for essencial à compreensão do por que da criação do instituto contido no artigo 1.240-A do Código Civil, sem maiores aprofundamentos.

Ante a dificuldade da matéria, a primeira das controvérsias estabelecidas se dá em relação à natureza, ao **fundamento da posse**. Questiona-se se a proteção oferecida pelo ordenamento jurídico à posse decorre de esta ser um estado de fato, de um estado de direito ou de um estado de fato e de direito.

No entender de Gomes (2010, p. 39), após consignar a antiguidade da contenda, a busca pela justificação jurídica da proteção da posse não representa uma mera questão acadêmica, mas sim a busca pelo verdadeiro fundamento da proteção possessória.

Em busca deste fundamento Pereira (2010, p. 20) agrupa os doutrinadores de acordo com a teoria que lhes parece mais acertada. Esclarece que os juristas Cujacius, Donnellus, Voet, Windscheid, De Filips e Trabucchi foram os maiores defensores da proposição de que a posse é um fato; que dentre os adeptos de que a posse é um direito estão Accursius, Bartolo, Molitor, Coliolo, Teixeira de Freitas, e, o mais conhecido deles, Ihering; e que, por fim, dentre os partidários de que a posse é ao mesmo tempo um fato e um direito estão Merlin, Namur, Domat, Ribas, Lafayette e Savigny.

Contudo, embora sejam três as escolas que buscam o fundamento da posse duas delas prevalecem, quais sejam, a de que a posse é um fato, representada pela teoria de Rudolf von Ihering, e a de que a posse é ao mesmo tempo um fato e um direito, defendida por Friedrich Karl von Savigny.

Ainda em busca do fundamento da posse, em relação a teoria dos afamados romanistas, Gomes (2010, p. 39), com propriedade, esclarece que para o primeiro deles (Ihering) a posse é elevada ao status de direito porque considera como direito todo interesse juridicamente protegido. Em relação ao segundo (Savigny) explica que a posse, pelo fato de concebê-la ao mesmo tempo como um fato e um direito, constitui apenas um fato quando considerada única e exclusivamente em si mesma, e um direito quando considerada nos efeitos que produz, isto é, a usucapião e os interditos.

Usando outro enfoque, Venosa (2009, p. 25) fundamenta a posse no dever que o Estado tem de fornecer elementos protetores àqueles que se mostram aparentes titulares de direito sob pena de reviver a sociedade a balburdia dos tempos primevos.

Nesse caminhar, ressaltando que merece guarida a defesa de um estado de aparência em prol da boa-fé e da justa adequação social, cita o mestre a proteção jurídica conferida ao erro como causa de anulação do negócio jurídico. Deste modo, elevando a posse a um estado de aparência juridicamente relevante, não poderia o direito negar-lhe resguardo.

Sobre a imprescindibilidade de proteger a posse consigna Venosa deixando transparecer sua predileção pelos ensinamentos de Ihering

Destarte, houvesse o possuidor, desapossado da coisa, que provar sempre, e a cada momento, sua propriedade ou outro direito real na pretensão de reaqüisição do bem, a prestação jurisdicional tardaria e instaurar-se-ia inquietação social. Por essa razão, o ordenamento concede remédios possessórios, de efetivação rápida. **Protege-se o estado de aparência,**

situação de fato, que pode não corresponder ao efetivo estado de direito, qual poderá ser avaliado, com maior amplitude probatória e segurança, posteriormente. Assim, a situação de fato é protegida, não somente porque aparenta um direito, mas também a fim de evitar violência e conflito (grifos acrescidos) (2009, p. 26).

Também em busca do fundamento da posse, discutindo se esta seria conhecida do direito antes dos interditos ou se representa mera consequência do processo reivindicatório, Gonçalves (2011, p. 47) apenas reconhece que “desde os tempos remotos a tutela da situação de fato originada pela posse é um mero reflexo da defesa da paz social” e que a discussão permanece até os dias atuais sem que se possa afirmar com certeza se a história da posse está mais bem fundamentada na doutrina de Ihering ou Savigny.

Pois bem, da análise dos ensinamentos de Pereira, Gomes, Gonçalves e Venosa verifica-se que assiste razão a afirmativa de Tartuce e Simão (2011, p. 48) no sentido de que a posse é realmente um direito e esse entendimento é prevalente dentre os doutrinadores de maior expressão no país.

No mais, ao analisar as explicações da dupla, interessante o enfoque estabelecido por eles em relação à contenda. Concluíram que a posse é dotada de uma natureza jurídica especial com base na teoria tridimensional do direito de Miguel Reale. Ensinam os autores que, partindo da premissa realeana de que o direito funda-se em fatos, valores e normas, “sendo a posse um fato, e sendo o Direito também constituído por elementos fáticos, pode-se afirmar que a posse é um direito” (TARTUCE, SIMÃO, 2011, p. 48).

Independentemente se decorrente de um estado de fato, de direito ou de ambos, o que está sempre em foco é a ideia de uma situação de fato em que uma pessoa, sendo proprietária ou não, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos de conservação e defesa objetivando a satisfação de interesse seu.

Destarte, em que pese a não obtenção de um consenso, tendem as doutrinas e os modernos códigos a considerarem a posse como um direito já que em prol da preservação da paz social o ordenamento jurídico confere ao possuidor medidas, na forma de ações possessórias, para que se defenda daquele que o ameace, perturbe ou esbulhe, desde que observe os requisitos de exercício (PEREIRA, 2010, p. 21).

Abordadas as teorias que buscam o fundamento da posse cumpre discorrer sobre as escolas que disputam a **definição do instituto**.

Como tudo que envolve o estudo da posse, justamente por ser o instituto mais controvertido de todo o Direito, são diversas as teorias que procuram explicar seu conceito. Dentre as que se prestam ao propósito são três as que mais se destacam, a saber, as clássicas

teorias subjetiva e objetiva e as modernas teorias sociológicas que aborda a função social da posse.

A *teoria subjetiva*, desenvolvida pelo romanista Savigny no início do século XVIII, define a posse através da conjugação de dois elementos, quais sejam, *corpus* e *animus*. O primeiro deles, identificado como elemento objetivo, implica na detenção física da coisa, já o segundo, taxado subjetivo, implica no exercício do direito de propriedade pelo possuidor como se dono fosse.

Por conseguinte, pode-se afirmar que para Savigny o conceito de posse traduz-se na apreensão física sobre uma coisa corpórea mais a intenção de ser dono. Inexistindo a vontade de enshourear-se do bem, faltando o *animus*, há que se falar em mera detenção.

Em que pese o mérito do jurisconsulto em ter descoberto a posição autônoma da posse, sendo inclusive elogiado por seu opositor (Ihering) ao afirmar que a inovação rendeu a abertura de novos horizontes (GOMES, 2010, p. 31), essa exigência imprescindível de se fazerem presentes, concomitantemente, os elementos objetivo e subjetivo, sob pena de ora inexistir a posse e de ora ser considerado o possuidor mero detentor da coisa, foi a grande responsável pela derrocada da teoria.

Não contemplando os desdobramentos da relação possessória, entendendo ser a posse limitada ao *ius possessionis*, a teoria mostrou tantas outras incongruências e imperfeições que além de ser severamente criticada teve sua aplicação relegada a algumas exceções do ordenamento jurídico tais como, a título exemplificativo, a usucapião e o abandono da coisa.

Como a pouco afirmado, apesar de sua aplicação ser residual, por considerar a relação entre locatário, comodatário, depositário e tantos outros que possuem títulos análogos a de meros detentores e não possuidores das coisas sobre as quais exercem apreensão física, a inovação trazida pela teoria subjetiva exerce tamanha modificação na concepção de posse que é aproveitada por Ihering na formulação de sua doutrina.

Rudolf von Ihering, expoente da *teoria objetiva*, parte de duas premissas, quais sejam, a de que o proprietário não pode adquirir o domínio sem que antes se imita na posse, e a de que a posse serve como fundamento de um direito (propriedade) por gozar de especial proteção, antes de concluir que posse é sinônimo de apreensão física sobre coisa corpórea, que o elemento subjetivo está contido da conduta semelhante a de dono adotada pelo possuidor.

Esclarece Gonçalves (2011, p. 52) que a apreensão física a que se refere Ihering não exige o contato físico com a coisa, mas sim a conduta de dono por ele adotada. Para ele posse

é a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio. Sendo assim, consigna que para a configuração da posse basta que o possuidor se atente ao procedimento externo. No entender de Venosa (2011, p. 40) o que importa é a fixação do destino econômico da coisa.

Ao dispensar a intenção de dono para a configuração da posse Ihering permite, resolvendo, por conseguinte, um dos problemas ignorados pela teoria subjetiva, que a relação entre locatário e a coisa locada, entre depositário e a coisa depositada, entre comodatário e a coisa comodada, etc., sejam caracterizadas relações possessórias e não mera detenção. Segundo sua teoria a detenção só existirá nas hipóteses legalmente regulamentadas. Na legislação atual na hipótese do art. 1.198 do Código Civil.

Em termos práticos, nos ditames da teoria objetiva, implica dizer que o possuidor poderá defender sua posse, sempre que sofrer esbulho, turbacão ou ameaça de perda da posse por terceiros ou pelo legítimo proprietário, fazendo uso dos interditos possessórios previstos na legislação.

Contemplando a teoria de Ihering tanto o *ius possessionis*, direito fundado na posse de fato, como o *ius possidendi*, direito de posse fundado na propriedade, não poderia ser outra a opção do legislador senão adotá-la no ordenamento jurídico vigente que o fez no art. 1.196 do Código Civil ao dispor que é considerado possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, seja ele pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Quanto à importante distinção entre *ius possessionis* e *ius possidendi* Venosa a explica com peculiar habilidade

Ius possidendi é o **direito de posse fundado na propriedade** (em algum título: não só propriedade, mas também outros direitos reais e obrigações com força real). O possuidor tem a posse e também é proprietário. A posse nessa hipótese é o conteúdo ou objeto de um direito, qual seja, o direito de propriedade ou direito real limitado. O titular pode perder a posse e nem por isso deixará sistematicamente de ser proprietário. Quando não por sua própria vontade, sua inércia, não interrompendo a posse de terceiro, poderá fazer com que perca o domínio.

Ius possessionis é o **direito fundado no fato da posse**, nesse aspecto externo. O possuidor, nesse caso, pode não ser o proprietário, não obstante essa aparência encontre proteção jurídica, pelos motivos até agora cogitados. Essa é uma das razões pelas quais nosso Código estatui: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade” (art. 1.196). Além da posse, a princípio, merecer proteção por si mesma, ela é base de um direito (grifos acrescidos) (2009, p.29).

