

A USUCAPIÃO CONJUGAL COMO RECONHECIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Maria Marleide Maciel Queiroz

Juíza de Direito, Professora de graduação e pós-graduação.
Doutoranda pela Universidade Museo Social da Argentina e
Pós-doutoranda pela Università Degli Studi Di Messina, na Itália.

RESUMO: Este artigo objetiva uma reflexão sobre a usucapião conjugal, disciplinada pela Lei Brasileira nº 12.424, de 16 de junho de 2011, que veio inserir a letra A no artigo 1.240 do Código Civil Brasileiro. Pretende-se estabelecer a possibilidade da presença desse instituto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, que protegem também a propriedade como direito fundamental, assim como o princípio de proteção a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o trabalho consiste em confrontar normas, institutos de ordenamentos constitucionais de Estados diferentes, para evidenciar suas semelhanças e dessemelhanças, e através do cotejo, extrair a evidência de semelhanças entre eles, a possibilitar a eficácia e validade de instituto igual (usucapião conjugal) em vários sistemas jurídicos internacionais. Para alcançarmos esse desiderato, recorreremos a fontes influenciadoras de todos os ordenamentos jurídicos, quer seja o brasileiro ou os estrangeiros, isto é, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, na qual a propriedade é tutelada de forma explícita como direito fundamental, no mesmo nível de previsão de garantia, o da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Propriedade, Usucapião Conjugal, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This article proposes a reflection on marital prescription, disciplined by Brazilian Law nº. 12.424, of June 16, 2011, that came to enter the letter A in the Article 1240 of the Civil Code. It is intended to establish the possibility of the presence of such an institute in foreign jurisdictions, which also protect the property as a fundamental right, and the principle of protecting the dignity of the human person. In this context, the work consists in confronting standards institutes of constitutional requirements of different States, to highlight their similarities and dissimilarities, and through collation, extract the evidence of similarities between them, to enable the effectiveness and validity of the same institute (marital adverse possession) in various international legal systems. To

THEMIS

achieve this aim, we resort to influential sources of all jurisdictions, whether Brazilian or foreign, that is, the International Law of Human Rights, in which the property is subordinate to explicitly as a fundamental right on the same level prediction of warranty, the dignity of the human person.

Keywords: Property, Spousal Adverse Possession, Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A ideia de escrever sobre o tema Usucapião Conjugal, ocorreu em uma aula do Prof^o Carlos Clerc do Curso de Pós Doutorado - Università Degli Studi Di Messina, realizada em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, Brasil, no qual o Eminent Professor se reportava sobre o Instituto da Propriedade.

Afirmava sobre o quanto a existência da propriedade é imprescindível em todos os ordenamentos jurídicos, expondo sobre o seu conteúdo, assim como sobre alguns modelos jurídicos, especialmente àqueles que acompanhavam o Código Francês, não olvidando de mencionar o direito de propriedade dos países socialistas, abordando também a propriedade comunitária em alguns países da África.

Naquela ocasião, mencionei que no nosso ordenamento jurídico brasileiro, nossos legisladores haviam, recentemente, criado a figura jurídica da aquisição da propriedade pelo desfazimento do casamento ou da união estável, intitulado por alguns doutrinadores brasileiros, como Usucapião Conjugal.

Com muita surpresa, o ínsigne professor afirmou desconhecer no seu ordenamento jurídico pátrio tal espécie de usucapião, assim como não se recordava da existência de tal forma de aquisição prescritiva, em outro Ordenamento Jurídico.

Levada pela inquietação jurídica de examinar alguns ordenamentos jurídicos, pesquisei sobre o assunto alguns, tais como o alemão, o francês, o português, o italiano, o suíço, o chileno, o espanhol e o colombiano.

Como resultado da pesquisa, não encontramos nenhum instituto de Usucapião Conjugal nesses ordenamentos jurídicos, ou qualquer outro a sua semelhança.

Em decorrência da inexistência de tal instituto, e sem enveredar sobre o estudo do mesmo perante o ordenamento jurídico brasileiro, resolvemos então escrever o presente trabalho, elaborando um estudo, não comparativo com outros ordenamentos jurídicos, porque só comparamos quanto existe, mas

percorrer uma trilha da possibilidade da existência de tal instituto nos demais ordenamentos jurídicos, quando concluímos que o direito à propriedade é considerado como direito fundamental nesses ordenamentos jurídicos citados, assim como o é, no sistema jurídico brasileiro.

Nesse contexto, seguimos o método da abordagem dedutiva, apresentando as principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e destacamos a aceitação no Direito Comparado.

Referimo-nos que as teorias partilham preocupações idênticas, ou seja, as ameaças aos direitos fundamentais provindas dos particulares, com os direitos sociais, com a necessidade de limitação e controle dos poderes privados, com a igualdade de oportunidades e garantia das condições fáticas de livre exercício dos direitos fundamentais.

Partimos da premissa que a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode advir não apenas do Estado.

Dessa forma, o presente trabalho se justifica por questões de ordem jurídica e social uma vez que o tema merece ser conhecido, não só pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas por outros sistemas jurídicos internacionais, levando-se em consideração que os direitos fundamentais são universalmente reconhecidos, em função da natureza humana, como o instrumental pelo qual as pessoas e a humanidade possam sobreviver e alcançar suas próprias realizações.

1 DIREITO FUNDAMENTAL E PROPRIEDADE

A concepção do direito de propriedade e sua proteção como direito fundamental, ocorreu com a falência do Estado Absolutista, nos fins do século XVIII. Nesse contexto social, ocorreram as Declarações Fundamentais e Novas Ordens Constitucionais sob a égide da doutrina liberal, a exemplo da Constituição Francesa de 1793.

Ainda nesse sentido a Declaração norte-americana (*Bill of Rights*), preconizou no artigo XVII que “todo cidadão tem o direito de possuir sua própria propriedade individual assim como em associação com outras pessoas. Ninguém será arbitrariamente despossado de sua propriedade”¹.

Essa ideologia, que se baseia na liberdade plena e a igualdade absoluta entre os homens, refletiu diretamente sobre a definição do conceito de propriedade, levando o eminente tratadista francês Duguit, a afirmar que a *mens legislatoris*

THEMIS

deste período voltou-se ao conceito romano de propriedade, na medida em que conferiu um poder exclusivo e absoluto ao proprietário (DUGUIT, 1923, §76, p.292).

Diante dessa proteção conferida pelo Estado Liberal ao direito de propriedade, como um direito absoluto e sem limitações, a Convenção Internacional de 18.3.1793 decretou: “*la peine de morte contre qui com que proposerait une loi agraire ou tout autre subversive des propriétés territoriales, commerciales et industrielles*” (*idem*, p. 294).

Nesse mesmo pensamento, o Código Napoleônico estatuiu em seu artigo 544: “*La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, porvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi et les règlements*”.

Cesari Salvi, ao comentar o artigo 29 da Constituição do Reino da Itália de 1865, afirmava que a propriedade seria decorrente de uma previsão do direito natural, sendo, assim, anterior ao pacto social firmado para permitir a concessão de poderes ao Estado (SALVI, 1994, p. 7).

Essa concepção delimitava tão somente a forma de aquisição e proteção da propriedade, sem qualquer preocupação com sua função social.

As transformações sociais e econômicas, que modificam, paulatinamente, o conceito de necessidade e utilidade pública, exigiram o enfraquecimento do abstencionismo do Estado (política do *laissez-faire*) e este é obrigatoriamente chamado a intervir, sob pena de se instalar a “comoção social”, pela ausência de serviços públicos, de caráter social ou cultural, tais como escolas, hospitais, água, luz, rede de esgoto, e já no século XX, o Estado assume um papel intervencionista (*Welfare State*), estabelecendo a função social da propriedade, reconhecendo-a, não só como garantia fundamental, porém, inserindo-a na ordem econômica, estabelecendo-a como instrumento de equilíbrio social.

Nessa visão, o proprietário continua tendo a plenitude de sua propriedade, mas não de forma absoluta, podendo o Estado intervir.

Assim é que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, na Cidade de Bogotá, Colômbia, em 1948, anunciou em seu artigo XXIII: “Toda pessoa tem direito a propriedade privada correspondente as necessidades essenciais de uma vida decorosa, que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lugar”.

Ainda na esfera dos Direitos Humanos, especificamente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a propriedade é tutelada explicitamente, como se observa na Declaração de Direitos de Virgínia celebrada a 12 de

junho de 1776, seção 6, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada nas sessões dos dias 20, 22, 24 e 26 de agosto de 1789, artigos 2º e 17, na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada em Resolução da III Seção Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, a 10 de dezembro de 1948, art. XVII, no Protocolo Adicional nº 1 à Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, aprovado a 20 de maio de 1952, art. 1º na Carta Encíclica *Pacem in Terris*, de 11 de abril de 1963, itens 21 e 22, na Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, adotada pela Resolução nº 2.106 da Assembleia Geral das Nações Unidas a 21 de dezembro de 1965, art. V, d), e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica - adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos a 22 de novembro de 1969, art. 21.

