



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

Rafael da Silva Santiago

**FAMÍLIA E PROPRIEDADE SOB O ASPECTO CIVIL-
CONSTITUCIONAL: USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR
ABANDONO DO LAR E A SUA HARMONIA COM O
DIREITO BRASILEIRO**

Brasília – DF
2012

Universidade de Brasília

Rafael da Silva Santiago

**FAMÍLIA E PROPRIEDADE SOB O ASPECTO CIVIL-
CONSTITUCIONAL: USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR
ABANDONO DO LAR E A SUA HARMONIA COM O
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada para obtenção
do título de Bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília. Orientadora:
Professora Suzana Borges Viegas da
Lima.

Brasília – DF
2012

Rafael da Silva Santiago

**FAMÍLIA E PROPRIEDADE SOB O ASPECTO CIVIL-
CONSTITUCIONAL: USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR
ABANDONO DO LAR E A SUA HARMONIA COM O
DIREITO BRASILEIRO**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Professora Suzana Borges Viegas de Lima – Mestrado – UnB

Membro: Professor Frederico Henrique Viegas de Lima – Pós-Doutorado – UnB

Membro: Professor Olindo Herculano de Menezes – Doutorado – UnB

Brasília – DF

2012

*Agradeço a Deus, cuja força me leva para frente,
ainda que as minhas atitudes me levem para trás.*

*Agradeço à professora Suzana Borges Viegas de
Lima, não apenas pela orientação neste trabalho,
mas, sobretudo, pela orientação que vou guardar
para toda a minha vida profissional.*

*Agradeço, também, à minha família e amigos, em
especial aos meus pais e a meu irmão Luís Gabriel,
pelo convívio diário que me faz perceber a
importância de pessoas importantes em nossas
vidas.*

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a usucapião especial urbana por abandono do lar, uma nova forma de aquisição da propriedade imóvel inserida no Código Civil brasileiro em meados de 2011. À luz do paradigma da constitucionalização do direito civil, serão abordados aspectos gerais pertinentes à família e à propriedade, envolvendo, dentre outras vertentes, seu conteúdo, evolução histórica e posicionamento atual no sistema normativo brasileiro. Da mesma forma, serão realizadas considerações gerais acerca da referida aquisição prescritiva, com o intuito de identificar os seus principais efeitos. Munido de todas essas informações, analisar-se-á a sua harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da compreensão civil-constitucional da família e da propriedade. Para tanto, serão apontados elementos do regime jurídico de ambos os institutos que são capazes de fundamentar a aludida usucapião, destacando, sobretudo, a sua compatibilidade com as regras e princípios adotados pela Constituição Federal. A reunião desses ensinamentos ensejará uma ampla visão sobre a relação existente entre a família e a propriedade, com o objetivo de se delimitar e justificar a aplicabilidade da usucapião especial urbana por abandono do lar no direito brasileiro.

Palavras-chave: Usucapião especial urbana por abandono do lar. Constitucionalidade. Família. Propriedade. Constituição Federal. Constitucionalização do direito civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ELEMENTOS DE ARGUMENTAÇÃO: ENTENDENDO OS PARADIGMAS ADOTADOS	12
1.1 ORDENAMENTO JURÍDICO: REGRAS E PRINCÍPIOS	12
1.2 Constitucionalização do direito civil: direito civil-constitucional	15
2 FAMÍLIA	19
2.1 CONCEITO	20
2.2 Evolução histórica.....	22
2.2.1 Evolução da família e do direito de família no Brasil.....	27
2.3 A família contemporânea: conceito atual	30
2.4 Conceito civil-constitucional contemporâneo: a família na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional.....	33
2.5 Família e a interdisciplinaridade: os efeitos familiares na propriedade.....	36
2.6 Argumentos constitucionais da família: utilização necessária	38
3 PROPRIEDADE.....	41
3.1 NOÇÃO DE DIREITO REAL	42
3.2 Conceito	44
3.3 Evolução histórica do direito das coisas: desenvolvimento da propriedade até a propriedade contemporânea	45
3.3.1 Evolução no Brasil	49
4 FAMÍLIA E PROPRIEDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO: HARMONIA COM A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR	52
4.1 FAMÍLIA E O ASPECTO CIVIL-CONSTITUCIONAL: COMPATIBILIDADE DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	52
4.1.1 Dignidade da pessoa humana	53

4.1.1.1	Integridade psicofísica.....	57
4.1.1.2	Solidariedade social e familiar	59
4.1.2	Da tutela da confiança e a boa-fé objetiva	62
4.1.2.1	Boa-fé objetiva e proibição de comportamento contraditório: dupla ocorrência para a proteção da entidade familiar.....	64
4.1.2.2	Proibição de comportamento contraditório	65
4.1.2.3	<i>Supressio e surrectio:</i> abuso de direito.....	68
4.1.3	Especial proteção à família	70
4.1.4	Repersonalização das relações de família: valorização do interesse da pessoa humana em face de suas relações patrimoniais.....	71
4.2	Da harmonia com o regime jurídico da entidade familiar	73
5	PROPRIEDADE E O ASPECTO CIVIL-CONSTITUCIONAL: COMPATIBILIDADE DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	74
5.1	FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	75
5.2	Função individual da propriedade: concretização de sua função social	78
5.3	Direito de propriedade como acesso ao mínimo existencial.....	80
5.4	Da harmonia com o regime jurídico da propriedade	81
6	USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR	82
6.1	POSSE	82
6.2	Prazo de dois anos ininterruptos	86
6.3	Imóvel urbano comum	87
6.4	Abandono do lar.....	89
6.4.1	Da inexistência de discussão a respeito da culpa	89
6.4.2	Caracterização	92
6.4.2.1	Voluntário	93
6.4.2.2	Material.....	93
6.4.2.3	Afetivo	95

6.4.3 O vocábulo “ex” no dispositivo legal: situação de fato	96
6.5 Destinação do imóvel para moradia.....	96
6.5.1 Aplicação do instituto aos imóveis rurais destinados à moradia: necessidade.....	97
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS	101

INTRODUÇÃO

A família e a propriedade são elementos intrinsecamente ligados à própria ideia de vida em sociedade. Como consequência, acabaram por serem qualificadas como importantes institutos jurídico-sociais, cujos efeitos, regulados pelo sistema normativo como um todo, interferem de forma direta no dia-a-dia de praticamente todos os sujeitos de direitos.

A entidade familiar é uma das instituições fundamentais da sociedade, assumindo, no direito, o papel de fonte de relações sociais de reconhecida importância. Do mesmo modo, a propriedade é um dos institutos jurídicos imprescindíveis aos direitos privados, protegida, inclusive, pela Constituição Federal de 1988 sob as vestes de direito fundamental¹.

Além disso, do ponto de vista jurídico, os aludidos institutos encontram-se inseridos no ordenamento civil-constitucional de regras e princípios, no qual é possível perceber uma grande relação de interdependência existente entre os preceitos de diversos fenômenos do direito, tendo em vista a ocorrência da chamada interdisciplinaridade entre os seus mais variados ramos, dentre os quais aqueles que se referem à família e à propriedade.

Nesse sentido, o legislador infraconstitucional brasileiro, conhecedor da relação existente entre família e propriedade, deu origem à figura da usucapião especial urbana por abandono do lar, com a lei nº 12.424 de 2011, que acrescentou o artigo 1.240-A ao Código Civil, no capítulo concernente à aquisição da propriedade imóvel.

Com isso, no Brasil, desde 16 de junho de 2011 – época em que ocorreu a publicação e o início da vigência da referida lei – o ex-cônjugue ou ex-companheiro que abandona o lar por dois anos ininterruptos deve perder o seu direito de propriedade sobre bem imóvel comum do casal, cumpridos os demais requisitos legais.

Por conseguinte, como decorrência da imposição da Constituição Federal, em seu artigo 226, de que a família merece especial proteção do Estado, esse recente instituto real-familiar torna necessária uma compreensão atual das feições da propriedade e da família no direito brasileiro, uma vez que é possível observar a consagração de uma nova função individual da propriedade, instrumentalizada para a proteção da família, concretizando, assim, a sua função social positivada pelo texto constitucional.

Portanto, à luz do direito civil-constitucional, dado que os elementos teóricos se assentam na identificação da constitucionalização do direito privado, o trabalho tem como função demonstrar a harmonia existente entre a referida usucapião e o ordenamento jurídico

¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 176-179.

brasileiro, ressaltando, sobretudo, a sua constitucionalidade, ao se relativizar os argumentos em sentido contrário.

Para tanto, será necessário, de início, o estudo dos aspectos gerais concernentes à família e à propriedade, abordando questões relativas à sua história, conceito, desenvolvimento atual e relação com os valores constitucionais, a fim de que se elabore o atual retrato de ambos os institutos no sistema normativo brasileiro. Da mesma forma, cumpre realizar considerações a respeito da usucapião especial urbana por abandono do lar, modulando, assim, o seu enquadramento jurídico no direito nacional.

Posteriormente, vale destacar a constatação – referente às orientações e princípios dos regimes jurídicos da família e da propriedade – capaz de demonstrar a adequação existente entre a aludida forma de aquisição da propriedade imóvel e o sistema normativo pátrio. Destarte, será possível perceber a harmonia entre ambos, configurando, assim, a aplicabilidade da usucapião especial urbana por abandono do lar na ordem jurídica brasileira.

1 ELEMENTOS DE ARGUMENTAÇÃO: ENTENDENDO OS PARADIGMAS ADOTADOS

1.1 Ordenamento jurídico: regras e princípios

No que diz respeito ao significado das normas no sistema jurídico, é essencial a compreensão de que o ordenamento é composto por duas espécies de normas jurídicas: (i) as regras e (ii) os princípios². Isso porque o Direito – assim como o Direito Civil – é um sistema aberto de princípios e regras, como bem definido por Ronald Dworkin³.

Ressalte-se que essa é a percepção de norma jurídica mais adequada para a análise do tema. Vale destacar que a discussão principal é permeada pela questão da família, propriedade e sua função social, direitos fundamentais erigidos constitucionalmente. Dessa forma, em virtude de existirem direitos fundamentais em jogo, a aludida noção de princípios e regras se mostra mais favorável à tomada de conclusões conforme a Constituição.

Com isso, como bem constata Robert Alexy, para a teoria dos direitos fundamentais é importantíssima a distinção entre regras e princípios, que constitui o alicerce da sua fundamentação e o instrumento para a solução de problemas centrados na dogmática dos direitos fundamentais⁴.

Dessa forma, de acordo com o autor:

[...] La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, **la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de La teoría de los derechos fundamentales.**⁵ (grifo nosso)

² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 145

³ CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 63.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 81.

⁵ *Idem*, p. 81-82.

Prima facie, vale destacar que Ronald Dworkin caracteriza os princípios como sendo normas abertas, que não têm o objetivo de controlar previamente sua própria aplicação⁶. Contudo, a constatação mais importante é a de que os princípios nada mais são do que verdadeiras normas jurídicas, dotados, assim, de valor normativo. Com efeito, devem influenciar diretamente a solução de problemas jurídicos concretos⁷.

Isso se deve ao fato de, não obstante a sua qualidade abstrata e indeterminada, os princípios serem passíveis de densificação nos casos concretos de aplicação, de acordo com a sua adequação às especificidades da situação sob foco, em termos de sua capacidade de regência, sem implicar injustiças em face aos demais princípios⁸.

Além disso, em relação ao posicionamento de ambas as normas jurídicas no ordenamento, faz-se mister ressaltar que o princípio pode ser encarado, inclusive, como norma de hierarquia superior à das regras, as quais não podem contrariá-lo, pelo fato de ele determinar o seu sentido e alcance, sob pena de se atentar contra a harmonia do próprio ordenamento jurídico⁹.

Dessa forma, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...].¹⁰ (grifo nosso)

Ainda que assim não fosse, os princípios também constituem proposições genéricas e abstratas que influenciam as regras jurídicas, de maneira a conferir-lhes novo conteúdo¹¹.

⁶ CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** *Op. cit.* p. 63.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** *Op. cit.* p. 145. Nesse sentido, vale mencionar os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “[...] os princípios possuem indubidosa *força normativa*, superando a falsa crença de que teriam, tão somente, uma dimensão puramente ética ou valorativa, desprovidos de eficácia e força jurídica. Assim sendo, é reconhecido, hodiernamente, um caráter normativo aos princípios, permitindo a sua aplicação direta e imediata [...]” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012. p. 78)

⁸ CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** *Op. cit.* p. 64.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** *Op. cit.* p. 146.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p. 959.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Direitos reais.** 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 79.

Portanto, é imprescindível que todo conjunto normativo esteja em sintonia com sua cadeia principiológica, capaz, inclusive, de fundamentar decisões diante de casos concretos.

Especificamente em relação ao direito civil, incluindo-se, portanto, a família e a propriedade, deve-se constatar que a ideia de que a sociedade é um agrupamento de indivíduos isolados e auto-suficientes e o Estado é apenas uma instância assecuratória de regras neutras e científicamente elaboradas está ultrapassada. Da mesma maneira, não se pode afirmar que o direito, enquanto ciência, é alheio aos valores¹².

Pelo contrário, busca-se um direito civil que vá do indivíduo à pessoa, a partir de um diploma que estabeleça condutas específicas em detrimento de outras, por intermédio de um compromisso maior com a justiça social, efetivando, assim, valores constitucionalmente instituídos¹³.

Nessa seara, a doutrina civil-constitucional admite a importância normativa do princípio, como elemento capaz de aproximar tal campo do saber jurídico a esse molde constitucionalmente mais adequado. Com isso, pode-se afirmar que:

[...] a argumentação principiológica serve para garantir a mobilidade necessária para que o direito civil possa estar mais conectado à realidade social, mais atento às exigências da sociedade à qual se dirige, cheia de contradições, imperfeições, assimetrias e urgências.¹⁴ (grifo nosso)

Sendo assim, qualquer argumentação eficaz concernente ao âmbito do direito civil deve, sempre, levar em consideração os princípios de direito que incidem sobre a situação apresentada, especialmente em virtude de melhor adequar-se à realidade social demonstrada, sem deixar de lado, obviamente, a aplicabilidade e a força normativa das regras de direito.

Isso porque a solução normativa dos problemas concretos não se assenta mais na subsunção do fato à regra específica, mas demanda do intérprete a realização de um procedimento de avaliação compatível com os diversos princípios jurídicos envolvidos¹⁵, tomando-se por base, assim, o ordenamento jurídico como um todo.

¹² DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e regras: entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 547-565.

¹³ *Idem*, p. 547-548.

¹⁴ *Idem*, p. 548.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. v. 9. p. 233-258. jul./dez. 2006.

1.2 Constitucionalização do direito civil: direito civil-constitucional

De início, é cediça a constatação de que a unidade do direito civil não tem mais como fundamento os códigos civis, mas o conjunto de princípios e regras estabelecidos pela Constituição e os tratados internacionais, em torno dos quais perpassam os microssistemas jurídicos que se referem a matérias a ele vinculadas¹⁶.

Ressalte-se que o crescimento da legislação esparsa sob a forma dos estatutos especializados traduz a incoerência em se afirmar a centralidade do Código em face desse verdadeiro polissistema, o qual passa a encontrar, agora, sua unidade sistemática e axiológica na Constituição¹⁷.

No entanto, durante toda a sua história no mundo romano-germânico, em especial no período posterior às grandes codificações, o direito civil sempre foi identificado como um âmbito normativo privilegiado do indivíduo, nessa qualidade. Assim, “nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele”¹⁸.

Ao longo de sua lenta elaboração – que vem perpassando a história do direito romano-germânico há mais de dois mil anos – o direito civil parecia adverso às mutações sociais, políticas e econômicas, de maneira a aparentar que as relações jurídicas interpessoais não seriam afetadas pelos acontecimentos históricos, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotado¹⁹.

Contudo, os estudos mais recentes relativos à seara civilista têm demonstrado o engano dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Além disso, na atualidade, não se busca mais realizar a separação dos seus espaços distintos e até contrapostos. Enquanto que antes havia a disjunção, hoje a unidade hermenêutica se mostra presente, sendo a Constituição o elemento conformador da elaboração e aplicação da legislação civil²⁰.

Destarte, vão desaparecendo lentamente as influências do contexto histórico burguês e liberal em que o direito civil se originou, voltado exclusivamente para a proteção do

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 1.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Op. cit.* p. 234-235.

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. *Op. cit.* p. 1.

¹⁹ *Idem*, p. 2.

²⁰ *Idem, ibidem*.

patrimônio e para a tutela da propriedade e da autonomia privada de cunho econômico, elevando o Código Civil à qualidade de núcleo do sistema²¹.

Vale ressaltar que a inadequação do aludido Código para os desafios da sociedade pós-industrial constitui um dos sintomas da crise que atingiu o direito na segunda metade do século XX, ocasionando o surgimento de críticas acerca da codificação e o desenvolvimento de um processo de inter-relacionamento do direito civil com o direito constitucional, dando origem à constitucionalização do direito civil²².

Ademais, é bem verdade que esse direito, tendo em vista sua mais antiga evolução, sempre ofereceu categorias, conceitos e classificações que fundamentaram a consolidação de diversos ramos do direito público, inclusive o constitucional. Porém, o direito civil encaminha-se, agora, para a mesma sujeição aos valores, princípios e regras consagrados na Constituição²³.

Consequentemente, em virtude de tutelar institutos de origem civilista, como a família e a propriedade, o legislador constituinte alterou o enfoque da norma privada, por intermédio da fixação de parâmetros fundamentais interpretativos²⁴ que devem influenciar a sua utilização no caso concreto.

A fundamentação constitucional do direito privado não representa mera exceção circunstancial, mas imposição permanente em sua aplicação, com o intuito de se combater a aparente auto-suficiência da legislação civil, em especial com o advento de um novo Código Civil, tradicionalmente mais estável que a Constituição, sob o risco de seu envelhecimento precoce²⁵.

Ressalte-se que, atualmente, os princípios mais relevantes e as disposições fundamentais acerca da matéria tratada no presente trabalho são objetos da Constituição Federal de 1988. Seja no que diz respeito à função social da propriedade, à dignidade da pessoa humana ou à estrutura da própria família, o texto constitucional sempre deve

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Op. cit.* p. 234.

²² AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** *Op. cit.* p. 191.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações.** *Op. cit.* p. 2. Paulo Luiz Lôbo ressalta, inclusive, ser essa a origem da “necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado.” (*Idem, ibidem*, grifo nosso).

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral.** 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 44.

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações.** *Op. cit.* p. 2-3. Em relação a essa maior estabilidade aparente do direito civil, em virtude de sua evolução ao longo da história, Maria Celina Bodin de Moraes assevera que: “A suposta segurança oferecida pela estrutura milenar do direito civil clássico, que justificaria seu predomínio sobre a instável normativa constitucional, revela-se como apenas mais um mito elaborado para a manutenção do *status quo* individualista e patrimonialista” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Op. cit.* p. 235).

prevalecer, bem como devem ser de acordo com ele as interpretações procedentes das normas de direito privado²⁶.

A partir dessa perspectiva, tem-se constatado o nascimento de uma nova disciplina ou ramo metodológico denominado direito civil-constitucional, que tem como objeto o estudo do direito privado à luz das regras constitucionais. Dessa forma, Carlos Roberto Gonçalves confere destaque ao:

[...] fenômeno que vem se desenvolvendo atualmente da acentuada interferência do direito público em relações jurídicas até agora disciplinadas no Código Civil, como [...] as concernentes ao direito de família e ao direito de propriedade, reguladas na Constituição Federal de 1988, a ponto de se afirmar hoje que **a unidade do sistema deve ser buscada, deslocando para a tábua axiológica da Carta da república o ponto de referência antes localizado no Código Civil.**²⁷ (grifo nosso)

Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito civil-constitucional tem como fundamento uma visão unitária do sistema. Não há que se falar em interpretação isolada do direito público ou do direito privado, mas, sim, em uma interpretação sistemática, levando em consideração toda a ordem jurídica, por intermédio de uma verdadeira interação simbiótica entre ambos os direitos²⁸.

A interpretação do Código Civil deve ser realizada segundo a Constituição, e não o contrário, uma vez que a fonte primária do direito civil é a própria Lei Maior, que, com seus princípios e regras, estabelece uma nova perspectiva à ciência civilista²⁹. Nesse sentido, mencione-se que sua constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil³⁰.

A expressão “direito civil-constitucional” tão-somente ratifica a necessária releitura do Código Civil e das demais leis especiais à luz da Constituição, redimensionando as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, incluindo-se, especialmente, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial³¹.

²⁶ WALD, Arnold. **Direito civil: introdução e parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 37-38.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. *Op. cit.* p. 45.

²⁸ *Idem, ibidem*.

²⁹ *Idem, ibidem*.

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. *Op. cit.* p. 3.

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. *Op. cit.* p. 45.

Não é possível relegar a norma constitucional, situada no topo do sistema hierárquico das regras, a instrumento de integração subsidiário, aplicável somente quando da ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas de se fazer o uso de analogia e de regra consuetudinária³².

Desse modo, a funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades e valores superiores estatuídos pela Constituição tornou-se um reflexo necessário do respeito obrigatório ao sistema hierárquico das fontes³³ normativas do ordenamento jurídico brasileiro.

³² TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Revonar. 2001. p. 3.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Op. cit.* p. 235.

2 FAMÍLIA

Dentre os vários ramos da ciência jurídica, o direito de família é aquele que se mostra mais ligado à própria vivência. Isso porque as pessoas provêm de uma entidade familiar e permanecem a ela vinculadas durante a sua existência, ainda que venham constituir nova família por intermédio do casamento ou pela união estável³⁴. Em outras palavras, a família apresenta-se como instituto fundamental na formação da vida comunitária, uma vez que representa verdadeiro centro de referência e de construção de valores, que se faz presente em todas as sociedades.

Ressalte-se que o ser humano nasce e se desenvolve no âmbito do seio familiar, estrutura fundamental da sociedade, local em que se origina e se manifesta a organização de suas potencialidades com o propósito da convivência em comunidade e da busca de sua realização pessoal³⁵.

Nesse cenário familiar, pode-se perceber que o homem se distingue dos demais animais, pela possibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, estabelecendo grupos nos quais desenvolverá sua personalidade³⁶, em busca da concretização dos valores construídos ao longo da própria vida em família.

Ademais, na qualidade de instituto que compõe o mundo do direito, a entidade familiar tem como principal característica a produção de efeitos jurídicos, cuja incidência ultrapassa o âmbito regulatório do direito de família, encaminhando-se para os mais diversos ramos da ciência jurídica, dentre os quais o próprio direito das coisas. Tanto é assim que se discutirá, no presente trabalho, a usucapião especial urbana por abandono do lar.

Portanto, cumpre estabelecer os principais aspectos pertinentes às entidades familiares, com o intuito de se melhor compreender os efeitos jurídicos por elas produzidos e as suas consequências no sistema normativo brasileiro, estabelecendo os aspectos gerais mais importantes para a compreensão da referida forma de aquisição da propriedade imóvel.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 17.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 38.

³⁶ *Idem, ibidem.*

2.1 Conceito

Ainda que o mundo jurídico se assente, em certa medida, na análise de conceitos, vale mencionar não ser fácil a tarefa de se estabelecer um conceito sintético e preciso de família. Isso porque a sua feição vem se modificando ao longo dos tempos, de maneira a abranger, cada vez mais, novas figuras e novos elementos capazes de caracterizá-la.

Nesse sentido, Francisco Amaral ressalta que o conceito de família é histórico e relativo, de modo que a sua existência não se constrói como termo absoluto e permanente, mas conforme uma realidade social em constante mutação³⁷.

Prima facie, deve-se ressaltar que a família, além de um instituto jurídico, representa uma realidade sociológica³⁸, bem como integra a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em todos os seus aspectos, a família se impõe como instituição necessária e sagrada, a qual deve ser objeto da mais extensa proteção estatal³⁹.

Em sentido amplo, a palavra família abarca todas as pessoas unidas por um vínculo de sangue e que procedem, destarte, de um tronco ancestral comum, junto com aquelas ligadas pela afinidade e pela adoção. Assim, abrange basicamente os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins⁴⁰, compreendendo, portanto, todos os descendentes do mesmo ancestral⁴¹.