Entretanto, uma terceira teoria, ou melhor, um conjunto delas denominado sociológicas, simplificadamente traduzidas na expressão *função social da posse*, disputa a definição do instituto. Desenvolvida ao final do século XX por juristas filósofos como

Raymond Saleilles, nome de maior expressão dentre os criadores das doutrinas sociológicas, define a posse a partir do conceito estabelecido por Ihering acrescentando-lhe a exigência de que a esta deve ser atribuída correta destinação social.

De inspiração nitidamente solidária dão ênfase ao caráter econômico ao mesmo tempo em que “constituem instrumento jurídico de fortalecimento da posse, permitindo que, em alguns casos e diante de certas circunstâncias, venha a preponderar sobre o direito de propriedade” (GONÇALVES, 2011, p. 56).

No ordenamento jurídico nacional a teoria só ganhou expressão com a promulgação da Constituição da República em 1988 que consagrou como cláusula pétrea, em seu art. 5º, inciso XXIII, a imprescindível observância da função social pela propriedade privada, sob pena de desapropriação sanção nos termos dos artigos 183 e 191 da mesma Lei.

Ao proceder desta forma, influenciado pelo processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos, o legislador constituinte demonstrou sua preocupação “com a compreensão solidária dos valores individuais e coletivos com salvaguarda dos direitos individuais” (GONÇALVES, 2011, p. 58).

Em que pese a tímida introdução no ordenamento jurídico perdeu o Código Civil vigente a oportunidade de inserir na legislação pátria esta, e mais adequada, importante inovação teórica. Entretanto, consoante consideração de Tartuce e Simão (2011, p. 49) a adoção da teoria em comento consta expressamente do Projeto de Lei de 276/2007, antigo Projeto 6.960/2002 de autoria do deputado Ricardo Fiuzza, que sugere a redação do art. 1.196 nos seguintes termos

Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência econômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse (TARTUCE, SIMÃO, 2011, p. 50).

Como bem colocou Venosa, pelas razões explanadas no capítulo antecedente, a teoria da função social muitas vezes prepondera sobre o direito de domínio. Ao construir essa afirmação faz referência à possibilidade, mediante o preenchimento de requisitos específicos e determinados, os quais serão estudados ao final do segundo capítulo, de o possuidor adquirir o domínio através da prescrição aquisitiva da propriedade, isto é, da usucapião.

Prova das necessidades sociais emergentes, levando em consideração a proteção conferida pelo legislador ao possuidor de posse prolongada cujo titular do domínio é inerte, a

Lei 12.424/2011 fez inserir no Código Civil vigente o artigo 1.240-A que contém o instituto doutrinariamente denominado usucapião familiar.

Feitas essas considerações, voltando à definição de posse, pode-se afirmar que o conceito atual é extraído da conjugação de três dispositivos do Código Civil 2002, quais sejam, artigos 1.196 (estabelece quem é considerado possuidor), 1.198 (constitui o detentor) e 1.208 (exclui os atos que não induzem posse e outros que impedem a aquisição por prescrição aquisitiva), nos termos dos ensinamentos de Gonçalves (2011, p. 60).

Ponderadas as questões referentes ao fundamento e o conceito da posse cumpre discorrer sobre suas **espécies**, as quais diretamente relacionadas aos requisitos exigidos para que se caracterize a prescrição aquisitiva da propriedade, um dos efeitos desta e o único a ser aqui estudado. Tartuce e Simão (2011, p. 55/66) classificam as espécies de maneira bastante didática, razão pela qual este será o referencial adotado.

Quanto à *relação pessoa-coisa* divide-se entre *direta ou imediata e indireta ou mediata*. Tal distinção fora estabelecida pelo art. 1.197 do Código Civil ao considerar que aquele “que detém a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

Do dispositivo retrotranscrito depreende-se que aquele que recebe o poder de fato sobre uma coisa corpórea em relação a um dos poderes inerentes à propriedade decorrente de um vínculo jurídico obrigacional ou real é *possuidor direto*, e aquele que transfere o poder de fato nas mesmas condições é *possuidor indireto*. A título de exemplo, são possuidores diretos o locatário, o comodatário e o depositário, e o indireto o locador, o comodante e o depositante.

O principal desdobramento dessa bipartição da posse, além de permitir ao legítimo proprietário que melhor aproveite o seu domínio em termos econômicos, é a garantia do exercício do direito de sequela, isto é, da possibilidade de uso das ações possessórias nas hipóteses de esbulho, turbação ou ameaça destes, tanto pelo possuidor direto como indireto. “Posse direta e indireta convivem harmoniosamente e não colidem” (VENOSA, 2010, p. 57).

Quanto à *presença de vícios* traz o art. 1.200 do Código Civil que a posse será justa quando não for clandestina, violenta ou precária. Sendo assim, para que subsistam os efeitos da posse esta deve ser *justa*, isto é, não deve apresentar os vícios da clandestinidade, violência ou precariedade. Quando *injusta* os referidos vícios estão presentes. Para fins de melhor compreensão por clandestinidade entende-se a posse obtida através da astúcia e do artil, por

violência aquela obtida mediante o emprego de força física ou grave ameaça, e por precariedade a decorrente de abuso de confiança ou de direito.

Em relação à presença de vícios insta salientar que não se exige a presença concomitante de cada dos vícios. Basta que apenas um deles esteja presente para que a posse seja maculada, caracterizada injusta. Dada importância desta característica da posse esta merece ser mais bem esclarecida.

São dois os aspectos a serem levantados. Ainda que injusta a posse esta pode ser defendida por seu possuidor por meio das ações possessórias que prevê o Código Civil. Esclarece Venosa (2011, p. 67) que essa defesa não se volta contra aquele de quem se tirou a coisa (possuidor indireto), mas sim contra terceiros pelo fato de a posse ser viciada somente em relação ao proprietário e não contra todos.

O outro ponto a ser abordado refere-se à hipótese constante do art. 1.208 do Código Civil. Trata o dispositivo da possibilidade de convalidação da posse obtida mediante violência ou clandestinidade, mas não da precária. Neste último caso o possuidor só detém a posse porque o proprietário, em confiança, a transferiu. “Tem forma assemelhada ao crime de estelionato ou à apropriação indébita, sendo também denominada *esbulho pacífico*” (TARTUCE, SIMÃO, 2011, p. 57). Sendo assim, não há que se falar em convalidação.

Corroborando o entendimento da majoritária doutrina, de que não há convalidação da posse precária, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Ação de reintegração de posse. Situação jurídica mantida em decorrência de contrato de trabalho, posteriormente rescindido. Posse que passa a ser precária e, portanto insuscetível de convalidação. Precedentes da jurisprudência. Recurso de apelação conhecido e improvido. (Apelação 7134177-0, acórdão 2666880, Itanhaém, 24ª. Câmara de Direito privado D, Rel. Des. Maurício Simões de Almeida Botelho Silva, j. 13.06.2008, DJESP 04.07.2008)

Nesse mesmo sentido pronunciou-se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina na apreciação da Apelação em Ação Reivindicatória

Apelação cível. Ação reivindicatória. Requisitos autorizadores. Alegada compra e venda. Comodato comprovado. Recurso não provido. ‘O comodato é uma cessão gratuita de uma coisa não fungível e não consumível, a título gratuito e que possui como caráter principal a temporariedade, podendo ser efetivado através de contrato escrito ou verbal. A posse dele decorrente é precária, não sendo apta, **jamais**, à convalidação da propriedade’. (TJSC Acórdão n. 1999.08070-6, Des. Carlos Prudêncio, DJ de 11.09.2001)” (TJSC Acórdão 2005.010077-6, Araranguá, 1ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJSC 22.02.2008, p. 102) (destaque acrescido).

Tratado da exceção cumpre discorrer sobre as regras da convalidação da posse. Preceitua o artigo 924 da legislação processual civil que decorridos um ano e dia da cessação do ato de violência ou clandestinidade a posse deixa de ser injusta, transformando-se em justa. Ribeiro (2003, p. 662), ao lecionar sobre o tema, ensina que “a conversão da posse injusta em posse justa não ocorrerá por ação ou ato de vontade do possuidor, nem mesmo em razão do decurso do tempo”, e conclui, “contudo, tornar-se-á justa posse desse teor, sobrevindo causa diversa daquela em que funde a aquisição”.

Gonçalves (2011, p. 93) arremata afirmando que cessadas a violência e clandestinidade e, por conseguinte, a mera detenção até então caracterizada, transforma-se a posse em injusta adotando-se como referencial a pessoa do esbulhado. Acrescenta que a principal decorrência dessa transmutação é permitir ao novo possuidor ser mantido na posse contra os que não demonstraram melhor posse, ainda que provisoriamente.

"Cessadas a violência e a clandestinidade, a posse passa a ser 'útil', surtindo todos os efeitos, nomeadamente para usucapião e para utilização dos interditos" (GONÇALVES, 2011, p. 93), antes da convalidação não há que falar em posse *ad usucapionem*. Tartuce e Simão (2011, p. 59), corroborando esse entendimento, trazem julgado da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual abaixo transcrito

Apelação cível. Propriedade de bens imóveis. Ação reivindicatória. Exceção de usucapião especial urbano. Imóvel com dimensão superior a 250 m². Requisitos do art. 183 da Constituição Federal não preenchidos. Mérito. Prova da propriedade do imóvel devidamente produzida pela parte autora. Posse injusta da demandada. Ausência de título capaz de gerar oposição ao título dominial ostentado pelo demandante. **Demonstrada a propriedade do imóvel pela parte autora e não havendo justificativa plausível para a posse das demandas no imóvel, o que faz dela injusta, tem-se como presentes os pressupostos autorizadores da medida reivindicatória.** Desatendimento do ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores, conforme dispõe a regra do inciso II do art. 333 do CPC. (TJSR, Processo 70014945018, Data: 11.05.2006, Órgão julgador: Décima Oitava Câmara Cível, Juiz relator: Pedro Celso Dal Pra, Origem: Comarca de Uruguaiana) (destaque acrescido).

Classificada a posse quanto à presença de vícios, seguindo como referencial a obra de Tartuce e Simão, pelas razões já mencionadas, cumpre classificar a posse quanto à *boa-fé*. Ao tratar do tema Venosa (2011, p. 70) inicia dizendo que "o interesse para a conceituação da posse de boa-fé diz respeito a dois fenômenos, quais sejam, a aquisição da coisa por usucapião e a questão dos frutos e benfeitorias da coisa possuída". Apenas o primeiro deles pertinente à discussão do presente.

Regulamenta o art. 1.201 do Código Civil, em seu caput, que "é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa". Em complementação, preceitua o art. 1.202, do mesmo códex, que "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".