No direito brasileiro interno publicístico, a Constituição de 5 de outubro de 1988, art. 5º, XXIII, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito de propriedade que atenda a sua função social.

No direito interno brasileiro privatístico, o Código Civil, art. 1.228, assegura ao proprietário os poderes fático-jurídicos de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reivindicá-los de quem quer que injustamente esteja com eles.

O Jurista francês Duguit, em palestra proferida em Buenos Aires e traduzida por Carlos G. Posada, *in* Guillermo L. Allende, *Panorama de Los Derechos Reales*, Buenos Aires, desenvolveu o conceito de função social da propriedade, com muito acerto:

Advertiréis com lo expuesto el fundamento de la nueva concepción de la propiedad. En las sociedades modernas, en las cuales há llegado a imperar la conciencia clara y profunda de la interdependencia social, así como la libertad es el deber para el individuo de emplear su actividad física, intelectual y moral en el desenvolvimiento de esa interdependencia, así la propiedad es para todo poseedor de una riqueza un deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social. Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función em razón directa del lugar que em ella ocupa. E cuanto a la propiedad, no es ya en el Derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. Ella es y ella debe ser, es la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie . Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza,

THEMIS

tiena, por el hecho de poseer esta riqueza , una función social que cumplir; mientras cumpla o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra, o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino”(DUGUIT, 1967, p. 372 e 398).

No Ordenamento Jurídico Argentino, as maiores limitações ao direito de propriedade originam-se na esfera do direito administrativo, *ex vi* do Artigo 2.611 del Código Civil Argentino: “*Art. 2611. Las restricciones impuestas al dominio privado sólo em el interés público, son regidas por el derecho administrativo*”.

Inobstante a existência, no ordenamento jurídico argentino, da limitação ao direito de propriedade, o Artigo 14 da *Constitución Federal de La República Argentina*, garante o direito de propriedade. Transcrevemos:

Art. 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y **disponer de su propiedad**; de asociar-se con fines, de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender. (grifos nossos).

A importância e a proteção ao direito de propriedade em nosso sistema podem ser captadas pela previsão do caput do art. 5º da CF de 1988, que reforça a previsão específica do inciso XXII.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes (...).” (grifos nossos).

A lei fundamental alemã determina, expressamente, no artigo 14, II, que a propriedade obriga e deve atender aos reclames do bem estar geral da sociedade. “*Das Eigentum ist ein umfassendes aber nicht ein schrankenloses Recht*” (A propriedade representa um direito pleno, mas não ilimitado). (Trad. livre).

Por outro lado, o Código Civil Brasileiro dispõe no artigo 1.228, § 1º, *verbis*:

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

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O Código Civil Italiano dispõe, nos artigos 832 e 834.

Art. 832- Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico .

Art. 834 Espropriazione per pubblico interesse

Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità (Costit. 42, 43).

Le norme relative all'espropriazione per causa di pubblico interesse sono determinate da leggi speciali.

Essa Constituição, a Italiana, no artigo 42, trata do direito do proprietário.

Art. 42 - A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades, ou a particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e de torná-la acessível a todos. A propriedade privada pode ser, nos casos previstos pela lei e salvo indenização, expropriada por motivos de interesse geral. A lei estabelece as normas e os direitos da sucessão legítima e testamentária, e os direitos do Estado sobre as heranças.

A Lei Fundamental Alemã, ou Lei Fundamental de Bonn, dispõe no artigo 14: “*Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt*”. “Deve ser garantida a propriedade e a herança. Conteúdo e limites serão determinados pelas leis” (trad. livre).

Por outro lado, o Código Civil Brasileiro dispõe no artigo 1.228, § 1º, *verbis*:

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

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O Código Civil Italiano dispõe, nos artigos 832 e 834.

Art. 832- Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico .

Art. 834 Espropriazione per pubblico interesse

Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità (Costit. 42, 43).

Le norme relative all'espropriazione per causa di pubblico interesse sono determinate da leggi speciali.

Essa Constituição, a Italiana, no artigo 42, trata do direito do proprietário.

Art. 42 - A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades, ou a particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e de torná-la acessível a todos. A propriedade privada pode ser, nos casos previstos pela lei e salvo indenização, expropriada por motivos de interesse geral. A lei estabelece as normas e os direitos da sucessão legítima e testamentária, e os direitos do Estado sobre as heranças.

A Lei Fundamental Alemã, ou Lei Fundamental de Bonn, dispõe no artigo 14: “*Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt*”. “Deve ser garantida a propriedade e a herança. Conteúdo e limites serão determinados pelas leis” (trad. livre).

THEMIS

Assim, diante do tema a que nos propusemos discorrer fez-se necessário citar a função social da propriedade, reconhecida, atualmente, em quase todos os ordenamentos jurídicos, notadamente o do Brasil, Argentina, Itália e Alemanha, embora o conceito de função social da propriedade não seja criação do século XX, uma vez que a história narra, a exemplo com São Tomás de Aquino, que a função social da propriedade estava delineada no alcance do bem comum, no período do liberalismo é que enquadrou-se no uso pleno e irrestrito do particular (ARAÚJO, 2005, p. 48).

Infere-se, pois, afirmar que é imprescindível a sua existência em todos os ordenamentos jurídicos, constituindo-se direito fundamental, e não pode ser eliminado ou alijado, tendo em vista que constitui garantia expressa e fundamental que se coaduna com a opção axiológica dos sistemas jurídicos acima citados, Brasil, Argentina, Itália e Alemanha.

Respalhando a proteção à propriedade e ratificando ser direito fundamental, A Declaração Universal de Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, dispõe em seu artigo 17: “Toda pessoa tem direito a propriedade individual e coletiva. Ninguém será privado arbitrariamente de sua propriedade”.

Vale ressaltar, que embora sem sua utilização e fruição particular, o direito de propriedade necessita de orientação social em sua fruição, pois a vida em sociedade impõe limites naturais ao poder de dispor. Daí, afirmar-se que a propriedade não pode ser utilizada pelo seu titular como meio de prejudicar a esfera jurídica alheia. Esta utilização perniciosa inviabiliza a vida em sociedade e faz com que o domínio não cumpra sua utilidade e função particular e social .

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A função social da posse se projeta pela usucapião, a reconhecer que a posse qualificada pelo elemento temporal cumpre papel social ao permitir a redistribuição da propriedade de forma originária.

As raízes históricas da usucapião encontra-se no Direito Romano. Os romanos travavam lides acerca dos problemas advindos da incerteza do domínio, a levar uma mudança da situação fática em jurídica, passando a posse ser uma forma de aquisição da propriedade, desde que o seu titular a tivesse por certo decurso de tempo. O IUS CIVILE assim exigia.

Discorrendo um pouco da história da usucapião, (ARAÚJO, 2005, p.38) classificou enumerando os períodos de evolução da usucapião, como sendo o período arcaico, clássico, pós-clássico e período medieval.

Segundo o autor citado, o período arcaico é anterior à Lei das XII Tábuas, e fora disciplinado da seguinte forma: *Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annus est usus*, ou seja, a usucapião de bens imóveis ocorreria no prazo de dois anos, já para os móveis o prazo seria reduzido pela metade, isto é, um ano (*usucapio est autem domini adeptio per continuationem possessionis anni vel bienni, rerum mobilium anni, immobilium bienni*).

Nesse período, a posse já não podia ser obtida mediante atos de violência, pois tal fato contrariava a natureza do instituto, tinha como fim eliminar a incerteza quanto ao titular do domínio. Em se tratando de bens móveis, a comprovação da posse se faria pela comprovação de objeto não furtado. A posse não poderia ser originada da violência, preciedade ou clandestinidade. Não se podia usucapir além de objetos roubados, os bens do tutelado, os bens incorpóreos e as zonas de limites entre prédios estabelecidos por lei. Detalhe importante nessa época, é que já havia a proibição do sujeito ativo da ação ser estrangeiro (peregrini). O cidadão romano poderia reivindicar a posse de sua propriedade caso a mesma estivesse em mãos de um estrangeiro. E com relação a bens móveis, a coisa (res) haveria de ter valor econômico.

O período clássico se caracteriza pelo surgimento da *longi temporis exceptio*, também chamada de *temporis praescriptio*. Tal instituto que não era positivado, somente criação pretoriana, permitia a defesa da posse prolongada contra o proprietário, ou seja, a interposição da exceção protegia a posse contra a vindicação do proprietário do bem. Entretanto, exigia-se a presença de determinados requisitos, tais como o lapso temporal de 10 anos entre presentes e 20 anos entre ausentes. Não tinha como finalidade aquisição do domínio, tão somente a paralisação da reivindicação da propriedade. Exigia-se, também o preenchimento do justo título e boa fé. Diferenciava-se da usucapião, uma vez que a *exceptio* somente paralisava a reivindicação do dono do bem, enquanto que a usucapião tinha como finalidade a aquisição do título de proprietário.