Louis Josserand, citado por Carlos Roberto Gonçalves⁴², ressalta, inclusive, que esse sentido é o único verdadeiramente jurídico, em que a família deve ser entendida guardando consigo o valor de um grupo étnico, intermédio entre o indivíduo e o Estado.

É bem verdade que para determinados fins jurídicos, especialmente os sucessórios, o conceito de família restringe-se aos parentes consangüíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau⁴³. Contudo, essa referência não esgota o conceito de família que se pretende delimitar.

Nesse sentido, pelo fato de o aludido instituto, na evolução das comunidades humanas, ser aquele que precede a todos os demais, como manifestação biológica e como

³⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. *Op. cit.* p. 176.

³⁸ Cumpre destacar que a família, sob o ponto de vista sociológico, pode ser conceituada, de acordo com Francisco Amaral, como “o mais importante grupo social primário, de geração espontânea e natural. Nela o indivíduo nasce, cresce, educa-se e prepara-se para o ingresso na sociedade.” (*Idem, ibidem*).

³⁹ FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 38.

⁴⁰ *Idem, ibidem*.

⁴¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. *Op. cit.* p. 177.

⁴² JOSSERAND, Louis. Derecho civil: la familia. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. *Op. cit.* p. 17-18.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. *Op. cit.* p. 18.

manifestação social, seu significado deve ser estabelecido por meio de diferentes perspectivas⁴⁴, de maneira a melhor se aproximar de sua definição real.

Do ponto de vista jurídico, a família é uma instituição, ou seja, um conjunto de indivíduos ordenado e organizado conforme sua disciplina própria, que é o direito de família. De maneira mais sintética, é o grupo de pessoas ligadas pelo vínculo do casamento, pela relação de parentesco⁴⁵ ou pelo valor do afeto.

Por sua vez, a definição da antropóloga Cynthia Sarti⁴⁶, trazida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, muito embora curta, demonstra um importante caráter de instrumentalidade da família. Isso porque a mencionada autora explica que a entidade familiar é a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida.

Outrossim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também se arriscam a estabelecer uma definição da família, chegando à conclusão de que ela é uma instituição social primária, podendo ser considerada como um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com a função de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem determinado modelo familiar⁴⁷.

Já Maria Berenice Dias, ao constatar que a entidade familiar juridicamente regulada nunca é multifacetada como a entidade familiar natural, assevera que a família é uma construção cultural, dotada de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar e possuem uma função, sem, contudo, estarem necessariamente vinculados por uma ligação biológica⁴⁸.

Ademais, certo é que as estruturas familiares se norteiam por diferentes modelos, que variam ao longo das perspectivas espaciais e temporais, com o objetivo de concretizar as expectativas das próprias sociedades e as necessidades do próprio homem. Dessa forma, a multiplicidade e a variedade de fatores não possibilitam a fixação de um conceito de família idêntico, sendo imprescindível a sua compreensão de acordo com os fenômenos que constituem as relações sociais ao longo do tempo⁴⁹.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 38.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** *Op. cit.* p. 176.

⁴⁶ SARTI, Cynthia. Família e individualidade: um problema moderno. *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 39.

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 46.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 27.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 39.

Nesse sentido, cumpre mencionar que não se pode deixar de lado o fato de que em cada sociedade, a partir dos mais diversificados valores, a família assume diferentes feições, sob a influência das circunstâncias de tempo e lugar, de maneira que o fenômeno familiar encontra-se em constante processo evolutivo⁵⁰.

2.2 Evolução histórica

Ainda que a vida aos pares seja um verdadeiro fato natural, em que há a união dos sujeitos em virtude de uma química biológica, a família apresenta-se como um agrupamento informal, de constituição espontânea na sociedade, cuja estruturação é realizada por intermédio do direito⁵¹.

Prima facie, cumpre destacar que a história da família é longa e não linear, bem como marcada por diversas rupturas sucessivas. Tendo em vista sua variabilidade histórica, a família se desenvolveu a partir da adaptação às necessidades sociais presentes em cada período do espectro temporal⁵².

Pode-se afirmar, portanto, que o seu quadro evolutivo está relacionado ao próprio avanço do homem e da sociedade, modificado de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo admissível o seu condicionamento a ideias estáticas, atreladas a um passado distante⁵³.

Com efeito, Luiz Edson Fachin⁵⁴, citado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, assevera ser inegável que a entidade familiar, como realidade sociológica, expõe, na sua evolução histórica, íntima ligação com as modificações ocorridas nos fenômenos sociais, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade contemporânea.

Ciente de que o direito civil brasileiro foi, em quase sua totalidade, uma adaptação moderna do direito romano e da sua doutrina desenvolvida pelos jurisprudentes romanos⁵⁵, cumpre destacar, de início, as noções e desenvolvimentos da família em Roma.

No direito romano, a palavra família poderia ser compreendida por meio dos mais variados sentidos, referindo-se tanto a coisas como a pessoas. Além disso, abrangia, também,

⁵⁰ *Idem*, p. 46.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *Op. cit.* p. 27.

⁵² FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 39-40.

⁵³ *Idem*, p. 41

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família. *apud* FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 40.

⁵⁵ POLETTI, Ronaldo. **Elementos de Direito Romano público e privado**. 1. ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996. p. 18.

um corpo de pessoas unidas por um direito próprio ou por um universo de parentesco. Pelo direito próprio (*iure proprio*), família dizia respeito a um numero plural de pessoas, que estão debaixo de um único poder (*potestas*), sujeitas a ele pela natureza ou pelo direito⁵⁶.

Nesse sentido, tem-se como exemplo o pai de família e a mãe de família, o filho e a filha de família e os sucessores, como netos e netas. O pai de família era aquele que detinha o domínio na casa, ainda que não tivesse filhos. Após a sua morte, cada um daqueles que permaneciam submetidos a seu poder começavam a constituir outras famílias, surgindo, então, novos pais de família⁵⁷.

Por seu turno, Ronaldo Poletti ressalta que:

[...] por direito comum (*communi iuris*), chamamos família a todos os agnados (parentesco): mesmo morrendo o pai de família, porque ainda que morra o pai e todos que estavam submetidos a seu poder constituam novas famílias, ainda assim, podem ser chamados da mesma família, pois procedem da mesma casa (*domo*) e estirpe (*gente*).⁵⁸

Ademais, no direito romano a palavra família também poderia ser utilizada para se referir a um conjunto de escravos. Contudo, nesses casos não se falava em todos os escravos, mas apenas naqueles que se destinavam à arrecadação de contribuições⁵⁹.

Ainda no que diz respeito à história da família romana, mais especificamente em seu sentido próprio, Carlos Roberto Gonçalves destaca que:

[...] a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater famílias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte [...]. Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.⁶⁰

Dessa forma, a família romana no já mencionado sentido próprio (*iure proprio*) seria um grupo de pessoas unidas entre si, em virtude da autoridade que uma delas exerce sobre as demais para fins que transcendem a uma ordem doméstica. Nesse caso, o *pater famílias*

⁵⁶ *Idem*, p. 85-86.

⁵⁷ *Idem*, p. 86.

⁵⁸ *Idem, ibidem*.

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 31.

detinha debaixo de sua *potestas*, sob a sua *manus*, todas as coisas, isto é, o conjunto do patrimônio, além de todas as pessoas livres da família. O poder sobre as pessoas era denominado de *manus*, que, posteriormente, transformou-se no termo *potestas*. Já o poder sobre as coisas denominava-se *mancipium*⁶¹.

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes que não eram emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. Dessa forma, a família era, ao mesmo tempo, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, simultaneamente, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. O patrimônio familiar também era administrado pelo *pater*, uma vez que apenas em uma fase mais evoluída do direito romano nasceram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a sua autoridade⁶².

Ao longo do tempo, porém, a rigidez das regras pertinentes à família no direito romano foi atenuada, sobretudo a partir da figura do casamento *sine manu*, de maneira que as necessidades militares – fenômeno social muito importante na época – deram impulso à criação de patrimônio independente para os filhos⁶³.

Por sua vez, a partir do século IV, com o Imperador Constantino, foi sendo inserida, no direito romano, a concepção cristã de família, na qual preponderam as preocupações de ordem moral. Sendo assim, a família romana foi evoluindo aos poucos, de forma a limitar progressivamente a autoridade do *pater*, conferindo maior autonomia à mulher e aos filhos, que passaram a administrar os vencimentos militares⁶⁴.

Além disso, é interessante notar que, em relação ao casamento, os romanos propugnavam a necessidade da *affectio*, não apenas no momento de sua celebração, mas enquanto ele se mantivesse. Destarte, o desaparecimento da afeição, ocasionado, dentre outros aspectos, pela falta da convivência, era causa necessária para a dissolução do matrimônio pelo divórcio. Ressalte-se, contudo, que os canonistas foram contrários à dissolução do vínculo marital, mesmo porque o consideravam um verdadeiro sacramento, no sentido de que o homem não poderia dissolver a união realizada por Deus⁶⁵.

Como justificativa para esse comportamento canonista, além da argumentação religiosa, pode-se mencionar a constatação de Maria Berenice Dias, no sentido de que o

⁶¹ POLETTI, Ronaldo. **Elementos de Direito Romano público e privado.** *Op. cit.* p. 88-89.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 31.

⁶³ *Idem, ibidem.*

⁶⁴ *Idem, ibidem.*

⁶⁵ *Idem*, p. 32.

intervencionismo estatal implicou a instituição do casamento, o qual, em certos períodos históricos, fora alçado à qualidade de regra de conduta. De acordo com a autora, essa foi a forma desenvolvida para se impor limites ao homem, “ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto”⁶⁶.

Ainda quanto à família romana, Ronaldo Poletti destaca que o seu surgimento se deu para fins de ordem e defesa social, isto é, como um verdadeiro organismo político, integrante de um sistema de vários organismos sobrepostos hierarquicamente uns sobre os outros. Nesse sentido, o autor cita Pietro Bonfante⁶⁷:

Nas sociedades primitivas não se constituiu, nunca, um só organismo ou um só poder supremo para manter a ordem e cuidar da defesa, senão vários organismos sobrepostos hierarquicamente uns sobre os outros, de maneira que a autoridade do supremo organismo político não se exerce, como a de nosso Estado, imediatamente sobre os indivíduos, senão sobre os grupos subordinados, não tendo por limite a liberdade individual, mas a autoridade dos grupos e de seus chefes. Tal é a característica das chamadas organizações gentílicas e feudais. Para se ter uma ideia delas, deveríamos imaginar Estados federais, nos quais os Estados componentes fossem outras federações.

Por sua vez, durante a Idade Média as relações familiares eram regidas, exclusivamente, pelo direito canônico. Como consequência, o casamento religioso era o único conhecido na época. Não obstante as normas romanas ainda exercessem grande influência quanto ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre cônjuges, pôde-se notar a crescente importância, no período, de uma série de regras de origem germânica⁶⁸.

Com a Revolução Francesa, cuja influência na elaboração do Código Civil brasileiro de 1916 se mostra marcante, erigiu-se o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família. Nesse período histórico, na entidade familiar, necessariamente matrimonializada, imperava o ditame “até que a morte nos separe”, sendo normal o sacrifício da felicidade pessoal dos seus integrantes em função da permanência do vínculo de casamento⁶⁹.

Vale ressaltar que a família, nesse momento, era compreendida como uma unidade de produção, com importante enfoque nos laços patrimoniais. Os indivíduos constituíam família com o objetivo de construir patrimônio, para a sua posterior transmissão aos herdeiros,

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 27.

⁶⁷ BONFANTE, Pietro. *Storia de Diritto Romano.* *apud* POLETTI, Ronaldo. **Elementos de Direito Romano público e privado.** *Op. cit.* p. 88.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 32.

⁶⁹ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 40.

deixando-se de lado o valor afetivo da união. Em virtude disso, tornava-se impossível a dissolução do vínculo marital, visto que a desagregação da entidade familiar significaria a desagregação da própria sociedade. Esse era o modelo estatal de família, desenvolvido por intermédio dos valores dominantes no período da Revolução Industrial⁷⁰.

No entanto, com o avanço da sociedade, novos valores passaram a vigor e o desenvolvimento científico atingiu limites impensáveis. A partir dessa perspectiva, ganhou destaque a preocupação necessária com a proteção da pessoa humana. “Assim, ruiu o império do ter, sobressaindo a tutela do ser”⁷¹. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald constatam que:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional da família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado.⁷²

Destarte, a finalidade precípua da entidade familiar passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao desenvolvimento e progresso humano, com o núcleo da família sendo caracterizado pelo afeto como seu elemento propulsor⁷³. A sociedade altamente conservadora não resistiu à evolução social, que aumentou a necessidade de mão-de-obra, primordialmente para desempenhar atividades terciárias. Dessa forma, a mulher passou a integrar o mercado de trabalho, deixando de ser, o homem, a única fonte de manutenção da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e à sua prole⁷⁴.

A predominância do caráter produtivo e reprodutivo da família deu lugar à aproximação dos seus membros, sendo mais privilegiado o vínculo afetivo que abrange seus integrantes. Passa a existir uma nova família, “formada por laços afetivos de carinho, de amor”⁷⁵. Nesse sentido, Maria Berenice Dias afirma que:

[...] A valorização do afeto nas relações de família não se cinge apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que,

⁷⁰ *Idem, ibidem.*

⁷¹ *Idem, ibidem.*

⁷² *Idem, ibidem.*

⁷³ *Idem, p. 40-41.*

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 28.

⁷⁵ *Idem, ibidem.*

cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.⁷⁶

2.2.1 Evolução da família e do direito de família no Brasil

No que se refere à evolução da família no Brasil, é curioso constatar que as Constituições brasileiras refletem as fases históricas vividas pelo país, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Mencione-se que as Constituições de 1824 e 1891 são efetivamente liberais e individuais, não tutelando as relações estabelecidas no seio familiar⁷⁷.

Na Constituição de 1891, encontra-se disposto que a República apenas reconheceria o casamento civil como entidade familiar tutelada pelo Estado, uma vez que os republicanos visavam à concretização da política de secularização da vida privada, por intermédio do controle da igreja oficial e do direito canônico durante a Colônia e o Império⁷⁸.

Por outro lado, as Constituições do Estado Social – democrático ou autoritário – brasileiro abarcaram determinações relativas à família dentre suas normas explícitas. Com isso, a Constituição de 1934 destina um capítulo inteiro à entidade familiar, figurando, pela primeira vez, a referência expressa à proteção especial do Estado, fato que se repetirá nas Constituições posteriores⁷⁹.

Em relação à Constituição autoritária de 1937, cumpre destacar que a educação aparece como dever dos pais. Os filhos naturais são equiparados aos legítimos, devendo o Estado assumir a tutela das crianças nas situações que caracterizassem seu abandono pelos pais. Em sequência, a Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa, além de assegurar auxílio à maternidade, à infância e à adolescência⁸⁰.

Sendo assim, cumpre mencionar que, no Brasil, desde a primeira Constituição elaborada sob a égide do Estado Social, em 1934, até a Constituição de 1988, a família é alvo

⁷⁶ *Idem, ibidem.*

⁷⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 33-34.

⁷⁸ *Idem, ibidem.*

⁷⁹ *Idem, ibidem.* Nos termos dos ensinamentos de Paulo Lôbo, vale ressaltar que: “O Estado social, desenvolvido ao longo do século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução dos poderes domésticos [...], da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana [...]. (*Idem, ibidem*). ”

⁸⁰ *Idem, ibidem.*

de uma série de normas crescentemente tutelares, cuja função perpassa pela garantia da liberdade e da igualdade materiais, inserindo-a no âmbito da modernidade⁸¹.

Ademais, em relação à família brasileira como é conceituada hoje, mostra-se marcante a influência da família romana, da família canônica e da família germânica. Além disso, é cediça a constatação de que o direito de família brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência, sobretudo, da colonização lusa⁸².

Vale ressaltar que as Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do referido direito, que alcançou o direito pátrio. “No que diz respeito aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidade”⁸³.

Carlos Roberto Gonçalves preconiza, inclusive, que:

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando “a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento”.⁸⁴

A família patriarcal, que foi utilizada como base para a legislação civil brasileira – desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX – mergulhou em uma profunda crise, o que resultou na sua derrocada, no plano jurídico, pelos princípios e valores introduzidos na Constituição de 1988⁸⁵.

Sabe-se que uma crise é sempre resultado da perda dos fundamentos de um paradigma em decorrência do surgimento de outro, o que significa que a família brasileira atual se assenta na afetividade. Enquanto existir *affectio* haverá família, atrelada por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que fundamentada na comunhão de vida⁸⁶.

Em resumo, portanto, pode-se definir três grandes períodos relativos ao direito de família brasileiro: (i) do direito de família religioso, ou do direito canônico, que abrange a Colônia e o Império; (ii) do direito de família laico, estabelecido com o surgimento da

⁸¹ *Idem, ibidem.*

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 32.

⁸³ *Idem, ibidem.*

⁸⁴ *Idem, ibidem.*

⁸⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** *Op. cit.* p. 17.

⁸⁶ *Idem, ibidem.*

República e que persistiu até a Constituição Federal de 1988; e (iii) do direito de família igualitário e solidário, organizado pelo aludido diploma constitucional⁸⁷.

No período religioso, o direito de família era considerado como elemento reservado ao controle da Igreja Católica, religião oficial tanto da Colônia quanto do Império. Ressalte-se que o controle da família era decorrência de um acordo político histórico entre o Reino de Portugal e a Igreja Católica Romana da época, estabelecendo-se quem tinha poder sobre cada assunto⁸⁸.

O poder político do senhor de engenho estava relacionado com a força da própria família que comandava, de maneira que da entidade familiar decorria o seu fundamento e legitimidade. Como reflexo disso, tinha-se uma organização social extraestatal, que deixava o Estado de lado. Assim, a Igreja era a única ordem capaz de preencher esse vazio existente entre a família e o Estado no território da Colônia⁸⁹.

Por sua vez, na tentativa de organizar a confusa legislação existente, o governo do Império brasileiro requereu ao jurista Teixeira de Freitas a preparação da Consolidação das Leis Civis, em meados do século XIX, que teve como objeto, dentre outros aspectos, a regulação dos direitos pessoais nas relações de família, cujas partes seriam o casamento, o pátrio poder e o parentesco, bem como, supletivamente, a tutela e a curatela⁹⁰.

Caminhando na história, um dos primeiros atos da República proclamada em 1889 foi a exclusão da competência do direito canônico sobre as relações de família, que passaram a ser seculares ou laicas. Nesse sentido, foram retirados todos os efeitos civis do casamento religioso⁹¹.

Ademais, no decorrer do século XX até a Constituição Federal de 1988, pôde-se perceber uma gradual redução das desigualdades existentes no direito de família brasileiro. A entidade familiar patriarcal foi perdendo, paulatinamente, sua consistência, tendo em vista o perecimento de seus fundamentos, quais sejam, o poder marital, o pátrio poder, a desigualdade entre os filhos, a exclusividade do matrimônio e o requisito de legitimidade⁹².

Contudo, vale ressaltar, por fim, que apenas com a Constituição Federal de 1988 foi extirpada a longa história de desigualdade jurídica na família brasileira, por intermédio da

⁸⁷ *Idem*, p. 40-41.

⁸⁸ *Idem*, p. 41.

⁸⁹ *Idem*, p. 41-42.

⁹⁰ *Idem*, p. 42.

⁹¹ *Idem, ibidem*.

⁹² *Idem*, p. 43.

positivação de capítulo expresso reservado às relações familiares, o qual pode ser considerado como um dos mais avançados dentre as Constituições dos demais países do mundo⁹³.

2.3 A família contemporânea: conceito atual

Em um contexto de grande mobilidade das configurações familiares, nada mais natural que novas formas de convívio venham sendo desenvolvidas. No cenário do mundo globalizado, ainda que diversos dos seus anseios clássicos continuem a existir, pode-se mencionar a existência de uma completa reformulação no conceito de família, pautada, sobretudo, pela aquisição de sua função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais dos seus integrantes⁹⁴.

Vale ressaltar que, frente à profunda evolução social e mutação do conceito de família, que resultou na formação de novas estruturas de convívio interpessoal, é necessário que se estabeleça uma verdadeira visão pluralista, capaz de abrigar os mais diversos arranjos familiares que rotineiramente desafiam os juristas⁹⁵.

No mundo contemporâneo, a família abandona um caráter natural, relacionando-se a uma nova aparência, fundamentada em fenômenos culturais. Assim, é possível afirmar que se trata de uma estrutura psíquica e que confere ao ser humano a possibilidade de se estabelecer como sujeito e desenvolver relações⁹⁶.

Em virtude do avanço tecnológico e científico da sociedade atual, diversas modificações nas perspectivas jurídico-sociais vigentes se mostram presentes. Percebe-se, portanto, uma franca caminhada para dimensão na qual a família deve ser um fundamento de garantia do homem na força de sua propulsão ao futuro⁹⁷.

Nesse sentido, como decorrência de tal avanço tecnológico, científico e cultural tem-se a eliminação dos preceitos estabelecidos pelo sistema jurídico clássico, os quais cederam espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, compatível com as influências da nova sociedade, que abarca necessidades universais, independentemente da ótica territorial⁹⁸.

⁹³ *Idem, ibidem.*

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 40.

⁹⁵ *Idem, p. 42-43.*

⁹⁶ FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 38.

⁹⁷ *Idem, p. 41-42.*

⁹⁸ *Idem, p. 42.*

A mudança da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, instrumentalizada para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, ratifica uma nova perspectiva, agora assentada no afeto. “Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem”⁹⁹.

Como bem ressaltam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “[...] Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental para que seja compreendida como ***núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana***”¹⁰⁰ (grifo nosso).

Dessa forma, a natureza da família contemporânea assume feições instrumentais, consubstanciando-a como meio de promoção da pessoa humana e não da finalidade desejada¹⁰¹. Isso significa que a família deve ser encarada, na atualidade, como um instrumento de realização da personalidade e da dignidade de seus componentes¹⁰².

Como resultado dessa mudança de paradigma, faz-se mister entender que os elementos que constituem a família também passaram por modificações. Por isso, os relacionamentos sexuais e afetivos, a amizade e a relação desenvolvida entre pais e filhos passam a ser compreendidos a partir de uma nova ótica, que deve levar em consideração “[...] o desenvolvimento biotecnológico, a globalização, a derrubada de barreiras culturais e econômicas, etc., revolucionando a célula-máter da sociedade”¹⁰³.

Ressalte-se que as mais variadas mudanças ocorridas nas estruturas políticas, econômicas e sociais produziram efeitos nas relações jurídico-familiares. Os valores do pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo fizeram com que a família se voltasse à tutela da pessoa humana¹⁰⁴.

Destarte, deixando a entidade familiar de ser entendida como centro econômico e reprodutivo, parte-se para sua compreensão sócio-afetiva, como expressão de afeto entre seus componentes, implicando novas representações sociais e novos arranjos familiares. O casamento não é mais estabelecido como seu ponto referencial necessário, com o intuito de se

⁹⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁰ *Idem, ibidem.*

¹⁰¹ *Idem, ibidem.*

¹⁰² LIMA, Suzana Borges Viegas de. Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. In: LIMA, Frederico Henrique Viegas de; GRANJEIRO, Ivonete [orgs.]. **Direito civil constitucional**. Brasília: Editora Obcursos. 2009. p. 2

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 43.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *Op. cit.* p. 40.

alcançar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. “É a busca da dignidade humana, sobrepondo valores meramente patrimoniais”¹⁰⁵.

Portanto, a família não é identificada, nos dias de hoje, nem pela celebração do casamento nem pela diferença de sexo, mas, sim, pela presença de um vínculo afetivo como elo de ligação de pessoas com igual projeto de vida e propósitos comuns, desenvolvendo um comprometimento mútuo. Logo, não há mais que se falar em família sob a condição dos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação¹⁰⁶.