Rodrigues (2009, p. 31) esclarece que para distinguir se a posse é de boa ou má-fé, ao contrário da classificação da posse em justa e injusta em que se buscam vícios extrínsecos, deve-se analisar a posição psicológica do possuidor. Será de boa-fé, em consonância com os preceitos legalmente estabelecidos, quando o possuidor ignorar o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Sendo assim, a contrário senso, será de má-fé "quando o possuidor exerce a posse a despeito de estar ciente de que é clandestina, precária, violenta, ou encontra qualquer outro obstáculo jurídico à sua legitimidade" (RODRIGUES, 2009, p. 31).

Salientam Tartuce e Simão (2011, p. 59/60) que no diploma civilista contemporâneo a boa-fé está dividida em objetiva e subjetiva. Ensina Venosa (2009, p. 67) que, para a análise da boa-fé em sua modalidade objetiva, deve o intérprete partir de um padrão de conduta comum, de um homem mediano, quando do exame do caso concreto. Por conseguinte, há que se reconhecer a eticidade, um dos princípios basilares do Código Civil, norma ética de conduta, como verdadeira expressão do conceito de boa-fé objetiva. Assim sendo, não se confunde com boa-fé subjetiva, eis que esta permanece apenas no plano da intenção.

Finalizando a exposição sobre esta classificação interessante salientar o enfoque conferido ao tema por Gomes (2010, p. 51), cuja doutrina é atualmente atualizada por Fachin. Leciona o autor que identificar se a posse é de boa ou má-fé oferece algumas dificuldades práticas, dentre as quais, se esta pode consistir num erro de direito e também se é admitida quando presente o estado de dúvida.

Aclara que para a primeira das controvérsias a resposta é afirmativa "sob o fundamento de que a máxima '*nemo jus ignorare constur*' é incompatível com a natureza da boa-fé". Quanto à segunda informa a inevitável influência do conceito de boa-fé. "Para os que concebem de modo positivo, com a convicção de que a coisa possuída lhe pertence, a dúvida, mesmo leve, impede que a posse seja de boa-fé", e continua, "entendida em sentido negativo, como a ignorância de vícios ou obstáculos impeditivos da aquisição da coisa, somente a dúvida relevante exclui a possibilidade de ter boa-fé" (GOMES, 2010, p. 51).

Em relação à relevância da dúvida finaliza Rodrigues (2009, p. 31) afirmando que "não se pode considerar de boa-fé a posse de quem, por erro inescusável, ou ignorância

grosseira, desconhece o vício que mina sua posse". Em contrapartida, consoante ensinamentos de Diniz (2007, p. 61) presume-se de boa-fé, ainda que relativamente, a posse daquele que ostenta justo título, isto é, daquele que "tem aparência de ser hábil para transferir o domínio ou a posse, mas que, por apresentar algum vício, não se presta àquela finalidade".

Pois bem, embora não se tenha exaurido tudo o que pertinente ao tema posse, ente a complexidade e aridez já comentadas, e também a desnecessidade considerando o objetivo do presente, cumpriu-se o inicialmente proposto, isto é, foram consignados alguns dos elementos fundamentais e introdutórios do instituto posse. Sendo assim, abordará o item subsequente os principais aspectos do instituto propriedade.

2.2 Noções introdutórias sobre propriedade

Se acalorados os debates quando da abordagem dos institutos da posse não poderia ser diferente no que diz respeito ao tema propriedade. Como bem esclarece Monteiro (2003, p. 79) em sua doutrina, hoje atualizada por Maluf, "em todos os tempos muito se discutiu sobre a origem e legitimidade desse direito".

Naturalmente, desse embate, em busca do **fundamento da propriedade**, formularam-se diversas *teorias*, dentre as quais a da *ocupação* - mais errônea por encontrar no fato da ocupação o fundamento do direito de propriedade -, e da *natureza humana*, que se mostra mais acertada eis que "a exata concepção é a de que a propriedade é inerente à própria natureza humana, ela representa condição de existência e de liberdade de todo homem" (MONTEIRO, 2003, p. 79).

Rodrigues, consoante abaixo transcrito, também adota como fundamento da propriedade a teoria da natureza humana

Dentre todas, uma que desfrutou e ainda desfruta de grande prestígio é a chamada teoria da natureza humana, segundo a qual a propriedade é inerente à própria natureza do homem, sendo condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade. Essa concepção, defendida pelos partidários da teoria do direito natural, estriba-se em uma observação histórica e em uma preocupação de ordem prática (RODRIGUES, 2009, p. 81).

Sendo assim, o reconhecimento do direito em comento como fundamental de primeira dimensão, isto é, como liberdade pública individual, nos termos já abordadas no capítulo antecedente, é prova dessa concepção de que o direito de propriedade decorre do

simples existir humano. Ou, como prefere Bobbio (2004, p. 32), é produto da natureza humana.

De todo modo, independente de filiar-se a esta ou aquela teoria, como bem salienta Venosa (2009, p. 157), o conceito e a compreensão do instituto propriedade, até atingir os contornos hoje apresentados, sofreu diversas transmutações, as quais propulsionadas pelas modificações sociais decorrentes da forma de organização política.

Dito isto, considerando que "tais indagações não são de grande importância, e que o problema deve ser fixado em termos menos ambiciosos" (RODRIGUES, 2009, p. 82) cumpre discorrer sobre o **conceito de propriedade**. Regulamenta o artigo 1.228, em seu caput, que "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de revê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Para Gomes (2010, p. 103) a conceituação de propriedade pode ser feita à luz de três critérios, quais sejam, *o sintético, o analítico e o descritivo*. Sob o *primeiro enfoque* pode a propriedade ser entendida como a submissão de uma coisa a uma pessoa, independentemente do tipo de relação que com a coisa se mantenha.

À luz do *segundo critério* é entendida como a faculdade de usar, fruir, dispor e reaver um bem, direito último exercido em desfavor daquele que injustamente a possua ou detenha. E, por fim, sob o aspecto descritivo, "o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei" (GOMES, 2010, p. 103).

Em busca de um conceito para o instituto, Diniz (2007, p. 113), analiticamente, define a propriedade como sendo "o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha".

Já Tartuce e Simão (2011, p. 121), no exercício da tarefa de compilar alguns dos conceitos clássicos e hodiernos, citam Marco Antônio Bezerra de Melo, jurista contemporâneo, para quem propriedade é "o poder de senhoria que uma pessoa exerce sobre uma coisa, dela excluindo qualquer atuação de terceiro". Por fim, mas não sem deixar de mencionar a complexidade de se conceituar propriedade, conceituam o instituto nos seguintes termos

A propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1228), sem perder

de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional (TARTUCE, SIMÃO, 2011, p. 122).

Da leitura desses poucos conceitos é de nítida identificação, além da evolução, a complementaridade dos diversos elementos contidos nos critérios adotados. Sendo certo que nenhum desses critérios satisfaz isoladamente, o conhecimento dos três - sintético, analítico e descritivo - permite ter o direito de propriedade noção suficientemente clara, "tratando-se do mais complexo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas" (GONÇALVES, 2011, p. 228), razão pela qual serão cada um dos caracteres abaixo analisados em busca do mister inicialmente proposto.

São **características do direito de propriedade** o caráter absoluto, exclusivo - ambos proclamados pelo artigo 1.231 do diploma Civil -, perpétuo e elástico. Diz-se *absoluto* "no sentido de que o proprietário tem sobre aquilo que é seu o mais amplo poder jurídico, usando e desfrutando a coisa da maneira que lhe aprouver" (RODRIGUES, 2009, p. 78).

Para Monteiro (2003, p. 84) o direito em comento é de fato absoluto não somente em razão de sua oponibilidade *erga omnes*, mas também por apresentar caráter de plenitude, por ser o mais extenso e complexo dos direitos daqueles que compõem o rol dos reais, nos termos sobreditos. Entretanto, "não é contraditório nem inoportuno repetir o relativismo dessa afirmação. O direito de propriedade é absoluto dentro do âmbito resguardado pelo ordenamento" (VENOSA, 2009, p. 170).

Como bem salienta Gomes (2010, p. 104), a respeito da relativização dos contornos do conceito de propriedade

Mitiga-se no Novo Código Civil o caráter irrestrito do direito real de propriedade com a adoção de um condicionamento finalístico, cuja teleologia é dada pela ordem econômica e social, e pela tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e artístico.

Em razão da complexidade desse relativismo, sendo a função social da propriedade tema a ela diretamente relacionado, cumpre primeiro discorrer sobre as demais características para depois, no capítulo subsequente, ponderar sobre os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Sendo assim, insta salientar que "a ideia de absolutismo do direito de propriedade se completa com a de sua exclusividade" (RODRIGUES, 2009, p. 79). Diz-se *exclusiva* a propriedade porque o direito de seu titular é exercido sem concorrência de terceiro, isto é, superveniente ameaça, permite o regramento que se exerça o direito de sequela.

Explica Monteiro (2003, p. 85) que a propriedade é exclusiva ante a impossibilidade de a mesma coisa pertencer, em caráter exclusivo, simultaneamente a duas ou mais pessoas, isto é, o direito exercido sobre determinada coisa exclui o direito de outro sobre essa mesma coisa. Para o doutrinador o *jos excludendi alios* constitui a substância do direito de propriedade.

Contudo, assim como ocorre em relação a característica da absolutividade, o atributo da exclusividade também comporta modificações ante a possibilidade de "desmembramento de certas parcelas da propriedade e sua constituição em direitos separados, a favor de terceiros" (MONTEIRO, 2003, p. 85), por conseguinte, também há que se reconhecer a mutabilidade deste caráter.

Seguindo nesta mesma linha, entende-se *perpétua* sob o aspecto da impossibilidade de extinção pelo seu desuso. Nos dizeres de Rodrigues (2009, p. 81) "é perpétua no sentido de que ela só se extingue pela vontade do dono, ou por disposição da lei". A título exemplificativo Venosa (2009, p. 171) cita a usucapião que "traduz atitude ativa do usucapiente que adquire a propriedade, não se destacando a atitude passiva daquele que a perde".

Por fim, diz-se *elástico* o direito de propriedade "por ser o mais extenso quando desvinculado de direitos reais limitados, como o usufruto, uso e habitação, bem como penhor, hipoteca e anticrese. Esses direitos restringem o âmbito do direito de propriedade" (VENOSA, 2009, p. 171). Uma vez cessados os direitos reais limitativos a propriedade volta a ser plena.

Em outro prisma, considerando a elasticidade na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas. Esclarece Gomes (2010, p. 105), à luz deste enfoque, que pertence ao titular do domínio a faculdade "de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver". Isto é, compete exclusivamente ao proprietário decidir se gozará plenamente de sua propriedade ou não.