A era pós clássica notabilizou-se pela extinção do direito de vindicar do proprietário negligente. Ele não perdia a propriedade, somente o direito de reivindicar, caso permanesse silente por 40 anos, depois reduzido para 30 anos. Outras alterações, foram realizadas, já sob o império de Justiniano, no século VI, com a aceitação da *praescriptio temporis* como forma de aquisição voltada

THEMIS

para os imóveis situados nos terrenos orientais, exigindo-se a boa fé e o justo título, com prazo de 10 anos entre presentes e 20 anos entre ausentes, *a usucapio* apenas persistiria como meio de aquisição da propriedade de bens móveis, com os mesmos requisitos e com prazo de 3 anos.

No período medieval, o direito de propriedade sofreu modificações que refletiram diretamente junto à formação do ordenamento português. Ocorreu concentração da propriedade junto aos senhores feudais responsáveis pela proteção do feudo. Estes apenas exploravam pequena parcela da propriedade. Os moradores do feudo recebiam a detenção precária do solo e podiam se utilizar das terras mediante várias espécies de contraprestação. Surgia uma obrigação com formação de direitos reais e obrigacionais transitórios, de caráter vitalício sobre a área, como a enfiteuse.

No entanto, a influência do Direito Romano, com a prescrição aquisitiva, levaram, a partir do século XIII, o direito privado luso, a descobrirem a prescrição aquisitiva de domínio, sendo a usucapião tratada nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

3 A USUCAPIÃO NO DIREITO COMPARADO

Atualmente, é de suma importância quando da análise de um tema, estabelecer um estudo comparado com outros sistemas jurídicos, uma vez que o Direito Comparado é capaz de radicalizar a compreensão do fenômeno jurídico globalmente, produzindo um conhecimento crítico dos sistemas, procurando superar o formalismo positivista.

É necessário salientar que o Direito Brasileiro é, em grande parte, originário de direito estrangeiro, algumas fortuitas - como a recepção do direito medieval português, outras provocadas, como a recepção de institutos e conceitos do direito norte-americano pela constituição de 1891, ou a recepção de modelos franceses e alemães no Código Civil de 1916, assim como influência do direito romano europeu. A saber, nosso direito público sofreu influências marcantes do modelo norte americano, especialmente no âmbito do Direito Constitucional. Já o Direito Privado Brasileiro inspirou-se no Direito francês e alemão. Em matéria de Direito Penal e Direito Processual, são marcantes as influências italiana e alemã.

Citando (SGARBOSSA, 2008, p.17):

O Direito Comparado ocupa-se, também, de fenômenos relativos à interação entre ordenamentos jurídicos diversos em aspectos que fogem ao domínio de outras áreas do saber jurídico, como, por exemplo, no que se refere ao fenômeno da circulação de modelos ou recepção de direito.

3.1 A Usucapião e o Código Civil Brasileiro

O primeiro Código Civil Brasileiro, 1916, com origem nas ordenações portuguesas, previam três tipos de usucapião. A usucapião ordinária que se consumava em 3, 10 ou 20 anos. A usucapião (prescrição extraordinária) que se exauria em 30 e 40 anos e finalmente a prescrição imemorial, que necessitava de comprovação de duas gerações para depor sobre o decurso dos 40 anos.

A lei 2.437/1955 determinou alterações na usucapião do Código de 1916, notadamente com relação à prescrição aquisitiva, diminuindo o decurso do tempo, para 20 anos aquele que, por 20 anos, possuía como seu um imóvel, independentemente de justo título e boa fé e 10 anos, entre presentes, ou 15 anos entre ausentes aquele que possuísse como seu o imóvel, contínua e incontestamente, com justo título e boa fé. Reputavam-se presentes os moradores do mesmo Município e ausentes os que habitavam Município diverso.

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê duas hipóteses de usucapião especial, sendo uma urbana e outra rural. A usucapião de terrenos urbanos está prevista no artigo 183 e a referente à área rural encontra-se no artigo 191.

O atual código Civil Brasileiro, de 2002, introduziu importantes alterações, no pertinente ao tempo da prescrição aquisitiva, diminuindo o decurso do tempo para a implementação da usucapião.

O ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando uma tendência moderna de outros ordenamentos jurídicos, além de encurtar o tempo para aquisição da propriedade pela usucapião, preocupou-se pela valorização social da posse ocupada pelo trabalho. Nesse sentido, escreveu (ARAÚJO, p.78):

A opção pela valorização social da posse qualificada pelo trabalho e pela moradia demonstra a criação de tipos específicos que buscam nova conformação social do instituto, incluindo um abrandamento

THEMIS

no rigor em relação ao terceiro de boa fé. A usucapião extraordinária (artigo 1.238 do CC brasileiro) ganhou novo prazo de 15 anos, sem distinção quanto à posse exercida entre ausentes ou presentes. O prazo ainda pode ser diminuído para 10 anos quando a posse for qualificada. Na usucapião ordinária os prazos também sofreram relevante diminuição. Esta hipótese está fundamentada na configuração da boa-fé, o que justifica a estabilização do direito de propriedade em menor tempo. O art. 1.242 do CC brasileiro abrandou o lapso temporal para 10 anos, com possibilidade de diminuição para a metade - ou seja, apenas 5 anos.

Em qualquer dos tipos da usucapião acima mencionada, é imprescindível a boa fé subjetiva e objetiva.

A legislação brasileira também prevê a usucapião especial rural (art. 1.239 do Código Civil Brasileiro) e urbana (art. 1.240 do Código Civil Brasileiro).

Admitem alguns doutrinadores brasileiros, que a modalidade de usucapião urbana sofreu alteração para a introdução de figura derivada para permitir a usucapião entre cônjuges, visando a proteger a entidade familiar. Essa modalidade constitui o núcleo central do presente trabalho e está prevista no artigo 1.240- A do Código Civil que abordaremos nos itens seguintes.

3.2 A Usucapião no Direito Alemão

É de domínio público que os juristas alemães se destacaram pela reconstrução do Direito Privado no século XIX, espelhando-se nos institutos de Direito Romano. Tal reconstrução influenciou vários códigos do século XX, tendo em vista que a reforma foi necessária para a integração do Direito Alemão ao Direito Comunitário. Esse marco ocorreu no ano de 2001, alcançando a parte do direito das obrigações, a maior sofrida, desde o diploma de 1896. O tema da prescrição sofreu alteração na Parte Geral, inclusive com a previsão da prescrição reivindicatória.

O § 195 do código alemão, estabelece um prazo de 03 anos para a usucapião ordinária, no anterior, esse prazo era de 30 anos. Reforça-se mais uma vez a tese do encurtamento dos prazos, nos ordenamentos jurídicos, para a prescrição aquisitiva da propriedade.

Afirma (ARAÚJO, 2003, p. 80) que O BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) estabelece nos artigos 903 *usque* 924 sobre o conteúdo da propriedade. Os artigos 900, 927 e 937 dispõem sobre a aquisição e perda da propriedade, regulando

a matéria relativa à prescrição aquisitiva. Precisamente, o artigo 900 regula a usucapião para aquelas hipóteses em que a transcrição no registro é viciada pela causa do negócio jurídico. É que o titular do direito de propriedade que se mantém inerte por 30 anos e não contesta a inscrição do registro, o qual revela negócio viciado, perde a propriedade. Agora, para que tal fato ocorra é necessário que o interessado, o prescribente, interponha o pedido da usucapião, dispensados, nessa hipótese, a boa fé ou o justo título de aquisição válida. Melhor esclarecendo, a pessoa que está inscrita no registro como proprietária de um terreno, sem ter obtido a propriedade, adquire a propriedade se a inscrição tiver permanecido por mais de trinta anos e se conservou durante este período a posse como se dona fosse. O período de trinta anos se computa da mesma forma que a usucapião para adquirir bens móveis. O curso do prazo suspende-se quando é realizado um assento de contradição contra a exatidão da inscrição no Registro.

Essa modalidade de usucapião pode ser comparada com a do ordenamento jurídico brasileiro, com previsão no artigo 1.242, parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

O artigo 937 do diploma alemão reza sobre a posse de coisa móvel, admitindo quem tem a posse de uma coisa móvel, como dono, durante 10 (dez) anos, adquire a propriedade. Exclui-se a usucapião se o adquirente não está de boa fé, ou se descobre que a coisa não era passível de apropriação.

3.3 Direito Francês

Diferentemente do Código Civil Brasileiro e o da Alemanha, o Código Civil Francês, até 2008, sob a égide da lei 1975-596, de 9.7.1975, conferia tratamento unificado para a disciplina da posse e da prescrição. Essa unificação justificava-se, ainda como reflexo nas fontes romanas do período justinianeu, no qual a *usucapio* e *praescriptio* foram unificadas.

