



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO- UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE-FDR**

VITOR DE OLIVEIRA GONÇALVES GUERRA

**UM ESTUDO ACERCA DA USUCAPIÃO FAMILIAR E SUA HARMONIA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

RECIFE
2017

VITOR DE OLIVEIRA GONÇALVES GUERRA

**UM ESTUDO ACERCA DA USUCAPIÃO FAMILIAR E SUA HARMONIA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia Final de Curso
apresentada como requisito para
obtenção do título de Bacharelado
em Direito pelo CCJ/UFPE

Orientadora: Fabíola Albuquerque

RECIFE

2017

VITOR DE OLIVEIRA GONÇALVES GUERRA

**UM ESTUDO ACERCA DA USUCAPIÃO FAMILIAR E SUA HARMONIA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia Final de Curso apresentada como
requisito para obtenção do título de Bacharelado
em Direito pelo CCJ/UFPE

Orientadora: Fabíola Albuquerque

Aprovado em ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

(Orientador)

Prof.^a Dr.^a Fabíola Albuquerque

Prof.

(UFPE)

Prof.

(UFPE)

AGRADECIMENTOS

A minha família, principalmente aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado e me incentivaram na busca pelo conhecimento e para nunca desistir diante das dificuldades. Eles que sempre me apoiaram nos momentos mais difíceis e são parte de tudo que um dia conquistei.

Agradeço também aos meus Avós que são e foram grandes exemplos de perseverança, humildade e hombridade.

A minha namorada, por todo este tempo vivido, pelo companheirismo e cumplicidade.

Aos meus amigos, do CAp e da FDR, pela grande caminhada que até aqui fizemos, pelos momentos de alegria e apoio.

Aos meus professores do CAp pela ajuda em minha formação não só como estudante, mas, principalmente como pessoa.

Aos professores da FDR, por toda experiência, e ensinamentos compartilhados, principalmente a professora Fabíola, que me apresentou e auxiliou no desenvolvimento deste estudo.

E a todos que se fizeram presente em minha vida e muito auxiliaram em todas as conquistas alcançadas.

RESUMO

A Usucapião Familiar foi introduzida ao ordenamento Civil brasileiro em 2011, insculpida no artigo 1.240-A do Código Civil. A partir do novo dispositivo, é possível usucapir um bem imóvel em dois anos, desde que caracterizado, dentre outros requisitos, a existência de união estável ou casamento e o posterior o abandono do lar.

Como é notório, a nova espécie de usucapião tem como alvo a família, desestabilizada pela saída do cônjuge ou companheiro. Desta feita, a lei busca proteger aquele que foi abandonado. Todavia, ao mesmo tempo, possibilita a volta da discussão da culpa pela separação, excluída do ordenamento brasileiro após a Emenda Constitucional 66/2010.

Ademais, o artigo 1.240-A traz requisitos questionáveis, como o curto lapso temporal para adquirir o direito, a exigência de copropriedade pelo usucapiente, bem como não esclarece qual o juízo competente para dirimir as questões judiciais.

Diante de tantos questionamentos, uma análise do tema é imprescindível, de modo que o presente estudo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, busca encontrar respostas adequadas para as dúvidas trazidas pela Usucapião Familiar.

Palavras-chave: Usucapião; Divórcio; Usucapião Familiar; Abandono do lar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O instituto da Usucapião: evolução histórica	7
1.1. As espécies de Usucapião	8
1.2. Os requisitos da usucapião	11
1.2.1. A posse e o <i>animus domini</i> e o tempo	12
1.2.2. Boa-fé e o Justo Título	13
2. As novas perspectivas do Direito de Família: a Emenda Constitucional 66/2010	15
2.1. A Emenda Constitucional 66/10	17
2.2. A desconsideração da culpa pelo fim do casamento	19
3. A usucapião Familiar	22
3.1. Os requisitos para a usucapião familiar	24
3.1.1 A posse, a copropriedade e a separação de fato	25
3.1.2 Abandono do lar	29
3.1.3 Uma nova interpretação do “abandono do lar” e a restrição para aplicação do lapso temporal	32
3.2. O juízo Competente	35
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

Em 2011, através da lei 12.424/11, o Código Civil recebeu um novo artigo, o 1.240-A, que introduzira uma nova espécie de usucapião ao direito brasileiro, chamada de Usucapião Familiar ou Usucapião pró-família e também como Usucapião por abandono do lar.

O novo dispositivo acendeu inúmeros debates acerca de seus requisitos, ademais, atualmente, ele é centro de diversos estudos, tanto no campo dos direitos reais como no de direito de família, que questionam desde o modo de inclusão do artigo 1.240-A no Código Civil, como também seus dúbios requisitos para o alcance do direito de usucapir, culminando na dificuldade de se definir qual o juízo competente para resolver as demandas.

Em que pese a pertinência das críticas acima descritas, a Usucapião Familiar normatizou uma importante função da propriedade, a função familiar, pois, diferentemente das demais espécies do instituto, que estão intimamente ligadas a função social ou econômica da propriedade, o artigo 1.240-A tem como foco a relação familiar e as consequências da separação na posse do imóvel.

Importante destacar a necessidade de uma maior proteção àqueles que permanecem desamparados, após a saída do lar do ex-companheiro ou ex-cônjuge, principalmente em virtude da maior volatilidade destas relações nos dias atuais¹. Neste sentido, a aquisição da propriedade por meio de um modo mais célere de usucapião vem proteger a parcela da família que se quedou no imóvel.

Cumprе salientar que a necessidade do estudo mais aprofundado da usucapião pró-família vem do agrupamento, em um mesmo dispositivo, de características dos direitos reais e direito de família, fato que dificulta da interpretação dos requisitos trazidos pelo artigo 1.240-A, já que uma hermenêutica literal do dispositivo pode levar a uma conclusão contrária à teleologia da lei, ou da evolução do direito de família.

Destarte, o presente estudo terá como alvo a análise do instituto da Usucapião, as novas fronteiras do direito de família brasileiro e a importância da Emenda Constitucional 66/2010 neste avanço, e, por fim, um exame acerca dos requisitos, características e consequências da usucapião familiar.

¹ Segundo reportagem da EBC-Agência Brasil: Nas últimas três décadas (de 1984 a 2014), o número de divórcios cresceu de 30,8 mil para 341,1 mil, com a taxa geral de divórcios passando de 0,44 por mil habitantes na faixa das pessoas com 20 anos ou mais de idade, em 1984, para 2,41 por mil habitantes em 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2015-11/divorcio-cresce-mais-de-160-em-uma-decada>>. Acesso em 27 de setembro de 2017.