São considerações de Monteiro a respeito da elasticidade do direito de propriedade

Há quem assevere que a propriedade não constitua uma soma de direitos separáveis, mas direito único, com a faculdade de comprimir-se ou reduzir-se a um mínimo de poderes, permanecendo, todavia, potencialmente unida, ante a possibilidade, que lhe é imanente, de volver à sua máxima e normal compreensão, logo que se eliminem ou se removam os pesos e restrições que a comprimiam. É o que se chama de *princípio da elasticidade do domínio*, mercê do qual, como verdadeira mola, retoma a propriedade, automaticamente, sua primitiva extensão, tão logo venha cessar a

compreensão do direito menor que sobre ela estava a incidir (MONTEIRO, 2003, p. 88) (destacado no original).

Tratadas, sem a pretensão de esgotar o tema, das principais características do domínio, cumpre discorrer sobre os quatro **atributos que se desdobram do direito de propriedade**, a saber, usar, fruir, dispor e reaver, a fim de que, após, sejam delineados os principais contornos de um dos desdobramentos da posse e também modo de aquisição da propriedade: a usucapião.

Regulamenta o artigo 1.228 do Código Civil quais são as prerrogativas do proprietário em relação ao seu domínio. A primeira das faculdades a ele inerentes consiste no direito de *uso*, na possibilidade de atribuir à coisa a destinação que entender mais pertinente.

No entender de Diniz (2007, p. 114) "o direito de usar da coisa é o de tirar dela todos os serviços que ela pode prestar, sem que haja modificação em sua substância. Afirma ainda autora a que ao titular do *jus utendi* é discricionário o ato de empregar o bem em proveito próprio ou de terceiro. Entretanto, salienta que "usar do bem não é apenas retirar vantagens, mas também ter o bem em condições de servir" (DINIZ, p. 114).

A segunda prerrogativa de que goza o proprietário é o *jus fruendi*, direito de fruir, gozar da coisa, direito este que "exterioriza-se na percepção dos frutos e na utilização dos produtos da coisa" (DINIZ, 2007, p. 115), frutos os quais podem ser naturais ou civis (VENOSA, 2009, p. 169).

Já a faculdade de dispor, ou *jus abutendi*, para Monteiro (2003, p. 88) a mais relevante das prerrogativas, "consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem". Esclarece Venosa (2009, p. 169) ser o poder mais abrangente já que aquele que da propriedade pode dispor também pode dela usar e fruir.

Por derradeiro, ainda sobre o direito de dispor, informa Venosa (2009, p. 170) que "tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário possui".

Por derradeiro, a última das prerrogativas do proprietário é o exercício da *rei vindicatio*. Esse efeito fundamental do direito de propriedade (VENOSA, 2009, p. 170) consiste na possibilidade de "reivindicá-la das mãos de quem injustamente a possua ou detenha" (GONÇALVES, 2011, p. 2011) conferindo ao proprietário, e também possuidor a titularidade da ação reivindicatória.

A fim de que se complete o processo de dissecação do conceito de posse, tecidas considerações a respeito dos elementos que melhor permitem compreender os conceitos

sinéptico e analítico, cumpre discorrer sobre o caractere formador do conceito descritivo que o diferencia dos demais, isto é, sobre as limitações impostas ao direito de propriedade.

Entretanto, consoante consignado no capítulo antecedente, em razão de estas limitações serem produto de um processo de transformação social, da relativização do conceito absoluto de propriedade, seja em decorrência das transmutações socioeconômicas ou unicamente ideológicas, será a função social da propriedade abordada no primeiro item do capítulo subsequente eis que inserida no ordenamento jurídico de maneira paulatina e responsável por uma série de desdobramentos legais.

Sendo assim, cuidará o subitem próximo de uma das formas de aquisição da propriedade, a usucapião, seus principais elementos constitutivos, como principal forma de efetivação do princípio da função social da propriedade.

2.2.1 Aquisição da propriedade imóvel pela usucapião

São quatro as formas de aquisição da propriedade imóvel: transcrição, hereditariedade, usucapião e acessão. Tendo em vista a problemática aqui proposta analisar-se-á apenas a aquisição da propriedade imóvel por meio da usucapião, razão pela qual serão abaixo delimitados o conceito, fundamento e requisitos gerais. As espécies serão abordadas no segundo item do capítulo subsequente, em função da direta interferência do princípio da função social.

“Eis aí, no dizer de Bonfante, instituto singular e complicadíssimo, em que sedimentos de todas as épocas deixaram sua estratificação” (MONTEIRO, 2003, p. 120). A primeira notícia que se tem do instituto é que primeiro fora regulamentado pela Lei das XII Tábuas que estabelecia os prazos para que ocorresse a prescrição aquisitiva do domínio (VENOSA, 2009, p. 199).

Ainda no direito romano, foram diversas as leis, dentre as quais a Lei Antúnia, que restringiram o campo de aplicação da usucapião. Mas foi Justiniano “quem refundiu inteiramente o instituto, destacando sua dupla face, aquisitiva e extintiva, sendo a primeira modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada” (MONTEIRO, 2003, p. 120) e a segunda forma de esquivar-se de uma obrigação pelo decurso do tempo.

Da construção deste novo contorno por Justiniano suscita a doutrina se a usucapião é modo originário ou derivado de aquisição do domínio. Monteiro (2003, p. 121) esclarece tratar-se de controvérsia até então não solucionada pela doutrina. Contudo, indica que há certa tendência em “conceituá-la como modo originário, porquanto, para o usucapiente, a relação

jurídica de que é titular surge como direito novo, independente da existência de qualquer vinculação com seu predecessor, que, se por acaso existir, não será o transmitente da coisa” (MONTEIRO, 2003, p. 121).

Ainda sobre a controvérsia se modo de aquisição originário ou derivado pactua Diniz (2007, p. 155) do mesmo entendimento de Monteiro. São seus os seguintes dizeres

Para Girard só a ocupação pode merecer a inclusão na categoria das aquisições originárias. Já De Ruggiero propõe o enquadramento da usucapião numa classe intermediária entre as aquisições originárias e as derivadas, sendo por isso, diz ele, que a usucapião não apaga o ônus que podem recair sobre a coisa usucapida. **Todavia, pelos princípios que presidem as mais acatadas teorias sobre a aquisição da propriedade é de aceitar-se que se trata de modo originário, uma vez que a relação jurídica formada em favor do usucapiente não deriva de nenhuma relação do antecessor. O usucapiente torna-se proprietário não por alienação do proprietário precedente, mas razão da posse exercida. Uma propriedade desaparece e outra surge, porém isso não significa que a propriedade se transmite. Falta-lhe, portanto, a circunstância da transmissão voluntária, que, em regra, está presente na aquisição derivada** (DINIZ, 2007, p. 155) (destaque acrescido).

Estabelecido tratar-se de modo de aquisição originário do domínio por prescrição aquisitiva, ao menos pela majoritária doutrina de expressão nacional – a título exemplificativo, Diniz (2007), Venosa (2009), Monteiro (2003), Rodrigues (2009), Gonçalves (2011), Gomes (2010) - vale ressaltar que “a posse prolongada da coisa pode conduzir à aquisição da propriedade, **se presentes** determinados requisitos estabelecidos em lei” (VENOSA, 2009, p. 199).

Em termos mais concretos, há que se falar em aquisição da propriedade por usucapião sempre que a posse for suficientemente prolongada sob as condições legalmente estabelecidas, e aí está pontuado o **conceito**. Em relação a essas condições convencionou-se, tanto por lei como pela doutrina de maior destaque, que são requisitos indispensáveis tanto para usucapir bens móveis como imóveis a *res habilis* (coisa hábil), a *iusta causa* (justa causa), a *bona fides* (boa-fé), a *possessio* (posse) e o *tempus* (tempo).

Antes de discorrer sobre cada um desses elementos cumpre tecer algumas considerações sobre o **fundamento do instituto**. Ensina Gomes (2010, p. 181) que “a usucapião favorece o possuidor contra o proprietário, sacrificando este com a perda de um direito a que não está obrigado a exercer”. Sendo assim, fundamentam os autores o instituto em duas teorias, quais sejam, as subjetivas e objetivas.

As subjetivas, em suma, “procuram fundamentar a usucapião na presunção de que há o ânimo da renúncia ao direito por parte do proprietário que não o exerce” (GOMES, 2010,

p. 181). Entretanto, não é o que se observa. Mais adequadas se mostram as teorias objetivas que fundamentam o instituto em considerações de utilidade social. “É socialmente conveniente dar segurança e estabilidade a propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio” (GOMES, 2010, p. 181).

Nesse mesmo sentido são os ensinamentos de Rodrigues (2009, p. 108) que assevera

A usucapião se fundamenta, como vimos, no propósito de consolidação da propriedade, pois, por seu intermédio, empresta-se base jurídica a meras situações de fato. Assim, de um lado, estimula o legislador à paz social, e, de outro, diminui para o proprietário o ônus da prova de seu domínio.

Estabelece Gonçalves (2011, p. 257) que, por favorecer o usurpador, em detrimento do verdadeiro titular do domínio, à primeira vista, parece que o instituto da usucapião ofende o direito fundamental de primeira dimensão propriedade. Contudo, citando Lafayette, justifica que “tal perda sai fora das regras fundamentais do Direito; mas é determinada por imperiosos motivos de utilidade pública” (GONÇALVES, 2011, p. 257). E termina, apropriando-se de dizeres de Cunha Gonçalves

A negligência do proprietário em usar da sua coisa não devia mesmo ser motivo para se premiar as pessoas de má-fé, garantindo-lhes a fruição e até o domínio do que não lhes pertence, ofendendo-se o princípio fundamental de direito e da justiça: *dar a cada um o seu*. Os argumentos, diz, devem basear-se na utilidade social. Com efeito, argumenta o mencionado autor, “a propriedade, embora seja perpétua, não pode conservar este caráter senão enquanto o proprietário manifestar a sua intenção de manter o seu domínio, exercendo uma permanente atividade sobre a coisa possuída; a sua inação perante a usurpação feita por outrem, durante 10, 20 ou 30 anos, constitui uma aparente e tácita renúncia ao seu direito. De outro lado, a sociedade interessa muito que as terras sejam cultivadas, que as casas sejam habitadas, que os móveis sejam utilizados; mas um indivíduo que, durante largos anos, exerceu esses direitos numa coisa alheia, pelo seu dono deixada ao abandono, é também digna de proteção. Finalmente, a lei faculta ao proprietário esbulhado o exercício da respectiva ação para reaver a sua posse; mas esta ação não pode ser de duração ilimitada, porque a paz social e a tranquilidade das famílias exigem que os litígios cessem, desde que não foram postos em juízo num determinado prazo” (GONÇALVES, 2011, p. 257/258) (destacado no original).