O seu novo perfil se assenta em pilares como a repersonalização, a afetividade, a pluralidade e o eudemonismo, capazes de conferir-lhe uma feição mais moderna, de cunho contemporâneo. O fundamento reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que se servem à relação familiar¹⁰⁷.

Destarte, Maria Berenice Dias assevera que a família contemporânea “[...] existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado”¹⁰⁸. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald constatam que:

Ao colocar em xeque a estrutura familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio a inúmeras novidades tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão de cultura e formação da pessoa humana digna.¹⁰⁹

Dentre outros aspectos, a proteção à entidade familiar deve sempre estar ligada à tutela da pessoa humana, por intermédio da utilização dos princípios gerais da Constituição¹¹⁰. Afinal de contas, qualquer análise atual relativa à família deve ser efetivada por intermédio de

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 42. A autora, inclusive, realiza interessante distinção entre o direito obrigacional e o direito de família, tendo-se como base o afeto, mencionando que “[...] esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas” (*Idem*, p. 43).

¹⁰⁷ *Idem*, p. 43.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 43.

¹¹⁰ *Idem*, p. 44.

uma perspectiva civil-constitucional, em que se tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana e a proteção à criança e ao adolescente¹¹¹.

2.4 Conceito civil-constitucional contemporâneo: a família na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional

Prima facie, cumpre destacar as significativas transformações produzidas pela Constituição Federal de 1988 em toda a sociedade brasileira. Dentre as principais modificações tem-se a supremacia da dignidade da pessoa humana, lastreada no princípio da igualdade e da liberdade, importantes elementos de um novo Estado Democrático de Direito estabelecido no país¹¹².

Ademais, outro fator de destaque é representado pelo resgate do ser humano como sujeito de direito, garantindo-lhe, de maneira ampla, a consciência da cidadania. O constituinte erigiu a dignidade da pessoa humana como dogma fundamental, obstaculizando, assim, a superposição de qualquer instituição à tutela de seus componentes¹¹³.

Como não poderia ser diferente, as transformações mencionadas ocasionaram reflexos no entendimento da família, a qual não pode mais guardar consigo acepção singular, mesmo porque a modificação da sociedade e a evolução dos costumes implicaram a reconfiguração de seu conceito¹¹⁴.

Destarte, o diploma constitucional brasileiro levou em consideração as aludidas transformações, adotando um novo conjunto de valores que privilegia a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira modificação no direito de família, a partir de três aspectos¹¹⁵. Carlos Roberto Gonçalves, utilizando-se dos ensinamentos de Rodrigo Cunha Pereira e Maria Berenice Dias¹¹⁶, elenca cada um deles:

[...] Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º o art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do

¹¹¹ LIMA, Suzana Borges Viegas de. Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional. *Op. cit.* p. 2.

¹¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 40-41.

¹¹³ *Idem*, p. 41.

¹¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 33.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família e o novo Código Civil. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 33.

casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derrogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.

A Constituição Federal, em sintonia com tais mudanças sociais, deparou-se com a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além daquelas constituídas pelo casamento. Com isso, houve o alargamento do conceito de família e, como consequência, a Lei Maior conferiu especial proteção à união estável (art. 226, § 3º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (art. 226, § 4º), que começou a ser denominada de família monoparental¹¹⁷.

Contudo, cumpre destacar que os tipos de entidades familiares estabelecidos na Constituição são meramente exemplificativos. Ressalte-se que sua referência expressa não se explica pela taxatividade do texto constitucional, mas em virtude de constituírem os modelos mais comuns de família. Nesse sentido, Maria Berenice Dias explica que:

[...] não só nesse universo limitado flagra-se a presença de uma família. [...] Dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas de convívio que as pessoas encontram para buscar a felicidade.¹¹⁸ (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, sob o fundamento dos preceitos e valores estabelecidos pelo preâmbulo constitucional, afirmam que a interpretação da Constituição Federal brasileira deve se assentar, sobretudo, nos princípios da liberdade e igualdade, sem a existência de qualquer preconceito e tendo como marco principal a dignidade da pessoa humana¹¹⁹.

Portanto, a única conclusão que se mostra harmônica com os ditames constitucionais é aquela que estabelece a não taxatividade do rol contemplado no artigo 226 da *Lex*

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *Op. cit.* p. 41.

¹¹⁸ *Idem*, p. 41-42.

¹¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 85-86. No que diz respeito à menção dos ditames estabelecidos pelo preâmbulo constitucional, os autores ressaltam a sua importância: “Cuida-se de um compromisso antecipado e solene, que, junto com os princípios e garantias fundamentais e sociais, formam as cláusulas pétreas da Constituição. A Carta Magna estabelece em seu preâmbulo que, instituído o Estado Democrático, a sua destinação tende a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (*Idem*, p. 86).

Fundamentalis, sob pena de se marginalizar diversos agrupamentos familiares não previstos no seu texto¹²⁰.

Outrossim, os autores constatam ser inadmissível a adoção de um sistema familiar fechado, visto que:

[...] a um só tempo, atentaria contra a dignidade humana, assegurada constitucionalmente, contra a realidade social viva e presente da vida e, igualmente, contra os avanços da contemporaneidade [...]. Por isso, **estão admitidas no Direito das Famílias todas as entidades formadas por pessoas humanas e baseadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não pelo comando do art. 226 da Carta Maior.**¹²¹ (grifo nosso)

Além disso, a Lei Maior ampliou ainda mais o instituto jurídico da entidade familiar, conferindo especial atenção ao seu planejamento e à sua assistência direta. Nesse sentido, seu artigo 226, § 8º determina que o Estado garantirá assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram. Com isso, “incumbe a todos os órgãos, instituições e categorias sociais envidar esforços e empenhar recursos na efetivação da norma constitucional, na tentativa de afastar o fantasma da miséria [...] que ronda [...] parte da população”¹²².

Por sua vez, no que diz respeito à legislação infraconstitucional, Maria Berenice Dias constata que a lei, no Brasil, jamais se preocupou em definir a família, limitando sua identificação ao próprio casamento. Com essa omissão, excluía-se do seu âmbito normativo qualquer vínculo de origem afetiva que levasse à produção de efeitos jurídico-familiares. O resultado sempre foi negativo, uma vez que levou a Justiça a estabelecer a invisibilidade e a negação de direitos a quem vivia aos pares, mas sem a proteção normativa do Estado¹²³.

No entanto, com a Lei Maria da Penha, nº 11.340/06, pela primeira vez um diploma legal definiu a família de acordo com o seu perfil contemporâneo, identificando-a como qualquer relação de afeto. Sendo assim, a aludida autora ressalta não ser mais possível restringir a definição de entidade familiar ao rol constitucional, visto que lei nova alargou o seu conceito¹²⁴.

Ademais, todas as mudanças sociais apontadas e o advento da Constituição Federal de 1988 implicaram a formulação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma

¹²⁰ *Idem*, p. 86.

¹²¹ *Idem*, p. 87.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 33.

¹²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 43.

¹²⁴ *Idem, ibidem.*

paternidade responsável, além da adoção de uma realidade familiar concreta, em que os vínculos de afetividade se sobrepõem à verdade biológica. O aludido diploma legal reservou um título para reger o direito pessoal, e outro para a regulamentação do direito patrimonial da família. Desde a sua entrada em vigor, ratifica a igualdade dos cônjuges, materializando a paridade no exercício da sociedade conjugal e construindo a figura do poder familiar¹²⁵.

Entretanto, cumpre destacar que o aludido Código, cujo projeto tramitou por longos trinta anos no Congresso Nacional, atribuiu tratamento confuso ao direito de família, uma vez que seu texto mostra ser o resultado de uma difícil conciliação entre dois paradigmas opostos¹²⁶.

O paradigma do projeto de 1969-1975 constituía uma versão melhorada daquele que predominou no Código Civil de 1916, estabelecido sob um modelo de família hierarquizado e matrimonial, a partir do critério da legitimidade da família e dos filhos, da desigualdade entre cônjuges e filhos e do exercício dos poderes marital e paternal. Por seu turno, o paradigma da Constituição Federal de 1988 suprimiu as desigualdades, os poderes conferidos ao chefe da família, o critério da legitimidade e a exclusividade do matrimônio¹²⁷.

Dessa forma, “[...] a adaptação do texto originário do Projeto ao paradigma constitucional implicou mudanças radicais, mas que deixaram resíduos do anterior, impondo-se a constante hermenêutica de conformidade com a Constituição [...]”¹²⁸. Como decorrência disso, logo após sua entrada em vigor, diversos projetos de lei procuraram modificá-lo, acrescentando ou retirando matérias, total ou parcialmente¹²⁹.

Ainda assim, todas essas alterações no direito de família, oriundas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, consubstanciam e confirmam a função social da família no direito brasileiro, a partir, sobretudo, do estabelecimento da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos¹³⁰.

2.5 Família e a interdisciplinaridade: os efeitos familiares na propriedade

Não restam dúvidas de que no seio familiar se desenvolverão os fatos elementares da vida do ser humano. Ressalte-se que além de atividades de cunho natural, biológico e

¹²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 33-34.

¹²⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** *Op. cit.* p. 44.

¹²⁷ *Idem, ibidem.*

¹²⁸ *Idem, ibidem.*

¹²⁹ *Idem, ibidem.*

¹³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 35.

psicológico, a família também é o terreno basilar capaz de refletir fenômenos culturais, tais quais escolhas profissionais e afetivas¹³¹, bem como relações patrimoniais.

No mundo contemporâneo, a família é a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida. Além disso, pode ser definida, também, como um fenômeno humano em que se funda a sociedade, de forma a ser impossível sua compreensão senão à luz da interdisciplinaridade¹³², uma vez que a sociedade se caracteriza, justamente, por essa complexidade de relações entre sujeitos.

Vale ressaltar que a entidade familiar não configura uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas, atingindo “cada uma das partes nela inseridas de modo diferenciado, necessitando, via de consequência, de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global”¹³³.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald constatam que:

Individuosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas indiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento [...] e, ainda, a ciência do direito.¹³⁴

Dessa forma, deve-se perceber que os efeitos jurídicos produzidos pelo fenômeno familiar, em virtude da sua já demonstrada interdisciplinaridade, se projetam para outros ramos do direito, implicando importantes consequências nos mais diversos microssistemas do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, como já mencionado, a família constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Consequentemente, os efeitos da entidade familiar, por merecerem a mais ampla proteção estatal, ultrapassam o âmbito do direito de família, projetando-se para outros institutos que merecem, da mesma maneira, uma ampla proteção estatal, como, por exemplo, a propriedade.

Vale ressaltar, porém, que com essa relação entre família e propriedade não se está atribuindo àquela um caráter eminentemente patrimonial. Ressalte-se que os direitos de

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 38.

¹³² *Idem*, p. 39.

¹³³ *Idem, ibidem*.

¹³⁴ *Idem, ibidem*.

família, por sua natureza, são diferentes dos direitos patrimoniais, sobretudo por não serem dotados de valor pecuniário. Nesse aspecto, contrapõem-se, também, aos direitos das obrigações, visto que se caracterizam pelo fim ético e social¹³⁵.

Entretanto, os direitos de família podem, sim, guardar consigo um conteúdo patrimonial, assemelhando-se, por vezes, aos direitos reais,¹³⁶ como na usucapião especial urbana por abandono do lar. É importante que se perceba que isso acontece tão-somente de maneira indireta, com a entidade familiar assumindo, apenas aparentemente, a fisionomia de direito real¹³⁷.

Destarte, a compreensão do fenômeno familiar perpassa, também, pelo entendimento das diversas relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, dentre as quais, aquelas pertinentes à aquisição da propriedade imóvel.

2.6 Argumentos constitucionais da família: utilização necessária

É imprescindível a constatação de que, em virtude do comprometimento do Estado em proteger a entidade familiar e organizar as relações entre seus membros, o direito de família contém uma série de normas imperativas, ou seja, inderrogáveis, que estabelecem limitações às pessoas¹³⁸.

Com isso, tal direito carrega consigo um núcleo composto por normas de ordem pública, cuja função principal perpassa pela tutela do interesse geral, atendendo mais aos interesses da coletividade do que aos desejos do indivíduo, isto é, objetivando a garantia das entidades familiares mais do que a de seus integrantes. Nesse sentido, Maria Berenice Dias destaca a concepção supraindividualista de família, que se assenta nas hipóteses de tutela de fins superiores aos interesses individuais de seus componentes¹³⁹.

Ressalte-se, contudo, que o fato de os princípios de ordem pública fundamentarem todas as relações familiares não significa que o direito de família posiciona-se, atualmente, no ramo do direito público. Pelo contrário, deve-se apenas submeter a entidade familiar aos princípios constitucionais, de forma que deixe de ser valorada como instituição¹⁴⁰.

Dessa forma, boa parte do direito civil está na Constituição, que acabou englobando temas sociais juridicamente relevantes, com o intuito de assegurar-lhes efetividade. Isso

¹³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 18.

¹³⁶ *Idem*, p. 19.

¹³⁷ *Idem, ibidem*.

¹³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 34.

¹³⁹ *Idem*, p. 34-35.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 35.

porque “a intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição”¹⁴¹.

Destarte, Maria Berenice Dias ressalta que:

[...] o direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado. **Agora, qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de fundamento de validade constitucional.**¹⁴²(grifo nosso)

Ademais, o direito constitucional distanciou-se da sua natureza neutra e indiferente ao âmbito social, deixando de tratar tão-somente da organização política do Estado para regular as necessidades humanas reais e concretas, ao estabelecer normas relativas aos direitos individuais e sociais, caracterizando uma nova teoria constitucional¹⁴³.

Com isso, verificou-se importante migração dos princípios gerais e regras relativas a instituições privadas, como a família, para o texto constitucional. Sendo assim, a Lei Maior assumiu verdadeiro papel reunificador do sistema, de maneira a estabelecer os limites do direito civil, inclusive no que se refere à tutela dos modelos familiares¹⁴⁴.

Ciente de que a maioria dos argumentos levantados no trabalho está relacionada à utilização de princípios jurídico-familiares, cumpre destacar que a constitucionalização do direito de família estabelece que todos os seus princípios estejam diretamente compatibilizados com a legalidade constitucional, ou seja, em sintonia com os valores e fundamentos preceituados pelo sistema garantista da Lei Maior¹⁴⁵.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que:

[...] os princípios do Direito das Famílias têm, necessariamente, de estar em aliança permanente com a principiologia constitucional, o que representará, seguramente, uma melhor apresentação do sistema civilista, aproximando de valores humanistas e com uma maior possibilidade de efetiva solução dos conflitos de interesses privados.¹⁴⁶

¹⁴¹ *Idem*, p. 36.

¹⁴² *Idem, ibidem*.

¹⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais.** *Op. cit.* p. 77.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 79.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*.

Destarte, é imprescindível que o trabalho se utilize de argumentos constitucionais pertinentes à entidade familiar, tendo em vista ser necessária uma compreensão constitucionalizada do direito de família, por intermédio de uma verdadeira filtragem constitucional, capaz de reconhecer a superioridade hierárquica da *Lex Fundamentalis* da ordem jurídica brasileira.

O preceito maior que passa a orientar o direito de família contemporâneo relaciona-se com a prevalência de valores mais humanitários e sociais. Desse modo, faz-se mister compreender a necessidade de reconstruir os princípios gerais do direito civil e a interpretação de suas regras a partir das determinações valorativas constitucionais, obstando a existência de incompatibilidade no sistema normativo¹⁴⁷.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 80-81. Nesse momento, vale mencionar os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, no sentido de que “é preciso que o jurista contemporâneo, em postura de respeito à supremacia constitucional, busque conferir-lhe efetividade, inclusive ao tratar das relações familiares [...]. É no dia a dia, no cotidiano forense (inclusive nas lides do Direito das Famílias), que se há de respeitar a *eficácia irradiante* das garantias e normas constitucionais” (*Idem*, p. 82).

3 PROPRIEDADE

A propriedade é o mais amplo de todos direitos reais, abarcando a coisa na integralidade de seus aspectos. Costuma-se relacioná-la ao direito perpétuo de usar, gozar e dispor de determinado bem, afastando todos os terceiros de qualquer interferência. Essa plenitude do direito de propriedade, inclusive, é capaz de diferenciá-lo dos outros direitos reais¹⁴⁸. Destarte, o referido direito configura o mais importante e o mais rígido de todos os direitos subjetivos, isto é, o direito real por excelência, bem como o núcleo em torno do qual grava o direito das coisas¹⁴⁹.

Contudo, a doutrina mais moderna vem estabelecendo limites para o seu exercício, entendendo ser a propriedade mais uma função social do que um direito subjetivo. Vários elementos construídos pelo direito são provas suficientes das restrições à vontade individual a ela relacionada¹⁵⁰, dentre os quais a própria usucapião especial urbana por abandono do lar.

Nesse sentido, a feição atual do direito de propriedade é delimitada, no ordenamento jurídico brasileiro, pela sua transformação em um direito de finalidade social, em detrimento das características de direito absoluto e ilimitado que anteriormente possuía¹⁵¹ a níveis incondicionais.

Desse modo, vale ressaltar os ensinamentos de Arruda Alvim¹⁵², citado por Carlos Roberto Gonçalves, de que ao invés de limitações ao direito de propriedade, parece mais adequado ponderar-se acerca de:

[...] elementos que participam do delinejar dos contornos do direito de propriedade, do traçar o seu perfil, tal qual, hoje, se apresenta. Aliás, na realidade, em rigor, o que se “limitou”, ou seja, o que se tem concebido de forma diversa, não é a essência do direito de propriedade, mas a extensão da expressão prática dos poderes afetados ao “dominus”, predominantemente. O perfil último e final do direito de propriedade [...] se extrai, efetivamente, de um mosaico de leis, de que faz parte a própria Constituição Federal, que prevê o direito de propriedade, passando pelo Código Civil [...].¹⁵³ (grifo nosso)

¹⁴⁸ WALD, Arnold. **Direito civil: direito das coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 119.

¹⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 228.

¹⁵⁰ WALD, Arnold. **Direito civil: direito das coisas**. *Op. cit.* p. 119.

¹⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas**. *Op. cit.* p. 246.

¹⁵² ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. *apud*. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas**. *Op. cit.* p. 246.

¹⁵³ *Idem, ibidem*.

Destarte, faz-se mister abordar os elementos principais da propriedade no sistema normativo brasileiro, com o intuito de se melhor entender a usucapião especial urbana por abandono do lar, instituto que, conforme vem se percebendo, emerge como decorrência da perspectiva constitucional conferida à propriedade relacionada à família.

3.1 Noção de direito real

De início, é imprescindível que se determine a noção de direito real que permeia o desenvolvimento do trabalho. Sendo assim, cumpre destacar quais significados serão escolhidos para a sua fundamentação. A definição de conceitos tem como objetivo a busca de uma noção conforme o ordenamento jurídico, que embasará toda a argumentação relativa à harmonia da usucapião especial urbana por abandono do lar com a ordem jurídica nacional.

A função do entendimento dos direitos reais para o presente trabalho perpassa, basicamente, pela constatação de José de Oliveira Ascensão de que o estudo das definições do referido direito é dotado de caráter eminentemente sistemático. Dessa forma, a utilidade principal do conceito de direito real está na sua compatibilização com o regime legal adotado¹⁵⁴, no caso, pelo Brasil.

Em outras palavras, é necessário que se entenda o direito real, e assim, a prescrição aquisitiva, como um direito subjetivo cujo exercício harmoniza-se por completo com todos os direitos e princípios que com ele se relacionem e que sejam adotados pelo regime legal brasileiro.

Por sua vez, Antônio Santos Justos define o direito real como o “poder directo e imediato sobre uma coisa que a ordem jurídica atribui a uma pessoa para satisfazer interesses jurídico-privados nos termos e limites legalmente fixados”¹⁵⁵.

Essa é a primeira vertente do direito real que deve ser ressaltada. Por não constituírem fim em si mesmo, tais direitos não se prestam, unicamente, para garantir ao seu titular poder sobre a coisa. Pelo contrário, o direito real também emerge como instrumento garantidor da consecução de interesses privados, nas situações e nos limites previstos pelo ordenamento jurídico.

Isso implica dizer que o direito real deve ser entendido de acordo com as finalidades previstas em lei para todos os direitos que com ele se relacionam. Em sendo o ordenamento jurídico um conjunto de sistemas integrados pela interdisciplinaridade, não há que se falar em

¹⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. p. 42.

¹⁵⁵ SANTOS JUSTO, A. **Direitos reais**. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. p. 11.

exercício do direito real pautado exclusivamente pelo poder jurídico sobre a coisa, mas, também, pelas finalidades intrínsecas previstas por cada direito protegido pelo sistema normativo.

Tanto é assim que o constituinte originário, atento à necessidade de ir além da noção de exclusividade inerente ao poder do titular do direito real sobre a coisa, adotou o princípio da função social da propriedade.

Destarte, torna-se necessário o alargamento de sua concepção clássica¹⁵⁶. Não obstante a grande importância para o estudo da matéria, tal concepção não reflete por completo a noção de direitos reais adequada para o ordenamento jurídico contemporâneo.

Igualmente, José de Oliveira Ascensão ressalta que os direitos reais podem, sim, em uma primeira análise, ser definidos como direitos sobre uma coisa. Contudo, a simplicidade dessa concepção é, segundo o autor, enganosa, tendo em vista ser necessário saber quando uma coisa pode – ou não – ser objeto de direito real¹⁵⁷.

Nesse sentido, o professor português traz à baila a sua definição, cuja aceitação é quase unânime no direito português, desenvolvida por M. Gomes da Silva, para quem o direito real seria “o direito subjectivo como a afectação jurídica de um bem à realização de um ou mais fins de pessoas individualmente consideradas”¹⁵⁸.

Ademais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald conceituam o direito das coisas como o poder do homem que incide sobre certos bens suscetíveis de valor e os modos de sua utilização econômica. Especial destaque, porém, foi conferido ao seu caráter coletivo, uma vez que o poder de atuação sobre os bens deve encontrar, segundo os autores, sua delimitação modernamente definida pelo princípio da função social¹⁵⁹.

Com isso, a visão de direitos reais que permeia a elaboração do trabalho encontra-se fundamentada pelos ditames do princípio da solidariedade, que determina ao seu titular deveres individuais e difusos em face de toda a sociedade, de maneira que o seu exercício deve sempre estar em sintonia com a concretização das regras, princípios e valores erigidos

¹⁵⁶ Carlos Roberto Gonçalves bem define essa concepção: “Segundo a concepção clássica, o direito real consiste no poder jurídico, direto e imediato, do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos. No pólo passivo incluem-se os membros da coletividade, pois todos devem abster-se de qualquer atitude que possa turbar o direito do titular [...].” In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas**. *Op. cit.* p. 26.

¹⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil reais**. *Op. cit.* p. 43.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 44.

¹⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 8. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012. p. 32. Cumpre destacar os ensinamentos dos referidos autores que distinguem o direito das coisas dos direitos reais: “[...] o direito das coisas não pode ser compreendido exatamente como sinônimo de direitos reais. Possui configuração mais ampla, abrangendo, além dos direitos reais propriamente ditos, capítulos destinados ao estudo da posse [...] e dos direitos de vizinhança [...].” (*Idem, ibidem*).

constitucionalmente. Apenas a partir desse entendimento será possível sustentar a compatibilidade da usucapião especial urbana por abandono do lar com o sistema normativo brasileiro.

3.2 Conceito

De início, vale ressaltar que a própria origem da palavra “propriedade” se mostra obscura. Alguns entendem que a sua construção provém do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, assinalando o que pertence a uma pessoa. Com isso, “[...] a propriedade indicaria toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo”¹⁶⁰.

O consagrado jurista Caio Mário da Silva Pereira conceitua a propriedade como sendo o direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como reivindicá-la de quem injustamente a detenha. Segundo o autor, ainda que tal definição não seja perfeita, isto é, não demonstre o reflexo de todos os aspectos da propriedade, não fora apresentada qualquer noção que a delimitasse de maneira mais adequada¹⁶¹.