Em 17 de junho de 2008, a citada lei foi modificada pela lei 2008-561, que dissociou o tratamento da prescrição extintiva no artigo 2.219 e no artigo 2.260.

Na legislação francesa, assim como na brasileira, alemã, como regra geral, o principal elemento da usucapião é a posse com *animus domini*, o justo título e a boa fé.

Ressalte-se a impossibilidade também da usucapião sobre bens públicos, bens inalienáveis e bens pertencentes ao patrimônio histórico e a propriedade literária.

THEMIS

Diferentemente do Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Corte de Cassação Francesa, reconhece a proteção da posse a bens imateriais.

Nesse ordenamento jurídico (francês), o decurso do tempo ocorre em duas situações: a prescrição de 30 anos e a prescrição de 10 anos, ambas previstas no artigo 2.272 do Código Civil Francês. Na prescrição aquisitiva de 30 anos, bastam o tempo e a posse, já para a prescrição aquisitiva de 10 anos, o justo título e a boa fé são essenciais.

Em se tratando de aquisição sobre bens móveis, o possuidor adquire instantaneamente a propriedade.

Igualmente como no Direito Brasileiro, no Código Civil Francês, artigo 2.274, a boa fé sempre se presume, cabendo àquele que alega a má-fé prová-la.

3.4 Direito Português

A legislação portuguesa dedica a Seção I, Capítulo VI disposições gerais a serem aplicadas à usucapião. O artigo 1.287 determina:

a posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua actuação: é o que se chama usucapião.

Por sua vez, o artigo 1.288 reconhece a usucapião como modo de aquisição de propriedade, assim como a eficácia da sentença, que tem natureza declaratória. Essa legislação não reconhece o direito de usucapir, aos possuidores a título precário, ou seja, os possuidores diretos, a exceção achando-se invertido o título da posse.

Inovação interessante com relação à usucapião, trouxe a lei 10.257/2001, prevendo a usucapião pelo compossuidor e determinar sua extensão aos demais compossuidores, em relação ao objeto da posse comum, possibilitando assim a usucapião coletiva. Essa modalidade de usucapião, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o alemão e o francês.

Nesse ordenamento estão previstas três formas de usucapir bens imóveis, a saber: posse com justo título e registro, posse com registro de mera posse e posse sem registro.

Quando existente a hipótese de posse com justo título e registro, é necessário a boa fé para que o lapso temporal seja de 10 anos, e caso o possuidor esteja de má-fé, o lapso temporal é aumentado para 15 anos.

Existente somente o registro de mera posse, e não de título aquisitivo, a usucapião é possível em cinco anos, necessário, nesse caso, que a posse seja contínua e de boa fé. Essa modalidade de usucapir, de posse titulada com prazo especial, inexistente no sistema jurídico brasileiro.

Para a situação de posse sem registro, o prazo será de 15 anos, se possuidor de boa fé e de 20 anos se for de má-fé.

3.5 O Direito Italiano

O Código Civil Italiano, regula a matéria da usucapião, em seu livro Terceiro, intitulado “Della Proprietà, Sezione III”, em seus artigos 1.158 até o 1.167.

A primeira parte disciplinada é sobre a usucapião de bens imóveis e direitos imobiliários, quando dispõe: “*proprietà dei beni immobili e gli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi si acquistano in virtù del possesso continuato per venti anni*” (Codice Civile Italiano, 1988).

Esse prazo de vinte anos, constitui a ***praescriptio longissimi temporis*** do sistema Italiano, uma vez que não existem prazos diferenciados, para a prescrição aquisitiva da propriedade e de outros direitos reais.

Agora, na situação do possuidor ter adquirido a propriedade ou um direito real de outro proprietário putativo (*a non domino*), estando de boa-fé, o prazo será reduzido para 10 anos.

Colui che acquista in buona fede (1.147) da chi non è proprietá un immobile, in forza di un titolo che sia idoneo a trasferire la proprietá e che sia stato debitamente trascritto (2.643 e seguenti), en compie l'usucapione in suo favore col decorso di dieci anni dalla data di trascrizione. La stessa disposizione si applica nel caso di acquisto degli altri diritti reali di godimento sopra un immobile.

Há previsão legal para a usucapião de pequena propriedade rural: Art. 1.159-bis “*La proprietá dei fondi rustici con annessi fabbricati situati in continuato per quindici anni*”. O procedimento desse tipo de usucapir é regulado pela lei 346, de 10.5.1976 (*usucapione speciale per la piccola proprietá rurale*).

THEMIS

O prazo da usucapião da pequena propriedade rural no sistema italiano é o mesmo do sistema brasileiro.

O Direito italiano traz a possibilidade da usucapião da universalidade de bens móveis, sem qualquer registro, se ausente a boa-fé o prazo será de 20 anos e prevista a boa-fé o prazo diminui para 10 anos. Caso o bem esteja registrado e tenha sido adquirido a *non domino*, com boa-fé, opera-se a prescrição em 3 anos; caso contrário, em 10 anos, previsão do artigo 1.160.

3.6 Direito Suíço

O Código suíço prevê a usucapião ordinária como forma de aquisição da propriedade, exigindo-se a posse de boa-fé, durante dez anos, ininterruptamente e sem impugnação. A previsão encontra-se no art. 661, o qual estatui: “Se alguém, não justificadamente, no livro de imóveis, como proprietário, estiver inscrito, não mais poderá ser a sua propriedade impugnada depois que ele possui o prédio, de boa fé, durante dez anos, ininterruptamente e sem impugnação”. Essa modalidade exige o justo título [...] (*apud* ARAÚJO, 2005, p. 91).

Por outro lado, no artigo 662, a prescrição imemorial vem determinada:

Se alguém possuir um prédio, que não esteja inscrito no livro de imóveis, ininterruptamente e sem impugnação, durante trinta anos, como sua propriedade, poderá exigir seja ele inscrito como proprietário. Sob os mesmos pressupostos cabe este direito ao possuidor de um prédio cujo proprietário não está indicado no livro de imóveis ou que, no começo do prazo da prescrição de trinta anos, tinha morrido ou fora declarado desaparecido. (trad. livre).

No original, art. 661:

les droits de celui qui a été inscrit sans cause légitime au registre foncier comme propriétaire d'un immeuble en peuvent plus être contestés lorsqu'il a possédé l'immeuble de bonne foi, sans interruption et paisiblement pendant 10(dix) ans (Livro Quarto do Código Civil Suíço).

Art. 662. Celui qui a possédé pendant 30 (trente) ans sans interruption, paisiblement et comme propriétaire, un immeuble non immatriculé, peut en requérir l'inscription à titre de propriétaire. Le possesseur peut, sous les mêmes conditions, exercer le même

droit à l'égard d'un immeuble dont le registre fincier en révèle pas le propriétaire ou dont le propriétaire était mort ou déclaré absent au début du délai de 30 (trente) ans.

3.7 Direito Argentino

O legislador Argentino, seguindo o modelo francês, trata a perda e a aquisição de direitos reais e pessoais através do instituto da prescrição, em um mesmo título do Código Civil. Preleciona a sección tecera: “*De la adquisición y perdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo*”. Título I : “*De la prescripción de las cosas y de las acciones en general*” (*Código Civil de La Nación Argentina, 2011*).

Art. 3.947. Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo.

Art. 3.948- La prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley.

Observa-se no dispositivo acima que o legislador não se reportou aos bens móveis, é que no Sistema Jurídico Argentino, a posse tem força de título para essa classe de bens.

No artigo 3.999, vislumbra-se a forma do usucapião breve, o que corresponde no sistema jurídico brasileiro a nossa forma ordinária, em ambos os sistemas dependem de justo título e boa fé.

Reza o art. 3.999: “*El que adquiere un inmueble con buena fe y justo título prescribles la propiedad por la posesión continua de diez años*”.

Dentre os sistemas jurídicos pertinente a matéria analisada, somente o Sistema Jurídico Argentino delimita diversas formas de presunções legais de atos possessórios, *ex vi* do artigo 2.384:

Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ellas se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes.

THEMIS

Igualmente ao sistema jurídico brasileiro, o argentino prevê a usucapião extraordinária, dispensando o justo título e boa-fé. Reza o art. 4.015 do Código Civil Argentino:

Prescribiese también la propiedad de cosa inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres, para cuya prescripción se necesita título.

3.8 Direito Chileno

Nesse ordenamento jurídico, o instituto da usucapião é regulado no capítulo destinado à prescrição, não no capítulo acerca aos direitos reais.

Diferentemente dos demais ordenamentos acima citados, o chileno admite possibilidade de aplicação da prescrição aquisitiva não só para o domínio de bens, assim como de outros direitos reais, exceto as servidões descontínuas não aparentes.