Sendo assim, demonstrado o fundamento da usucapião, e sua indissociável relação com os novos contornos do direito fundamental de propriedade, ocupar-se-á da explanação de cada um dos requisitos indispensáveis à usucapião para, no capítulo subsequente, discorrer sobre os reflexos da relativização da propriedade no diploma civil vigente.

Como anteriormente mencionado são cinco os **requisitos para que possa ocorrer a usucapião**. Gomes (2010, p. 181) os classifica em pessoais, reais e formais. Estabelece que os *pessoais* “são as exigências em relação à pessoa do possuidor que quer adquirir a coisa por usucapião e do proprietário que, em consequência, vem a perdê-la”, que os *reais* “concernem às coisas e direitos suscetíveis de serem usucapidos” e, por fim, os *formais* que “compreendem os elementos característicos do instituto”.

Tratando-se a usucapião de mecanismo de aquisição originário da propriedade deve o adquirente ser capaz e ter qualidade para adquiri-la deste modo, a título de requisitos *pessoais*. São exemplos de causas que impedem a aquisição do domínio por esta modalidade a não fluência do prazo prescricional entre ascendentes e descendentes, entre cônjuges na constância do casamento, entre os incapazes e seus representantes; bem como se a posse tiver sido obtida de maneira injusta, sem que tenha havido convalidação nas hipóteses em que o fenômeno é admitido (GOMES, 2009, p. 182).

Em se tratando de requisitos *reais* exige-se que, para que o bem seja usucapido, recaia em coisas prescritíveis, tais como a propriedade, as servidões, a enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação. Destarte, a *contrariu sensu*, os bens públicos “de qualquer natureza, patrimoniais ou dominiais, não são suscetíveis de usucapião. Nessas condições, terrenos de marinha e terras devolutas não comportam esse modo de aquisição da propriedade” (MONTEIRO, 2003, p. 122).

Por fim, são requisitos *formais*, variáveis de acordo com tempo de posse exigido pela legislação, posse prolongada, contínua, justa, ininterrupta, e *animus domini*. O mais imprescindível dos requisitos é a posse. “Sem a posse não há usucapião, precisamente porque ela é a aquisição do domínio pela posse prolongada” (DINIZ, 2007, p. 160). No entanto, não é qualquer posse que garante ao seu possuidor o direito de usucapir a coisa.

Para ser usucapida a coisa possuída deve a *posse ser mansa e pacífica*, “isto é, exercida sem contestação de quem tenha legítimo interesse, ou melhor, do proprietário contra quem se pretende usucapir” (DINIZ, 2007, p. 161). Qualquer atividade do legítimo proprietário no sentido de recuperar seu domínio exclui o requisito em comento.

Essa mesma posse mansa e pacífica deve ser *contínua*, sem intermitência ou intervalos. “Se o usucapiente vier a perder a posse por qualquer razão não mais será possível seu reconhecimento judicial, por uma espécie de retroatividade, ainda que no passado tivesse possuído por tempo suficiente para prescrever” (DINIZ, 2007, p. 161). Contudo, em que pese à exigência legal de ser ininterrupta determina o art. 1.243 do Código Civil que a posse é

transmissível por sucessão desde que todas sejam contínuas, pacíficas, que haja justo título e boa-fé.

Também deve ser *justa*. Gonçalves (2011, p. 279), citando lição de Lafayette, informa que “a posse jurídica é a base de toda prescrição aquisitiva; ‘mas, carece que ela seja adquirida de um *modo justo*, isto é, que não começasse ou por violência (*vi*) ou clandestinidade (*clam*), ou a título precário (*precário*)’”. Salienta, por fim, que “o vício da violência continua a subsistir, ainda que a posse no decurso de sua duração se torne pacífica” (GONÇALVES, 2011, p. 279). Somente com seu expurgo é que permite a ocorrência da prescrição.

Também deve observar período de *tempo* prefixado em lei. “A usucapião se consuma dentro de um período de tempo fixado em lei, tendo-se em vista não só a proteção do interesse particular como social” (DINIZ, 2007, p. 162). Sendo, por conseguinte, requisito variável na legislação, estabelecendo-se inclusive as diferentes espécies constantes do ordenamento, quais sejam, ordinária, extraordinária, especial e familiar, e por isso o assunto retomado no capítulo subsequente.

Por fim, exige-se que o usucapiente possua *animus domini*, isto é, a intenção de ser dono. Explica Diniz (2007, p. 161) tratar-se de requisito psíquico integrado à posse com o fim de afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse. Gomes (2010, p. 183), por sua vez, esclarece que se existente obstáculo objetivo a que possua com esse *animus* impossível a aquisição do domínio por usucapião; por outro lado se existente obstáculo subjetivo obsta apenas que se adquira a posse de boa-fé.

Destarte, tendo discorrido, neste item, sobre os principais aspectos e requisitos do modo de aquisição, originário, da propriedade denominado usucapião; cumprido o capítulo com seu mister, qual seja, discorrer sobre os principais elementos da posse e propriedade, tratará o capítulo subsequente, e derradeiro, estabelecendo relação com o todo explanado no capítulo primeiro, do reflexo da constitucionalização, mais especificamente da influência do direito fundamental de terceira dimensão função social, na legislação civil vigente.

CAPÍTULO 3 – O REFLEXO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Consoante preambularmente consignado, quando da abertura do capítulo antecedente, discorreu o item primeiro sobre a flexibilização dos contornos da propriedade, ao considerar o surgimento e reconhecimento dos direitos fundamentais, seu processo de internacionalização e a conseqüente interferência no ordenamento jurídico nacional, restou estabelecido que tanto proprietário como possuidor não podem fazer uso do domínio como bem lhe aprouver.

Vislumbrando melhor compreender o porquê da inovação legislativa contida no dispositivo 1.240-A do diploma civil tratou o capítulo de número dois dos principais contornos dos institutos posse e propriedade. Sendo assim, compete a este terceiro e último item retomar as discussões sobre o princípio constitucional da função social da propriedade, eis que responsável pela designação dos atuais limites da garantia ao domínio, para que, ao final, identifique-se a usucapião familiar como mais um mecanismo de efetivação do direito fundamental em comento.

3.1 Função social da propriedade

Visto, quando da construção do primeiro capítulo, o processo de surgimento e reconhecimento dos direitos humanos e, logo após, o modo e as razões pelas quais foram internacionalizados e universalizados, bem como a conseqüente e inevitável influência no ordenamento jurídico nacional, construiu-se uma análise mais acurada sobre a relativização dos contornos da propriedade.

Sendo assim, estabelecidas essas premissas, demonstrada a existência dessa relativização, sendo certo que a propriedade “deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social” (GONÇALVES, 2011. p. 246), e isso é o que se extrai da leitura e interpretação conjunta do disposto no art. 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição da República vigente, como bem ensina Silva (2006, p. 270), cumpre tecer algumas considerações sobre a função social.

Ao introduzir a abordagem do tema Gomes explica tratar-se a expressão “função social” de conceituação vaga já que “o direito de propriedade - o direito subjetivo por excelência na ordem patrimonial – passa a ser encarado como uma complexa situação jurídica subjetiva, ativa e passiva” (GOMES, 2010, p. 119).

Tepedino, citado por Gomes, também no exercício do mister de melhor precisar a expressão em comento consigna que

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. [...] Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo (GOMES, 2010, p. 119).

Em que pese à imprecisão do termo “função social”, sem contar a dificuldade de convertê-la em conceito jurídico, ainda que se trate de elemento não unívoco, “tornou-se corrente o seu uso na lei, preferencialmente nas Constituições [...] com expressiva carga psicológica” (GOMES, 2010, p. 120).

A origem do princípio é controvertida. “Teria sido, segundo alguns, formulado por August Comte e postulado por Leon Dúguít, no começo do aludido século (XX)” (GONÇALVES, 2011, p. 244). Em razão de a obra de Dúguít ter influenciado os autores latinos “é considerado o pai da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário se deve comportar e ser considerado, quanto à gestão de seus bens, como um funcionário” (GOMES, 2010, p. 121).

Por ter se tornado um clássico da função social da propriedade, assim como procedeu Gomes, vale transcrever o texto explicativo de Dúguít sobre o princípio

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social e para a interdependência social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; **a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais as quais deve responder.** (GOMES, 2010, p. 121) (grifos acrescidos).

Destarte, independentemente da aceitação unívoca ou não pelos juristas em geral, como consignado ao longo de todo trabalho, “pode-se concluir pela necessidade de abandonar

a concepção romana da propriedade para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea, adotando-se uma concepção finalista” (GOMES, 2010, p. 123).

Esclarecido este ponto, impregnado o ordenamento do dever de observância ao princípio da função social, demonstrado que “o direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava” (MONTEIRO, 2003, p. 92), cumpre esclarecer que “a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade” (SILVA, 2006, p. 281).

Se as limitações estão relacionadas ao exercício do direito de propriedade a função social está ligada à estrutura do direito de domínio. Sendo assim, restrições constitucionais, tais como “a desapropriação por necessidade ou utilidade pública e por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro” (MONTEIRO, 2003, p. 92), bem como a “utilização da propriedade particular em caso de perigo iminente, assegurado o pagamento da competente indenização” (MONTEIRO, 2003, p. 92), dentre outras, decorrem do exercício da propriedade.

O mesmo raciocínio pode ser adotado no que diz respeito à imposição de restrições administrativas. “São inúmeras as restrições de ordem administrativa. Protege-se o patrimônio histórico, a fauna, a flora, o equilíbrio ecológico, etc. Há leis especiais que cuidam expressamente dessas questões, restrições relacionadas à propriedade urbana e rural” (VENOSA, 2009, p. 172). Direitos de vizinhança e limitações voluntárias da propriedade aqui também estão inseridas.

Esclarecido que função social e limitações do domínio não se confundem vale discorrer sobre o posicionamento de Silva a respeito do tema. Estabelece o autor (SILVA, 2006, p. 270) que esse conjunto de normas constitucionais, em alusão ao disposto nos artigos 5º, XXIV a XXX, 170, II e III, 176 e 178, 182 a 186, 191 e 222, todos da CR/88, denota que a propriedade não mais pode ser considerada como direito individual, nem tampouco como instituição de direito privado. Para ele, tendo em vista a limitação pela função social, deveria ser previsto o direito ao domínio apenas como instituição da ordem econômica, tal como ocorre nas Constituições da Itália e de Portugal.

Explica o constitucionalista que essa “reclassificação” tem importância

[...] Porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: *assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica

vinculada à consecução daquele princípio [...]. (SILVA, 2006, p. 271) (grifado no original)

Em seguida informa que não sem razão está a propriedade inserida, em seu aspecto geral, dentre as normas que preveem os direitos individuais. Prevista como tal, isto é, no rol da liberdades públicas, resta assegurada sua instituição. Nesse sentido, complementa Silva que “com as novas disposições a Constituição dá ainda maior razão a Pontes de Miranda, quando escreve que às leis é que compete regular o exercício e definir o conteúdo e os limites da propriedade, pois que, no art. 5º, XXII, só se garante a instituição da propriedade” (SILVA, 2006, p. 271).