Por seu turno, Clóvis Beviláqua define-a como o poder garantido pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral, não esclarecendo o seu conteúdo de maneira clara, tanto jurídica quanto economicamente. Já Lafayette ensina que esse instituto é o direito real que vincula legalmente e submete a coisa corpórea ao poder absoluto da vontade de seu titular, na substância, acidentes e acessórios¹⁶².

Por outro lado, Luiz Edson Fachin ensina que a conceituação da propriedade pode ser realizada a partir de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo:

[...] sinteticamente, é de se defini-lo [...] como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei [...].¹⁶³

¹⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** *Op. cit.* p. 229.

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009. p. 75.

¹⁶² *Idem, ibidem.*

¹⁶³ FACHIN, Luiz Edson. **Direitos Reais.** 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007. p. 109.

Com isso, a partir da análise conjunta de cada um desses critérios, o aludido autor chega à conclusão de que a propriedade é “[...] um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto”¹⁶⁴.

Contudo, a constatação mais importante quanto ao conceito de propriedade é encontrada nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves. De acordo com o autor, a sua organização jurídica se diferencia de país para país, sendo possível afirmar que esse instituto recebe direta e profunda influência dos regimes políticos em cujos sistemas normativos é concebida. Portanto, não há que se falar em um conceito único de propriedade¹⁶⁵.

Nesse sentido, sua noção, ainda que não seja aberta, deve ser, necessariamente, dinâmica. É imprescindível admitir que, no Brasil, a garantia constitucional da propriedade está vinculada a um intenso processo de relativização, sendo identificada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros estabelecidos pela legislação ordinária¹⁶⁶.

Portanto, a propriedade é resultado da cultura de cada sociedade. Seu significado se modifica de acordo com a alteração dos propósitos que a comunidade tenha perante ela. A melhor maneira de identificar o seu conteúdo passa pela sua identificação como fato social, “[...] um direito subjetivo, uma função ou até mesmo uma relação jurídica complexa, que contenha direitos, deveres, ônus e privilégios de toda a natureza”¹⁶⁷.

Com isso, para se melhor definir a relação existente entre a usucapião especial urbana por abandono do lar e os aspectos gerais da propriedade, cumpre estabelecer, a partir de uma análise histórica do instituto, o seu conceito contemporâneo, que, em certa medida, é capaz de fundamentar a aplicação da referida forma de aquisição da propriedade imóvel no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 Evolução histórica do direito das coisas: desenvolvimento da propriedade até a propriedade contemporânea

Prima facie, para parte da doutrina toda a estrutura da propriedade foi estabelecida pelo direito romano. Dessa forma, o direito civil moderno teria, no que diz respeito aos seus

¹⁶⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** *Op. cit.* p. 229.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem.*

¹⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais.** *Op. cit.* p. 261.

efeitos, se assentado, fundamentalmente, sobre as bases do referido direito¹⁶⁸. Entretanto, é importante a constatação da doutrina contrária a esse posicionamento, para a qual poucas são as semelhanças entre a propriedade romana e a propriedade moderna. Com isso, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald estabelecem que:

[...] na Antigüidade, não havia sido forjado um conceito de direito subjetivo nem tampouco uma definição de propriedade. Os romanos não qualificaram a propriedade como *jus in re*, apenas descreveram as suas funções [além disso] apenas na aparência foram recebidas as formas romanas de aquisição da propriedade, pois lá se admitiam a aquisição da propriedade imobiliária por mera tradição e a transferência de hipotecas pelo simples contrato.¹⁶⁹

De uma maneira geral, alguns doutrinadores sustentam que a percepção da propriedade construída pelos romanos, após acentuado processo de individualização, foi marcada pelo seu caráter nitidamente individualista. Assim, cada coisa teria apenas um dono, com o proprietário figurando como o titular dos poderes mais amplos sobre ela¹⁷⁰.

Entretanto, ainda que diversos estudiosos do aludido direito se refiram à propriedade na época como absoluta, Maria Cristina Pezella¹⁷¹, citada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, constata que desde o início do processo de civilização da sociedade romana é possível observar uma sujeição do exercício da propriedade ao interesse social. Nesse sentido, a autora combate, inclusive, o individualismo como característica da propriedade romana, sob o argumento de que, mesmo exercida individualmente, ela sempre esteve subordinada ao interesse social.

Por sua vez, o seu caráter funcionalizado não perdurou na Idade Média, uma vez que as relações de vassalagem exigiam que o poder absoluto do senhor feudal não fosse alvo de qualquer tipo de restrição¹⁷². Sendo assim, o sistema feudal estatuiu, ao regime da propriedade do direito romano, marcantes alterações, como consequência da necessidade de fundamentar no solo o poder dos senhores sobre as populações escravizadas¹⁷³.

¹⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** *Op. cit.* p. 21.

¹⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Direitos reais.** 7. ed. Rio de Janeiro: *Editora Lumen Juris*. 2011. p. 195

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19. ed. Rio de Janeiro: *Editora Forense*. 2007. p. 115.

¹⁷¹ PEZELLA, Maria Cristina. Propriedade privada no direito romano. *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Direitos reais.** *Op. cit.* p. 194.

¹⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Direitos reais.** *Op. cit.* p. 195

¹⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** *Op. cit.* p. 21.

A concepção de propriedade na época medieval foi marcada, de acordo com Arruda Alvim¹⁷⁴, citado por Carlos Roberto Gonçalves, por uma constante dualidade de sujeitos, de maneira a existir aquele que poderia dispor da terra, cedendo-a para outra pessoa. Contudo, a disponibilidade real da coisa cabia, sempre, àquele que detinha o poder político.

A propriedade medieval era caracterizada, eminentemente, pelo rompimento da ideia unitária proveniente do sistema romano. Orlando Gomes resume de maneira precisa esse momento histórico, ao aduzir que:

A propriedade medieval caracteriza-se pela quebra desse conceito unitário. Sobre um mesmo bem há concorrência de proprietários. A dissociação revela-se através do binômio *domínio eminentíssimo* + *domínio útil*. O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem e recebe, em troca, serviços ou rendas. Quem tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade, uma propriedade paralela.¹⁷⁵

Ademais, a existência de um regime hereditário para garantir que o domínio permanecesse em determinada família também se fazia presente na aludida propriedade, de forma a possibilitar que a entidade familiar não perdesse o seu poder no contexto do sistema político¹⁷⁶.

Por outro lado, com a Revolução Francesa, o direito de propriedade passou a ser encarado como natural, ilimitado e individualista. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inclusive, destaca a propriedade como inviolável e sagrada. Além disso, o Código Napoleão proclama o direito real como o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta¹⁷⁷.

A ideologia liberal e individualista significou o triunfo da racionalidade humana e de sua vocação para a liberdade. O sujeito de direito, a partir daquele momento, teria a possibilidade de manifestar livremente a sua vontade, em um panorama econômico propício à circulação do capital. Nesse cenário, o contrato e a propriedade configuraram os dois principais fundamentos do direito privado¹⁷⁸.

¹⁷⁴ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas**. *Op. cit.* p. 21

¹⁷⁵ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. *Op. cit.* p. 115.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas**. *Op. cit.* p. 21

¹⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010. p. 71.

¹⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. *Op. cit.* p. 195.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que no período em questão a propriedade resgatou características da tradição romana, a partir de princípios preponderantemente individualistas. A liberdade sustentada era útil à burguesia, indo ao encontro de seus interesses e implicando segurança aos novos proprietários burgueses. A possibilidade de estes abusarem do seu direito de propriedade era considerada legítima, “colocando, destarte, a propriedade num verdadeiro altar, cujo sacerdote era o proprietário”¹⁷⁹.

O período foi marcado pela ideia do homem como titular de direitos inatos que deveriam ser garantidos pelo Estado. Ressalte-se que a primeira geração de direitos fundamentais foi, essencialmente, caracterizada pelos deveres de abstenção estatal, com o objetivo de se preservar as liberdades individuais¹⁸⁰.

Nesse sentido, dentre os direitos naturais e inalienáveis da pessoa, o mais importante era a propriedade. No modelo econômico liberal clássico, a função primordial do Estado era a de defender a segurança não só do cidadão, mas, também, da propriedade. Os outros problemas sociais se solucionariam por intermédio da “mão invisível” do mercado¹⁸¹.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald bem resumem o referido momento histórico ao concluir que:

[...] a propriedade seria o espaço de liberdade e privacidade da pessoa, proibindo-se intervenções do Poder Judiciário capazes de restringir as faculdades de fruição e disposição pelo proprietário. A função do Estado mínimo consistia apenas em propiciar segurança e tranqüilidade ao cidadão.¹⁸²

Contudo, ao longo do século XX o Estado se deparou com a necessidade de flexibilização do direito de propriedade, sobretudo em virtude do avanço do socialismo. Dessa forma, viu-se uma profunda alteração no aludido direito, cujo exercício passou a se subordinar à consecução de sua função social¹⁸³.

A concepção egoística e individualista da propriedade sofrera gradativas modificações, dando espaço a um enfoque maior no aspecto da sua função social, a partir da

¹⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** *Op. cit.* p. 22.

¹⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Direitos reais.** *Op. cit.* p. 196.

¹⁸¹ *Idem, ibidem.*

¹⁸² *Idem,* p. 196-197.

¹⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral.** *Op. cit.* p. 71.

“Encíclica do Quadragésimo Ano”. Nessa carta, o papa Pio XI sustentou a necessidade de o Estado reconhecer a propriedade e defendê-la, entretanto, em função do bem comum¹⁸⁴.

Com isso, os efeitos da socialização permearam o século XX, alcançando a propriedade e o direito das coisas. Destaquem-se as restrições impostas à onipotência do proprietário, em virtude do predomínio do interesse público sobre o privado¹⁸⁵. Afinal, os valores da liberdade individual e da igualdade formal não seriam capazes de prosperar em cenário de extenso desequilíbrio econômico¹⁸⁶.

Vale ressaltar que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social obrigou a efetiva atuação do poder público, direcionada ao cumprimento de prestações positivas capazes de promover real igualdade entre todos. Isso demanda uma relativização das liberdades individuais, uma vez que a propriedade passa a ser objeto de condicionamentos de interesses coletivos e de não-proprietários¹⁸⁷.

Destarte, a constatação histórica mais importante para o trabalho se assenta no fato de que, a partir do novo regime jurídico ao qual a propriedade se sujeita no período contemporâneo, a sua subutilização ou o seu abandono em prejuízo a interesses coletivos, difusos ou públicos passaram a ser juridicamente reprováveis.

Em virtude do princípio da solidariedade, a relação jurídica da propriedade contemporânea impõe ao seu titular deveres individuais e difusos perante toda a coletividade, de maneira que o seu agir deve ser voltado não apenas para a satisfação de sua autonomia privada, mas, também, para um positivo conjunto de condutas funcionalizadas, capazes de equilibrar os interesses individuais e sociais sob o aspecto da sua ponderação, uma vez que tanto a propriedade como a sua função social passaram a ser direitos fundamentais¹⁸⁸.

Por fim, cumpre destacar alguns pontos da evolução do direito das coisas e da propriedade no Brasil, com o intuito de se conferir um preciso retrato desse ramo do direito civil no ordenamento jurídico nacional.

3.3.1 Evolução no Brasil

A propriedade privada imobiliária sofreu, no Brasil, um longo processo de saída do patrimônio público para ingresso na esfera privada. Cristiano Chaves de Farias e Nelson

¹⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** *Op. cit.* p. 22.

¹⁸⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais.** *Op. cit.* p. 360.

¹⁸⁷ *Idem,* p. 313.

¹⁸⁸ *Idem,* p. 770.

Rosenvald afirmam, inclusive, que os países da Europa ocidental não podem servir como paradigmas para o estudo de sua evolução, tendo em vista o Brasil, além de ser marcado por essa peculiaridade, não ter vivenciado período equivalente ao sistema feudal¹⁸⁹.

Os aludidos autores, ao mencionarem a pesquisa de Laura Beck Varela¹⁹⁰, atestam que a gradual apropriação do patrimônio da coroa portuguesa pelos particulares, no Brasil, deu-se por meio de três vias: (i) usucapião, (ii) cartas de sesmarias e (iii) posses sobre terras devolutas, com manifesta monopolização de terras por senhores de escravos, formando o chamado “latifúndio”, conhecido até hoje.

Na esteira da concepção liberalista clássica, o Código Civil de 1916 conferia prevalência às situações patrimoniais, cujos protagonistas eram o proprietário, o contratante e o marido. Além disso, por meio do absolutismo da propriedade e da liberdade de contratar, era permitido, à luz do referido diploma, o acúmulo de riquezas e a estabilidade do contexto econômico, preservando-se a serena passagem do patrimônio do pai aos filhos legítimos, no cenário de uma família eminentemente patrimonializada¹⁹¹.

Entretanto, o caráter social da propriedade, sobretudo no que diz respeito ao predomínio do interesse público sobre o privado, também encontrou fulcro na legislação infraconstitucional brasileira. Diversas leis, como as do inquilinato e a de proteção ao meio ambiente, o Código de Mineração e o Código Florestal, p. ex., estabelecem restrições ao direito de propriedade, além das limitações provenientes do direito de vizinhança e de cláusulas impostas nas liberalidades¹⁹².

Ora, a preponderância do interesse público sobre o privado, ao longo do século passado, irradia-se para todos os setores do direito, influenciando de maneira incisiva a formação do atual perfil do direito de propriedade, que deixou de ostentar as características de direito absoluto e ilimitado para se qualificar como um direito de finalidade social¹⁹³.

Talvez por isso a ideia de propriedade reproduzida pelo Código Civil de 2002 seja tão má vista por parte da doutrina. Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald criticam o fato de o aludido diploma legal enumerar, tão-somente, as faculdades essenciais que integram o domínio, demonstrando ter se utilizado de um singelo critério descriptivo da propriedade¹⁹⁴.

¹⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. *Op. cit.* p. 197.

¹⁹⁰ VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade. *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. *Op. cit.* p. 197.

¹⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. *Op. cit.* p. 197-198.

¹⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas**. *Op. cit.* p. 23.

¹⁹³ *Idem*, p. 22.

¹⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. *Op. cit.* p. 198.

Os aludidos autores complementam, ainda, sua crítica ao constatar que a noção de propriedade estatuída pelo referido Código, por intermédio da enumeração dos seus poderes, conduz a soluções pouco exatas, uma vez que limita o direito de propriedade a apenas um de seus tipos. Com efeito, “[...] este modelo estático **impede que a funcionalização do direito de propriedade possa alcançar as inúmeras manifestações proprietárias** que surgem das múltiplas formas de atuação das pessoas sobre as coisas”¹⁹⁵ (grifo nosso).

Por sua vez, no ordenamento constitucional brasileiro, a propriedade, desde a Constituição do Império, foi alvo de proteção sob a qualidade de direito fundamental. Até a Lei Maior de 1937, a única limitação constitucional se referia à desapropriação, isto é, à transferência obrigatória da propriedade para o Estado, com o objetivo de se concretizar o interesse público¹⁹⁶.

Já a Constituição de 1946, com espírito democrata e social, determinou que o uso da propriedade se condicionaria ao bem-estar social¹⁹⁷. Ressalte-se que o aludido diploma conferia ao legislador infraconstitucional a possibilidade de promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, o que reflete a feição social que contornava o direito de propriedade.

Além disso, por fim, as Constituições de 1967 e 1969, bem como a atual Constituição de 1988, abarcam o aspecto da função social com o objetivo de limitar o exercício do referido direito¹⁹⁸, o que, de certa forma, acaba por constituir um dos argumentos mais importantes para se defender a usucapião especial urbana por abandono do lar na ordem jurídica brasileira.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral.** *Op. cit.* p. 72.

¹⁹⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁹⁸ *Idem, ibidem.*

4 FAMÍLIA E PROPRIEDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO: HARMONIA COM A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR

Estabelecidas as orientações que fundamentam o presente trabalho, a tarefa que se impõe perpassa pela identificação dos princípios e valores dos regimes jurídicos da família e da propriedade que evidenciem a harmonia existente entre o sistema normativo brasileiro e a usucapião especial urbana por abandono do lar, comprovando a sua legitimidade em face do conjunto de regras e princípios vigentes no país.

Sendo assim, devem ser analisados, de maneira específica, os institutos jurídicos relacionados à família e à propriedade, por intermédio da ótica constitucional, com o objetivo de se justificar e sustentar a necessidade da criação e aplicação da referida forma de aquisição da propriedade imóvel, demonstrando, assim, a sua compatibilidade com a ordem jurídico-constitucional brasileira.

4.1 Família e o aspecto civil-constitucional: compatibilidade da usucapião especial urbana por abandono do lar com o ordenamento jurídico brasileiro

Vale ressaltar, *a priori*, que os princípios constitucionais são os ditames mais relevantes de qualquer sistema, contendo valores que devem estar presentes na aplicação de regras ou princípios setoriais. Portanto, mesmo que cada disciplina jurídica contenha um número significativo de princípios próprios, o diploma constitucional, quando de sua incidência à hipótese concreta, deve ser entendido como documento que consolida a unidade ao sistema, em um processo que vem sendo denominado de constitucionalização dos diferentes ramos do ordenamento¹⁹⁹.

Mencione-se que a constitucionalização do direito civil determina a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, tais como o livre desenvolvimento da personalidade, a igualdade substancial e o direito à diferença, a tutela da privacidade e a solidariedade familiar e social, todos reunidos e utilizados no âmbito do princípio maior de proteção à dignidade da pessoa humana²⁰⁰.

Nesse sentido, a compreensão constitucionalizada do direito de família determina que todos os seus princípios estejam relacionados diretamente e em sintonia com a legalidade

¹⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de direito civil contemporâneo**. *Op. cit.* Apresentação.

²⁰⁰ *Idem, ibidem.*

constitucional, seguindo as bases e fundamentos estabelecidos pelo sistema garantista da Constituição Federal²⁰¹.

Isso significa, dentre outros aspectos, que os princípios do direito de família devem, necessariamente, estar em constante conexão com a principiologia constitucional, de maneira a representar uma melhor aplicação do sistema civilista, aproximada de preceitos humanistas e com uma maior possibilidade de efetiva resolução da controvérsia de interesses privados²⁰².

Destarte, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram ser:

[...] possível inferir que, dada a sua generalidade e abstração, os princípios inspiram uma interpretação pautada nas diretrizes constitucionais, vinculando todo o sistema jurídico infraconstitucional, inclusive no que tange ao Direito das Famílias, conferindo novo conteúdo (essência) às regras positivadas nos mais diferentes diplomas normativos.²⁰³

Ciente dos elementos gerais da família no sistema normativo brasileiro e da necessidade de analisá-los a partir da ótica civil-constitucional, cumpre destacar quais são os princípios, valores e preceitos adotados pela *Lex Fundamentalis* e que são capazes de demonstrar a compatibilidade existente entre a usucapião especial urbana por abandono do lar e o ordenamento jurídico do Brasil.

4.1.1 Dignidade da pessoa humana

Prima facie, cumpre destacar que o direito civil, em virtude de todo o seu processo modificativo, ressurge como sistema jurídico fundamental de realização cotidiana da dignidade da pessoa humana, que passa a ter prioridade sobre as relações patrimoniais, hegemônicas nas codificações liberais²⁰⁴.

A antiga proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos é substituída pela tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus integrantes²⁰⁵, em especial no que se refere ao desenvolvimento de sua personalidade.

²⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Direitos reais**. *Op. cit.* p. 79.

²⁰² *Idem, ibidem*.

²⁰³ *Idem*, p. 79-80.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. *Op. cit.* p. 1.

²⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. *Op. cit.* p. 22.

Vale ressaltar que o respeito à dignidade humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, fora elevado à qualidade de comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988²⁰⁶, que configurou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social influenciou o constituinte a consagrá-la como valor nuclear de todo o sistema constitucional, elemento central do Estado Democrático de Direito²⁰⁷, conferindo-lhe o valor superior de alicerce da ordem jurídica democrática, de maneira que o sistema normativo se apóia e se constitui na dignidade humana²⁰⁸.

Destarte, esse princípio constitucional tem como objetivo garantir o respeito e a proteção da dignidade não apenas afirmando um tratamento humano e não degradante e oferecendo garantias à integridade física do ser humano. Em virtude do caráter normativo dos princípios constitucionais, faz-se necessária uma completa modificação do direito civil, que não pode mais se assentar em valores individualistas²⁰⁹.

Mencione-se, inclusive, que com essa consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (Constituição Federal, art. 1º, III), é reconhecida, atualmente, a transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada, com a alteração profunda da estrutura tradicional do direito civil, “na medida em que determinou o predomínio necessários das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais”²¹⁰.

Dessa forma, Maria Celina Bodin de Moraes ensina que:

Nesse ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que **terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei.** Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos [...], os não-proprietários [...], os membros da família [...], dentre outros.²¹¹ (grifo nosso)

Cumpre destacar, assim, que a instituição da usucapião especial urbana por abandono do lar representa, nada mais, verdadeira aplicação da dignidade da pessoa humana, pois

²⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de direito civil contemporâneo.** Op. cit. p. 1-60.

²⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Op. cit. p. 62.

²⁰⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. Op. cit. p. 14.

²⁰⁹ *Idem*, p. 15.

²¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Op. cit. p. 234.

²¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. Op. cit. p. 15.

parece clara a constatação de que sua finalidade principal consiste na proteção da vulnerabilidade humana configurada pelo abandono do lar de um dos integrantes principais da entidade familiar.

Outrossim, é imprescindível que se garanta ao cônjuge ou companheiro e aos demais integrantes da família abandonada condições para o exercício e desenvolvimento de sua dignidade pessoal, por intermédio da realização do valor intrínseco do indivíduo enquanto sujeito de direitos.

Nesse sentido, em um cenário de renovado humanismo, a vulnerabilidade da referida entidade familiar e de seus componentes obriga a instituição de direitos e prerrogativas em seu benefício. Essa é a razão principal da harmonia da aludida usucapião com os preceitos constitucionais, em face da fragilidade originada pelo abandono do lar, a qual enseja especial proteção normativa a essa família.

Além disso, se a humanidade das pessoas encontra fulcro na constatação de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, será contrário à dignidade da pessoa humana toda orientação que puder reduzi-la à condição de objeto²¹².

Com isso, ciente da importância da titularização de um patrimônio na sociedade contemporânea, é contrário à dignidade da pessoa humana não se conferir qualquer efeito patrimonial ao abandono do lar, de modo a reduzir os integrantes da família desamparada à condição de objeto, de meio para a manutenção da propriedade.

Ora, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandona o lar, caso detentor de direitos sobre o imóvel, utiliza o indivíduo desamparado como verdadeiro instrumento para a conservação do bem, cuja titularidade lhe outorga, muitas vezes, o conforto de não contribuir para a manutenção da estabilidade do agrupamento familiar. E a situação se agrava quando da existência de filhos, cujo pleno desenvolvimento demanda o efetivo exercício do poder familiar de ambos os pais.

Sendo assim, a manutenção dos direitos sobre o imóvel do ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandona a família constitui violação frontal à dignidade humana do indivíduo desamparado, tendo em vista sua redução à condição de objeto instrumentalizado para a conservação do bem de raiz.

²¹² *Idem*, p. 16.

Ademais, em se existindo conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, o fiel da balança, isto é, o elemento de ponderação e o objetivo a ser alcançado, é delimitado em benefício do conceito da dignidade humana²¹³.

Nesse sentido, ainda que exista conflito entre dois direitos fundamentais, quais sejam, a propriedade e a especial proteção familiar, cumpre asseverar a imposição de se estabelecer uma verdadeira ponderação entre ambos, em face do conteúdo da dignidade da pessoa humana. A partir da realização dessa ponderação chega-se à necessidade de se estabelecer a usucapião especial urbana por abandono do lar.

Por sua vez, Maria Berenice Dias assevera uma importante aplicação da dignidade humana, afirmando que na medida em que:

[...] a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.²¹⁴

Por isso, estando a pessoa humana no centro protetor do direito, a aquisição do domínio integral de bem imóvel por parte daquele que fora abandonado no agrupamento familiar mostra-se plenamente compatível com a ordem constitucional. Isso porque também o instituto da propriedade está ligado à realização da personalidade do ser humano enquanto sujeito de direitos, que merece proteção especial em face de sua situação de fragilidade oriunda do abandono.