Há previsão legal da usucapião ordinária, sendo de dois anos para os bens móveis e de cinco anos para os imóveis. A posse deverá ser regular e contínua.

Para a susucapião extraordinária, nos casos em que o prescribente não seja possuidor regular, o prazo será de 10 anos. Nesse caso não há necessidade de justo título. Essas modalidades de usucapir estão previstas nos artigos 2.497, 2.505, 2.507, 2.509, 2.510, 2.511 e 2.512 do Código civil Chileno.

3.9 Direito Espanhol

O Código Civil Espanhol prevê a usucapião ordinária, extraordinária e a sobre bens móveis.

Para a usucapião ordinária, exige-se o justo título e a boa fé. Para o justo título impõem-se duas condições, a veracidade e a validade. Entende-se por validade a modalidade jurídica que o documento representa, tais como um contrato de compra e venda, uma doação, dação em pagamento. Por veracidade, a existência real do título.

A usucapião ordinária está prevista no artigo 1.940 desse diploma legal. “*Para la prescripción ordinaria del dominio e demás derechos reales se necesita*

poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley”. Por sua vez, diz o artigo 1.957: *“el dominio y demás derechos sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título”* (Código Civil Espanhol).

O artigo 1.959, regula a usucapião extraordinária, o prazo de prescrição aquisitiva é de 30 anos, sem exigência do justo título e boa fé. Preleciona o artigo:

Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539.

A usucapião de bens móveis ocorrem na forma ordinária e extraordinária.

A usucapião de bens móveis ocorrerá com o prazo de três anos, chamada usucapião ordinária. A posse do bem móvel deve ser sem interrupção, com a necessidade da boa fé, porém não faz menção expressa à necessidade do justo título. Art. 1.955: *“El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe”*.

A usucapião de coisa móveis extraordinária, ocorre pela posse ininterrupta do bem por seis anos, sem necessidade de boa fé ou justo título. Dispõe o artigo a segunda parte do artigo 1.955, *“También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición”*.

3.10 Direito Colombiano

O ordenamento jurídico civil colombiano, no que se refere à aquisição da propriedade pela usucapião, regula unificadamente a prescrição aquisitiva e a extintiva, isto é, o direito de adquirir a propriedade pelo decurso do tempo, assim como a hipótese de se perder a propriedade pelo não exercício do direito pelo decurso de certo lapso temporal.

No diploma colombiano, a usucapião pode ser exercida por ação ou exceção, assim como ser alegada por terceiros. Admite a usucapião de bens corpóreos, de raízes e móveis. Assim como o ordenamento chileno, admite a usucapião sobre direitos reais. Prevê a usucapião ordinária, a extraordinária e sobre bens móveis.

THEMIS

O artigo 2.528 trata da usucapião ordinária, a exigir posse regular e ininterrupta, justo título e boa fé. Para essa modalidade de usucapir, recaindo sobre bens imóveis, o prazo é de cinco anos, tratando-se da usucapião ordinária sobre bens móveis, o prazo será de três anos.

Na usucapião extraordinária, somente admitindo sobre imóveis, não se exige o justo título e a boa fé, somente a necessidade de posse regular. Nesse caso, o prazo será de 20 anos.

Para outros direitos reais, as regras da declaração da usucapião são as mesmas, exceto ao direito de herança, cujo prazo fixo é de 30 anos e as servidões, que podem ser objeto de usucapião, no prazo de 10 anos.

4 USUCAPIÃO CONJUGAL PELA DESAFETIVIDADE

Feito esse breve histórico acerca da origem da usucapião, e após discorrer sobre ele no direito estrangeiro, como o ordenamento jurídico alemão, francês, português, italiano, suíço, chileno, espanhol, colombiano pode-se afirmar que ao longo da história há o reconhecimento da função social da posse, a ultrapassar a ótica meramente patrimonial e a procurar visualizar a proteção à dignidade da pessoa humana, lhe dando o direito à propriedade, através da usucapião.

Nessa toada, ao conceito de pessoa (ente: pessoa física e jurídica), inclui-se a família, cuja proteção no Brasil foi reconhecida pelo art. 9º da Lei 12.424/2011 que acrescentou o art. 1.240-A ao Código Civil, introduzindo a usucapião familiar, objeto central do tema do presente trabalho.

Conforme podemos observar, ao longo do nosso trabalho, não vislumbramos nos ordenamentos jurídicos acima citados, nenhuma espécie de usucapião similar da codificada pela lei brasileira.

O artigo 1.240- A, Código Civil, preleciona :

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

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

§ 2º No registro do título do direito previsto no caput, sendo o autor da ação judicialmente considerado hipossuficiente, sobre os

emolumentos do registrador não incidirão e nem serão acrescidos a quaisquer títulos, taxas, custas e contribuição para o Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundo de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de associação de classe, criados ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação.

Tem-se, portanto, que a usucupação conjugal decorre do abandono de lar, por um dos cônjuges ou conviventes, pelo prazo mínimo de dois anos. Esse abandono do lar, caracteriza uma separação de fato, ainda que perdure o casamento ou a união estável, mantendo-se o vínculo familiar entre as partes.

Nesse aporte, o Enunciado 499, jornada de Direito Civil².

A posição do ordenamento jurídico brasileiro, permitindo que um dos consortes ou conviventes venha a adquirir o imóvel que pertencia ao casal, se justifica pela ausência de afetividade decorrente do abandono do lar, cessando a convivência entre o casal.

Efetivamente, trata-se de uma usucupação de meação, uma vez que o parceiro que ficou no imóvel, o abandonado, adquirirá a cota parte do outro em relação ao imóvel que servia de lar para o casal.

Assim, a separação de fato, pelo abandono de um dos consortes ou conviventes, é o que se leva a comprovar a cessação da afetividade e, por conseguinte, a base de sustentação da relação de casamento ou de união estável.

Por sua vez, aquele consorte ou convivente que, após a separação de fato, promove uma ação de divórcio (ou de dissolução de união estável) ou mesmo alguma outra medida judicial, não será alcançado pela fluência do prazo usucapitivo.

É necessário frisar, que além do abandono do lar por um dos consortes ou conviventes, é necessária a presença dos demais requisitos, tais como, imóvel situado em zona urbana, com metragem não superior a 250 metros quadrados, finalidade de moradia na utilização do bem, inexistência de outra titularidade pelo usucapiente, seja de imóvel rural ou urbano, impossibilidade de reconhecimento desta especial categoria de usucupação, ao mesmo possuidor, mais de uma vez, lapso temporal de dois anos de abandono, o objeto da aquisição deve ser o imóvel residencial da propriedade comum do casal.

O doutrinador brasileiro Cristiano Chaves, com relação à usucupação conjugal se reporta:

THEMIS

A pretensão normativa é mais simbólica do que concreta. Não se pretende incentivar o requerimento da usucapião, mas ao contrário disso, colaborar para que as pessoas que se separam faticamente regulamentem, em definitivo, a sua situação, evitando deixar pendências jurídicas, econômicas e sociais, para além das pendências afetivas que foram deixadas pela erosão afetiva. Até porque parte que permanece no imóvel assume, sozinha, as obrigações pecuniárias que dele decorrem, como pagamento de tributos e despesas com a manutenção da coisa. Por isso, parece razoável que, havendo um abandono por tempo considerável (dois anos), ocorra a aquisição originária da meação da outra parte (FARIAS, 2013).

Aludido tipo de prescrição aquisitiva, decorrente da existência de um casamento ou da união estável e simultaneamente da dissolução desse casamento ou união estável, recebeu o nome pelos nossos doutrinadores de Usucapião Conjugal, nós preferimos chamá-lo de Usucapião pela Desafetividade, uma vez que a ausência de afetividade decorrente do abandono de lar (cessando a convivência entre o casal) justifica a posição do sistema jurídico, permitindo que um dos consortes, ou companheiros, venha a adquirir o imóvel que pertencia ao casal.

De fato, em qualquer ordenamento jurídico, a conjugalidade, quer pelo casamento ou união estável, exige que os efeitos jurídicos estejam subordinados à reciprocidade afetiva.

Diante dessa afirmativa, mister se faz a análise do referido instituto sob o enfoque das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e sua recepção no direito comparado, a procurar descortinar como e em que medida se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e qual a eficácia desenvolvida pelas normas constitucionais e tratados internacionais consagradoras de direitos fundamentais na ordem jurídica privada.

A doutrina acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados, divide-se em quatro grandes orientações: a tese da recusa de eficácia, a tese da eficácia mediata ou indireta, a tese dos deveres de proteção e a tese da eficácia direta ou imediata.