A fim de que se estabeleça um diálogo entre o explanado no primeiro capítulo, consigna-se que, socorrendo-se da doutrina de Pereira (2010, p. 69), a atual concepção e configuração da propriedade está atrelada ao regime político. São dizeres de Silva a respeito do tema

A funcionalização da propriedade é um processo longo. Por isso é que diz que ela sempre teve uma função social. Quem mostrou isso expressamente foi Karl Renner, segundo o qual a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorreu, houve transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade *atenderá sua função social*, mas especialmente quando o reputou principal informador da *constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, *princípio também da ordem econômica* e, portanto, sujeita, só por si, ao cumprimento daquele fim [...] (SILVA, 2006, p. 282) (grifado no original).

Pois bem, independentemente das discussões doutrinárias, se a expressão “função social” é vaga; não unívoca; se convertida ou não em conceito jurídico; se formulada por Comte ou Dúgui; se corretamente inserida dentre os direitos individuais ou a necessidade de ser classificado o princípio apenas como instituição do direito econômico; fato é, consoante supramencionado, que o ordenamento jurídico está impregnado do dever de observância à função social.

Tomada a afirmação como premissa, esclarecido, por conseguinte, o porquê do processo de relativização do direito de propriedade, entendidas as razões pelas quais o ser humano foi e é como tal, ocupar-se-á, no item subsequente, das modalidades de usucapião e sua direta relação com o princípio da função social.

3.1.1 Formas de usucapião

Em que pese tecidas as principais considerações, tais como conceito, fundamento e requisitos gerais, sobre o instituto usucapião no último item do segundo capítulo não é demais relembrar que o conceito de usucapião traduz-se na “aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei” (PEREIRA, 2010, p. 117).

Sendo assim, classifica a doutrina a usucapião de bens imóveis em três espécies, quais sejam, “a extraordinária, a ordinária e a especial ou constitucional, dividindo-se a última em rural (*pro labore*) e urbana (*pró-moradia* ou *pro misero*)” (GONÇALVES, 2011, p. 259).

Há que se considerar a existência de uma quarta espécie, a qual contida no artigo 1.240-A do diploma civil, pouco ou quase nada comentada pelos doutrinadores em razão de sua recente inserção no ordenamento, mais especificamente em 16 de junho de 2011, pela Lei nº 12.424. Espécie esta a ser abordada no último dos itens.

A *usucapião extraordinária* está disciplinada no artigo 1.238 do Código Civil que preceitua

Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Da leitura do dispositivo retrotranscrito extrai-se que os requisitos desta modalidade de aquisição originária da propriedade “são a posse, o decurso do tempo, a sentença do juiz e o seu registro no Cartório de Registro de Imóveis. Não se exige, portanto, justo título nem boa-fé, como sucede na usucapião ordinária” (MONTEIRO, 2003, p. 124).

Como bem salienta Gonçalves (2011, p. 260) corresponde à espécie mais corriqueira e conhecida de usucapião. Para que se adquira a propriedade por esta via basta o ânimo de enriquecer-se do bem (*animus domini*), bem como a continuidade e tranquilidade da posse pelo prazo de quinze anos.

Entretanto, consoante determinação do parágrafo único do dispositivo legal em comento, há que se reduzir o prazo em cinco anos, exigindo-se, por conseguinte, o lapso de dez anos, quando verificada pelo magistrado a utilização do imóvel e a intenção do usucapiente de lá permanecer com o intuito de residir ou realizar obras de caráter produtivo

(VENOSA, 2009, p. 211). Nesse sentido, a modificação deixa transparecer evidente caráter social ao ampliar a possibilidade de usucapião.

Vale salientar que, em relação ao permissivo legal contido no artigo 1.206 do diploma civil, a saber, a possibilidade de transmissão da posse aos herdeiros e legatários do possuidor com os mesmos caracteres em que fora adquirida, “não se requer a continuidade da posse na mesma pessoa” (PEREIRA, 2010, p. 124). Contudo, só há que se falar em aproveitamento da posse antecedente quando ambas forem contínuas e pacíficas (art. 1.243 do Código Civil) e ainda assim a critério do usucapiente quando o sucessor o for a título singular (art. 1.207 também do Código Civil).

Do mesmo modo há de ressaltar a prescindibilidade de o usucapiente exercer por si mesmo, e por todo tempo de sua duração, atos possessórios. “Consideram-se úteis e igualmente legítimos os atos praticados por intermédio de prepostos, agregados ou empregados” (PEREIRA, 2010, p. 123).

Por sua vez, a *usucapião ordinária* está regulamentada no artigo 1.242 do Código Civil que dispõe

Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.
Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante no respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Da leitura do dispositivo supratranscrito, em comparação com a usucapião extraordinária, identifica tratar-se “aqui do mesmo prazo de dez anos do usucapião extraordinário do parágrafo único do artigo 1,238 do Código Civil” (VENOSA, 2009, p. 211). Todavia, desta mesma análise identificam-se as diferenças que os distinguem, quais sejam, a exigibilidade de justo título e boa-fé.

Entende-se por justo “o título hábil em tese para a transferência do domínio, mas que não a tenha realizado na hipótese por padecer de algum defeito ou faltar-lhe qualidade específica” (PEREIRA, 2010, p. 127). Nos dizeres de Monteiro (2003, p. 126) o título será justo quando “se ache formalizado e devidamente registrado, *causa habilis ad dominium transferendum*”.

Em complementação à requisição do justo título exige-se a boa-fé. Consoante abordado no final do primeiro item do capítulo dois, “boa-fé é a integração ética do justo título (Orosimbro Nonato, Virgílio de Sá Pereira) e reside na convicção de que o fenômeno

jurídico gerou a transferência da propriedade” (PEREIRA, 2010, p. 127). No entender de Monteiro (2003, p. 127) é o mais importante dos requisitos já que valoriza e moralmente dignifica o usucapiente.

Prestados estes esclarecimentos merece destaque a previsão contida no parágrafo único do dispositivo em comento. “Prevê o prazo de cinco anos para a hipótese de aquisição onerosa (afastada a aquisição gratuita por herança ou doação) devidamente registrada, cancelada por qualquer motivo relevante” (MONTEIRO, 2003, p. 125), com a condição de o usucapiente habitar o imóvel ou nele ter realizado investimentos de ordem econômica e social. Mais uma vez verifica-se o privilégio atribuído pelo legislador àquele que atribui ao seu domínio função social.

A terceira modalidade de *usucapião é a especial*, “também chamada de constitucional por ter sido introduzida pela Constituição Federal sob duas formas: usucapião especial rural, também denominada *pro labore*, e usucapião especial urbana, também conhecida como pró-moradia” (GONÇALVES, 2011, p. 261).

A usucapião especial rural, ou *pro labore*, regulamentada no art. 191 da Constituição da República de 1988 e reproduzida, *ipsis litteris*, no artigo 1.239 do diploma civil estabelece que

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, 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.

Explica Gonçalves (2011, p. 262) que aqui a intenção do legislador foi fixar o homem no campo ao exigir ocupação produtiva do imóvel que se pretende usucapir, isto é, o dever de o usucapiente nele residir e trabalhar. Ainda sobre a intuito do legislador são dizeres de Venosa

A lei refere-se à moradia no local. Essencial que exista, portanto, edificação no imóvel que sirva para moradia do usucapiente ou de família. Não existe exigência de justo título e boa-fé nessa modalidade, o que se aplica tanto ao usucapião especial urbano, assim como ao usucapião especial rural. O que leva alguém a apossar-se de imóvel para obter teto é a ânsia da moradia, fenômeno social marcante nos centros urbanos. Por outro lado, há interesse do Estado de que terras produtivas permaneçam em mãos trabalhadoras e não com proprietário improdutivo. Há também o intuito de fixar a pessoa no campo. Daí a razão de denominar-se esse usucapião rural de *pro labore*. (VENOSA, 2009, p. 216).

Como bem salientou Venosa no excerto acima transcrito em que pese à inexigibilidade de justo título e boa-fé são requisitos imprescindíveis, a ocupação e aproveitamento produtivo do domínio, para que consume esta modalidade de usucapião especial.

Em relação aos requisitos Monteiro (2003, p. 129), com propriedade, os arrola na quantidade de três, quais sejam, a porção de terra a ser usucapida deve estar localizada na zona rural, pertencer ao domínio particular e ser inferior a cinquenta hectares; ao usucapiente é vedada a propriedade de qualquer outro imóvel, seja ele urbano ou rural, e exige-se que habite e trabalhe na gleba; e, por fim, o exercício da posse, nessas condições, sem oposição nem interrupção, pelo prazo de cinco anos.

Cumprido ressaltar, justamente por ser exceção às duas modalidades de usucapião anteriormente discutidas, que doutrina e jurisprudência inadmitem a soma da posse, a *accessio possessionis*. A impossibilidade, segundo entendimento de Gonçalves (2011, p. 263), está embasada no argumento de que “teriam que estar presentes as mesmas qualidades das posses adicionadas, o que seria difícil de ocorrer, visto que há requisitos personalíssimos incompatíveis com a aludida soma, como produtividade do trabalho do possuidor ou de sua família e morada no local”.

Também prevê o ordenamento a usucapião especial urbana que “constitui inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, estando regulamentada em seu artigo 183” (GONÇALVES, 2011, 264) cuja redação segue abaixo

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.

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

Parágrafo segundo. Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

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

Muito pertinente, neste momento, esclarecer que a usucapião especial urbana divide-se em individual, regulamentada pelo dispositivo acima transcrito, tema logo abaixo tratado, e coletiva, regulamentada pelo art. 10 da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, último dos assuntos a ser dissecado.

Contendo o artigo 1.240 do CC redação correspondente ao do mandamento constitucional retro há que se reconhecer o sentido social ressaltado do dispositivo que, ainda

assim, mantém os princípios tradicionais do instituto (VENOSA, 2009, p. 214). Dada sua importância, merece maiores esclarecimentos a usucapião especial urbana individual.

Como se vê, os requisitos para a usucapião urbana individual em muito se assemelham com o da usucapião especial rural. Exige-se para que se adquira o domínio por esta modalidade, “que a área possuída seja, no máximo, de duzentos e cinquenta metros quadrados, que seja utilizada como moradia pelo possuidor, que este não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, que não haja desfrutado desse direito anteriormente” (RODRIGUES, 2009, p. 118).