Destarte, em sintonia com a dignidade humana e guardadas as devidas diferenciações, a propriedade contemporânea, assim como a família, carrega consigo a feição de instrumento voltado para a realização da dignidade e personalidade de seus titulares, de maneira que a usucapião especial urbana por abandono do lar emerge como instituto capaz de garantir efetividade a essa sua função.

Por seu turno, o princípio da dignidade humana não representa apenas uma restrição à atividade do Estado, configurando, também, um fundamento para a sua atuação positiva. O ente público, portanto, não tem somente o dever de abster-se da prática de atos que violem a

²¹³ *Idem*, p. 17.

²¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *Op. cit.* p. 63.

dignidade humana, mas também está obrigado a promovê-la, por intermédio de condutas ativas capazes de garantir o mínimo existencial para cada indivíduo²¹⁵.

Com efeito, a usucapião especial urbana por abandono do lar configura verdadeira materialização da promoção da dignidade humana realizada pelo Estado, uma vez que sua finalidade principal é a de garantir o mínimo existencial para a família desprotegida em face do abandono.

Vale mencionar que, na sociedade atual, a dignidade da pessoa humana constitui um direito que não é oponível tão-somente ao Estado, à sociedade ou a terceiros, mas a cada membro da própria família²¹⁶, o que reforça ainda mais a harmonia da referida forma de aquisição da propriedade imóvel com o ordenamento jurídico brasileiro.

Lembre-se que a família, tutelada pela Constituição, se mostra funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a formam²¹⁷. Sendo assim, é dever do Estado promover as condições necessárias à garantia da família como instrumento de realização existencial de seus membros. Dentre suas ações, portanto, percebe-se a criação da usucapião especial urbana por abandono do lar, verdadeira concretização do aludido princípio constitucional.

Por fim, faz-se mister ressaltar que esse princípio é o mais universal de todos, constituindo, consequentemente, um macroprincípio do qual se originam todos os demais: “liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”²¹⁸. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes constata serem corolários do conteúdo da dignidade da pessoa humana os princípios jurídicos da igualdade, da liberdade, da integridade física e moral – isto é, psicofísica – e da solidariedade²¹⁹.

Desse modo, cumpre destacar a grande importância dos dois últimos princípios como justificadores da necessidade da usucapião especial urbana por abandono do lar no direito brasileiro.

4.1.1.1 Integridade psicofísica

No que diz respeito à esfera cível, o princípio da proteção à integridade psicofísica da pessoa humana vem assegurando uma série de direitos da personalidade, tais como a vida,

²¹⁵ *Idem, ibidem.*

²¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** *Op. cit.* p. 61.

²¹⁷ *Idem*, p. 62.

²¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 62.

²¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. *Op. cit.* p. 17.

nome, imagem, honra, privacidade, corpo e identidade pessoal. Além disso, sua aplicação principal se refere ao direito à existência digna, tendo sido previsto pela Lei Fundamental, para tanto, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família²²⁰.

Nesse sentido, a exigência de se proteger o cônjuge ou companheiro abandonado por intermédio da usucapião especial urbana por abandono do lar encontra fundamento constitucional, com especial ligação ao direito à existência digna. Isso porque a propriedade, nesse caso, é definida como elemento capaz de atender às necessidades vitais básicas do indivíduo desamparado e de sua família.

Outrossim, o direito à integridade psicofísica é norteado por um caráter positivo, consubstanciado em uma série de situações que devem ser garantidas pelo Estado a todos os indivíduos, indistintamente. Dentre elas, inclui-se aquela que se refere ao direito à moradia, uma vez que não há que se falar em integridade psicofísica de pessoas sem o aludido direito²²¹.

O direito à moradia, entendido atualmente como dimensão fundamental da existência humana, vai além da ideia de prestação estatal ou particular e não se restringe, da mesma forma, a uma função de defesa. Isso porque o destinatário a um espaço essencialmente favorável à tutela de sua dignidade é a pessoa em si. Assim, tal direito deve ser encarado como categoria autônoma de direito da personalidade, com delimitação relacionada à imprescindibilidade do bem inerente à personalidade humana²²².

Mencione-se, portanto, que o direito à moradia guarda importante relação com a concretização da integridade psicofísica da pessoa humana. Ciente dessa constatação, o Estado, por intermédio da usucapião especial urbana por abandono do lar, garantiu ao indivíduo desamparado e à sua família proteção em face do abandono capaz de impedir essa concretização.

Desse modo, resta clara a comprovação de que a usucapião surge no direito brasileiro como decorrência explícita do direito à integridade psicofísica, o que atesta, assim, sua plena harmonia com o sistema normativo nacional. Isso porque o Código Civil restringe essa aquisição da propriedade aos imóveis utilizados para moradia do indivíduo desamparado ou de sua família, deixando claro que a medida não se aplica caso aquele seja proprietário de

²²⁰ *Idem*, p. 28-29.

²²¹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. ano VII. p. 229-267. jun. 2006.

²²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. *Op. cit.* p. 78.

outro imóvel urbano ou rural, o que indica que a sua finalidade é assegurar o direito à moradia.

Assim, a referida forma de aquisição da propriedade imobiliária posiciona-se no ordenamento jurídico como verdadeiro instrumento orientado para a concretização do direito à moradia e, em última análise, da integridade psicofísica da pessoa humana.

4.1.1.2 Solidariedade social e familiar

O princípio jurídico da solidariedade deriva da superação do individualismo jurídico, que, por seu turno, é a superação da maneira de pensar e viver a sociedade a partir da primazia dos interesses individuais, que influenciou os primeiros séculos da modernidade. Ressalte-se que, no desenvolvimento dos direitos humanos, os direitos sociais – incluindo-se o direito de família – passaram a concorrer com os direitos individuais e os direitos econômicos²²³.

No mundo contemporâneo, a busca pelo equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação entre os sujeitos mostram-se imprescindíveis, aparecendo, a solidariedade, como elemento conformador dos direitos subjetivos²²⁴. Dessa forma, a solidariedade enquanto valor adotado pelas Constituições do século XX é resultado desse novo ambiente, cujo paradigma fundamental deixou de ser a vontade individual, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca²²⁵.

Em relação ao Brasil, essa alteração de perspectiva se realizou em virtude do art. 1º, III da Constituição Federal “[...] e da nova ordem que ela instaura, calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial”²²⁶. Além disso, vale destacar que a regra basilar do princípio da solidariedade é encontrada no inciso I do artigo 3º da referida Lei Maior²²⁷.

Por sua vez, no que se refere especificamente à família, o aludido princípio é adotado como artefato decisivo no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada um dos seus membros) de proteção ao grupo familiar, bem como à criança e ao adolescente e às pessoas idosas²²⁸.

²²³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** *Op. cit.* p. 63. No que se refere ao Brasil, o mencionado autor ressalta que: “[...] A solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico; antes, era concebida como dever moral, ou expressão de piedade, ou virtude ético-teologal” (*Idem, ibidem*).

²²⁴ *Idem, ibidem*.

²²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. *Op. cit.* p. 44.

²²⁶ *Idem*, p. 45.

²²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** *Op. cit.* p. 63.

²²⁸ *Idem, ibidem*.

Nesse sentido, pode-se ressaltar, com fulcro na solidariedade social, a primeira identidade harmônica existente entre esse princípio constitucional e a usucapião especial urbana por abandono do lar. Isso porque a ordem jurídica brasileira estabelece a prioridade das situações existenciais sobre as situações patrimoniais. Sendo assim, a referida forma de aquisição da propriedade imóvel constitui instituto não apenas harmônico, mas necessário, frente à exigência constitucional de solidariedade social. Essa é uma clara aplicação do legislador ordinário da primazia das situações existenciais sobre as situações de ordem patrimonial.

A usucapião especial urbana por abandono do lar representa a concretização de diretrizes constitucionais prioritárias, dentre as quais a própria solidariedade social. A leitura do artigo 1.240-A do Código Civil, inclusive, demonstra a proteção da ordem jurídica ao cônjuge ou companheiro abandonado, por intermédio da aquisição da propriedade. Em outras palavras, faz-se mister compreender que a situação patrimonial é utilizada como instrumento para se conferir primazia à situação existencial.

Especificamente quanto à solidariedade, sua expressa referência feita pelo legislador constituinte brasileiro faz nascer em nosso sistema normativo um princípio jurídico inovador, que deve ser considerado não apenas no momento da elaboração da legislação ordinária e da realização de políticas públicas, mas também nas situações de interpretação e aplicação do direito²²⁹.

Outrossim, Maria Celina Bodin de Moraes assevera que:

Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a **obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”**. [...] É o conceito dialético de “reconhecimento” do outro.²³⁰

Dessa forma, a usucapião especial urbana por abandono do lar é decorrência da adoção da solidariedade social como valor constitucional. O desrespeito à obrigação moral identificada pela aludida autora, consubstanciado pelo abandono do lar, implica consequências no ordenamento jurídico, com o intuito de se proteger a figura humana, resultando no reconhecimento do outro.

²²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. *Op. cit.* p. 45-46.

²³⁰ *Idem*, p. 46-47.

Além disso, a mencionada autora constata que, do ponto de vista jurídico, o princípio constitucional da solidariedade identifica-se com o conjunto de instrumentos destinados à garantia de uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se constrói a partir da liberdade e da justiça, sem excluídos ou marginalizados²³¹. Em outras palavras, a solidariedade identifica-se com a usucapião especial urbana por abandono do lar, cuja finalidade precípua é assegurar uma existência digna à família, cônjuge ou companheiro abandonado.

Vale lembrar que a violação à solidariedade pode ser caracterizada por aquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização, abrangendo, portanto, os danos sofridos na esfera familiar nas mais diversas medidas²³², como, por exemplo, quando do abandono do lar. Com isso, a referida forma de aquisição da propriedade imóvel se posiciona na ordem jurídica como verdadeiro instrumento voltado para a proteção desse princípio constitucional.

Mencione-se que um dos elementos fundamentais da sociedade contemporânea encontra fundamento na própria solidariedade, isto é, na responsabilidade – do Estado, da sociedade e de seus indivíduos – pela existência social de cada um dos outros integrantes da sociedade²³³.

Diante dessa constatação, a usucapião especial urbana por abandono do lar assume a natureza de instituto relacionado à responsabilidade do Estado pela existência social dos indivíduos desamparados pelo próprio abandono do lar, em uma clara aplicação do princípio jurídico-constitucional da solidariedade.

Ademais, especificamente quanto às relações de família, a solidariedade do núcleo familiar deve ser entendida como uma “solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material”²³⁴. Pode-se perceber que o abandono do lar, portanto, significa ofensa ao aludido princípio, tanto no que diz respeito à assistência moral, quanto, sobretudo, à assistência material.

Dessa forma, o princípio da solidariedade familiar impõe que o Estado, em busca da proteção da família, dê origem a institutos capazes de combater essa ofensa, o que justifica a harmonia da usucapião especial urbana por abandono do lar com o sistema normativo brasileiro.

²³¹ *Idem*, p. 48.

²³² *Idem*, p. 50.

²³³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. *Op. cit.* p. 63.

²³⁴ *Idem*, p. 64.

4.1.2 Da tutela da confiança e a boa-fé objetiva

Como consequência do aumento da complexidade das relações estabelecidas na sociedade contemporânea e do entendimento de sua pluralidade, faz-se mister compreender a confiança como elemento fundamental na vivência humana, constituindo, portanto, objeto de necessário estudo do direito, uma vez que projeta seus efeitos para a esfera jurídica de todos os indivíduos.

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico protege a confiança depositada na conduta esperada entre os sujeitos, de maneira a efetivar a solidariedade social abarcada constitucionalmente, que se configura por intermédio da tutela da própria confiança. Isso significa que existe, no sistema normativo, um dever jurídico de não serem realizados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem²³⁵.

Nesse sentido, deve-se mencionar que “as relações civis [...] encontram o seu fundamento de validade contemporâneo no *proteger* das *expectativas justas e legítimas recíprocas existentes entre as pessoas*”²³⁶.

De início, portanto, já é possível perceber a grande influência da proteção da confiança no surgimento da usucapião especial urbana por abandono do lar. É cediça a constatação de que a constituição de uma família envolve, dentre outros valores, a confiança, a qual merece especial proteção do ordenamento jurídico nacional.

Confiança, inclusive, que se consubstancia na aparente certeza de que o outro cônjuge ou companheiro não adotará condutas contrárias à sua expectativa, como, p. ex., o abandono do lar. Com isso, a aquisição da propriedade imóvel em face de comportamento contrário ao interesse e aos anseios do sujeito desamparado demonstra a clara preocupação do legislador ordinário em proteger a confiança, efetivando uma determinação imposta constitucionalmente, por intermédio da mencionada adoção da solidariedade social.

Cumpre destacar que a proteção da confiança é necessária pelo fato de ela constituir a própria condição para a ocorrência das relações humanas em sociedade. A inexistência

²³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 140-141. Ressalte-se, contudo, o posicionamento do professor Anderson Schreiber, que, diante do amplo reconhecimento da aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, estabelece que a boa-fé objetiva como instrumento dessa aplicação “[...] não é apenas prescindível, mas inaceitável diante do risco de reedição da velha mentalidade civilística segundo a qual as normas constitucionais devem ser interpretadas, enquadradas e lidas à luz dos conceitos de direito civil” (SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de direito civil contemporâneo.** *Op. cit.* p. 437-458)

²³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 141.

dessa proteção implicaria um significativo enfraquecimento das relações jurídicas em virtude da possibilidade de um dos sujeitos surpreender o outro, o que remonta a épocas em que se admitia a lei do mais forte ou do mais esperto²³⁷.

Portanto, a referida usucapião deve ser encarada como uma verdadeira barreira a esse enfraquecimento das relações jurídicas, vez que protege o cônjuge ou companheiro abandonado da surpresa caracterizada pelo abandono do lar. Ressalte-se que essa proteção é imprescindível para o desenvolvimento das condutas humanas em sociedade, pois assegura a tutela das expectativas justas e legítimas existentes no âmbito familiar.

Nesse sentido, é necessário que as partes envolvidas, em qualquer relação civil, não lesem as expectativas oriundas de seu próprio comportamento. Isso porque o pluralismo de comportamentos adotados em diferentes relacionamentos origina esperanças recíprocas, cujo cumprimento mostra-se imprescindível para o bom desenvolvimento da sociedade²³⁸.

Especificamente no que diz respeito às relações entre particulares, a tutela jurídica da confiança emerge como única forma de proteção qualificada no comportamento humano. Desse modo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que:

[...] a confiança é alçada à altitude de paradigma (referencial) das relações privadas, sejam contratuais, sejam existenciais, estabelecendo *deveres jurídicos* (que não precisam estar expressos nos contratos ou nas normas positivas) que vinculam os sujeitos, vedando-lhes o comportamento contrário às expectativas que produziu no(s) outro(s), permitindo-se antever uma necessidade de compreender os diversos institutos jurídicos no âmbito familiarista à luz da tutela da confiança.²³⁹ (grifo nosso)

Com isso, a confiança, paradigma das relações jurídico-familiares, faz surgir para ambos os cônjuges ou companheiros o dever jurídico de não abandonar a família (e o lar), frustrando as expectativas e os anseios dos seus componentes. Sendo assim, a partir da compreensão da dignidade humana e do direito à existência digna à luz da tutela da confiança, pode-se afirmar que a usucapião especial urbana por abandono do lar representa instituto compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o nível de confiança existente no seio familiar é relevante para o desenvolvimento da personalidade e da realização pessoal dos seus membros²⁴⁰. Ciente de que

²³⁷ *Idem, ibidem.*

²³⁸ *Idem, p. 142.*

²³⁹ *Idem, ibidem.*

²⁴⁰ *Idem, ibidem.*

a família contemporânea configura instrumento para se alcançar os aludidos desenvolvimento e realização pessoal dos seus integrantes, a aplicação da confiança é dotada de força impositiva quando da análise de casos familiares, como aquele que se enfrenta no trabalho em questão.

Por fim, vale mencionar que a confiança no direito de família incide, obrigatoriamente, tanto nas relações existenciais quanto nas relações patrimoniais, conferindo efetividade aos valores constitucionais, sobretudo à dignidade da pessoa humana. Naquelas relações, a confiança é concretizada pelo afeto, enquanto que nestas é efetivada por intermédio da perspectiva da boa-fé objetiva²⁴¹.

4.1.2.1 Boa-fé objetiva e proibição de comportamento contraditório: dupla ocorrência para a proteção da entidade familiar

Não obstante o seu surgimento estar atrelado, unicamente, a relações patrimoniais, a boa-fé objetiva vem sofrendo grande expansão em seu âmbito de incidência, de maneira a se admitir, atualmente, sua aplicação no campo das relações existenciais. Com isso, a origem obrigacional de seu conceito não tem obstruído sua utilização em divergências inteiramente apartadas do campo patrimonial, como as que usualmente nascem na seara do direito de família²⁴².

Na esteira do desenvolvimento anterior relativo à confiança, a proibição de comportamento contraditório significa que alguém que se comporte em certo sentido não poder vir a contrariar, em momento posterior, esse comportamento inicial, fraudando a legítima confiança originada em outrem, sob pena de violação à boa-fé objetiva²⁴³.

Dessa forma, a boa-fé objetiva, pelo fato de conter valores essenciais, de conteúdo generalizante, deve ser alcançada à qualidade de princípio geral a ser priorizado em todo o direito e nas mais variadas espécies de relações jurídicas, inclusive no que se refere às relações familiares, não sendo possível restringi-la, tão-somente, a relações obrigatoriais²⁴⁴.

Ademais, cumpre destacar que, como decorrência da aplicação da boa-fé objetiva no âmbito familiar, o *venire contra factum proprium* e a *suppressio e surrectio* são preceitos

²⁴¹ *Idem*, p. 143.

²⁴² SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Op. cit.* p. 441.

²⁴³ *Idem*, p. 445.

²⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 145.

civilistas que também fundamentam a instituição da usucapião especial urbana por abandono do lar, conforme se depreende do estudo que será realizado a seguir.

4.1.2.2 Proibição de comportamento contraditório

Em face da proibição de comportamento contraditório, não se pode admitir que o cônjuge ou companheiro abandone o lar, contrariando as expectativas do indivíduo desamparado na construção e constituição de uma entidade familiar. Sendo assim, a usucapião especial urbana por abandono do lar, com fundamento na boa-fé objetiva, emerge como instituto capaz de proteger-lhe a confiança lesada.

Como já mencionado, as relações de família impõem que os sujeitos respeitem a observância de comportamento ético, coerente, não dando origem a indevidas expectativas e esperanças no outro. É um legítimo dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas²⁴⁵.

No que diz respeito à proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), sabe-se que ela é uma modalidade de abuso de direto que surge da violação ao princípio da confiança. Sua função principal é a de impedir que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, depois de ter produzir, em outra pessoa, certa expectativa. Essa é a proibição da inesperada alteração de comportamento, contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, lesando as expectativas de terceiros. “Enfim, é a consagração de que *ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa*”²⁴⁶.

Com isso, a usucapião especial urbana por abandono do lar assenta-se na necessidade de se respeitar a boa-fé objetiva, por intermédio da proibição de comportamento contraditório. Isso porque o ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandona o lar não pode se opor à dignidade humana da pessoa desamparada, à solidariedade familiar e ao direito à existência familiar digna, valores que a ele se vinculam como decorrência de fato para cuja criação concorreu ao constituir a entidade familiar.

Sendo assim, a referida forma de aquisição da propriedade imóvel configura resultado dessa oposição, como instrumento para se efetivar a devida tutela que merece a confiança do indivíduo abandonado.

²⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. *Op. cit.* p. 78.

²⁴⁶ FARIAZ, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 146.

Ainda em relação ao *venire contra factum proprium*, Aldemiro Rezende Dantas Junior²⁴⁷, citado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, estabelece, de maneira precisa, o seu conceito, ao afirmar que esse instituto nada mais é do que:

[...] uma sequência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um deles podendo ser omissivo ou comissivo e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida [...].

Dessa forma, faz-se mister compreender que são elementos essenciais para a proibição de comportamento contraditório: (i) uma conduta inicial, (ii) a legítima confiança despertada em virtude dela, (iii) um comportamento contraditório em face da aludida conduta e (iv) um prejuízo, efetivo ou potencial, resultante da contradição²⁴⁸.

No âmbito da usucapião especial urbana por abandono do lar, cumpre destacar que, quando da sua adequada configuração, absolutamente todos esses elementos são concretizados, sobretudo quando a análise leva em conta a finalidade e a essência do artigo 1.240-A do Código Civil.

Os dois primeiros elementos restam caracterizados pela constituição da família, a qual dá margem ao surgimento de legítimas expectativas relacionadas à sua manutenção e, em especial, ao desenvolvimento da personalidade e dignidade de seus membros. Por sua vez, os dois últimos elementos também são efetivados, uma vez que em virtude do comportamento contraditório caracterizado pelo abandono do lar tem-se como resultado o prejuízo aos integrantes da família desamparada, sobretudo no que se refere à dignidade humana, ao direito à sua existência digna e à integridade psicofísica.

Por outro lado, a análise da referida situação regulada pelo Código Civil demonstra a possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva, consubstanciada na proibição de comportamento contraditório, quando da análise da perspectiva em que se encontrará a família em momento posterior ao abandono do lar.

Não se pode admitir a manutenção do direito de propriedade ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar por período indeterminado no tempo. Além de legitimar o

²⁴⁷ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé. *apud*. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 146.

²⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 146-147.

descumprimento de diversos valores constitucionais, reunidos na necessidade de se garantir a dignidade da pessoa humana e uma especial proteção à família, essa manutenção significa flagrante afronta ao princípio da boa-fé objetiva.

Como a aludida usucapião gera efeitos apenas nas hipóteses em que ocorra o abandono do lar, mostra-se clara a existência de conduta inicial do cônjuge ou companheiro, tendo em vista o referido abandono. Ressalte-se, assim, que esse indivíduo renunciou à vivência familiar e às obrigações patrimoniais dela resultante, de maneira a originar uma legítima confiança, no cônjuge ou companheiro desamparado, de que deverá reestruturar sua vida sem a presença daquele.

Dessa forma, tendo em vista a concretização do abandono, o indivíduo desamparado reestrutura sua vida com a certeza de que não mais terá a presença do ex-cônjuge ou ex-companheiro, planejando todas as suas ações, relacionadas, ressalte-se, à sua dignidade humana, conforme essa legítima expectativa. Legítima expectativa, vale mencionar, reforçada em virtude de o abandono perdurar por longos dois anos, o que, por si só, já é capaz de consubstanciar a confiança tutelada pela ordem jurídica.

Destarte, não se pode admitir que, após decorrido o aludido lapso temporal, o ex-cônjuge ou ex-companheiro retorne ao lar ou demonstre o interesse em retomar a convivência familiar, sem que haja qualquer consequência em relação ao seu direito de propriedade sobre imóvel destinado à moradia do indivíduo desamparado.

Vale ressaltar que esse retorno caracteriza claro comportamento contraditório, proibido pelo *venire contra factum proprium*. Ora, o abandono do lar por ininterruptos dois anos cria no outro a justa e legítima expectativa de que o ex-cônjuge ou ex-companheiro renunciou tacitamente aos direitos sobre a propriedade imóvel, de maneira que não lhe será possível, em momento posterior, a reivindicação desses direitos em sede jurisdicional.

Sendo assim, em face do enorme prejuízo configurado pela conduta inicial do ex-cônjuge ou ex-companheiro, sobretudo no que se refere à dignidade da pessoa humana, ao direito à existência digna e à integridade psicofísica dos indivíduos desamparados, a usucapião especial urbana por abandono do lar deve ser encarada como uma verdadeira concretização do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista a proibição de comportamento contraditório por parte do sistema normativo brasileiro.