Examinaremos as principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

5 STATE ACTION (Recusa da eficácia)

Essa teoria desenvolvida pela jurisprudência dos Estados Unidos, afirma que a Constituição e os direitos nela consagrados só vinculam, em princípio, os poderes públicos, ocorrendo a incidência dos direitos constitucionais no espaço privado quando o particular desempenhasse função típica do poder público, ou quando fosse possível vislumbrar, na sua conduta, uma substancial implicação do Estado. É própria da concepção do Estado Liberal. Defende a liberdade individual ampla, sendo a autonomia privada exercida livremente, sem interferência do poder público.

Segundo SARMENTO (2006, p. 193 e 199), sobre a *state action*:

[...] apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também de grupos, pessoas e organizações privados.

Aludida tese da recusa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas está associada ao radical individualismo. Caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral dos Estados Unidos.

6 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA

Essa teoria conhecida também por a teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente na Alemanha, por Gunther Düring (NIPPERDEY, *apud* SARLET, 2000, p.147).

Mencionada tese alcançou um papel importante na garantia dos direitos fundamentais no segundo pós guerra.

De acordo com a tese da eficácia mediata, os direitos fundamentais não entram na esfera privada como direitos subjetivos, que possam ser chamados a partir da Constituição (FERRARINI, 2010, p. 27) “ (...) que esta teoria não reconhece que a Constituição investe os particulares em direitos subjetivos privados”. Isto significa que os direitos fundamentais seriam protegidos no campo privado por mecanismos próprios, e não através de instrumentos constitucionais, cabendo ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares.

THEMIS

Nesse diapasão, entende-se que a tese da eficácia mediata procura defender uma margem de liberdade de ação para os particulares, a evitar que por meio de um intervencionismo asfixiante ou de um igualitarismo extremo se afete o sentimento de liberdade.

Perquerindo a idealização plena de tutela judicial dos direitos fundamentais, grande parte dos doutrinadores entende que a tese da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, porque exterminaria a autonomia da vontade.

SARMENTO (2006, p.198) escreve:

Essa teoria nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional.

7 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA

O Alemão Hans Carl Nipperdey desenvolveu essa teoria, sustentando a eficácia absoluta dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado e das relações entre particulares (NIPPERDEY *apud* SARLET, 2000, p.147).

Essa teoria defende que os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicadas no âmbito das relações jurídico-privadas, a significar que os próprios sujeitos do direito privado, e não somente o Estado, são destinatários de direitos fundamentais, tanto dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos quanto dos direitos fundamentais na condição de normas objetivas.

De conformidade com a teoria, os direitos fundamentais podem ser diretamente chamados nas relações privadas precisamente pelo fato de que a ameaça ou violação dos direitos fundamentais não são causadas apenas pelo Estado, mas também pelos poderes sociais e de particulares em geral.

FERRARINI, citando SARLET:

não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas, que além disso constituem decisões valorativas de natureza jurídico- objetiva da constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico (...)” (idem, p. 121).

Os adeptos da teoria da eficácia , direta pregam pela intervenção do Estado na correção da desigualdades sociais e na limitação dos poderes privados. Afirmam que um dos papéis dos direitos fundamentis é a proteção da pessoa humana contra o poder, a constatação de que na sociedade contemporânea existem inúmeros outros polos de poder além do Estado, que podem igualmente oprimir o indivíduo, notadamente a relação entre particulares.

Em sentido oposto, aos doutrinadores que defendem essa teoria concluem pela rejeição da teoria pelo fato de a mesma não distinguir as condições de vinculação de entidades públicas e privadas.

Não resta dúvida que essa teoria é a prevalente na ordem jurídica brasileira, assim como tornou-se dominante em vários países.

Levando-se em consideração que a sociedade brasileira é muita injusta e assimétrica, devido a fortes diferenças sociais, econômicos e culturais, justifica um reforço na tutela dos direitos fundamentais no Direito Privado, fazendo-se necessária a presença ativa do Estado também nas relações interprivadas, pois a agressão aos direitos fundamentais, no mais das vezes, pode ter origem nos detentores do poder social e econômico.

Agora é preciso ressaltar que nem sempre é possível a incidência direta dos direitos individuais nas relações privadas, e que nem sempre se dá através do reconhecimento de um direito subjetivo de um particular em face do outro.

Nessa visão é a lição de SARMENTO (*apud* BARROSO, 2006, p. 193 e 199)

Na verdade, parece-nos que não é possível resumir todas as hipóteses de aplicação direta dos direitos individuais nas relações privadas à moldura, por vezes estreita, do direito subjetivo. O operador do direito não deve ser podado na sua criatividade, reconhecendo-se-lhe a possibilidde de, através dos mecanismos ou instrumentos que a situação concreta revelar como apropriados, proteger os bens jurídicos tutelados pelas normas garantidoras dos direitos fundamentais.

THEMIS

Enfim, a teoria da eficácia imediata defende que os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicadas no âmbito das relações jurídico-privadas.

8 A TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Estabelece essa teoria, que o aplicador do direito deve observar, à luz dos parâmetros da Constituição, se determinada composição feita pelo legislador é constitucionalmente aceitável. Está diretamente ligada com a teoria da eficácia mediata, assim com a tese da eficácia imediata. Só divergem quanto ao papel do juiz quando não há lei ordinária aplicável. Para a tese de eficácia imediata o julgador reconhecer o direito fundamental como direito subjetivo oponível em face de outro particular, já a tese da eficácia mediata, não aceita efeito suplementar das normas constitucionais.

Essa teoria dos deveres de proteção reconhece que os direitos fundamentais criam efeitos jurídicos, não porque direitos subjetivos oponíveis a outros particulares, conforme estatui a teoria da eficácia imediata, porém, a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais de onde decorrem, para todos os poderes do Estado, especiais deveres de proteção .

A teoria dos deveres de proteção , das acima citadas, é a mais complexa, uma vez que reconhecem a projeção dos efeitos jurídicos, não enquanto direitos subjetivos oponíveis a outros particulares, como diz a teoria da eficácia imediata, mas a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais , dos quais decorrem, para todos os poderes do estado, especiais deveres, a permitir o Juiz, caso, o legislador não tenha cumprido adequadamente os seus deveres de legislar, que se recorra diretamente à norma constitucional na resolução entre particulares .

Essa teoria é largamente utilizada no Tribunal Constitucional Alemão, entretanto, a mesma crítica que se coloca contra a tese da eficácia mediata, se opõe contra a teoria dos deveres de proteção, no sentido de não conferir aos direitos fundamentais tutela adequada, já que tal proteção dependeria, a maioria das vezes da vontade incerta do legislador ordinário.

9 A EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO.

O sistema de direitos fundamentais albergados na Constituição Brasileira tem caráter iminentemente social.

A doutrina majoritária brasileira, tem-se posicionado pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares. Infere-se daí, que o posicionamento advém do modelo intervencionista e social da Constituição Brasileira, na visão dos direitos sociais e econômicos, da mesma forma da previsão de vários direitos direcionados aos particulares, a exemplo dos direitos trabalhistas.

Além disso, a Constituição Brasileira tem como referência de República construir uma sociedade livre, justa e solidária, confirmando que o modelo constitucional brasileiro se afasta da visão liberal que o estado seria o único violador dos direitos fundamentais.

Em razão da Constituição Brasileira, anunciar no artigo 5º, § 1º a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais é que a doutrina brasileira, também aceita a eficácia imediata nas relações entre particulares.

É oportuno lembrar a lição de FACCHINI:

Ao contrário da concepção liberal clássica, que vislumbrava na Constituição apenas um limite ao poder político, sem afetar as relações privadas, regidas pela legislação infraconstitucional, o constitucionalismo contemporâneo atribui à Constituição a função de modelar também as relações sociais e econômicas. Daí porque se defende que a Constituição deva ser aplicada diretamente, inclusive em relações interprivadas, ao menos sempre que a controvérsia de que se trata não possa ser resolvida com base na lei, seja por ser lacunosa, seja porque a lei oferece uma solução aparentemente injusta” (FACCHINI NETO, 2006, p.46-47).

Na verdade, a postura passiva que se estabelecia entre o Estado e o indivíduo não deve ser mais aceita, o Estado Democrático de Direito se confunde com a realização efetiva dos direitos fundamentais. Assim é mister a presença ativa do Estado nas relações interprivadas, a evitar a agressão aos direitos fundamentais aos detentores do poder social e econômico.

THEMIS

Inobstante a aceitação da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não significa negar ou subestimar o efeito do alcance dos direitos fundamentais através da lei.

10 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Após a análise das teorias que se reportam acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a estabelecer a correlação da aquisição da propriedade, através do usucapião conjugal, como forma de proteção da família, ainda que seja pela desafetividade, pelo abandono de um dos cônjuges, necessitando o Poder Público intervir, para fazer valer outro direito fundamental que é a dignidade da pessoa humana, direito esse reconhecido em qualquer ordenamento jurídico, é que se pretendeu colocar o instituto protegido pela Lei Brasileira, Lei 12.424/11, de 16.06.2011 Usucapião conjugal, que também almeja como finalidade a efetivação do princípio da função social da propriedade, como modelo para todo os ordenamentos jurídico internacionais, como forma de proteção dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana , a família e o direito à propriedade.