No tocante à legitimidade “somente poderá beneficiar-se com o usucapião especial urbano a pessoa física que não tenha título de propriedade de outro imóvel urbano ou rural” (MONTEIRO, 2003, p. 130). Destarte, “a pessoa jurídica, tendo sede e não residência, não tem família e, portanto, não esta legitimada para arguir a prescrição aquisitiva” (GONÇALVES, 2011, p. 264).

Quanto à extensão do imóvel a ser usucapido deve ser observada a metragem máxima de até duzentos e cinquenta metros quadrados. “Tal metragem abrange tanto a área do terreno quanto à construção, vedado que uma ou outra ultrapasse o limite assinalado. Ademais, não se soma à área construída a do terreno” (RIBEIRO, 2003, p. 910). Além de observar a metragem deve o imóvel situar-se na área urbana e não pertencer ao domínio público.

Em relação ao prazo “a posse deve prolongar-se pelo prazo mínimo de cinco anos ininterruptos e o bem deverá destinar-se à moradia do usucapiente ou de sua família. O direito ao usucapião não será reconhecido mais de uma vez ao mesmo possuidor” (MONTEIRO, 2003, p. 130).

Quando a área urbana possuir mais de duzentos metros quadrados, for ocupada por população de baixa renda para sua moradia, pelo prazo de cinco anos, ininterruptamente e sem o exercício de oposição, “onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada um dos possuidores, são susceptíveis de ser *usucapidas coletivamente*, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural” (DINIZ, 2007, p. 167).

A usucapião especial coletiva de imóvel urbano, regulamentada pelo art. 10 da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, deve ser declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para o registro no competente Cartório de Registro de Imóveis. “Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe” (DINIZ, 2007, p. 168). No entanto, eventual acordo

escrito entre os condôminos, no sentido de estabelecer frações ideias distintas, admite que o juízo sentencie desta forma.

Em relação ao condomínio, nos termos do art. 10, parágrafo quarto, da Lei 10.257/01, é indivisível, isto é, impassível de dissolução, excetuada deliberação favorável de, no mínimo, dois terços dos condôminos superveniente execução de urbanização (DINIZ, 2007, p. 168).

Cumprido o presente item com seu desiderato, qual seja, arrolar as formas de aquisição do domínio por usucapião, a fim de fortalecer a ligação entre o primeiro e segundo itens deste capítulo, importante sejam tecidas algumas considerações finais.

Independente do tipo de usucapião, se extraordinário, ordinário ou especial - em suas diversas modalidades -, é inegável que todos possuem alcance social em decorrência da irradiação do princípio constitucional da função social no diploma civilista e nas demais legislações infraconstitucionais a exemplo do Estatuto da Cidade.

Já que citado, a título exemplificativo, o Estatuto da Cidade válida a exposição dos motivos pelos quais fora criada. Gonçalves (2011, p. 266), apropriando-se dos dizeres de Regis Fernandes de Oliveira, justifica a necessidade de criação da Lei 10.257/01, e, por consequência, das modalidades de usucapião especial urbana, tanto individual como coletiva, no sem número de ocupações irregulares que ocorre nos grandes conglomerados urbanos. São seus os dizeres

A invasão de áreas, a falta de fiscalização, a invasão de mananciais, o medo da perda da posse por famílias de baixa renda, a falta de um 'papal' que lhes dê legitimidade sobre a posse, a venda de 'propriedades', barracos e construções malfeitas, tudo a gerar um conflito social sem precedentes... O que mais querem os moradores é a regularização da ocupação, para tanto, agora, a **lei veio a trazer alguns instrumentos de impacto urbano que podem envolver a legitimação da posse, pacificando a sociedade e dando às grandes cidades condições de desenvolvimento sustentável** (GONÇALVES, 2011, p. 266/267) (grifos acrescidos).

Destarte, inequívoco, a fim de que se cumpra um dos objetivos da República Federativa do Brasil, mais especificamente o contido no artigo 3º, inciso I, da CR/88, qual seja, o princípio da solidariedade social, "os interesses egoísticos devem ser reduzidos em prol do interesse de todos. A palavra *eu* cede espaço para a palavra *nós*, o que representa muito bem o princípio da solidariedade, um dos baluartes da atual codificação privada, como expunha Miguel Reale" (TARTUCE E SIMÃO, 2011, p. 133).

Por fim, indubitável o porquê de o princípio da função social estar inserido no rol dos denominados direitos de terceira dimensão. A relativização dos contornos originários do

conceito de propriedade, direito cuja existência jurídica é plenamente justificada pela necessidade de o homem suprir os seus mínimos e de sua família (DINIZ, 2007, p. 111), permite seja garantida qualidade de vida às presentes e futuras gerações através da pacificação social e desenvolvimento sustentável.

Dito isto, cuidará o item subsequente da exposição dos principais contornos da inovação legislativa contida no artigo 1.240-A do Código Civil, doutrinariamente denominada usucapião familiar.

3.2 Usucapião familiar

Visto que o instituto da usucapião é um dos instrumentos que viabiliza tanto a pacificação social como a promoção do desenvolvimento sustentável dos conglomerados urbanos, partindo da premissa que o direito não é uma ciência estanque, muito pelo contrário sofre modificações ao sabor “da celeridade que permeia as relações humanas e também a vontade do legislador em ‘aprimorar’ o sistema” (SIMÃO, 2012, p. 01), em 16 de junho de 2011 fora criado o instituto tema deste item.

Criado pela Lei 12.424/11 alterou o Código Civil fazendo inserir o artigo 1.240-A que possui a seguinte redação

Aquele que exercer, por 2 (dois) ano ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com o 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.
Parágrafo primeiro. O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Assim, como quase todo tema que envolve os institutos posse e propriedade, são acalorados e divergentes os embates sobre a inovação legislativa denominada usucapião familiar. Logo, pertinente que se discorra sobre seus principais elementos constitutivos.

A primeira das controvérsias discute a **nomenclatura** atribuída ao instituto. Para Simão (2012, p. 01) a denominação é adequada levando em consideração sua origem, “qual seja, o imóvel pertence aos cônjuges ou companheiros, mas só é utilizado por um deles após o fim do casamento ou da união estável”.

Já Tartuce (2011, p. 01) discorda do nome a ele atribuído. Para o autor pode ser denominada como usucapião especial urbana por abandono de lar. Justifica sua opção utilizando o argumento da necessidade de manutenção de uma unidade didática, já que o uso

dessa nomenclatura permite seja diferenciada a categoria da usucapião especial rural ou agrária – que também tem uma conotação familiar -, das demais formas de usucapião.

No entender dos advogados Humberto Ribeiro Queiroz e Tânia Mandarino (2011, p. 05), militantes da capital curitibana, por não ser a usucapião familiar um privilégio da Lei 12.424/11, em razão da semelhança que guarda com o disposto nos artigos 183 e 191 da CR/88, e, por via de consequência, também semelhante ao regulamentado no artigo 1.240 do Código Civil, acreditam mais adequado identificá-la como “usucapião por abandono do lar”.

Visto isto há que se abordar a **origem** do instituto. Para Simão (2012, p. 01) a usucapião familiar encontra arrimo no direito à moradia, consagrado no artigo 6º da Constituição da República, de 1988. Esclarece tratar-se “de norma que protege pessoas, normalmente de baixa renda, que não tem imóvel próprio, seja urbano ou rural”.

No que diz respeito ao **fundamento do instituto** parece haver concordância entre doutrinadores e demais aplicadores do direito. É fato, desde que o homem abriu mão de parcelas de sua liberdade em troca de proteção estatal (FERREIRA FILHO, 2004, p. 04), que o ordenamento deve apresentar respostas às controvérsias que se apresentam, coisa que até então não ocorria em relação ao cônjuge/companheiro abandonado. Pontuam Queiroz e Mandarino sobre o tema

De repente a sociedade brasileira se deu conta de que algo tranquilizador se fazia necessário, para contemplar situação de angústia familiar ou individual criada a partir do abandono do lar conjugal por um parceiro, no âmbito da propriedade condominial nascida do casamento ou da união estável, e, mais recentemente, da união e matrimônio homoafetivo (2011, p. 02).

Todavia, para que funcione como efetivo instrumento de pacificação social **requisitos** devem ser observados, os quais, consoante consignação anterior, guardam algumas semelhanças com a usucapião urbana. “De início cite-se a metragem de 250m², que é exatamente a mesma, procurando o legislador manter a uniformidade legislativa” (TARTUCE, 2011, p. 01).

A segunda das coincidências é que o novo instituto somente pode ser reconhecido uma vez, sob a condição de o possuidor não ter outro imóvel, seja ele urbano ou rural, o que demonstra afinção “com a proteção da moradia como fator do piso mínimo de direitos ou patrimônio mínimo (art. 6º da CF/1988)” (TARTUCE, 2011, p. 01).

As demais características são próprias do instituto. Em relação ao tipo de imóvel somente o urbano pode ser adquirido por esta modalidade de usucapião. “É a moradia e não o

trabalho que se privilegia. Por isto o art. 1240-A surge em sede de regulamentação do programa do Governo Federal ‘Minha casa, Minha vida’” (SIMÃO, 2012, p. 02).

Também exige o artigo 1.240-A do Código Civil que o imóvel pertença ao casal. O vocábulo casal deve ser interpretado em sentido *lato*. “O comando pode atingir cônjuges ou companheiros, inclusive homoafetivos, diante do amplo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar equiparada a união estável” (TARTUCE, 2011, p. 02). Contudo, deixa claro o dispositivo de lei que o instituto incide especificamente entre os membros da entidade familiar. Sendo assim, não se aplica em relações de parentesco. Não atinge a terceiros.

Explica Simão (2012, p. 02) que o imóvel pode pertencer ao casal em condomínio ou comunhão. São seus os dizeres

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

Logo após comenta o doutrinador que somente a propriedade do bem pelos cônjuges ou companheiros é que permite a incidência do instituto. A posse comum inadmitte a aplicação do dispositivo. Assim, se um casal invade imóvel cujas especificações amoldam-se às exigências legais, se reunidos todos os requisitos para aquisição do domínio por usucapião, seja ela extraordinária ou constitucional, superveniente o abandono do lar por um dos cônjuges, ambos são partes legítimas para ingressar com a correspondente demanda (SIMÃO, 2012, p. 02).