4.1.2.3 *Supressio e surrectio: abuso de direito*

Prima facie, mencione-se que a *supressio* e a *surrectio* são expressões utilizadas para se designar o fenômeno caracterizado pela supressão de situações jurídicas específicas em virtude do decurso do tempo, impedindo o exercício de direitos, sob pena de configuração de abuso. Está a se falar, portanto, da inadmissibilidade do exercício de certas situações jurídicas por seu retardamento, fazendo nascer para outro sujeito uma expectativa²⁴⁹.

A *supressio* é o fenômeno da perda de determinada faculdade jurídica decorrente do decurso do tempo. Por seu turno, a *surrectio* está relacionada a consequência inversa, isto é, ao aparecimento de uma situação de vantagem para alguma pessoa em virtude do não exercício por outrem de um certo direito, atenuada a possibilidade de vir a exercê-lo em momento posterior²⁵⁰.

Não obstante a aproximação da *supressio* do *venire contra factum proprium*, uma vez que ambos atuam como elementos de preservação da confiança alheia, deve-se ressaltar uma diferença importante. Isso porque enquanto no *venire* a confiança é definida em relação à conduta antecedente, na *supressio* as expectativas são resultado da injustificada inércia do titular do direito por considerável lapso temporal, acrescentando-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não seria mais exercido²⁵¹.

Ademais, faz-se mister compreender que, assim como a proibição de comportamento contraditório, não existe qualquer dúvida sobre a possibilidade de se adotar, no direito de família, a aplicação da *supressio* e da *surrectio*, consubstanciando hipóteses de abuso de direito²⁵² a partir da projeção de seus efeitos para o ordenamento jurídico como um todo.

Ciente dessas constatações, a usucapião especial urbana por abandono do lar deve ser encarada como instituto derivado da aplicação da *supressio* nas relações familiares, com a finalidade de se evitar a perpetração de abuso de direito originado pelo próprio abandono do lar.

Sendo assim, em virtude, frise-se, da aplicação da *supressio*, o legislador ordinário – em atenção aos diversos princípios, regras e valores constitucionais anteriormente apontados – estabeleceu, com a referida usucapião, a perda do direito de propriedade do ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandona o lar, tendo em vista o decurso de dois anos ininterruptos, evitando, assim, a configuração do abuso de direito na relação familiar.

²⁴⁹ *Idem*, p. 149.

²⁵⁰ *Idem*, p. 150.

²⁵¹ *Idem, ibidem*.

²⁵² *Idem, ibidem*.

Nesse contexto, o legislador não levou em consideração apenas os direitos patrimoniais decorrentes da tutela do domínio, os quais, sob a ótica da família abandonada, por si só, já se referem a interesses existenciais concernentes à vida digna e à realização pessoal de seus membros²⁵³. Mais ainda, está a se falar da garantia da concretização da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da integridade psicofísica e de uma série de outros interesses existenciais que dizem respeito a valores adotados pela Lei Maior.

Destarte, como está se tratando da família e da propriedade à luz da Constituição, devem ser mencionados os ensinamentos de Vladimir Mucury Cardoso, no sentido de que:

[...] numa visão civil-constitucional, os valores que inspiram o ordenamento jurídico, e cuja violação no exercício de um direito caracteriza o abuso, devem ser buscados na tábua axiológica insculpida na Constituição [...]. Nessa perspectiva, destaca-se a necessidade de respeito aos interesses existenciais que se encontram em jogo numa determinada situação jurídica, na qual se insira o direito que se pretende exercer. A inobservância desses interesses, no exercício do direito, ocasiona o desmerecimento de tutela do ato, que se tornará ilegítimo por configurar abuso do direito.²⁵⁴

O direito de propriedade, sobretudo em virtude da determinação constitucional de que o seu exercício esteja em sintonia com sua função social, abarca não apenas interesses de ordem patrimonial, mas, também, interesses existenciais, consubstanciados na consecução da dignidade humana, da solidariedade, da integridade psicofísica etc. O abandono do lar caracteriza verdadeira inobservância a esses interesses, o que, por si só, gera o desmerecimento de tutela do direito de propriedade, que passa a ser considerado ilegítimo, em virtude de caracterizar abuso do direito.

Com isso, em atenção às finalidades sociais da ordem jurídica, a perda da propriedade nesse contexto se justifica como meio necessário à concretização de valores constitucionais e à garantia de proteção da família desamparada, em face da iminente caracterização do abuso de direito por parte do ex-cônjuge ou ex-companheiro. Sendo assim, é possível estabelecer mais um argumento capaz de demonstrar a harmonia existente entre a usucapião especial urbana por abandono do lar e o sistema normativo brasileiro.

²⁵³ CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva Civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de direito civil contemporâneo**. Op. cit. p. 61-110. Ressalte-se que esses argumentos foram utilizados pelo autor para a análise do problema do exame de DNA para investigação da paternidade, de maneira que podem ser expandidos para o tema sob análise, uma vez que ambas as problemáticas se referem, sobretudo, à garantia de interesses existenciais e de direitos da personalidade.

²⁵⁴ *Idem*, p. 89.

4.1.3 Especial proteção à família

Prima facie, cumpre destacar que a proteção do Estado à família é, hodiernamente, um princípio universalmente aceito e adotado nas Constituições da maioria dos países espalhados pelo mundo, pouco importando o sistema político ou ideológico sob o qual se assentam. Deve-se mencionar que a família atual passou a ter a proteção do Estado, que se consubstancia em um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e a toda sociedade²⁵⁵.

Especificamente quanto ao Brasil, segundo Ronaldo Poletti, a família sempre esteve sob a proteção do poder público, conforme se proclamou em todas as Constituições, desde a do Império, quando a religião católica romana era a oficial e o único casamento reconhecido como tal deveria ser dotado de fundamento religioso²⁵⁶.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, ao proclamar que a família é a base da sociedade, estabelece a principal limitação ao Estado no que diz respeito ao regime jurídico familiar. Isso porque a família não pode ser violada injustificadamente pela sua atuação, uma vez que se estaria atingindo a base da sociedade a que serve esse próprio ente público²⁵⁷.

No entanto, existem situações que são retiradas da decisão privativa da família, casos em que se mostram presentes orientações de interesse social ou público, de maneira que a intervenção do Estado se mostra imprescindível²⁵⁸. Dentre essas situações deve ser ressaltada a usucapião especial urbana por abandono do lar.

Tendo em vista a imposição constitucional de que a família merece especial proteção do Estado, a referida forma de aquisição da propriedade imóvel emerge como clara decorrência de sua aplicação, porquanto guarda em seu cerne o valor da garantia do interesse público, isto é, dos valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, em detrimento do interesse privado, ou seja, do direito de propriedade do ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandona o lar.

Sabe-se que o abandono do lar expõe a entidade familiar e os seus indivíduos a uma série de situações prejudiciais à sua dignidade e existência, de maneira que a aludida usucapião posiciona-se no ordenamento jurídico brasileiro como verdadeiro instrumento capaz de concretizar essa proteção, o que, por si só, já seria capaz de fundamentar a sua constitucionalidade e harmonia com o sistema normativo nacional.

²⁵⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. *Op. cit.* p. 17.

²⁵⁶ POLETTI, Ronaldo. *Constituição Anotada*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 506.

²⁵⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. *Op. cit.* p. 35.

²⁵⁸ *Idem, ibidem*.

Por sua vez, a partir da adoção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a milenar proteção da família como instituição e unidade de reprodução de valores culturais éticos e religiosos é substituída pela tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus componentes²⁵⁹.

Ademais, o direito de família é o ramo mais humano do direito. Sendo assim, qualquer pensamento relativo a seus preceitos aplicáveis na contemporaneidade deve ser permeado pelas determinações dos Direitos Humanos²⁶⁰, cujo alicerce também está diretamente relacionado ao exercício de direitos.

Com isso, Carlos Roberto Gonçalves, utilizando-se dos ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira, ressalta que:

[...] a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família [...]. “Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas”.²⁶¹ (grifo nosso)

Assim, à luz da Constituição, a especial proteção que merece a família impõe a sua tutela no que diz respeito aos mais variados aspectos, dentre os quais os patrimoniais. Portanto, a usucapião especial urbana por abandono do lar emerge como providência necessária em face dos preceitos relativos ao direito de família e da mudança na forma milenar de se protegê-la, em especial quando a análise tem como alicerce a dignidade da pessoa humana.

4.1.4 Repersonalização das relações de família: valorização do interesse da pessoa humana em face de suas relações patrimoniais

Outro argumento capaz de demonstrar a harmonia da usucapião especial urbana por abandono do lar com o ordenamento jurídico brasileiro se refere à repersonalização das

²⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família.** *Op. cit.* p. 22.

²⁶⁰ *Idem, ibidem.*

²⁶¹ *Idem, ibidem.*

relações de família, fenômeno jurídico-social, segundo Paulo Lôbo, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que as suas relações patrimoniais²⁶².

Nesse sentido, a grande preocupação com os interesses patrimoniais que influenciou o direito de família tradicional não pode ser defendida frente à família atual, vinculada a outros interesses de ordem pessoal ou humana, tipificados por um elemento nuclear distinto, consubstanciado pela afetividade. Esse elemento determina o suporte fático da família protegida pela Constituição, acarretando no aludido fenômeno da repersonalização²⁶³.

Cumpre destacar, no entanto, que não se está propondo um retorno ao individualismo liberal. Pelo contrário, o desafio que se impõe é a construção da capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de uma relação jurídica²⁶⁴.

Sendo assim, “[...] a pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo fator de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar”²⁶⁵. Isso porque a primazia da pessoa, nas relações familiares, na garantia do desenvolvimento da afetividade, é a principal condição de adequação do direito à realidade²⁶⁶.

Mencione-se que o direito de família regula direitos de três feições: pessoais, patrimoniais e assistenciais, ou ainda, matrimoniais, parentais e protecionistas. Quando do desenvolvimento de relações jurídicas, esses direitos são modulados em situações de caráter eminentemente pessoal, não podendo haver a predominância dos interesses patrimoniais²⁶⁷.

Desse modo, o surgimento da referida forma de aquisição prescritiva decorre, diretamente, do movimento de repersonalização das relações familiares, no sentido de que o respeito à dignidade da pessoa humana dos indivíduos desamparados e à solidariedade familiar – dentre outros princípios e valores – confere primazia aos interesses existenciais em face do interesse patrimonial representado pelo direito de propriedade do ex-conjuge ou ex-companheiro que abandona o lar.

Por sua vez, parece óbvio que as relações de família também são dotadas de natureza patrimonial. Tanto é assim que o trabalho discute a usucapião de uma propriedade imóvel inserida no seio familiar. Contudo, quando essa natureza passa a ser determinante ocorre a desnaturalização da função da família, como meio para o desenvolvimento pessoal e afetivo

²⁶² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. *Op. cit.* p. 22.

²⁶³ *Idem*, p. 25-26.

²⁶⁴ *Idem*, p. 26.

²⁶⁵ *Idem, ibidem*.

²⁶⁶ *Idem, ibidem*.

²⁶⁷ *Idem*, p. 22-23.

de seus membros²⁶⁸. Sendo assim, a referida usucapião aparece como um verdadeiro escudo frente a esse movimento, garantindo a função familiar de instrumento para a realização da dignidade de seus membros.

4.2 Da harmonia com o regime jurídico da entidade familiar

Uma análise do regime jurídico da família à luz da Constituição permite concluir que a usucapião especial urbana por abandono do lar encontra harmonia com o sistema normativo brasileiro em virtude, sobretudo, da: (i) dignidade da pessoa humana, (ii) proteção à integridade psicofísica, (ii) solidariedade social e familiar, (iii) boa-fé objetiva e tutela da confiança, (iv) proibição de comportamento contraditório, (v) aplicação da *supressio*, (vi) necessidade de especial proteção à família e (vii) repersonalização das relações familiares.

A sua instituição é fruto da aplicação da dignidade da pessoa humana, vez que sua finalidade principal consiste na proteção da vulnerabilidade humana configurada pelo abandono do lar. Assim, a propriedade contemporânea assume a feição de instrumento voltado para a realização da dignidade e personalidade de seus titulares, de maneira que a usucapião por abandono do lar emerge como instituto capaz de garanti-la efetividade.

Como não há que se falar em integridade psicofísica sem a concretização do direito à moradia, o Estado garantiu ao sujeito desamparado e à sua família proteção em face do abandono capaz de impedir essa concretização. Por outro lado, com fulcro na solidariedade social, a usucapião assume a natureza de instituto relacionado à responsabilidade do Estado pela existência social dos indivíduos desamparados pelo abandono do lar.

Além disso, a referida usucapião é fundamentada pelo respeito à boa-fé objetiva – por meio da proibição de comportamento contraditório – e pela aplicação da *supressio* nas relações familiares, com a função de se evitar a perpetração do abuso de direito originado pelo abandono do lar.

Por fim, vale destacar que o surgimento da referida forma de aquisição prescritiva decorre do movimento de repersonalização das relações familiares. Isso porque o respeito à dignidade da pessoa humana dos indivíduos desamparados e à solidariedade familiar confere primazia aos interesses existenciais em face do interesse patrimonial representado pelo direito de propriedade do ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandona o lar.

²⁶⁸ *Idem*, p. 25.

5 PROPRIEDADE E O ASPECTO CIVIL-CONSTITUCIONAL: COMPATIBILIDADE DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De início, cumpre destacar que o condicionamento da tutela do domínio à consecução dos interesses sociais relevantes, e, sobretudo, à observação da dignidade da pessoa humana, vem reformando o direito de propriedade, de maneira a conformar os interesses proprietários com os diversos interesses não-proprietários, compatibilizando, da mesma forma, os interesses patrimoniais àqueles de caráter existencial²⁶⁹.

Com isso, a propriedade vem auferindo uma nova função no sistema civil-constitucional brasileiro, qual seja, a de servir de garantia de acesso e conservação daqueles bens imprescindíveis ao desenvolvimento de uma vida digna, quer na esfera dos bens públicos, quer na esfera dos bens privados²⁷⁰, abrangendo, portanto, o bem imóvel que pode ser alvo da usucapião abordada no trabalho.

Ademais, os argumentos relativos à propriedade capazes de fundamentar a harmonia da aludida forma de aquisição prescritiva com o ordenamento jurídico brasileiro abordarão questões relativas à sua limitação, seja em virtude de sua função social, de sua função individual ou até mesmo de seu caráter instrumental, como verdadeiro meio utilizado pelo Estado para a garantia, a todos os indivíduos, do acesso ao mínimo existencial.

Nesse sentido, o legislador ordinário, ao instituir a referida usucapião, de acordo com o sistema normativo constitucional pertinente à propriedade, estabeleceu algumas limitações ao exercício de seu direito, no interesse da coletividade, do próprio individuo desamparado e de sua família.

Vale ressaltar que, ao contrário do que se pode imaginar, as limitações ao direito de propriedade não são uma criação do direito moderno, uma vez que já na Antiguidade o proprietário não era considerado onipotente. Até mesmo no direito romano vigoravam determinações que restringiam aquele direito. Como bem constata Arnoldo Wald, a diferença de tempos anteriores para o momento atual é que “a importância dessas restrições tem aumentado à medida que se intensifica a interdependência entre os homens e entre eles se consolida a solidariedade social”²⁷¹.

²⁶⁹ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. ano VI. n. 6. p. 101-119. jun. 2005.

²⁷⁰ *Idem*, p. 117.

²⁷¹ WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das coisas**. *Op. cit.* p. 149.

Destarte, a partir dessa visão é possível abordar a garantida da propriedade privilegiada à luz dos princípios, regras e valores constitucionais, porquanto plenamente a serviços do seu objetivo fundamental, isto é, o pleno desenvolvimento da pessoa humana²⁷², que deve servir de base para o entendimento da compatibilidade da usucapião especial urbana por abandono do lar com o sistema normativo brasileiro.

5.1 Função social da propriedade

O princípio da função social da propriedade não tem uma origem muito clara. Alguns afirmam que sua formulação foi realizada por Augusto Comte, cabendo a Léon Duguit, no começo do século XX, desenvolver sua postulação. Como resultado da influência que sua obra exerceu nos autores latinos, Léon Duguit é considerado o pioneiro da ideia de que os direitos apenas se legitimam em virtude da sua missão social. Assim, “o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário”²⁷³.

O aludido autor constatou que a propriedade não é mais direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do titular da riqueza mobiliária e imobiliária. Assim, não é um direito absoluto, mas em contínua mudança, que deve se adequar à necessidade social a que se encontre vinculada²⁷⁴.

Com isso, as novas constituições remodelaram o direito de propriedade. De uma perspectiva absoluta, fundamentada pelo liberalismo exacerbado do Código de Napoleão, ela ainda é considerada um direito individual, mas cujo exercício não se dá somente para fins egoísticos, e, sim, de maneira a possibilitar utilidades e benefícios não apenas para o titular do direito, mas para a sociedade em geral²⁷⁵.

Portanto, é possível identificar o primeiro ponto de contato entre a função social da propriedade e a usucapião especial urbana por abandono do lar. É certo que a propriedade é um direito individual, mas seu exercício deve sempre estar voltado à concretização de benefícios para a sociedade, mesmo porque, em não se coadunando com os interesses sociais relevantes, não é digna de tutela como tal²⁷⁶.

²⁷² SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Op. cit.* p. 117.

²⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** *Op. cit.* p. 244.

²⁷⁴ *Idem*, p. 244-245.

²⁷⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 804.

²⁷⁶ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Op. cit.* p. 106. Nesse sentido, os autores afirmam que “A garantia da propriedade não tem incidência, portanto, nos casos em que a propriedade não atenda a sua função social, não se conforme aos interesses sociais relevantes cujo atendimento representa o próprio título de atribuição de poderes ao titular do domínio [...].” (*Idem*, p. 107).

Essa é a instrumentalização da propriedade, que deixa de ser considerada como um fim em si mesmo para funcionar como meio para a consolidação de valores sociais. A referida forma de aquisição prescritiva, assim, representa o resultado dessa constatação, no sentido de que a proteção da pessoa humana e da entidade familiar concretiza a função social da propriedade, porque intrinsecamente ligada a um valor social constitucionalizado, isto é, à especial proteção que merecem os sujeitos de direitos fundamentais e a família.

Além disso, o Estado não pode se omitir em face do ordenamento sociológico da propriedade. É necessária a criação de instrumentos legais eficazes e justos, a fim de se conferir utilidade a todo e qualquer bem²⁷⁷, sobretudo a partir da perspectiva da concretização de valores constitucionais, incluindo-se o direito à existência digna, à integridade psicofísica e a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Cumpre mencionar que o bem não utilizado ou mal utilizado significa permanente razão de inquietação social. Isso sem falar que a sua não utilização adequada e condizente com a ordem jurídica da propriedade faz nascer a violência social²⁷⁸. Assim, o instituto da usucapião especial urbana por abandono do lar tem como função a busca por uma justa utilização da propriedade imóvel.

O juiz deve sempre proferir suas decisões tomando-se por base a função social de todos os bens. Do mesmo modo que inexiste perspectiva de direito para o homem só, não existe perspectiva de propriedade, como instituto social e jurídico, que passa a ser analisada indevidamente. É cediça a constatação de que “[...] a justa aplicação do direito depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual”²⁷⁹.

A referida forma de aquisição da propriedade imóvel configura tal ponto de equilíbrio, vez que o interesse individual do cônjuge ou companheiro que abandona o lar por ininterruptos dois anos não pode se perpetuar em face dos interesses coletivos relacionados à família e sua especial proteção propugnada pelo texto constitucional. Sendo assim, a perda da propriedade, como decorrência, dentre outros aspectos, da sua função social, dá-se como resultado da prevalência, nessas situações, do interesse coletivo sobre o interesse individual.

Por sua vez, mais do que constatar a harmonia existente entre o regime jurídico brasileiro da propriedade e a usucapião especial urbana por abandono do lar, cumpre destacar que a sua instituição é uma obrigação, visto que toda e qualquer propriedade deve cumprir a sua função social, de acordo com o próprio texto constitucional (art. 5º, XXIII).

²⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas. 2001. p. 141.

²⁷⁸ *Idem, ibidem*.

²⁷⁹ *Idem*, p. 141-142.

Vale mencionar que a função social da propriedade já está consolidada no sistema normativo brasileiro. Não há que se falar em garantia da propriedade desvincilhada de sua conformação aos interesses sociais. “Em outras palavras, não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre sua função social”²⁸⁰.

Outrossim, Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino asseveram que:

[...] A função social compõe a propriedade. A propriedade é, ao menos neste sentido, função social [...]. Não há, assim, que se falar em um espaço mínimo, ao qual a propriedade de cada indivíduo se retraria, para manter-se imune ao avanço do interesse social. A função social é, antes, capaz de moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina [...], o fundamento de atribuição dos poderes ao titular.²⁸¹

Destarte, o fundamento principal da referida usucapião é encontrado no próprio conteúdo da propriedade. O seu escopo é delimitado por exigências sociais, dentre as quais, a especial proteção à pessoa humana e à família, a solidariedade familiar, o direito à integridade psicofísica, etc. Sendo assim, os direitos inerentes à propriedade encontram fundamento na sua própria função social, que por sua vez fundamenta a usucapião especial urbana por abandono do lar.

Contudo, não está se conferindo uma priorização da função social sobre a garantia da propriedade, isto é, não está sendo elaborada uma hierarquização de normas constitucionais. Pelo contrário, o entendimento perpassa, tão-somente, por uma interpretação sistemática da Lei Fundamental, que estabelece como foco os valores existenciais e solidários, “a cuja concreta realização não apenas a propriedade, mas todas as situações jurídicas subjetivas devem se direcionar”²⁸².

Com isso, não se está relativizando a propriedade sem qualquer fundamento jurídico. Pelo contrário, a constitucionalidade da usucapião especial urbana por abandono do lar é embasada, justamente, em virtude de regras e princípios positivados pelo legislador constituinte e encontrados em todo o sistema normativo brasileiro.

²⁸⁰ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Op. cit.* p. 105.

²⁸¹ *Idem*, p. 106.

²⁸² *Idem*, p. 106-107.

A propriedade como um direito ilimitado não é mais admitida. A Constituição Federal assegura o seu direito desde que exercido em sintonia com sua função social. Diversos são os dispositivos constitucionais e legais, inclusive, que caracterizam essa limitação ao direito de propriedade²⁸³, como, p. ex., o artigo 1.240-A do Código Civil, isto é, a usucapião especial urbana por abandono do lar.

Vale constatar que a propriedade é um dos pilares do sistema socioeconômico do Estado. A sua importância ultrapassa a seara dos direitos individuais, encontrando incidência, também, na ordem econômica e social, o que torna plenamente justificável a obrigatoriedade de cumprimento dos anseios tanto do proprietário quanto da sociedade. Aquele pode usá-la, gozá-la e dispô-la, além de poder reavê-la de quem injustamente a detenha, desde que o exercício do direito corresponda aos anseios da sociedade, uma vez que as consequências do bom ou mau uso da propriedade projetar-se-ão sobre ela²⁸⁴.

Desse modo, Fabio Ulho Coelho constata que o poder de usar a coisa, assim como os demais poderes mencionados, não é ilimitado, devendo amoldar-se à função social da propriedade. Em outras palavras, o seu exercício não deve originar qualquer prejuízo aos interesses metaindividualis privilegiados pela ordem jurídica²⁸⁵, dentre os quais a especial proteção da família estabelecida no texto constitucional.

Isso significa que a usucapião especial urbana por abandono do lar configura, apenas, um limite ao exercício da propriedade, fundamentado na busca da concretização do interesse coletivo de proteger o indivíduo e a família, garantindo as condições para a manutenção do seu mínimo existencial.

5.2 Função individual da propriedade: concretização de sua função social

Costuma-se dizer que a propriedade privada é tutelada no âmbito constitucional pelo fato de representar, ao lado da garantia do emprego e do salário justo e dos serviços públicos, um dos meios de os sujeitos proverem seu sustento e o de sua família. Esse aspecto da propriedade privada instrumentalizada à contribuição para o sustento das pessoas configura a sua função individual²⁸⁶.

Cumpre mencionar que o interesse do proprietário assegurado pelo plano constitucional diz respeito a essa função. Em outras palavras, a lei não pode criar obstáculos

²⁸³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil.** *Op. cit.* p. 805.