Nesse contexto, o Artigo 16.3. da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito a proteção da sociedade e do Estado”. (Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948).

Com relação ao direito de propriedade, dispõe o artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: 1. Toda pessoa tem direito a propriedade, individual e coletiva. 2. Ninguém será privado arbitrariamente de sua propriedade.

11 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A raiz etimológica da palavra **dignidade** deriva do latim **dignus** e significa aquele que merece estima e honra. Aquele que é importante. Cada pessoa, guarda íntima relação com o conceito de dignidade, com referência ao seu querer, ao seu desejo de reconhecimento individual, como pessoa, com o seu valor intrínseco.

O conceito de dignidade remonta no tempo. Para os gregos, a dignidade humana estava ligada à posição social ocupada pelo indivíduo na sociedade e

não incluía constituía aspectos de igualdade, podendo ser retirada das pessoas.. No Cristianismo , o conceito se fortaleceu, e adquiriu a dimensão ocupada nos dias atuais, uma vez que a solidariedade, o amor ao próximo, da igualdade do homem em relação a Deus, determinaram, imposição de penas, se subtraídas. Na Idade Média, São Tomas de Aquino sustentou a concepção estoica e cristã da dignidade da pessoa humana, de um ser criado a imagem e semelhança de Deus, portanto, devendo ser respeitado como gente.

Montesquieu analisa a vida humana em sociedade, tendo a liberdade como princípio para uma vida digna. “ Não basta haver tratado da liberdade política em sua relação com a Constituição; cumpre apresentá-la sob o ponto de vista da relação que ela mantém com o cidadão”. (MONTESQUIEU, 2007, p. 148).

A revolução francesa e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, consolidaram os princípios ligados aos direitos fundamentais, e por conseguinte a proteção à dignidade da pessoa humana.

Encontramos em Immanuel Kant uma forte influência no conceito de dignidade da pessoa humana, quando este afirma que o homem é um fim em si mesmo, não uma função do Estado ou Nação, devendo estes estar organizados em benefício do indivíduo (KANT, 2003, p.58).

A Organização das Nações Unidas teve um papel fundamental na concepção da dignidade da pessoa humana, afirmando que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sendo dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, reúne os valores fundamentais, norteia todos os ordenamentos jurídicos que se dizem democráticos, assegurando o Estado Democrático de Direito. A pessoa humana é a base da própria existência do estado democrático de direito e ao mesmo tempo fim permanente de todas as suas ações, devendo ser respeitada, tutelada e assegurada a possibilidade de concretização do desenvolvimento integral de suas potencialidades.

O reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana pelo direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano sobre o que significa este ser humano e a sua compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes, que influencia e determina o modo pelo qual o Direito reconhece e protege sua dignidade humana.

THEMIS

A dignidade é uma qualidade intrínseca e indissociável do ser humano e a sua destruição implicaria a destruição do outro, sendo assim, a proteção e o respeito à dignidade da pessoa humana constitui meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Há previsão na Carta Política Brasileira, de 1988, da constitucionalização do direito Privado, a necessitar de algumas vezes serem aplicadas diretamente normas constitucionais para a solução de questões de Direito Civil e também a necessidade de a lei civil ser aplicada a partir de uma interpretação nos termos da constituição em busca da harmonia e unidade do sistema jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana está presente em todos os textos normativos, brasileiros, notadamente no direito de família, devendo o aplicador reconhecer o seu individual valor para assegurar o desenvolvimento e o exercício de seus direitos intrínsecos em família.

Ademais, a família representa o ponto de partida de todo o ser humano para alcançar outras relações afetivas. Esta não se expressa somente no modelo nuclear de pai, mãe e filho, mas nas várias estruturas e modelos, passando do singular ao plural, preenchedendo as diversas formas afetivas que vão se apresentando ao longo de existência humana, surgindo um poliformismo familiar, num modelo aberto, viva, intensa, verdadeira.

A Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 1º, estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana e, na lição de José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 1999, p. 221), esse princípio, como base da república, significa o reconhecimento do **homo noumenon**, isto é, da pessoa humana como limite e fundamento do domínio político da República e neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, e não o contrário.

O Constitucionalista renomado Paulo Benevides (BONAVIDES, 1996, p.195.) afirma que cumprida a tarefa da elaboração formal da Constituição, caberá à Sociedade, aos governantes, legisladores, juizes, aos cidadãos enfim, utilizando os mecanismos e ferramentas da Carta Política, escrever com atos de compreensão e argúcia interpretativa a Constituição viva, aquela que se aplica ao cotidiano na proteção dos direitos e na salvaguarda das franquias democráticas.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o reconhecimento de que o ser humano é dotado de razão, que o diferencia dos animais e, portanto, em função de sua racionalidade e dotado do livre arbítrio e da liberdade de escolhas, que devem se protegidas.

Portanto, o ser humano é merecedor de proteção e de reconhecimento de sua dignidade e não pode ser tratado como objeto de interesses do Estado e da Sociedade.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana visa a garantir a proteção ao ser humano não apenas para assegurar um tratamento humano e não degradante, porém nas situações em que a vulnerabilidade humana se manifestar, de sorte que terão procedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão por exigir uma proteção especial da lei, como o caso das crianças e adolescente, idosos, deficientes físicos e os membros da família.

12 COMPENSAÇÃO DE AMPARO ALEMÃO

O instituto da Compensação do Amparo (CA) surgiu pela primeira vez na Alemanha em 1976. A idéia fundamental norteadora da concepção da Compensação de amparo, tinha como questão pacífica, o fato de que todos têm direito à sua própria aposentadoria por idade, atendendo-se ao direito do desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana.

Segundo Mirian de Abreu (2003, p. 667),

peças não ativas em aquisição são excluídas dos sistemas previdenciários, com base na concepção de que somente aqueles que recebem salário participam dos mecanismos de proteção oferecidos pelo Estado social. Dentre os grupos mais atingidos por essa estrutura funcional, contam-se aqueles cônjuges que administram o lar, cuidam dos filhos e os educam em tempo parcial ou integral. O tempo gasto com os filhos e a administração do lar não é avaliado e mensurado economicamente.

Nesse mesmo sentido, cita o ex- presidente do Tribunal Constitucional Alemão, Profº Zeidler, (idem) que já em 1983 defendia o direito da mulher do lar a uma aposentadoria por idade, como se ela tivesse sido ativa profissionalmente por 20 ou 25 anos, com uma remuneração média. Isto porque ela teria contribuído para o contrato de gerações, equivalente ao de um homem ativo profissionalmente, que durante toda a sua vida profissional, pagou contribuições ao seguro social. A educação dos filhos não é um assunto privado, e sim uma proposta com custos necessariamente socializados.

THEMIS

A Compensação de Amparo é uma realidade não só da Alemanha, mas em alguns países como Canadá, Holanda, suíça e os estados Unidos.

O fundamento jurídico da Compensação de Amparo encontra-se no respeito aos Direitos Fundamentais, utilizando a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades.

A Compensação de amparo fisionomiza-se por ser um instituto nuclearmente privado.

No sistema jurídico alemão, encontra-se positivado no Código Alemão, nos artigos 1.587, e seguintes. A compensação de Amparo exige de que sejam repartidas as previsões e as expectativas de aposentadoria entre os cônjuges de forma igual, por ocasião do divórcio. Quando o casamento é desfeito e o consorte que se dedicou ao lar, a criação e proteção dos filhos, ao se divorciar, é compensado com uma aposentadoria., paga, com as contribuições do outro cônjuge.

O princípio equitativo é aplicado na medida em que tais pretensões de direito são adquiridas pelos dois cônjuges, independentemente do fato de um deles ter se dedicado à administração do lar, enquanto o outro se voltava integralmente ao exercício de uma atividade aquisitiva.

A Compensação de Amparo tem por objetivo a criação de uma Segurança Social, um mundo melhor, aquele que vai ser por outras gerações construído, portanto, os filhos melhor orientados, pela total dedicação de um dos pais, irão construir um mundo mais pacífico, estabelecendo uma melhor segurança social. Por sua vez, caso haja o desfazimento desse casamento, aquele que dessa missão se ocupou, ter o direito de receber a sua aposentadoria.

Trata-se de uma justiça prospectiva, e os imperativos dessa justiça, a proteger o cônjuge divorciado, na verdade é a concreção dos princípios dos ordenamentos jurídicos, dos Estados Democráticos de Direito, que se alicerçam nos princípios da igualdade, solidariedade e na proteção a dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afirma-se que em qualquer ordem jurídica e, por consequência nas áreas do Direito Privado, os direitos fundamentais como princípios e valores devem ser aplicados, ainda que mereçam adaptações, por, nas relações privadas, desfrutarem, os particulares, de uma autonomia de vontade.