1. O instituto da Usucapião: evolução histórica

A base histórica do Instituto da Usucapião data do Direito Romano, o qual estabelecia duas modalidades de aquisição originária da propriedade através da posse prolongada. A primeira modalidade, de nome similar ao instituto ora estudado, era chamada “usucapio”, prevista na Lei das XII tábuas e estabelecia a aquisição da propriedade pela posse de um imóvel por dois anos ou de um móvel por um ano². A “*usucapio*”, todavia, era um direito reservado aos cidadãos de Roma.

No período Clássico do Direito Romano, nasceu a segunda modalidade, chamada de “*praescriptio*”. Diferente da “usucapio”, que só poderia ser utilizada em relação aos imóveis itálicos, a “*praescriptio*” atingia os imóveis de terrenos provinciais, podendo ser utilizada por estrangeiros e cidadãos romanos.³

Posteriormente, os institutos foram unificados, e hoje a aquisição da propriedade pela posse prolongada é conhecida como usucapião, que pode ser dividida em algumas espécies, como a Usucapião Ordinária, disposta no artigo 1.242 do Código Civil; a Usucapião Extraordinária, prevista no artigo 1.238, também do Código Civil, dentre outras mais a frente analisadas, cada qual com requisitos próprios (lapso temporal, boa-fé, justo título).

A usucapião é forma originária de aquisição da propriedade, que se caracteriza por ser a conquista da propriedade pelo decurso do tempo, respeitando, invariavelmente, os ditames legais. Pela usucapião, a posse, poder de fato, alinhada ao tempo e aos requisitos estabelecidos em lei, é transformada em propriedade, poder de direito.

Usucapião é, no conceito clássico de Modestino, o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei: *usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definit*.⁴

Além de garantir a propriedade ao possuidor, o instituto traz em si uma punição ao proprietário, que se mantém inerte quanto ao seu bem de direito. A usucapião recompensa aquele que, a despeito de não ser o proprietário, age como se fosse, utilizando efetivamente o bem.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil. Direitos reais**. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, v. V, 2013. p. 201.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil. Direitos reais**. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, v. V, 2013. p. 201.

⁴ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª. ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.p 180.

Num plano de maior amplitude especulativa, raiando pelas fronteiras filosóficas, costumam os juristas indagar do seu (*a usucapião*) fundamento ético, justificando-se, para uns (teorias subjetivistas) no abandono da coisa pelo antigo dono (renúncia presumida); para outros na necessidade de se atribuir certeza do direito de propriedade; e para outros ainda (teorias objetivistas) na segurança social aliada ao aproveitamento econômico do bem usucapido. A tendência moderna, contudo, de cunho nitidamente objetivo, considerando a função social da propriedade, há de inclinar-se no sentido de que por ele se prestigia quem trabalha o bem usucapido, reintegrando-o pela vontade e pela ação, no quadro dos valores efetivos de utilidade social, a que a prolongada inércia do precedente proprietário o condenará⁵.

A usucapião de bem imóveis tem como objetivo o cumprimento da função social/econômica da propriedade, de forma que, a utilização do bem é priorizada em detrimento do título, o possuidor é protegido enquanto o proprietário é penalizado.

Interessante notar que a usucapião, na maioria de suas espécies, independe de título ou de qualquer outra relação com o antigo proprietário, isso decorre do fato de que o direito a usucapir tem como fonte primeira a posse, os demais requisitos apenas realçam a própria posse (tempo, boa-fé). Portanto, considerando que a posse prescinde uma situação prévia, instaurando-se “pela simples aquisição do poder físico de dispor da coisa, unido à intenção de havê-la como própria, nada importando se por modo justo ou injusto; e, uma vez adquirida, produz efeitos legais”⁶, a usucapião é um direito que independe da propriedade ou da relação do possuidor com o proprietário.

1.1. As espécies de Usucapião

A usucapião é um direito previsto em capítulos diversos da Constituição Federal. A primeira previsão constitucional do instituto é feita no capítulo II (DA POLÍTICA URBANA) do Título VIII (Da Ordem Econômica e Financeira), no artigo 183, que prevê:

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

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 120.

⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, 1834-1917. **Direito das Coisas**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, v. I, 2004. pag. 31.

A segunda previsão é feita no capítulo III (DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA) disposto também no Título VII da Constituição Federal, artigo 191:

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

Fica claro que a Constituição Federal vê a usucapião como uma forma de alcance de uma melhor distribuição fundiária. Não só a posição dos artigos na Carta Magna, mas principalmente os requisitos para aquisição do direito, demonstram que o principal objetivo desta modalidade de aquisição da propriedade é privilegiar aquele que oferece uma função social ao imóvel.

Neste diapasão, o artigo 183 da Constituição, que traz a Usucapião Especial Urbana, privilegia aquele que dá a propriedade uma função social da propriedade ao exigir que o bem seja usado para “sua moradia ou de sua família”.

Em sentido similar, o artigo 191 da Carta Constitucional, que dispõe acerca da Usucapião Especial Rural, destaca que o possuidor deve tornar a propriedade produtiva “por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia”, sendo nítida, também, a primazia da função social da propriedade.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), ao seu turno, estabelece diretrizes da política urbana, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo também uma nova espécie de usucapião, associada à função social da propriedade na busca por uma melhor distribuição de fundiária, a chamada “Usucapião Coletiva”.

O artigo 10 da referida lei dispõe que:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Objetivo precípua da usucapião coletiva é defender a posse de um conjunto de pessoas, que ocupam grande área urbana, por mais de cinco anos, na qual não é possível identificar as propriedades de cada morador, havendo, portanto, a usucapião de todos os moradores daquela propriedade.

Insta mencionar que o Código Civil traz ideia similar ao disposto no Estatuto da Cidade, no artigo 1.228, § 4º, com a seguinte redação:

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Todavia, como bem ressaltado por Silvio Venosa⁷, a ideia do Código Civil mais se assemelha a uma desapropriação, uma vez que, o §5º do artigo 1.228, CC, exige que o juiz determine o pagamento de prévia indenização, e a sentença funcionará como título para o registro de imóvel.