²⁸⁴ *Idem, ibidem.*

²⁸⁵ COELHO, Fábio Ulho. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral.** *Op. cit.* p. 79.

²⁸⁶ *Idem, p. 72.*

para que o titular tenha em sua propriedade uma das fontes de sustento próprio e de sua família, sob pena de caracterizar flagrante constitucionalidade. Além disso, assegurado o cumprimento da função individual, o uso da propriedade deve se compatibilizar com os demais interesses a ela relacionados²⁸⁷.

Desse modo, nos casos em que o cônjuge ou companheiro abandona o lar, é necessária a tutela da entidade familiar desamparada, que encontrará fundamento, também, na propriedade, levando-se em consideração a sua função individual de prover o sustento da família. Com isso, a usucapião especial urbana por abandono do lar deve ser compreendida como meio para a garantia da função individual da propriedade ao agrupamento familiar abandonado, independentemente do seu número de integrantes, uma vez que é dever constitucional do Estado assegurar a sua especial proteção.

Ressalte-se que a garantia da função individual da propriedade terá como consequência a concretização de sua função social. Isso porque, no caso da referida forma de aquisição prescritiva, a função individual da propriedade estará diretamente relacionada à proteção da dignidade humana e dos valores por ela abrangidos, de maneira que restarão concretizados os interesses coletivos traduzidos pelo âmbito da função social da propriedade, consubstanciados na especial proteção à entidade familiar.

Nesse momento, cumpre destacar uma das vertentes dos direitos reais que se mencionou anteriormente²⁸⁸. Por não constituírem fim em si mesmo, tais direitos não se prestam, de maneira única, para garantir ao seu titular poder sobre a coisa. Pelo contrário, o direito real também emerge como instrumento garantidor da consecução de interesses privados, nas situações e nos limites previstos pelo ordenamento jurídico.

Sendo assim, a aquisição de um direito real, por intermédio da usucapião especial urbana por abandono do lar, eleva a propriedade à qualidade de instrumento garantidor da consecução de interesses privados, em especial aqueles que se referem à garantia de um mínimo existencial, ao desenvolvimento da personalidade dos membros da família abandonada e à proteção da sua dignidade humana.

Frise-se que isso implica dizer que o direito real deve ser entendido de acordo com as finalidades previstas em lei para todos os direitos que com ele se relacionam. Em sendo o ordenamento jurídico um conjunto de sistemas integrados pela interdisciplinaridade, não há que se falar em exercício do direito real pautado exclusivamente pelo poder jurídico sobre a

²⁸⁷ *Idem, ibidem.*

²⁸⁸ Veja página 42 e seguintes.

coisa, mas, também, pelas finalidades intrínsecas previstas por cada direito protegido pelo sistema normativo.

E quais são as finalidades intrínsecas previstas por cada direito protegido pelo sistema normativo? Ora, são aquelas já amplamente exploradas ao longo de todo o presente trabalho: (i) garantia da dignidade da pessoa humana; (ii) solidariedade social e familiar; (iii) direito à integridade psicofísica; (iv) direito ao mínimo existencial; (v) tutela da confiança; (vi) boa-fé objetiva; (vii) especial proteção à família; (iv) função social e individual da propriedade...

5.3 Direito de propriedade como acesso ao mínimo existencial

É cediça a constatação de que, em sua origem, o direito civil assentou-se, sobretudo, na proteção patrimonial. A propriedade e os contratos constituíam o alicerce de um regime voltado à apropriação e conservação de bens. A efetivação dos direitos fundamentais se dava com o livre estabelecimento de relações particulares, frente a um Estado mínimo, observador inerte do jogo de mercado²⁸⁹.

Contudo, nos últimos cem anos, modificações graduais ocorreram nesse cenário, dentre as quais, a implantação de uma tábua de valores constitucionais capazes de exigir uma reconstrução do estatuto patrimonial das relações privadas, voltado, agora, à concretização da dignidade, solidarismo e igualdade substancial. “A urgência se revela na determinação da preponderância da pessoa em relação ao patrimônio”²⁹⁰.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana assume a função de defensora da integridade humana, sob o plano da personalidade e, também, no que diz respeito à esfera patrimonial, quanto à preservação das condições materiais mínimas de humanidade, isto é, o denominado patrimônio mínimo²⁹¹.

Pelo fato de o ser humano necessitar de uma vida digna, faz-se mister compreender que o mínimo existencial se refere ao mínimo sociocultural de uma vida saudável, com possibilidade de concretização de escolhas que atendam ao efetivo desenvolvimento da personalidade²⁹². Nesse sentido, de acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

²⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. **Direitos reais.** *Op. cit.* p. 215-216.

²⁹⁰ *Idem*, p. 216.

²⁹¹ *Idem, ibidem*.

²⁹² *Idem*, p. 217.

O art. 6º da Constituição Federal, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 26/2000, acrescentou um direito social fundamental em prol de todos os brasileiros, o direito de moradia. Os direitos sociais são dotados de dimensões positivas e negativas. A esfera positiva demanda prestações estatais jurídicas e materiais, como a garantia do acesso irrestrito à moradia.²⁹³

Com isso, a lei nº 12.424 de 2011, que instituiu a usucapião especial urbana por abandono do lar, representa a atuação positiva do Estado em face da necessidade de se garantir o direito à moradia dos indivíduos que com ela se relacionem. Isso é ressaltado pelo fato de a referida forma de aquisição da propriedade ter como requisitos o fato de o imóvel se destinar à moradia, demonstrando, assim, a clara escolha do Estado brasileiro de reconhecer o direito de propriedade como acesso ao mínimo existencial, em harmonia com os valores constitucionais.

5.4 Da harmonia com o regime jurídico da propriedade

Uma análise do regime jurídico da propriedade à luz da Constituição permite concluir que a usucapião especial urbana por abandono do lar encontra harmonia com o sistema normativo brasileiro em virtude, sobretudo, da: (i) sua função social, (ii) sua função individual, como instrumento voltado para a concretização de sua função social e (iii) do direito de propriedade como acesso ao mínimo existencial.

A referida forma de aquisição prescritiva demonstra que a proteção da pessoa humana e da entidade familiar concretiza a função social da propriedade, por intermédio da tutela do interesse coletivo de proteger o indivíduo e a família. Além disso, ela deve ser compreendida como meio para a garantia da função individual da propriedade à família abandonada, uma vez que é dever constitucional do Estado assegurar a sua especial proteção.

Ademais, a referida forma de aquisição da propriedade imóvel representa a atuação positiva do Estado em face da necessidade de se garantir o direito à moradia dos indivíduos que com ela se relacionem. Isso é ressaltado pelo fato de, para a sua configuração, ser necessário que o bem de raiz se destine à moradia, demonstrando, assim, a clara escolha do Estado brasileiro em reconhecer o direito de propriedade como acesso ao mínimo existencial, em harmonia com os valores constitucionais.

²⁹³ *Idem, ibidem.*

6 USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR

Desde junho de 2011 está em vigor, no Brasil, um novo modo de aquisição da propriedade imobiliária, a usucapião especial urbana por abandono do lar²⁹⁴. Inserida no Código Civil, por intermédio do artigo 1.240-A acrescentado pela lei nº 12.424 de 16 de junho de 2011, que estabelece disposições acerca do programa habitacional Minha Casa Minha Vida do governo federal, a referida usucapião vem desafiando os juristas e estudiosos do direito, principalmente quanto aos seus efeitos no ordenamento jurídico nacional.

As primeiras impressões apontam para a conclusão de que, transcorrido determinado lapso temporal, o cônjuge ou companheiro que abandona o lar pode ter a sua meação referente ao imóvel usucapida pelo outro que permanecer exercendo a sua posse, desde que estejam caracterizadas as demais exigências estabelecidas na lei.

A partir da leitura do aludido artigo 1.240-A, é possível elencar, como requisitos cumulativos e necessários para a ocorrência da usucapião: (i) posse, (ii) prazo de dois anos ininterruptos, (iii) imóvel urbano comum, (iv) abandono do lar e (v) a destinação desse imóvel para moradia da pessoa desamparada ou de sua família. Sendo assim, cumpre analisar cada um dos requisitos, com o intuito de se estabelecer o atual retrato da usucapião especial urbana por abandono do lar no sistema normativo brasileiro.

6.1 Posse

A usucapião, de forma geral, pode ser conceituada como um modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais, em virtude da posse prolongada da coisa, desde que cumpridos os demais requisitos legais²⁹⁵. Sendo assim, pode-se perceber que, independentemente da modalidade de usucapião, é imprescindível a existência da posse para a sua configuração.

À margem de toda a discussão relativa às teorias da posse, sabe-se que pela letra do Código Civil, que se filiou à teoria objetiva de Ihering²⁹⁶, o possuidor é aquele que, em seu

²⁹⁴ Vale destacar que o *nomen iuris* do instituto não está pacificado na doutrina, sendo por vezes denominado de usucapião pro-família, usucapião familiar, usucapião especial por abandono do lar ou usucapião conjugal. Todas essas terminologias se referem à usucapião tratada no presente estudo.

²⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais.** *Op. cit.* p. 396.

²⁹⁶ Pelo fato de o trabalho mencionar aspectos contemporâneos do direito civil, cumpre destacar os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald referentes às teorias clássicas da posse, no sentido de que: “[...] nos dias atuais, no âmbito de uma sociedade plural, as teorias de Savigny e Ihering não são mais capazes de explicar o fenômeno possessório à luz de uma teoria material dos direitos fundamentais. Mostram-se

próprio nome, exterioriza certas faculdades da propriedade, seja ele proprietário ou não. O conceito de posse, porém, que melhor se adéqua à usucapião especial urbana por abandono do lar engloba os elementos permanência, habitação e produção econômica sustentável, ou seja, é orientado pela visão da posse em sintonia com seus fins sociais²⁹⁷.

Vale mencionar que segundo as teorias sociológicas da posse ela não é tão-somente um apêndice da propriedade ou sua mera aparência. Pelo contrário, deve ser reinterpretada de acordo com os valores sociais nela impregnados, como um verdadeiro poder fático de ingerência socioeconômica sobre determinado bem da vida²⁹⁸.

E quais seriam os valores sociais impregnados na posse capazes de resultar na configuração da usucapião especial urbana por abandono do lar? Ora, todos aqueles já anteriormente mencionados, quais sejam: (i) dignidade da pessoa humana; (ii) solidariedade social e familiar; (iii) boa-fé objetiva; (iv) especial proteção à família; (v) função social da propriedade; (vi) direito ao mínimo existencial; (vii) direito à moradia etc.

Dessa forma, a primeira consideração pertinente à análise do requisito posse perpassa pelo seu entendimento como fenômeno de relevante influência social, modulado, sobretudo, por princípios, regras e valores constitucionais que fundamentam a harmonia da mencionada usucapião com o ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Ana Rita Vieira de Albuquerque²⁹⁹, citada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o instituto da posse:

[...] não pode deixar de receber esse influxo constitucional, adequando as suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função de instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira emanção da personalidade humana e que, por isso mesmo, é ainda mais comprometido com os próprios fundamentos e objetivos do Estado Democrático e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é imprescindível que, no contexto da usucapião especial urbana por abandono do lar, seja realizada a tutela da posse como direito especial, tendo em vista a própria relevância do direito de possuir, em sintonia com a previsão constitucional do direito

envelhecidas e dissonantes da realidade social presente. Surgiram ambas em momento histórico no qual o fundamental era a apropriação de bens sob a lógica do ter em detrimento do ser [...]." (*Idem*, p. 66).

²⁹⁷ *Idem*, p. 67.

²⁹⁸ *Idem*, p. 74.

²⁹⁹ ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de. Da função social da posse. *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais.** *Op. cit.* p. 75.

social primário à moradia e o acesso aos bens mínimos capazes de conceder dignidade à pessoa humana³⁰⁰, conferindo-lhe uma existência digna.

O Estado brasileiro, em atenção aos preceitos constitucionais anteriormente mencionados, decidiu tutelar a situação jurídica caracterizada pela posse do indivíduo desamparado no âmbito familiar, estabelecendo requisitos para que do seu exercício decorresse a aquisição da propriedade imóvel destinada à moradia, em virtude, sobretudo, da função social da posse no direito contemporâneo.

Ademais, vale salientar que a posse analisada insere-se na figura da posse real, uma vez que configura decorrência da titularidade da propriedade imobiliária pertencente ao casal que originara a entidade familiar. Nesse sentido, o indivíduo desamparado exercerá a posse sobre o imóvel abandonado pelo cônjuge ou companheiro e cuja propriedade seja com ele dividida, demonstrando, assim, a necessidade de aquela derivar de uma situação de titularidade da propriedade imóvel objeto da referida usucapião.

Por sua vez, cumpre destacar que o dispositivo legal em análise não se contenta com a simples posse do indivíduo desamparado. Pelo contrário, o texto da lei exige que ela seja direta e, além disso, exercida com exclusividade.

Quanto ao primeiro elemento, Carlos Roberto Gonçalves ressalta que a clássica distinção entre posse direta e indireta nasce da ramificação da posse plena, em uma clara aplicação da teoria objetiva de Ihering. Por isso, é possível a distinção entre a posse direta (ou imediata) e a posse indireta (ou mediata)³⁰¹.

O proprietário pode usar e gozar a coisa, direta e pessoalmente, por intermédio do exercício de todos os poderes abrangidos pelo seu direito, nele se confundindo as posses direta e indireta. Por seu turno, é possível, também, que se transfira o direito de usar a coisa para terceiro. Assim, a posse é dissociada, de maneira que o titular do direito real fica com a posse indireta e aquele mantém a posse direta³⁰².

Desse modo, para que seja possível a ocorrência da usucapião especial urbana por abandono do lar, é imprescindível que a posse do indivíduo desamparado seja exercida de maneira direta. Isso significa que não se pode admitir desdobramentos da posse, de forma que reste àquele tão-somente a posse indireta.

³⁰⁰ *Idem*, p. 75. Ressalte-se que o autor não se refere à posse na usucapião especial urbana por abandono do lar, mas à posse como um todo.

³⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** *Op. cit.* p. 79-80.

³⁰² *Idem*, p. 80. Destaque-se que a divisão da posse em direta e indireta encontra-se muito bem definida no artigo 1197 do Código Civil.

Em outras palavras, o indivíduo desamparado não pode transferir, por negócio jurídico ou por qualquer outro meio, a outrem o direito de usar a coisa, dando-a em usufruto, em comodato, em penhor, em enfiteuse, etc. Essa constatação ratifica a natureza social da referida usucapião, vez que confere primazia à dignidade humana da pessoa abandonada em detrimento do caráter patrimonialista existente na tutela dos direitos reais.

Além disso, deve-se combater a constatação de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, segundo a qual o legislador, pelo fato de se utilizar da expressão “posse direta” para delinear a situação jurídica do cônjuge que continua no lar comum, não se importou com a boa técnica, em virtude de não existir relação de direito obrigacional ou real entre o casal³⁰³.

Nesse sentido, os autores ressaltam que “[...] o correto é entender que um dos compossuidores se converte em possuidor exclusivo e, posteriormente, no concurso de todos os requisitos legais, único proprietário”³⁰⁴.

Com a devida vênia, a necessidade de posse direta é extremamente importante para se defender a harmonia do aludido instituto com o ordenamento jurídico brasileiro. Ora, um dos preceitos fundamentais capazes de sustentar essa compatibilidade é o direito à moradia. Tanto é assim que o próprio texto legal exige que o bem imóvel objeto da usucapião especial urbana por abandono do lar tenha como destinação a moradia.

Com isso, não se pode defendê-la nas situações em que a posse do indivíduo desamparado se configure de maneira indireta. Isso porque a situação demonstraria, em regra, uma utilização do imóvel com destinação diferente daquela exigida em lei, isto é, desvinculada da moradia. Portanto, não há que se falar em ausência de boa técnica por parte do legislador ordinário.

Por fim, para que seja possível a aludida usucapião, a lei exige que a posse seja personalíssima, o que significa que a sua configuração depende da caracterização do exercício da posse exclusiva sobre o bem imóvel. Mencione-se que a posse é exclusiva nos casos em que só existe um único possuidor. Com isso, uma única pessoa, física ou jurídica, tem, sobre a mesma coisa, posse plena, direta ou indireta³⁰⁵. No caso da referida usucapião, portanto, é necessária a posse exclusiva direta, por expressa disposição legal.

Nesses termos, caso o abandono se configure, mas o âmbito familiar seja recomposto pela existência de um novo indivíduo, de maneira que a situação demonstre tratar-se de hipótese de composse, em que duas ou mais pessoas exercem, simultaneamente, poderes

³⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais.** *Op. cit.* p. 466.

³⁰⁴ *Idem, ibidem.*

³⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** *Op. cit.* p. 82.

possessórios sobre a mesma coisa, não há que se falar em usucapião especial urbana por abandono do lar. Por óbvio, essa constatação, diante do caso concreto, pode abrigar importantes exceções.

Essa consequência, aliás, parece estar em sintonia com a natureza do aludido instituto. Na sociedade contemporânea, o cônjuge ou companheiro – qualquer que seja o seu sexo – antes de abandonar o lar, costuma contribuir com o pagamento das despesas econômicas e com a concretização dos valores familiares positivados na Constituição. Em certa medida, a referida usucapião é utilizada como instrumento para se evitar o prejuízo à dignidade humana das pessoas desamparadas, em virtude dessa importância do indivíduo que deixa o lar.

Nos casos em que a família passa a ser integrada por um novo membro, capaz de preencher os aludidos anseios, não há mais que se falar em proteção da entidade familiar por intermédio da aquisição da propriedade, uma vez que restaria configurada a perda do objeto da referida usucapião, qual seja, a proteção da família em face dos prejuízos àqueles anseios, oriundos do abandono do lar.

6.2 Prazo de dois anos ininterruptos

Em relação ao lapso temporal exigido para a aquisição da propriedade por intermédio da usucapião especial urbana por abandono do lar, é necessário o transcurso do prazo de dois anos a partir do abandono do lar. Ressalte-se que esse é o prazo mais breve de usucapião no direito brasileiro, superando, inclusive, os três anos para a usucapião de bens móveis³⁰⁶.

Nesse contexto, a situação mais importante quanto ao prazo para se usucapir perpassa pelo entendimento do marco inicial de sua contagem. A compreensão mais adequada leva à conclusão de que o decurso do tempo apenas começará a fluir quando da vigência da lei nº 12.424/11, isto é, a partir de 16 de junho de 2011³⁰⁷.

Esse é o mesmo raciocínio que preponderou quando da instituição da usucapião urbana pela Constituição Federal de 1988 e da usucapião coletiva urbana pela lei nº 10.257/01, prevalecendo, portanto, os princípios da segurança jurídica e da confiança. Nesse sentido, “[...] não pode haver efeito surpresa pelo legislador em face do co-titular do bem com

³⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais.** *Op. cit.* p. 465.

³⁰⁷ *Idem*, p. 466.

a criação de um novo modelo jurídico, sob pena de confisco e grave lesão ao direito de propriedade”³⁰⁸.

Esse é o posicionamento, inclusive, aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal em novembro de 2011, como se pode perceber a partir da leitura de seu Enunciado nº 498³⁰⁹. Outrossim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante afirmação de Adriano Marteleto Godinho, autor da proposta do enunciado, no sentido de que:

Não se pode admitir que os casais que já tiveram os seus laços afetivos extintos antes da edição da Lei n. 12.424/11 venham a invocar de imediato a figura. Assim, somente a partir da entrada em vigor da norma, que ocorreu em 16 de Junho deste ano [2011], será possível iniciar a contagem do lapso temporal exigido pelo legislador, sob pena de se comprometer a segurança jurídica e surpreender o ex-cônjuge ou ex-companheiro a quem se impute o abandono do lar.³¹⁰

Por fim, vale destacar a exigência da lei no sentido de que, durante o aludido prazo, o indivíduo desamparado exerça a sua posse sem oposição, o que significa que caso haja alguma disputa judicial a respeito da propriedade imobiliária do antigo casal não há que se falar em usucapião especial urbana por abandono do lar.

Desse modo, caso o ex-cônjuge ou ex-companheiro abandone o lar e não queira perder o seu direito sobre o bem de raiz, é necessário movimentar a tutela jurisdicional, seja propondo uma ação de divórcio ou até mesmo uma ação de separação judicial, demonstrando a sua intenção de resolver a situação da dissolução da entidade familiar, evitando que o indivíduo ou a família abandonada sofra com as circunstâncias do caso.

6.3 Imóvel urbano comum

Para a ocorrência da usucapião especial urbana por abandono do lar é necessário, também, que os cônjuges ou companheiros sejam comproprietários e compossuidores de um bem imóvel. Além disso, aquele que exercer a pretensão, isto é, o indivíduo desamparado, não

³⁰⁸ *Idem, ibidem.*

³⁰⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 498.** Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/Compilacao%20enunciados%20aprovados1.pdf>>. Acesso em: 18.04.12. “498) A fluência do prazo de 2 anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011.”

³¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais.** *Op. cit.* p. 467.

pode ostentar a titularidade de qualquer outro bem de raiz em território nacional, sendo desnecessário analisar essa circunstância no patrimônio do ex-convivente³¹¹.

Por disposição legal, é imprescindível que a propriedade seja dividida por ambos os cônjuges ou companheiros, não sendo possível cogitar a aquisição de imóvel não abarcado pelo regime de bens do casamento ou pelos efeitos da união estável. Sendo assim, por mais que esteja configurado o abandono, não há que se falar em usucapião de propriedade cujo indivíduo desamparado não tenha titularidade. Isso significa que não se pode admiti-la nas hipóteses de casamento pelo regime de separação absoluta.

Por sua vez, o fracionamento da propriedade pode ser decorrência tanto do matrimônio pela comunhão universal de bens, como pela aquisição onerosa realizada por um dos cônjuges após o casamento pelo regime da comunhão parcial, ou até mesmo por intermédio da demonstração do esforço comum no regime da separação obrigatória. Em relação à união estável, mister se faz a coabitacão, a qual pressupõe a convivência exigida em lei para a sua caracterização³¹².

Ademais, a referida usucapião não é configurada quando a hipótese demonstra se tratar de imóvel de terceiros, isto é, cuja titularidade não seja ostentada por ambos os cônjuges ou companheiros. Ainda que o casal exerça a composse direta desse imóvel não é possível admitir a usucapião especial urbana por abandono do lar, uma vez que os seus efeitos restringem-se a ambos os cônjuges ou companheiros.

Essa é uma determinação oriunda, sobretudo, da aplicação do princípio da segurança jurídica. Não é possível projetar os efeitos da aludida usucapião a terceiros, tendo em vista a própria finalidade da lei e a constatação de que o prazo da usucapião especial urbana – previsto no artigo 1.240 do Código Civil – a qual pode incidir sobre imóvel de terceiros, é de cinco anos.

Portanto, admitir a usucapião por abandono do lar incidente sobre imóvel de terceiro significaria um verdadeiro desvio em relação aos princípios e valores familiares que lhe dão fundamento, além de violar frontalmente a segurança jurídica, uma vez que, em relação a terceiros, o prazo definido em lei para se usucapir imóveis urbanos é de cinco anos.

Por fim, a usucapião especial urbana por abandono do lar apenas pode ser concretizada nos casos de imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados. Essa exigência legal, inclusive, gera muita discussão, tendo em vista as críticas no sentido de que se estaria conferindo privilégios às classes de pessoas mais abastadas.

³¹¹ *Idem*, p. 464.

³¹² *Idem, ibidem*.

Contudo, essas críticas não têm o condão de deslegitimar a aludida usucapião como importante instrumento de efetivação de valores constitucionais. Pouco importado se os destinatários da norma legal são ricos ou pobres, a constatação mais evidente é a de que a lei vem beneficiar, em maioria, as pessoas menos favorecidas. Isso porque quando o indivíduo detém certa capacidade econômica, em ocorrendo a dissolução da entidade familiar, logo há a procura por um advogado, de maneira a solucionar, de plano, a questão patrimonial.