Em complementação ao sobredito, Tartuce (2011, p. 03) também comenta a questão se possível ou não usucapir bem imóvel em condomínio entre os cônjuges. Para o autor da leitura do art. 1.240-A CC extrai-se que a modalidade somente se aplica aos imóveis cuja propriedade seja de ambos os consortes, mas não aos imóveis cuja propriedade seja de apenas um deles. Após, faz referência a julgado do STJ, o qual abaixo transcrito, que aponta, em regra, para a impossibilidade de usucapir bem imóvel quando cita a hipótese de ser mera tolerância de uso por parte dos demais condôminos. Como exceção os casos de posse própria

Usucapião. Condomínio. 1. **Pode o condômino usucapir, desde que exerça posse própria sobre o imóvel, posse exclusiva. Caso, porém, em que o condomínio exercia a posse em nome dos demais condôminos.** Improcedência da ação (Código Civil, arts. 487 e 640). 2. Espécie em que não se aplica o artigo 1.772, parágrafo segundo, do CC. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 10.978/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 3º Turma, j. 25.05.1993, DJ 09.08.1993, p. 15.228) (destaques acrescidos).

O abandono do lar também é fator preponderante para que seja possível a aplicação do instituto em comento. “Como toda modalidade de usucapião, a usucapião familiar exige que o proprietário deixe de praticar atos que lhe são inerentes, sejam estes atos de uso, gozo ou de reivindicação” (SIMÃO, 2012, p. 03). Aqui a atitude de abandonar deve ser compreendida como efetivo inexercício dos atos possessórios.

Sendo assim, a adoção de qualquer medida, seja ela judicial ou extrajudicial, pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, no sentido de manter sua propriedade, ainda que tenha deixado de residir no imóvel, elide a configuração do abandono. “Exemplo clássico é o do cônjuge que propõe ação para o arbitramento do aluguel pelo uso exclusivo da coisa comum ou que propõe ação de partilha do bem comum” (SIMÃO, 2012, p. 03).

Ainda em relação ao abandono pertinente sejam feitas mais duas considerações. Se o afastamento do lar pelo cônjuge masculino se deu em virtude da concessão de uma das medidas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, comumente denominada Lei Maria da Penha, não há que se falar em “abandono por parte do marido ou companheiro e, portanto, não há possibilidade de usucapião familiar” (SIMÃO, 2012, p. 03). Se usucapião houver será por outra modalidade, mas não a em comento.

Do mesmo modo, também por ausência do aspecto volitivo, nas hipóteses em que o cônjuge/companheiro se afasta do lar por motivos de trabalho, a fim de auferir renda para o sustento do seu núcleo familiar, também impede a incidência do instituto da usucapião familiar (RANGEL, 2012, p. 10).

A segunda das considerações é que “a pretensão social a que se destina o dispositivo acrescido impõe uma interpretação do abandono do lar jungida a partir da função social da propriedade e não associada ao ideário de culpa pela dissolução do vínculo existente” (AMORIM, 2012, p. 03). Isto é, não há discussão de culpa, nem tampouco visa o instituto atribuir punição patrimonial ao responsável pela dissolução conjugal como entende Cardoso (2011, p. 03).

Destarte, infundadas as discussões sobre a possível inconstitucionalidade do disposto no artigo 1.240-A do Código Civil sob o argumento de que o artigo teria ressuscitado, afrontando o princípio constitucional de vedação a retrocesso, a discussão da

culpa pelo fim do matrimônio, condição já rechaçada pela Emenda Constitucional de número 66 (FREITAS, 2011, p. 02/03).

Tratados dos requisitos da usucapião familiar, bem como das controvérsias que os permeiam, vale suscitar uma última questão, que diz respeito ao prazo. Por que o artigo 1.240 do diploma civil (reprodução *ipsis litteris* do art. 183 da CR/88) exige o decurso do lapso de cinco anos e a usucapião familiar apenas dois? Ehrhardt (2011, p. 02) questiona: “O separado de fato terá mais vantagens do que aquele que ainda vive com sua família?”.

Em resposta, Simão (2012, p. 04) esclarece que a hipótese constante do art. 1.240 do Código Civil trata da usucapião em face de terceiros, por isso o prazo é de cinco anos, já o art. 1240-A, do mesmo *códex*, que cuida do instituto em comento, exige o lapso exíguo de apenas dois anos justamente em razão de sua finalidade que é acabar com o condomínio entre os membros da entidade familiar.

Destarte, considerando a “pouca idade” desta modalidade de usucapião, e por isso ainda tímida a doutrina que se ocupa do tema, bem como a inexistente jurisprudência já que os primeiros casos só poderão ser ajuizados a partir de 16 de junho de 2013 – lapso exigido pela lei para esta modalidade de usucapião em respeito ao princípio da segurança jurídica -, muitos são os debates e as críticas.

Não tem, portanto, estas breves considerações, a pretensão de solucionar a cada uma das controvérsias já levantadas e, certamente, das que serão suscitadas, derivadas do debate do tema.

Sendo assim, restou demonstrado o cumprimento do mister inicialmente proposto, qual seja, a visualização da criação da usucapião familiar em decorrência da necessidade de suprir nova realidade social, isto é, de acabar com o condomínio entre os membros da entidade familiar (EHRARDT, 2011, p. 02) ao permitir que um dos ex-cônjuge/ex-companheiro permaneça no bem desde que não proprietário de outro imóvel, e com isso a nítida intenção do legislador em, mais uma vez, privilegiar a função social do domínio as custas da relativização do original aspecto individualista da propriedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da premissa que o homem é ser gregário por natureza à compreensão de que o instituto denominado usucapião familiar é mais um, e o mais novo, mecanismo de que lançou mão o legislador para fazer cumprir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Foi sobre o que se discorreu ao longo do trabalho.

Se há tempos às lutas eram pela efetivação das liberdades públicas e garantia de cumprimento dos direitos sociais, ambos já devidamente reconhecidos, agora os esforços vislumbram a proteção da coletividade, pois, como bem mencionou Bobbio, em vão o reconhecimento de direitos se inefetivos.

Em busca desta concretização, obedecendo aos mandamentos constitucionais, estes por sua vez inspirados nas convenções internacionais que asseguram o considerado mínimo para que a existência humana seja digna, nos termos explicitados ao longo do primeiro capítulo, cria o legislador mecanismos que por vezes mitigam direitos até então considerados absolutos. É o caso do direito à propriedade.

Em decorrência do que exige a boa técnica jurídica, colidentes dois ou mais direitos fundamentais deve-se empregar o bom senso, a proporcionalidade. Sendo assim, levando-se em consideração a natureza não estanque das relações humanas, demonstrou-se ao longo do presente que a propriedade deixou de ser individual e absoluta para atender os anseios dos cada vez mais complexos grupamentos humanos.

Nesse sentido, se o direito de propriedade é cláusula pétrea estampada no inciso XXII, do artigo 5º, da Constituição da República vigente o dever de observância à função social, com previsão no inciso XXIII, do mesmo dispositivo e Lei, também o é. Destarte, compromete-se o Estado não só assegurar o direito à propriedade privada, mas também a obrigação de esta cumprir com sua função social.

Com o objetivo de melhor fazer compreender o leitor o que se entende por posse, propriedade e função social discorreram os capítulos sobre seus principais delineamentos, tanto os originais como os atuais, e também as razões e as formas pelas quais os institutos evoluíram até aqui.

Dentre as formas de que dispõe o Estado para efetivar o cumprimento do direito de propriedade bem como o princípio da função social elegeu-se a usucapião para ser dissecada ao longo do presente. Da análise dos dispositivos que estabelecem as regras desse mecanismo

de aquisição originária da propriedade verifica-se, desde que cumpridas regras pré-concebidas, a nítida intenção do legislador em privilegiar o possuidor que explora o domínio de modo a torná-lo produtivo, seja para moradia ou seu trabalho.

Com o intuito de solucionar o impasse advindo do abandono do lar por um dos cônjuges/companheiros, mais especificamente a questão do condomínio nascido do casamento ou da união estável, e, por via transversa, assegurar o cumprimento dos direitos de propriedade e função social, criou o legislador a usucapião familiar, contida no artigo 1.240-A do diploma civil.

Destarte, o mecanismo analisado fala por si. Evidente, considerando mais uma vez as exigências das interações humanas, que esta não é a última criação legislativa que visa o efetivo cumprimento dos princípios aqui mencionados, muito pelo contrário é apenas mais uma. Sendo assim, garantindo a Constituição vigente toda sorte de direitos para que se confira dignidade à pessoa humana, imperioso que o legislador continue lançando mão de mecanismos para efetivá-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Ricardo Henrique Pereira. **Primeiras impressões sobre a usucapião especial urbana familiar e suas implicações no direito de família**. 2011. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6405>. Acesso em 15 set. 2012.

BRASIL, **Código Civil. Lei 10.406/02**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Estatuto da cidade. Lei 10.257/01**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Programa minha casa, minha vida. Lei 12.424/11**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **A criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei 11.340/06**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9 Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARDOSO, Simone Murta. **Uma nova modalidade de usucapião**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2948, 28 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19662/uma-nova-modalidade-de-usucapiao>>. Acesso em 13 set. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24 Ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24 Ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4.

EHRHARDT, Marcos. **Ainda sobre o art. 1240-A, na busca de uma interpretação mais adequada**. 24 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog/2011/06/24/ainda-sobre-o-art-1240a-na-busca-de-uma-interpretacao-mais-adequada-usucapiao-familiar>>. Acesso em: 06 set. 2012.

EHRHARDT, Marcos. **Temos um novo tipo de usucapião, criado pela lei 12.424/11. Problemas a vista...** . 24 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog/2011/06/24/temos-um-novo-tipo-de-usucapiao-criado-pela-lei-1242411-problemas-a-vista>>. Acesso em 10 set. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6 Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Douglas Philips. **Usucapião e direito de família. Comentários ao art. 1240-A do Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3005, 23 set.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>. Acesso em: 13 set. 2012.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20 Ed., Rio de Janeiro: Método, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. 6 Ed., São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito**. In: BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. *O que é a filosofia do direito?*. Barueri: Manole, 2004. p. 33 – 50.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 37 Ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1997.

MOTTA, Silvio, BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 1 Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direitos reais**. 20 Ed., ver. e atual. por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro, 2010, v. 4.

PIOVESAN, Flávia. O Sistema internacional de proteção aos direitos humanos – Precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 3 Ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.

QUEIROZ, Humberto Ribeiro de, MANDARINO, Tânia. **Usucapião de imóvel familiar – a usucapião constitucional**. 2011. Disponível em: <<http://opublicano.blogspot.com.br/2011/12/usucapiao-de-imovel-familiar-usucapiao.html>>. Acesso em 12 set. 2012.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O novel instituto da usucapião pró-família: comentários ao artigo 1.240-A do código civil**. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11581>. Acesso em 04 set. 2012.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Tratado de Usucapião**. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 28 Ed., São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?**. 11 out. 2012. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>. Acesso em 12 out. 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das coisas**. 3 Ed., São Paulo: Método, 2011. v. 4.

TARTUCE, Flávio. **Usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal**. 2011. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/Tartuce.PDF>>. Acesso em 15 set. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 9 Ed., São Paulo: Atlas, 2009. v. 5.