Portanto, enquanto o Estatuto da Cidade prevê expressamente que o instituto tem como alvo as populações de baixa renda e não exige qualquer contraprestação destas ao antigo proprietário, o Código Civil não realiza tal restrição, nem limita o direito às áreas urbanas, por outro lado, obsta a aquisição à previa indenização, o que tende a tornar o dispositivo uma letra morta, vez que, via de regra, são pessoas de pouco poder aquisitivo que buscarão seu auxílio.

O Código Civil, em dois de seus artigos, reproduz as previsões constitucionais acima expostas, de modo que o artigo 1.239 reitera o teor da norma constitucional insculpida no artigo 191 e, por sua vez, o artigo 1.240 repete o preceito constitucional do artigo 183, determina três outras espécies de usucapião.

Ademais, nos artigos 1.238, 1.240-A e 1.242, o diploma civilista traz três outras hipóteses de usucapião, respectivamente chamadas de: Usucapião Extraordinária⁸; Usucapião Familiar⁹; e Usucapião Ordinária¹⁰.

Diferentemente da Constituição, que justifica a usucapião na função social da propriedade, o Código Civil, por meio da Usucapião Ordinária e Extraordinária, estabelece a usucapião tendo como objetivo garantir a segurança jurídica de uma situação que se manteve estável por um longo período de tempo. Neste sentido, tanto o artigo 1.238, quanto o 1.242

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil. Direitos reais**. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, v. V, 2013. p. 219/220.

⁸Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁹Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade 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.

¹⁰Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos

não exigem que o possuidor utilize a propriedade como moradia ou a torne produtiva. Ademais, a usucapião extraordinária não exige nem justo título nem boa-fé.

Insta mencionar que o artigo 1.242 deixa claro que o intuito do legislador é oferecer maior segurança jurídica às posses que se perdurem por um longo tempo, neste caso, o justo título e da boa-fé tem o condão de diminuir o lapso temporal exigido, que deixa de ser de quinze anos e passa a ser de dez anos.

Conclui-se que, até a alteração legislativa promovida pela Lei 12.424/11, a usucapião, seja na legislação civil seja na Constituição, buscava proteger a posse prolongada, bem como aqueles possuidores que cumprissem com a função social da propriedade. A inclusão do artigo 1.240-A em 2011, objeto do presente estudo, ofereceu à propriedade uma nova função, aqui chamada de “função familiar”, a ser analisada posteriormente.

1.2. Os requisitos da usucapião

Para aquisição do direito a usucapir é necessário que o possuidor cumpra determinados requisitos, que podem ser divididos em requisitos formais, pessoais, especiais e reais¹¹. Interessante notar que, o advento da usucapião familiar deu origem a outros requisitos “especiais”, uma vez que não são exigidos em nenhum outro tipo de usucapião, como por exemplo, o “abandono do lar”, copropriedade, separação de fato, a serem analisados no momento oportuno.

Os requisitos pessoais, para aquisição do direito a usucapir, são aqueles ligados ao indivíduo que tem a posse do bem e visa adquiri-lo, e ao proprietário, que poderá perder a coisa. Neste sentido, o artigo 1.244 do Código Civil dispõe que: “Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião”, portanto, não é possível haver usucapião: entre ascendentes e descendentes; durante o poder familiar; entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela, pois o artigo 197 do CC/02 estabelece que, nestas circunstâncias, não corre a prescrição.

¹¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª. ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.181.

Ademais, contra o proprietário que esteja ausente do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios ou que se ache servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra, também não existe usucapião, por vedação do artigo 198, CC/02.

Uma vez não existindo restrições pessoais a usucapião, é imperioso analisar os requisitos reais, ou seja, aqueles que se referem ao bem que se busca adquirir. Neste sentido, não há usucapião contra os bens fora do Comércio e os Bens Públicos.

1.2.1. A posse e o *animus domini* e o tempo

Quanto aos requisitos gerais da usucapião, ou seja, aqueles que estão presentes em todas as espécies do instituto, cabe analisar a posse. A posse deve ser mansa e pacífica, ou seja, o possuidor deve ter a coisa como sua e sem oposição, para que isso ocorra é imperioso que haja uma postura omissa do proprietário. Neste sentido, dispõe Caio Mário:

Requer-se, ainda, a ausência de contestação à posse, não para significar que ninguém possa ter dúvida sobre a conditio do possuidor, ou ninguém possa pô-la em dúvida, mas para assentar que a contestação a que se alude é a de quem tenha legítimo interesse, ou seja da parte do proprietário contra quem se visa a usucapir.¹²

É imprescindível que o possuidor exerça a posse como se proprietário fosse, de modo que, na aparência, o possuidor é o proprietário. Nesses termos, a posse *ad usucapionem* exige uma atitude ativa do possuidor, exercendo os poderes da propriedade. A posse hábil para usucapir é aquela que está imbuída de o *animus domini*, ou seja, da vontade de ser dono. Cabe destacar que essa vontade não está presente naqueles que tem a posse direta temporariamente ou por força de uma obrigação ou contrato, como o locatário.

A posse necessariamente será acompanhada do *animus domini*. Consiste no propósito de o usucapiente possuir a coisa como se esta lhe pertencesse. O possuidor que conta com *animus domini* sabe que a coisa não lhe pertence, porém atua com o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular. Em virtude da causa originária da posse, excluem-se da usucapião os possuidores que exercem temporariamente a posse direta por força de obrigação ou direito (art. 1.197 do CC)¹³.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.119-121.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª Ed. 2009, p.417

O *animus domini* se configura como um obstáculo objetivo¹⁴, e é uma das principais e mais importantes características da *posse ad usucapionem*, neste sentido as considerações de Caio Mário:

A posse ad usucapionem é aquela que se exerce com intenção de dono- *cum animo domini*. Este requisito psíquico de tal maneira se integra na posse, que adquire tónus de essencialidade. De início, afasta-se a mera detenção, pois, conforme visto acima, (nº 285, supra) não se confunde ela com a posse, uma vez que lhe falta a vontade de tê-la. E exclui, igualmente, toda posse que não se faça acompanhar da intenção de ter a coisa para si – *animus rem sibi habendi*, como por exemplo a posse direta do locatário, do usufrutuário, do credor pignoratício, que, tendo embora o *ius possidendi*, que os habilita a invocar os interditos para defesa de sua situação de possuidores contra terceiros e até contra o possuidor indireto (proprietário), não têm nem podem ter a faculdade de usucapir.¹⁵

Por fim, como um dos requisitos formais para qualquer espécie de usucapião, está o tempo. Em verdade, o tempo exigido para usucapir é variável entre as modalidades de usucapião, contudo é necessário que haja um mínimo lapso temporal para poder caracterizar que o proprietário de direito está omissa em relação à propriedade, bem como para se verificar que o possuidor está agindo de forma a buscar a propriedade. Na legislação civil, o fator tempo é influenciado pela boa-fé e justo título do possuidor, vide artigo 1.242, do CC, ou o estabelecimento de moradia habitual, realização de serviços de caráter produtivo, vide o parágrafo único do artigo 1.238, C/02.