Na maioria dos casos, a dúvida quanto ao aspecto do patrimônio familiar perdura nas situações de dissolução da família sem condições econômicas, de modo que a utilização da referida usucapião tende a se concretizar com maior incidência nessas ocasiões.

6.4 Abandono do lar

Prima facie, mencione-se que o elemento central da usucapião em análise se assenta na compreensão do abandono do lar. Aliás, talvez seja esse o requisito mais polêmico adotado pelo legislador ordinário, em especial por supostamente retomar a discussão da culpa na dissolução da entidade familiar, totalmente superada no ordenamento jurídico brasileiro desde a Emenda Constitucional nº 66 de 2010.

Deixando-se de lado as questões polêmicas, há que se reconhecer que o elemento abandono do lar é imprescindível para a demonstração da harmonia da usucapião especial urbana por abandono do lar com o sistema normativo brasileiro, sobretudo pelo fato de realizar a aproximação entre os princípios e valores pertinentes ao regime jurídico familiar e a aquisição da propriedade imóvel.

Sua importância é tão grande que, em questões processuais, por exemplo, a competência para o julgamento da ação de usucapião por abandono do lar pertence à vara de família. Com isso, cumpre destacar quais as suas principais implicações, objetivando uma melhor definição dos seus efeitos na ordem jurídica brasileira.

6.4.1 Da inexistência de discussão a respeito da culpa

De início, vale salientar que a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 revogou todas as determinações estabelecidas em normas infraconstitucionais referentes à separação e às causas de separação, como, p. ex., o artigo 1.573 do Código Civil, que abarcava, dentre os

motivos capazes de configurar a impossibilidade de comunhão de vida, o abandono voluntário do lar conjugal³¹³.

Desse modo, a nova redação atribuída pela aludida emenda à Lei Fundamental, em seu artigo 226, §6º, leva à adequada conclusão de que a ordem constitucional brasileira é orientada, quanto à dissolução da entidade familiar, pelo princípio da ruptura e não mais pelo princípio da culpa, resguardando-se a vida privada do casal³¹⁴, em uma clara alusão ao movimento de afirmação da intervenção mínima do Estado nas relações familiares.

Com isso, o Estado não deve interferir no âmbito familiar, preservando o espaço de autodeterminação afetiva de cada pessoa humana integrante do seu núcleo, aceitando a busca da realização plena e da felicidade, por intermédio das opções e comportamentos. Sendo assim, a presença estatal nas relações de família justifica-se, apenas, para garantir a proteção especial dedicada aos seus componentes³¹⁵.

Ora, a usucapião especial urbana por abandono do lar encontra plena sintonia com esse movimento de intervenção mínima do Estado. Isso porque com a sua criação o ente estatal não está se imiscuindo indevidamente na esfera familiar, uma vez que o tão-só abandono prolongado do lar já justifica e legitima a sua atuação no sentido de tutelar os direitos dos componentes da família desamparada.

Destarte, em nenhum momento é cogitada a necessidade do elemento culpa. Pelo contrário, busca-se efetivar a especial proteção à família e ao indivíduo desamparado, em atenção aos princípios e valores constitucionais amplamente analisados no presente trabalho.

É cediça a constatação de que o direito de família contemporâneo vem se edificando como a expressão mais clara de uma relação jurídica privada, submetida, por consequência, ao exercício da autonomia privada dos indivíduos³¹⁶. No entanto, não se pode conceder a essa autonomia feições absolutas, no sentido de desconsiderar os demais princípios e valores constitucionais que incidem sob todas as relações familiares.

Até porque, sob a égide do direito de família mínimo, a ingerência estatal apenas é admitida nos casos em que tenha como fundamento a proteção dos sujeitos de direito, em especial daqueles vulneráveis, como a criança, o adolescente³¹⁷ e, inclusive, o cônjuge ou companheiro desamparado pelo abandono do lar.

³¹³ *Idem*, p. 465.

³¹⁴ *Idem, ibidem*.

³¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. *Op. cit.* p. 158.

³¹⁶ *Idem*, p. 157.

³¹⁷ *Idem, ibidem*.

Não se pode conferir à autonomia privada dos integrantes do agrupamento familiar, consubstanciada na figura do abandono do lar, natureza absoluta, sob a falsa premissa de que a sua análise circunscreverá as disposições relativas à culpa. Isso porque não é possível olvidar que o abandono tem como consequência a vulnerabilidade de pessoas dotadas de dignidade humana, cuja proteção por parte do Estado é um dever constitucional.

Ressalte-se que em nenhum momento a discussão é orientada pela culpa no abandono do lar. Pelo contrário, ela se assenta nas consequências oriundas desse abandono, isto é, na proteção de sujeitos de direitos fundamentais. Não há que se falar, em qualquer hipótese, na concretização da culpa para a aquisição da propriedade, mas, sim, na concretização de princípios e valores constitucionais.

Além disso, a argumentação de que a referida usucapião resgata os liames da culpa no direito de família não deve prevalecer frente ao direito constitucional à moradia. A análise do abandono do lar deve ser feita em cada caso, além de totalmente desvinculada do questionamento da culpa pelo fim da relação. Pelo contrário, o questionamento deve perpassar pela análise das condições existenciais mínimas da família ou indivíduo desamparado, independentemente do elemento culpa no abandono do lar.

Se o indivíduo abandona o lar, por mais de dois anos, voluntariamente, sem que sua presença seja sentida pelos demais membros da família, não é possível condenar a usucapião especial urbana por abandono do lar sob o fundamento de se estar conferindo efeitos jurídicos à culpa. Esse argumento viola frontalmente a Constituição Federal, especialmente no que se refere ao direito à existência digna e à dignidade humana, vez que caracterizaria obstrução à concretização desses preceitos constitucionais em face de uma suposta arguição infundada da culpa, em nenhum momento suscitada pelo legislador infraconstitucional.

Frise-se, novamente, que a referida forma de aquisição da propriedade prescinde de qualquer discussão a respeito da culpa, de modo que sua relevância está assentada no abandono voluntário, material e afetivo, capaz de impedir que os indivíduos da família desamparada possam ver concretizados as regras e princípios constitucionais anteriormente elencados. Tanto é assim que nos casos em que a entidade familiar é desfeita, mas o cônjuge que deixa o lar continua a prestar auxílios de ordem afetiva e material aos demais integrantes da família não há que se falar na referida usucapião.

Suscitar a culpa como elemento capaz de fundamentar a inconstitucionalidade da usucapião especial urbana por abandono do lar significa, nada mais, defender o retrocesso patrimonialista que figurou no direito de família clássico. Isso porque implica deixar de lado todos os princípios, regras e valores constitucionais pertinentes à família e ao indivíduo em

detrimento de questões patrimoniais, em uma clara abdicação dos contornos do direito civil contemporâneo.

6.4.2 Caracterização

Cumpre ressaltar que o abandono, na seara dos direitos reais, é o ato material em que o proprietário desfaz-se da coisa, em virtude de não desejar mais ser seu dono. Pelo fato de não constituir ato expresso, deve decorrer de atos exteriores que comprovem a manifesta intenção de abandonar, sendo insuficiente o mero desprezo físico pela coisa, caso não acompanhado de marcas evidentes do ânimo de desistir da propriedade³¹⁸.

Em resumo, o mero desuso não implica abandono. É imprescindível a sua conjugação ao elemento psíquico, por intermédio da análise do real interesse do titular de se desfazer da propriedade. Sendo assim, no que diz respeito a bens imóveis, a sua análise se torna muito difícil, uma vez que sua configuração não se dá pelo simples fato de alguém fechar a sua casa. Pode-se afirmar, portanto, que o abandono não é presumido, devendo decorrer de atos que virtualmente o contenham³¹⁹.

Desde logo, porém, vale mencionar que o abandono do lar no âmbito da usucapião em destaque não se confunde com o referido abandono do imóvel que dá causa à perda da propriedade. Muito embora exista certa semelhança entre as duas figuras, a configuração do abandono do lar depende da ocorrência de outros fatores, atrelados ao regime jurídico do direito de família contemporâneo.

Destarte, o abandono do lar é o abandono material voluntário da família, que não é consubstanciado, apenas, pelo afastamento do imóvel. Tanto é assim que caso o ex-cônjuge ou ex-companheiro continue prestando assistência à antiga família, ainda que tenha se ausentado do lar, não está caracterizada a referida usucapião, pois o direito principal por ela assegurado é o direito à moradia, cujo exercício, nesse contexto, está sendo alvo de assistência por parte do indivíduo que abandonou o lar.

Desse modo, à luz da constitucionalização e da repersonalização do direito de família, é possível concluir que o abandono do lar, para efeitos legais, deve ser (i) voluntário, (ii) material e (iii) afetivo. Apenas a partir da conjugação desses três requisitos, portanto,

³¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais.** *Op. cit.* p. 501.

³¹⁹ *Idem, ibidem.*

pode-se sustentar a aplicação da usucapião especial urbana por abandono do lar no sistema normativo brasileiro.

6.4.2.1 Voluntário

No que diz respeito à voluntariedade, ela pode estar presente tanto na saída do lar, ou seja, caso o cônjuge ou companheiro deixe o lar voluntariamente, quanto na não prestação de assistência material ou afetiva, desde que, obviamente, estejam caracterizados os demais requisitos exigidos em lei. Com isso, não se pode restringir a usucapião aos casos em que o abandono do lar ocorra apenas de maneira voluntária.

É plausível imaginar, por exemplo, a situação em que o marido é obrigado a se afastar do lar em virtude de medida protetiva concedida judicialmente em favor de sua esposa, com fundamento na lei nº 11.340/06, a Lei Maria da Penha. Nesses casos, ainda que o abandono do lar não seja voluntário, o fato de o marido deixar de prestar assistência material à entidade familiar, por si só, já é capaz de configurar o elemento voluntariedade, ensejando a perda da propriedade imóvel.

Por sua vez, é necessário que a voluntariedade do abandono seja analisada a partir da ótica dos valores constitucionais em jogo, sobretudo em virtude da natureza social da lei nº 12.424/11. Desse modo, para que se configure o abandono voluntário é preciso investigar todos os princípios e valores constitucionais, identificando, em cada caso concreto, quais os elementos integrantes da conduta do cônjuge ou companheiro que se ausenta do lar.

Assim, não há que se falar em usucapião especial urbana por abandono do lar nas hipóteses em que a mulher, p. ex., é espancada pelo cônjuge ou companheiro e sai da casa para que as agressões sejam interrompidas. Isso porque a voluntariedade, nessas situações, encontra-se tutelada por valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à integridade psicofísica, de maneira a não permitir a perda da propriedade imóvel, sob pena de essa consequência ser incompatível com o sistema normativo brasileiro.

6.4.2.2 Material

Da construção de uma vida em comum emanam diversos efeitos jurídicos, que se mostram presentes tanto no campo pessoal quanto no âmbito econômico. Dessa forma, como se trata de uma comunhão de vida, com o objetivo de servir ao desenvolvimento fisiopsíquico

da pessoa humana, todas as comunidades familiares projetam implicações tanto na seara de seus integrantes quanto na de seu patrimônio³²⁰.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que: “[...] considerado o caráter indiviso da comunhão de vida, chega-se à fatal conclusão de que a união entre dois seres humanos, marcada pela afetividade, traz consigo uma conjugação de aspectos emocionais/espirituais e aspectos materiais [...].”³²¹

Uma relação familiar não é composta tão-somente pelo afeto. Qualquer família é dotada de questões patrimoniais relevantes, como a assistência recíproca, a guarda, sustento e educação dos filhos e a manutenção do lar. Vale ressaltar o fato de que “[...] toda e qualquer entidade familiar é marcada pela imperativa necessidade de realizar determinadas utilidades, em favor dos parceiros, de sua prole [...] para que todos vivam com dignidade, realizando-se plenamente”³²².

Isso significa que, nas entidades familiares, a comunhão de vidas implica em uma verdadeira comunhão de interesses econômicos, de maneira que os seus integrantes assumem a solidária responsabilidade de cuidar do sustento do lar, sendo responsáveis pelas despesas comuns para a manutenção da família³²³.

Destarte, em relação aos efeitos oriundos da usucapião especial urbana por abandono do lar, não se pode olvidar a importância do abandono material para a sua caracterização. Em havendo um dever de auxílio material intrínseco à própria existência da vida familiar, nada mais óbvio do que o abandono material constituir elemento necessário para a perda da propriedade imóvel.

Desse modo, não há usucapião se o ex-cônjuge ou ex-companheiro, não obstante abandone voluntariamente o lar, continue a prestar assistência econômica e material ao indivíduo desamparado e à família. Isso porque, com tal atitude, há o afastamento da precarização dos valores tutelados pela aquisição prescritiva, de maneira que a perda da propriedade passa a não ser mais o meio adequado para a proteção da entidade familiar, vez que a sua tutela já vem sendo realizada pelas ações do ex-cônjuge ou ex-companheiro.

³²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 313.

³²¹ *Idem, ibidem.*

³²² *Idem, p. 313-314.*

³²³ *Idem, p. 314.*

6.4.2.3 Afetivo

É cediça a constatação de que a família vem se transformando na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre os seus integrantes, de modo que as funções afetivas da entidade familiar passaram a ser amplamente valorizadas. Com isso, o direito de família encontra-se sob a égide de uma nova ordem jurídica, cuja atribuição de valor jurídico ao afeto se mostra presente³²⁴.

Nesse sentido, a partir da compreensão da família como instrumento de promoção do desenvolvimento da personalidade de seus membros, essa entidade traz consigo uma nova feição, assentada, agora, na solidariedade e no afeto. Vale lembrar que “[...] o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa[...].”³²⁵

Destarte, a afetividade é um princípio³²⁶ tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso implica dizer que, em face da usucapião especial urbana por abandono do lar, não se pode admitir a perda da propriedade de um ex-cônjuge ou ex-companheiro que, não obstante tenha abandonado o lar de maneira voluntária e não contribua materialmente com o sustento do indivíduo desamparado e da família por razões justificáveis, continue prestando-lhe assistência afetiva.

Vale ressaltar que a repercussão econômica não prevalece em face do caráter afetivo-solidarista das famílias. Fato é que as consequências patrimoniais das relações familiares devem estar relacionadas com a proteção da dignidade humana e de seus valores existenciais. Tanto é assim que as relações patrimoniais estabelecidas no seio familiar devem, necessariamente, ser informadas por princípios que garantam a primazia da proteção humana³²⁷.

Desse modo, para que do abandono do lar advenha a usucapião é imprescindível a cumulação dos requisitos anteriormente mencionados. A partir da análise constitucional da família e da propriedade, percebe-se que apenas o abandono voluntário, material e afetivo pode fundamentar a perda da propriedade imóvel, pois somente ele é capaz de violar os preceitos constitucionais que conferem primazia à realização da dignidade humana.

³²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 70-71.

³²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 153.

³²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** *Op. cit.* p. 70.

³²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 315.

6.4.3 O vocábulo “ex” no dispositivo legal: situação de fato

Nesse momento, cumpre destacar a existência de um importante erro na elaboração do texto legal da usucapião especial urbana por abandono do lar, relacionado à situação dos cônjuges ou companheiros quando do oferecimento da ação de usucapião. Isso porque o legislador utilizou-se, equivocadamente, do vocábulo “ex” para ser referir ao cônjuge ou companheiro que abandonou o lar, o que, em uma primeira visão, implicaria a necessidade de reconhecimento jurídico da dissolução da entidade familiar.

No entanto, parece claro que, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, basta o abandono, isto é, a situação de fato, para que esteja configurada a hipótese da usucapião. Destarte, não há que se falar, por exemplo, em ação de divórcio como requisito necessário previsto na lei.

Ora, tanto é assim que o reconhecimento jurídico da dissolução do casamento ou da união estável costuma trazer consigo discussões patrimoniais, as quais, como já mencionado, impedem a concretização da usucapião por abandono do lar. Vale relembrar que o texto da lei determina a ausência de discussão judicial acerca da propriedade imóvel, de modo que exigir o reconhecimento jurídico da dissolução da entidade familiar significaria reconhecer a própria inaplicabilidade da usucapião especial urbana por abandono do lar no direito brasileiro.

6.5 Destinação do imóvel para moradia

Em sintonia com um dos principais direitos fundamentais positivados pela Constituição Federal e diretamente relacionado à usucapião especial urbana por abandono do lar, o legislador ordinário estabeleceu a necessidade de que o imóvel a ser usuculado tenha como destinação a moradia do indivíduo desamparado ou de sua família.

Com isso, a aquisição da propriedade só será possível nas hipóteses em que o bem de raiz é utilizado para moradia da entidade familiar, em uma clara referência à subordinação dos efeitos da usucapião a uma especial proteção da pessoa humana e da família.

Não é possível, portanto, a sua ocorrência nas situações em que, ao imóvel comum do casal, seja dada destinação econômica, encontrando-se articulado em função da exploração de uma atividade empresarial. Vale ressaltar que a lei não tem como finalidade a proteção da empresa ou de elemento conexo, mas, sim, da entidade familiar e da pessoa humana a ela vinculada.

6.5.1 Aplicação do instituto aos imóveis rurais destinados à moradia: necessidade

O principal problema que pode ser encontrado no artigo 1.240-A do Código Civil está relacionado com a infundada restrição da usucapião por abandono do lar apenas aos imóveis urbanos. Dessa forma, a entidade familiar rural está posicionada à margem da especial proteção que lhe é devida por disposição constitucional, sem que haja qualquer justificativa para tanto.

Cumpre destacar que nas situações em que a moradia da entidade familiar está localizada na zona rural, a divisão patrimonial seguirá o regime ordinário do direito de família³²⁸. Destarte, não há qualquer argumento ou norma jurídica capaz de fundamentar essa inadequada exclusão da família rural da devida proteção legal.

Pelo contrário, tendo em vista as dificuldades oriundas da vida rural, o direito faz nascer uma série de elementos que conferem a essas pessoas tratamento jurídico diferenciado, em face de sua posição de desigualdade, em diversos aspectos, em comparação com o homem urbano. Como exemplo pode-se mencionar o regime de seguridade social diferenciado para o trabalhador rural, por disposição constitucional expressa (artigo 195, § 8º).

Sabe-se que a propriedade rural que se centra na terra como bem de produção carrega consigo uma destinação voltada à produção de riquezas e à criação de empregos, em contraposição ao imóvel urbano, que se destina, naturalmente, à moradia³²⁹. Contudo, nem toda propriedade rural tem a sua exploração voltada para a produção de renda. Uma série de bens imóveis rurais destina-se, também, à moradia de seus proprietários.

Com isso, não se pode admitir que a entidade familiar cuja moradia se dê em imóvel rural não seja protegida pela aludida usucapião, mesmo porque os fins sociais da lei não apontam para uma proteção restrita aos imóveis urbanos, mas, sim, para a tutela do direito fundamental à moradia, pouco importando o local de seu exercício.

Destarte, deve-se evocar o princípio da isonomia, positivado constitucionalmente (artigo 5º), no sentido de se coibir tratamento diferenciado que prejudique a família cuja propriedade rural seja destinada à moradia.

Não é possível vislumbrar qualquer justificativa plausível que sustente essa restrição imposta pelo texto legal. Por intermédio da interpretação teleológica da lei é plenamente viável estender a sua proteção às famílias rurais, uma vez que, como já mencionado, sua

³²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais.** *Op. cit.* p. 467.

³²⁹ *Idem*, p. 332.

finalidade precípua se assenta na concretização do direito constitucional à moradia e da dignidade da pessoa humana.

Uma interpretação sistemática da lei implica a consideração de todas as regras, princípios e valores abrangidos pelo ordenamento jurídico. Desse modo, é possível identificar preceitos normativos e constitucionais como (i) a garantia da dignidade da pessoa humana, (ii) a solidariedade social e familiar, (iii) o direito à integridade psicofísica; (iv) o direito ao mínimo existencial, (v) especial proteção à família e (vi) função social e individual da propriedade, por meio dos quais a aplicação da aludida usucapião aos imóveis rurais destinados à moradia não se torna apenas uma medida viável, mas obrigatória.

CONCLUSÃO

A usucapião especial urbana por abandono do lar evidencia a grande ligação existente entre a família e a propriedade, sobretudo em virtude do nível de complexidade das relações humanas, as quais, na sociedade contemporânea, vêm sendo marcadas por traços relativos à interdisciplinaridade dos institutos jurídico-sociais.

Desse modo, a compreensão dos pontos de contato inseridos na relação família-propriedade demonstrou a justificação da aludida forma de aquisição prescritiva, vez que foi possível perceber que o legislador ordinário buscou utilizar a aquisição da propriedade imóvel como instrumento para a concretização dos valores familiares erigidos na Constituição.

A partir do entendimento da família como instrumento voltado à realização da dignidade e desenvolvimento da personalidade de seus membros e da propriedade como um direito cujo exercício é modulado pela sua função social, fica fácil identificar a harmonia existente entre a referida usucapião e o ordenamento jurídico brasileiro.

A constitucionalização do direito civil determina a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, utilizados no âmbito do princípio maior de proteção à dignidade da pessoa humana³³⁰. Sendo assim, a aquisição de bem imóvel por parte daquele que fora abandonado no seio familiar é compatível com a ordem constitucional. Isso porque também o instituto da propriedade está ligado à realização da personalidade do ser humano, que merece proteção especial em face de sua situação de fragilidade oriunda do abandono.

Em harmonia com a dignidade humana, a propriedade contemporânea assume a qualidade de instrumento voltado à realização da dignidade e personalidade de seus titulares, de maneira que a usucapião especial urbana por abandono do lar surge como instituto capaz de garantir-lhe efetividade.

A exigência de se proteger o cônjuge ou companheiro abandonado por intermédio da usucapião encontra fundamento constitucional, com especial ligação ao direito à existência digna, tendo em vista a propriedade, nesse caso, ser definida como elemento capaz de atender às necessidades vitais básicas do indivíduo desamparado e de sua família.

Ademais, a partir do novo regime jurídico ao qual a propriedade se subordina atualmente, o seu abandono em prejuízo a interesses coletivos, difusos ou públicos passou a ser juridicamente reprovável. Destarte, a usucapião especial urbana por abandono do lar

³³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** *Op. cit.* p. 79.

caracteriza o combate ao desamparo da entidade familiar, em prejuízo a interesse público consubstanciado pela exigência constitucional de especial proteção à família.

Por fim, diversos questionamentos a respeito da referida usucapião vêm surgindo entre os juristas e aplicadores do direito. No momento atual, não é possível definir, de maneira exata, todos seus efeitos na ordem jurídica quando da sua aplicação. Uma das únicas certezas é a de que a usucapião guarda total compatibilidade com o texto constitucional, sobretudo quando analisada a partir de elementos oriundos do direito civil-constitucional.

Isso porque em virtude da dignidade da pessoa humana, do direito à integridade psicofísica, da especial proteção à família como dever constitucional do Estado, da solidariedade familiar, da função social e individual da propriedade e de outros preceitos do regime jurídico-civil, a usucapião especial urbana por abandono do lar representa importante instrumento para se efetivar uma ampla proteção à entidade familiar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. ano VII. p. 229-267. jun. 2006.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 498**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/Compilacao%20enunciados%20aprovados1.pdf>>. Acesso em: 18.04.12.

CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012.

_____. **Direitos reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

_____. **Curso de Direito Civil: direitos reais.** 8. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito das coisas.** 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. **Direito civil brasileiro: parte geral.** 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de; GRANJEIRO, Ivonete [orgs.]. **Direito civil constitucional.** Brasília: Editora Obcursos. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações.** São Paulo: Saraiva. 2005.

_____. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

POLETTI, Ronaldo. **Elementos de Direito Romano público e privado.** 1. ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica. 1996.

_____. **Constituição Anotada.** Rio de Janeiro: Forense. 2009.

SANTOS JUSTO, A. **Direitos reais.** Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos.** ano VI. n. 6. p. 101-119. jun. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

TEPEDINO, Gustavo [coord.]. **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: Revonar. 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais.** São Paulo: Atlas. 2001.

WALD, Arnold. **Direito civil: introdução e parte geral.** 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. **Direito civil: direito das coisas.** 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.