Admite-se a consagração numa ordem democrática, de que o indivíduo é essencialmente livre, constituindo-se essa liberdade em um direito fundamental. Esse princípio é, a um só tempo, moral e jurídico, uma vez que o seu alcance efetivo não deve se sobrepor aos demais direitos fundamentais, quando com ela em conflito.

Melhor explicando, face ao grau de existência de desigualdades fáticas entre os envolvidos, mais intensa deverá ser a proteção ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada.

Nesse raciocínio é que se justifica o reforço à proteção dos direitos fundamentais dos particulares mais vulneráveis em face dos poderes privados.

Assim, embora em relações privadas paritárias e equilibradas, o livre consentimento da pessoa não legitima lesões ao núcleo principal dos seus direitos fundamentais, nem tampouco à sua dignidade como pessoa humana, uma vez que são irrenunciáveis.

Nesse debate, ensina Robert Alexy sobre o papel da ponderação no debate sobre a interpretação dos direitos fundamentais. De acordo com referido autor, quanto maior o grau de não satisfação, ou detrimento de um princípio, maior deve ser a importância de se satisfazer o outro. Essa regra ele denomina de lei da ponderação.

Dessa forma, pode-se afirmar que o peso da autonomia privada, numa ponderação de interesses, varia não apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão examinada.

No caso específico da Usucapião Conjugal, a par do reconhecimento do direito da propriedade como um direito fundamental, o abandono do lar pelo ex cônjuge ou ex companheiro, há dois anos, enseja ao ex companheiro ou ex cônjuge que dividia a propriedade, a aquisição do domínio integral. Esse direito (aquisição do domínio) vem a ser o reconhecimento da proteção da dimensão da ideia de dignidade da pessoa humana, que no caso, recebeu tratamento ultrajante pelo abandono, sem qualquer motivo, pelo ex cônjuge ou companheiro.

Na realidade (a autonomia de vontade - direito de abandonar), posiciona-se numa posição a menor, uma vez que a proteção de dignidade da pessoa humana, resguardada pelo direito a propriedade, em contrapartida a moradia, mostra-se a maior.

Nesse contexto, o direito à propriedade tem peso e valor coextensivos à dignidade da pessoa humana, uma das características dos princípios constitucionais conducentes à efetivação desses direitos fundamentais da pessoa pelos poderes intraestatais.

THEMIS

Vale a lição de Daniel Sarmento (2006):

nem todas as manifestações da autonomia privada desfrutam de proteção constitucional dotada da mesma intensidade. Por constituir um valor essencial do estado democrático e também por exprimir importante dimensão da idéia de dignidade da pessoa humana, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior deverá ser a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.

Nessa toada, em que se garante o direito à propriedade no mesmo plano do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, motivos pelos quais ele tem peso e valor coextensivos à dignidade do ser humano, é que parece realista e não utópica, se refletir sobre a possibilidade de em outros ordenamentos jurídicos, da existência do instituto do usucapião conjugal, aos moldes do instituído pelo sistema jurídico brasileiro, uma vez que concluímos que o direito de aquisição à propriedade que antes pertencia ao casal, pelo cônjuge ou companheiro, que foi abandonado, é uma garantia à proteção à dignidade da pessoa humana.

Pensamos assim, porque na hipótese da existência de valores coextensivos à dignidade da pessoa humana, os ordenamentos jurídicos citados também admitem esse peso e valor coextensivos, dessa forma, nessa conjectura, podemos fazer uma comparação jurídica, a partir do suposto da homogeneidade do objeto, sendo intuitivo e do senso comum que só se pode comparar aquilo que é comparável.

Assim, pelo método comparativo sincrônico, no qual se compara elementos de ordens jurídicas da mesma época mas de lugares diferentes, é que diante das relações de semelhanças, no que pertine ao modo de aquisição da propriedade pela usucapião, nos ordenamentos jurídicos pesquisados, é que propomos a possibilidade nesses ordenamentos jurídicos (alemão, francês, português, italiano, suíço, argentino, chileno, espanhol, colombiano) de legislar sobre a Usucapião Conjugal, por nós intitulada Usucapião pela desafetividade.

Em sendo certo que os ordenamentos jurídicos mencionados estabelecem como primazia a defesa da dignidade da pessoa humana porque estão inseridos nos direitos humanos, não se vislumbra nenhum óbice a esse tipo

de aquisição de propriedade.

Portanto, essa proposta surge em face do fenômeno da globalização, com base no princípio da cooperação, como alternativa à mitigação dos efeitos da crise sobre direitos conquistados e na solução de conflitos de importância mundial, ou seja, o alcance a proteção à dignidade da pessoa humana.

Não importa em qual teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas os países citados adotem, o essencial é o resultado da eficácia da teoria adotada, visando à proteção de direitos fundamentais.

Ademais, é necessário viabilizar aplicação prática aos estudos, saindo do mundo da teoria e contribuindo de alguma forma à concretização efetiva dos direitos e garantias fundamentais, para que todos os ordenamentos jurídicos alcancem o seu objetivo, que é a pacificação social.

Nesse diapasão da pacificação social, o ordenamento jurídico alemão criou o Instituto da Compensação de Amparo. De certo é a maior inovação do Direito de Família alemão, desde a introdução do Código Civil Alemão no início do século XX.

A Compensação de Amparo como descrevemos no item, significa o ponto de interseção entre o Direito de Família e o Direito Social. Seu desenvolvimento é a consequência da formação de uma sociedade industrial, na qual a segurança social é garantida cada vez menos dentro da família, e quase sempre, preponderantemente, por meio do Estado ou de instituições especiais. Da mesma forma que na Alemanha se admite o instituto da Compensação de Amparo, ou seja, o cônjuge que durante o casamento exerceu unicamente a administração do lar, ter direito a uma aposentadoria pelo seu desfazimento, no Brasil, o cônjuge que foi abandonado adquire o direito de aquisição total da propriedade, pela usucapião.

Assim, tomando como exemplo o sistema jurídico alemão, que já estabeleceu uma justiça prospectiva entre os cônjuges, admitindo a Compensação do Amparo, amparando especialmente aquele cônjuge que dedicou a sua vida a administração do lar, não vislumbro nenhum óbice de, também nesse ordenamento e em outros se admitir a usucapião conjugal, dentro da mesma visão da justiça prospectiva entre os cônjuges.

THEMIS

REFERÊNCIAS

ABREU, Mírian de. **Família no Direito Comparado**. São Paulo: Livraria Del Rey, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALMEIDA, Aluísio Alves. **Princípios Gerais de Direito**. Fortaleza: Premium Editora, 2007.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Uso Nocivo da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos fundamentais e direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p.273-300.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

BARWINSKI, Sandra Lia Leda Bazzo Barwinski. **A Mulher e o Direito**. Curitiba: Artes e Textos, 2012.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. São Paulo. Atlas, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das regiões**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANARIS, Claus- Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Traduzido por Petter Naumann. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 2. ed., rev. amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 225-46.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Como se faz um Processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira). Belo Horizonte: Lider Cultura Jurídica, 2001.

COVIELLO, Nicolas. **Doctrina General Del Derecho Civil**. Trad. Felipe de J. Tena). 4 ed. rev. Leonardo Coviello. México: Union Tipografica Editorial Hispano- Americana, 1938.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A Nova proteção possessória, *in*: Sílvio Donizete Chagas (Org.). **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

DUGUIT, León. **Manuel de Droit Constitucional**, 4 ed. Paris: E. de Boccaard, 1923.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A Função social do direito privado**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, a. n.105, p. 153-88, março 2007.

FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-brasileira a partir do catálogo mínimo para direito civil-constitucional no Brasil.

In: Tepedino Gustavo. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 12-7.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito e processo das famílias**. Salvador: Podivm, 2013.

_____ **Curso de Direito Civil**. 9 ed. Salvador: Podivm, 2013.

FERRARINI, Leticia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos**. Porto Alegre: Editora Do advogado, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**, II, Milano: Dott. A. Giuffré, 1984.

THEMIS

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das famílias**. Revista brasileira de direito de Família, Porto Alegre: Síntese, 2007.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**, vol. III. Bueno Aires: Depalma, 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NASCIMENTO, Luiz Sales. **Direito Constitucional Comparado**. São Paulo: Verbatim, 2011.

PINTO, Nelson Luiz. **Ação de Usucapião**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Elementos de direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1989.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa Humana e Mediação Familiar**, Porto Alegre, ado alivraaria do advogado, 2010.

VERDE, GIOVANNI. **Profili Del civile**. Napoli: Jovene editore, 1988.

NOTAS DE FIM

1 “Everyone has the right to own property alone as well in association of others. No one shall be arbitrarily deprived of his property”.

2 Enunciado 499, jornada de Direito Civil Brasileiro: “A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas”.