1.2.2. Boa-fé e o Justo Título

A boa-fé e o justo título não são requisitos essenciais a todas as espécies de usucapião, mas algumas modalidades os exigem. Em verdade, através da verificação desses requisitos, o legislador possibilita que o possuidor alcance a propriedade com maior brevidade. Nada mais respeitável que possibilitar aquele que possui justo título ou boa-fé adquira o bem em tempo mais reduzido que aquele que não os possui.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª. ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.p 180.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 120.

O justo título, para Laffayette é: “todo o ato jurídico, próprio em tese para transferir o domínio, mas que, em consequência de obstáculo ocorrente na hipótese, deixa de produzir o dito efeito”¹⁶

De forma salutar, o STJ já definiu o entendimento, em julgamento de Recurso Especial, que contrato particular de cessão e transferência de direitos e obrigações de instrumento particular de compra e venda é considerado justo título (REsp: 652449 SP 2004/0099113-4)¹⁷, não sendo necessário, por exemplo, o registro no cartório de imóvel. Tal interpretação é extremamente importante, vez que a exigência de grandes formalidades em relação ao justo-título geraria grandes obstáculos para o alcance das espécies de usucapião que o exigem.

Quanto à boa-fé, o Código Civil, no artigo 1.201, determina que está de boa-fé o possuidor que ignorar vício ou obstáculo que o impede de adquirir a coisa. Laffayette assevera¹⁸, ademais, que justo título e boa-fé são coisas distintas, mas, invariavelmente, aquele que possui o justo título estará em boa-fé, quanto a posse do bem. Portanto, no momento em que o artigo 1.242 do Código Civil exige, cumulativamente, justo título e boa-fé, a exigência do primeiro induz o segundo.

Após esta análise acerca dos primordiais requisitos do Instituto da Usucapião, com destaque aos fundamentos de cada exigência legal, e antes de realizar consideração acerca do objeto de análise, qual seja a Usucapião Familiar, insta proceder o estudo em relação alguns tópicos do Direito de Família que se relacionam com a nova espécie de Usucapião.

¹⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, 1834-1917. **Direito das Coisas**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, v. I, 2004. pag. 234.

¹⁷ RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - IMPROCEDÊNCIA - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. CONFIGURAÇÃO - POSSE LONGEVA, PACÍFICA E ININTERRUPTA POR MAIS DE QUINZE ANOS (NO MÍNIMO), ORIGINÁRIA DE JUSTO TÍTULO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.(..)III - Por justo título, para efeito da usucapião ordinária, deve-se compreender o ato ou fato jurídico que, em tese, possa transmitir a propriedade, mas que, por lhe faltar algum requisito formal ou intrínseco (como a venda a non domino), não produz tal efeito jurídico. Tal ato ou fato jurídico, por ser juridicamente aceito pelo ordenamento jurídico, confere ao possuidor, em seu consciente, a legitimidade de direito à posse, como se dono do bem transmitido fosse ("cum animo domini"); IV - O contrato particular de cessão e transferência de direitos e obrigações de instrumento particular de compra e venda, o qual originou a longa posse exercida pela ora recorrente, para efeito de comprovação da posse, deve ser reputado justo título; (...) VII - Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 652449 SP 2004/0099113-4, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2010)

¹⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, 1834-1917. **Direito das Coisas**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, v. I, 2004. pag. 239.

2. As novas perspectivas do Direito de Família: a Emenda Constitucional 66/2010

Neste ponto será feita uma importante análise acerca da evolução do direito de família, principalmente no que tange a criação do instituto do divórcio no direito brasileiro, ou seja, a possibilidade legal outorgada aos cônjuges de dissolver o vínculo conjugal durante a vida.

Tal estudo é crucial para o melhor entendimento acerca da posição do Direito Civil brasileiro no que diz respeito à ingerência do Estado nas escolhas dos cônjuges. Neste diapasão, será ofertado um enfoque especial na Emenda Constitucional 66/2010, que alterou a dinâmica da dissolução do vínculo conjugal.

Destaca-se que a análise se faz pertinente em virtude da possível influência da Usucapião familiar na seara da separação entre os casais, que, como será abordado mais a frente, pode trazer discussões como a culpa pelo abandono do lar e conseqüentemente pela separação.

Portanto, conhecer a evolução do instituto do divórcio no Brasil e suas novas perspectivas é fundamental para evitar que, mudanças em outros ramos do Direito Civil possam representar um retrocesso nos avanços já alcançados.

Com efeito, a evolução do divórcio está intimamente ligada à evolução do direito e da concepção de família no direito brasileiro, o casamento, que até o ano de 1977 constituía um vínculo eterno, representava uma ideia de família e união que não tinha como objetivo a felicidade e o bem-estar dos cônjuges. A família representava um fim em si mesmo, no qual os indivíduos se “doavam” para a manutenção da união.

A modernização do direito civil, todavia, trouxe novas tendências ao Direito de Família contemporâneo, de modo que a importância de afetividade entre os cônjuges é alargada e a entidade familiar deixa de ter como centro a figura masculina e passa a buscar o melhor interesse de cada indivíduo, criando-se laços de solidariedade, respeito e ajuda mútua.

As palavras de Paulo Lôbo refletem esta tendência:

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A

repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.¹⁹

O instituto do divórcio, neste aspecto, representa de forma fidedigna esta tendência. O estudo da evolução deste instituto demonstra, em um primeiro momento, a luta pela possibilidade de dissolução do Casamento e posteriormente, a busca por uma ideia de família fundada na solidariedade, cooperação e afetividade.

Apesar de sua importância, o divórcio só se tornou realidade no direito brasileiro no final da década de 70, no ano de 1977, através da Emenda Constitucional 09/77.

Desde a colonização portuguesa até 1977 prevaleceu a indissolubilidade do casamento, projetando-se no direito civil a concepção canônica da Igreja Católica de ser o matrimônio instituição de natureza divina, que jamais poderia ser dissolvido por ato dos cônjuges.²⁰

Antes da emenda Constitucional 09/77, o Código Civil de 1916 estabelecia apenas a figura do “desquite”, que, na verdade, só possibilitava a separação de corpos e o fim do regime de bens. O vínculo matrimonial não era rompido e os cônjuges separados não poderiam contrair novas núpcias.

Obviamente, apesar de a legislação impedir que os desquitados voltassem a casar com outras pessoas, o desquite acarretava o fim dos deveres de fidelidade e manutenção da vida em comum, o que possibilitava a formação de novos arranjos familiares²¹, que não eram reconhecidos legalmente.

As Constituições de 1934²², 1937²³, 1946²⁴ e 1967²⁵ consideravam o casamento como um vínculo indissolúvel, não autorizando qualquer possibilidade de divórcio. Neste sentido, apenas após uma emenda constitucional à Constituição de 1967, se tornou possível a dissolução do vínculo conjugal. A emenda constitucional 09/77, portanto, decretou a

¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pag.27.

²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pag.149.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pag. 202.

²² Art. 108. O casamento legal será o civil, cujo processo e celebração serão gratuitos.

§ 1º O casamento é indissolúvel. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento.

²³ Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

²⁴ Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

²⁵ Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1o O casamento é indissolúvel.

possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial, nos casos previstos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial por 3 anos ou de fato por 5 anos.²⁶

Após a permissão constitucional, foi criada a Lei nº 6.515/77 para regular a figura do divórcio. Em que pese todo o avanço, a legislação brasileira mantinha restrições ao seu alcance, através de lapsos temporais. Neste sentido, o divórcio só poderia ocorrer após 3 anos da separação judicial ou 5 anos da separação de fato. Ademais, ele representava um direito que só poderia ser usado uma vez.

Apenas em 1988, com a promulgação da Carta Constitucional Cidadã, o divórcio passou a ser visto como um direito dos cônjuges, que poderiam utilizá-lo ilimitadamente. Neste sentido, a CF/88 definiu, no artigo 226, §6º: *“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”*

Todavia, como pode ser visto, a Constituição manteve a necessidade de prévia separação, judicial ou de fato, para alcance do direito.

2.1. A Emenda Constitucional 66/10

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes avanços à figura do divórcio, albergando aos cônjuges uma maior liberdade no planejamento familiar, inclusive no que tange o fim do vínculo conjugal.

Todavia, mesmo sob a égide de leis mais progressistas, o ordenamento jurídico brasileiro persistia na imposição de obstáculos temporais para o alcance do divórcio. Desta feita, segundo a CF/88, até 2010, a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio só poderia ser alcançada após certo lapso temporal, que poderia ser de um ano, em casos de separação judicial, ou de dois anos, após a separação de fato.

²⁶ Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 175(...)

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

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

Esses obstáculos, obviamente, não eram interessantes para aqueles que buscavam a separação, vez que tornavam o processo mais lento, dispendioso e doloroso. Neste sentido nasceu o Projeto de Emenda constitucional que deu origem à emenda à constituição 66/10, que trazia a seguinte justificativa:

A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro e Direito de Família, entidade que congrega magistrado, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.²⁷

Os prazos trazidos pelo antigo artigo 226, §6º, CF/88, representavam uma afronta ao livre planejamento familiar e não se harmonizavam com o princípio da afetividade, uma vez que, apesar de não haver mais vontade de estar junto, a lei exigia que os cônjuges cumprissem certos requisitos temporais antes de se divorciarem. Ora, se não há mais desejo de viver em comunhão que haja a separação, sem a necessidade de cumprir etapas.

A proposta de emenda realizada pelo IBDFAM, que se tornou a EC 66/10, buscou diminuir a intervenção estatal na família, suprimindo certos institutos, como a separação judicial, que não se encaixavam com as novas bases do Direito de Família.

A Emenda Constitucional 66/20 10, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, com um só golpe, alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias. A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem vínculos afetivos.²⁸

²⁷ CARNEIRO, Sérgio Barradas. Proposta de Emenda Constitucional 33/2007 In:< <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em 24 de julho de 2016.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pag. 204.

A mudança do texto constitucional suprimiu a necessidade da utilização da separação judicial como meio para o divórcio, também fez desaparecer qualquer requisito temporal para o alcance da dissolução do vínculo conjugal, ou seja, o divórcio passou a ser um meio direto para separação do casal, seja ele consensual seja litigioso.

2.2. A desconsideração da culpa pelo fim do casamento

A retrospectiva histórica realizada anteriormente tem como escopo demonstrar a busca pela autonomia do direito ao divórcio pelos cônjuges. Em verdade, apenas com a Emenda Constitucional 66/10 o divórcio se tornou um verdadeiro direito dos cônjuges, sem a necessidade de grandes embates judiciais, em busca da separação judicial, ou se manter mais de dois anos separados de fato.

A separação judicial, muito citada no Código Civil de 2002, não dissolvia o vínculo conjugal, mas sim a sociedade conjugal, e funcionava, em verdade, como uma sanção ao cônjuge que pretensamente lhe “motivou”. Neste diapasão, o artigo 1.572 do Código Civil dispõe: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”, o artigo 1.573, também do Código Civil, elenca os motivos que podem ensejar a impossibilidade de comunhão de vida, como o adultério, conduta desonrosa, abandono voluntário.

Destarte, muitas das causas de pedir das ações de separação judicial eram fundadas na demonstração de que o outro cônjuge foi o culpado pelo fim da sociedade conjugal. Essa dinâmica, todavia, trazia inúmeras dificuldades às varas de família, uma vez que a determinação do culpado envolvia inúmeras questões, que eram de difícil precisão, e não deveriam ser levadas ao judiciário, por uma questão de preservação da intimidade das partes.

Ademais, além de toda dificuldade inerente à discussão da culpa no sentido probatório e de desgaste entre os cônjuges, na prática, o divórcio, principal objetivo da separação judicial, acabava sendo alcançado por outro meio, a separação de fato, uma vez que se a ação de separação se prolongasse por mais de dois anos, o divórcio poderia ser pleiteado em virtude do prazo da separação de fato, e a separação judicial perderia o objeto, vez que o divórcio põe fim ao vínculo conjugal e, conseqüentemente, à sociedade conjugal.

Neste diapasão, a separação judicial trazia mais malefícios que benefícios ao direito de família e ao alcance do divórcio. Por tal razão, um dos objetivos da EC 66/10 foi extinguir a separação judicial, e conseqüentemente o fim da perquirição da culpa pelo término da sociedade conjugal. Ressalte-se a exposição de motivos da PEC 33 que originou a Emenda Constitucional 66/2010:

Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?

O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.²⁹

Insta mencionar que, apesar de criticada, a definição da culpa pelo fim do casamento gerava, segundo o Código Civil, inúmeros reflexos quanto ao cônjuge tido como culpado, como por exemplo, a perda do sobrenome, a perda do direito à pensão alimentícia, entre outros:

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente

Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Por todo o exposto, a discussão da culpa pelo fim do matrimônio não encontra base legal no atual estágio jurídico do Direito de Família. Como já ressaltado, o casamento tem por fundamento o afeto existente entre os cônjuges. Ao se discutir a culpa pela dissolução buscava-se encontrar o cônjuge que descumpriu seus deveres conjugais, todavia, o

²⁹ CARNEIRO, Sérgio Barradas. Proposta de Emenda Constitucional 33/2007. Disponível em:< <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em 24 de julho de 2016.

descumprimento desses deveres não é a causa do fim do casamento, mas o resultado de uma relação enfraquecida.

Assim como a construção de uma relação afetiva entre duas pessoas nasce a partir de atitudes de ambos, a desconstrução desta relação não pode ser imputada a apenas uma das partes, o fim da relação emana, na verdade, de ações de ambos os consortes, não cabendo ao Estado definir aquele que é mais ou menos culpado:

Não mais persiste no direito brasileiro a possibilidade de discussão sobre a culpa pelo término do casamento, restando absolutamente afastada pela EC 66/10. Até mesmo porque aquilo que, historicamente, se chamou de culpa para o reconhecimento da suposta causa da falência conjugal não passava, é certo, de sua consequência.³⁰

Da mesma forma, *data vênia* recente decisão do STJ³¹, publicada em 22 de março de 2017, não há mais sentido, no direito pátrio, a existência do instituto da separação, uma vez que este carece de mais qualquer interesse jurídico e social. Ora, o divórcio não prescinde de qualquer tipo de separação, não há, ademais, qualquer óbice legal à separação de fato entre os cônjuges, que, caso queiram se separar, sem romper o vínculo conjugal, podem utilizar este expediente.

Neste ínterim, o único sentido da separação judicial seria no seu cunho sancionatório, que, como preleciona Paulo Lôbo, vai de encontro com o ordenamento jurídico pátrio:

Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem. Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social. É da tradição de nosso direito o que estabelece o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O uso da justiça

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª Ed. 2009, p.400

³¹ “A entrada em vigor da Emenda Constitucional 66, que modificou o artigo 226 da Constituição Federal para deixar de condicionar o divórcio à prévia separação judicial ou de fato, não aboliu a figura da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas facilitou aos cônjuges o exercício pleno de sua autonomia privada. Ou seja: quem quiser pode se divorciar diretamente; quem preferir pode apenas se separar. O entendimento foi firmado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de recurso especial interposto por um casal que, em ação de separação, buscava a homologação pelo juízo das condições pactuadas, como recebimento de pensão, regulação de visitas ao filho, partilha de bens e alteração de sobrenome.”

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-define-que-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial-ainda-%C3%A9-op%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-disposi%C3%A7%C3%A3o-dos-c%C3%B4njuges>. Acesso em 20 de junho de 2017.

para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns.³²

Em sentido similar, Maria Berenice Dias advoga pela ineficácia do instituto da separação judicial a partir da EC 66/10:

A nova matriz constitucional elegendo o divórcio como única forma da dissolução do casamento entrou imediatamente em vigor, sem carecer de regulamentação. Afinal, o divórcio está regrado no Código Civil, e a Lei do Divórcio manda aplicar ao divórcio consensual o procedimento da separação por mútuo consentimento (art. 40 § 2.0). Assim, nada foi necessário para a implementação da nova sistemática. A novidade atingiu as ações que estavam em andamento. Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC 267 VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico. Ninguém duvida que a pretensão do autor, ao propor a ação de separação, era pôr fim ao casamento. Mas a única forma disponível no sistema legal pretérito era a prévia separação judicial. No momento em que o instituto deixou de existir, em vez de extinguir o processo, cabe ao juiz converter a ação para a de divórcio.³³

Portanto, tendo em vista todas estas inovações trazidas pelo direito de família, é oportuna a análise da usucapião familiar, verificando-se se esta poderia ou não influenciar os novos horizontes do direito de família. Ademais, será analisada a possibilidade de adaptação do instituto com os novos caminhos traçados pelo Direito de Família, principalmente no que tange o fim da culpa na separação.

3. A usucapião Familiar

Após a análise acerca do instituto da usucapião e das novas perspectivas do direito de família, principalmente em relação ao divórcio e aos princípios da solidariedade, afetividade, chega-se o momento de analisar o foco do presente estudo: a usucapião familiar.

Em 16 de Junho de 2011 foi sancionada a Lei 12.424/11. Com o objetivo de regulamentar o programa governamental Minha Casa Minha Vida (PMCMV), o novo dispositivo também introduziu no ordenamento jurídico uma nova modalidade

³² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.pag.153.

³³ DIAS, Maria Berenice.**Manual de direito das famílias**.10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pag. 210.

de Usucapião. Insta destacar que a Lei 12.424/11 foi criada a partir da Medida Provisória 514/10.

Interessante notar, neste sentido, que a nova modalidade de usucapião não só “nasceu” de forma indireta, já que adveio de uma Lei que não tinha como primeiro objetivo cria-la, mas também, deriva de uma medida provisória, instrumento inadequado para realização de tal mudança.

Ora, segundo o artigo 62, caput, CF/88, apenas em caso de urgência e relevância é possível fazer manejo de uma Medida Provisória. Estes dois requisitos não são alternativos, pelo contrário, é necessário que estejam presentes ao mesmo tempo.

Então, ainda que seja possível alegar a premente necessidade (urgência) e importância de uma nova regulação (relevância) no que tange ao Programa “Minha Casa Minha Vida”, estas condições não estavam presentes, e por isso não indicavam a possibilidade, para a criação de uma nova espécie de usucapião.

A forma de aprovação das Medidas Provisórias é mais rápida e menos discutida quando comparada à aprovação de um Projeto de Lei. As conhecidas “MP’s” têm por característica a urgência, tanto na sua criação, quanto na sua aprovação pelo Congresso Nacional. Elas têm prioridade em relação as outras discussões da Casa Legislativa, trancando, muitas vezes a pauta e sendo colocada como prioridade³⁴.

A medida provisória é de autoria do Poder Executivo, especificamente o Presidente da República e, conforme o art. 62 da Constituição Federal, visa à regulamentação de situação urgente e relevante, que não possa aguardar o regular processo legislativo, ao passo que a criação das normas jurídicas em geral de competência da União cabe ao Poder Legislativo, que tem procedimento próprio para a propositura, discussão e votação dos projetos de lei.

Não era urgente, nem relevante a criação da usucapião especial urbana por abandono, portanto se questiona se não deveria tal instituto ter sido submetido ao Congresso Nacional pelo procedimento legislativo ordinário.³⁵

Insta mencionar que o artigo 1.240-A, acrescentado pela lei 12.424/11, não faz menção alguma ao PMCMV, sendo aplicável a qualquer situação, o que altera, significativamente, todas as relações familiares, principalmente entre os cônjuges e companheiros.

³⁴ GALLON, Leandro Ambros. Usucapião familiar por abandono de lar é inconstitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3157, 22fev.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21136>>. Acesso em 10 julho 2016.

³⁵ ORSELLI, Helena de Azeredo. **Análise crítica da usucapião por abandono**. Revista Síntese Direito de Família. v. 13. n. 69. pp. 129-138. dez./jan. 2012. p. 130/131.

Ou seja, uma mudança de tal monta foi resultado de um processo de trâmite muito mais célere, com espaço reduzido de discussão e, urge destacar, fruto de uma Medida Provisória que tinha como foco a regulamentação de um programa social.

Paradoxalmente, em que pese todas as críticas ao processo legislativo e até ao próprio texto do artigo 1.240-A, é imperioso destacar que a usucapião familiar é um importante instrumento legal de proteção daqueles que se percebem em uma situação fragilizada após a quebra do vínculo conjugal ou da união estável.

Porém, a interpretação do artigo 1.240-A traz algumas dificuldades, a seguir analisadas, principalmente no que tange aos requisitos trazidos pela Usucapião por abandono familiar, que não são dotados da precisão exigida, causando sérios problemas interpretativos e de aplicação prática, o que poderia macular a real teologia do artigo 1.240-A.

Neste diapasão, serão analisados a seguir os requisitos da Usucapião Familiar buscando alcançar uma interpretação que não desnature os objetivos do instituto e, ao mesmo tempo, permita uma maior proteção ao cônjuge/ companheiro abandonado.

3.1. Os requisitos para a usucapião familiar

O Código Civil, no artigo 1.240-A traz as seguintes disposições acerca da usucapião familiar:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m² (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.

Os requisitos do artigo 1.240-A podem ser classificados como requisitos pessoais, reais, formais e especiais. Os chamados pessoais são aqueles relacionados às características ou qualidades do sujeito que busca usucapir utilizando a usucapião familiar. Destarte, é salutar destacar que o dispositivo em comento restringe a legitimidade *ad usucapionem* aos ex-companheiros ou ex-cônjuges, condição ímpar quando comparada às demais espécies do instituto.

Os pressupostos reais são aqueles ligados à propriedade, ao bem, que será usucapido, bem como a relação do usucapiente com a coisa. Desta forma, o *caput* do artigo 1.240-A estabelece que o imóvel não poderá exceder 250m², bem como o usucapiente deve

ser coproprietário do bem, ou seja, a propriedade da coisa deveria estar sendo dividida com o consorte que “abandonou” o lar.

Os requisitos formais, por sua vez, trazem aspectos ligados ao tempo e às características da posse.

Em relação à posse, o artigo 1.240-A exige que esta seja ininterrupta, sem oposição, direta e com exclusividade, já o tempo exigido para alcançar o direito é de apenas dois anos, o menor entre todas as espécies de usucapião de bens imóveis.

Ademais, existem os requisitos especiais, que podem ser exemplificados, nas outras espécies de usucapião, como o justo-título, a boa-fé, e que na usucapião pró-família se materializam na impossibilidade de se beneficiar mais de uma vez do mesmo direito, de que o usucapiente não possua outro imóvel urbano ou rural e, por fim, o requisito mais controverso da lei e também a maior novidade, a exigência da configuração do abandono do lar.

As condições acima expostas serão mais bem analisadas em seguida, cabendo destacar, de antemão, que os principais pontos de divergência e crítica doutrinária são a copropriedade do imóvel pelo usucapiente, o exíguo lapso temporal, a necessidade de separação formal, e, principalmente, o sentido da expressão abandono do lar.

Adiante também será trazido à baila o questionamento acerca do juízo competente para apreciar os casos que envolvam a Usucapião Familiar, visto que a matéria tem relação tanto com as Varas Comuns, quanto com as Varas de Família.

3.1.1 A posse, a copropriedade e a separação de fato

Realizando um estudo pormenorizado dos principais requisitos da usucapião familiar, conclui-se que é essencial a análise das novidades trazidas pelo novo dispositivo. Diante disto, a usucapião pró-família inova nas características da posse, além de trazer a necessidade da copropriedade pelo usucapiente.

Bem como as outras espécies de usucapião já citadas, a usucapião familiar exige do possuidor a posse ininterrupta e sem oposição durante um lapso temporal de dois anos, o artigo 1.240-A inova, todavia, ao também exigir que a posse seja direta e exclusiva.

A posse direta é, segundo o artigo 1.197 do Código Civil, aquela em que o possuidor tem a coisa em seu poder. Ou seja, quando o legislador exige a posse direta ele busca exigir que o cônjuge remanescente detenha o bem sobre o seu poder, enquanto o

cônjuge que saiu do imóvel o possuirá apenas na modalidade da posse indireta³⁶. Neste sentido, é imprescindível que o cônjuge ou companheiro que permaneceu no imóvel esteja residindo nele.

Insta concluir que não é possível a locação do bem que se pretende usucapir, vez que a posse direta seria perdida.

Ao exigir do usucapiente a posse direta da coisa a ser usucapida, a lei está buscando fim social da moradia, no que tange à defesa da entidade familiar. Neste sentido Suzana Borges leciona que a nova espécie de Usucapião busca conferir à propriedade uma função familiar³⁷. Como já ressaltado, a exigência da posse direta da coisa pelo usucapiente impede que este, por exemplo, alugue o bem, pois o objetivo não é punir aquele que deixa a propriedade, mas assegurar uma moradia para aquele remanesceu.

Outra característica da posse é a exclusividade, isto é, o cônjuge ou companheiro que buscará usucapir a propriedade deve possuí-la de forma privativa, logo, a posse que antes era exercida pelos dois consortes, deve passar a ser exercida por apenas por um deles³⁸.

Uma grande novidade trazida pelo artigo 1.240-A é a exigência de que o usucapiente seja coproprietário do bem, algo *sui generis* para o instituto da usucapião, que se caracteriza pela inexistência de vínculo entre o a propriedade e posse do usucapido e a propriedade e posse do usucapiente em relação ao bem em disputa.

Ademais, nas outras espécies da usucapião, o possuidor só se torna proprietário ao cumprir os requisitos legais, já na usucapião familiar o cônjuge ou companheiro remanescente é coproprietário da coisa, ou seja, ele divide a propriedade com o outro, que, ao se ausentar, poderá perder a sua parcela.

A copropriedade é uma exigência expressa do artigo 1.240-A, todavia tal requisito se mostra desarrazoado e possibilita o tratamento não isonômico de pessoas que se

³⁶ VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião Especial e Abandono do Lar – Usucapião entre ex-casal**. In: Revista Brasileira de Direito de família e Sucessões, ano XIV, n. 27, Belo Horizonte: IBDFAM, p. 46-60, abr/mai. 2012.

³⁷ LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Usucapião Familiar**. In: Jocyane Bezerra de Menezes e Ana Carla Harmatiuk Matos. (Org.). Direito das Família Por Juristas Brasileiras. 1ªed.São Paulo: Saraiva, 2013, v., pp. 805-820.p 811.

³⁸ DANTAS, Marianna Albuquerque; EHRHARDT JR., Marcos. **A Usucapião por abandono do lar: origem, elementos e aspectos temporais e processuais**. In: COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; GODINHO, Adriano Marteleto; SANTIAGO, Maria Cristina; SANTOS, Filipe Lins dos (Orgs.). Temas de direito civil: da constitucionalização à humanização / [recurso eletrônico]. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015,pp 434-480,p.457-458.

encontrem em situação similar. Outrossim, ele não concilia com a ideia matriz da usucapião, que é proteger o cônjuge ou companheiro abandonado, vide a sua função familiar.

Ora, a usucapião tem por fundamento a posse, no caso a posse *ad usucapionem*, que se transforma em propriedade a partir do decurso temporal. Neste sentido, Orlando Gomes define que a usucapião é “*um modo de aquisição da propriedade, por via do qual o possuidor se toma proprietário*”³⁹, ou seja, o conceito básico da usucapião toma como base o possuidor como sujeito ativo e o proprietário como sujeito passivo.

O objetivo da usucapião é possibilitar que aquele que detém apenas a posse possa alcançar a propriedade, em detrimento do proprietário, que irá perde-la. Não faz sentido, no instituto da usucapião, exigir a propriedade, mesmo que parcial, como um requisito para o alcance do direito, pois este nasce com a posse.

Neste diapasão, a exigência da copropriedade não encontra baliza no conceito e na teleologia do instituto.

Ademais, considerando que o alvo da usucapião por abandono do lar é o cônjuge ou companheiro abandonado, e que a lei busca protegê-lo, oferecendo uma tutela mais célere de seus interesses, não importa se este possua a copropriedade do imóvel, vez que a necessidade de proteção jurídica e material é inerente à situação.

Portanto, em relação ao público alvo, o requisito da copropriedade é desnecessário, sendo um catalizador de injustiças, possibilitando impedir que o indivíduo abandonado, por exemplo, mesmo ao cumprir todos os requisitos em relação à posse, não alcance a usucapião pró-família apenas por não ser o proprietário.

Exigir o prazo maior de cinco anos na forma da usucapião especial por não haver copropriedade geraria discriminação injustificada entre os casais. Se ficou caracterizado o abandono de lar por dois anos, aquele que permaneceu no lar deve ter assegurado o seu direito à prescrição aquisitiva com mais razão do que se tivesse direito à meação do imóvel por força do regime de bens e no mesmo prazo próprio para ex-casal. O art. 1.240-A foi redigido para ex-casal. O art. 1.240 se aplica aos demais, que não formaram uma família comum.⁴⁰

Alguns autores, como Marcos Ehrhardt Júnior e Marianna Albuquerque Dantas, defendem que a exigência da copropriedade na usucapião familiar, pois entendem que

³⁹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª. ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.p 180

⁴⁰ VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar – Usucapião entre ex-casal. In: Revista Brasileira de Direito de família e Sucessões, ano XIV, n. 27, Belo Horizonte: IBDFAM, p. 46-60, abr/mai. 2012.

este requisito seria um dos autorizadores da diminuição do lapso temporal⁴¹, assemelhando-se ao justo-título, ou à boa-fé nas outras espécies de usucapião. Todavia, como visto, a exigência da copropriedade não coaduna com os objetivos da usucapião como instituto, diferente da boa-fé ou justo-título, que são predicados da posse, algo que a copropriedade não é.

Outro requisito nebuloso da usucapião pró-família é a imprescindibilidade ou não do divórcio, ou seja, em casos que o cônjuge busque usucapir é necessário que tenha havido o divórcio ou apenas a separação de fato?

Segundo o artigo 1.244 do Código Civil as causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição estendem-se ao possuidor, de forma que é possível a aplicação do artigo 197 do CC à usucapião. Neste sentido, o lapso temporal para usucapir não correrá entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal.

Logo, em uma interpretação literal dos dispositivos, o artigo 1.240-A só seria aplicável após o divórcio, no caso dos cônjuges. Todavia, mesmo após a EC 66/10, que facilitou o alcance do divórcio, é muito comum, principalmente entre as classes mais baixas, que haja apenas a separação de fato, ou seja, juridicamente aquelas duas pessoas continuam casadas, mas na prática estão separadas.

É nesse sentido que a doutrina buscou uma interpretação teleológica da lei, ou seja, o divórcio extingue juridicamente a sociedade conjugal, mas a separação de fato do casal, por si só, já caracteriza um afastamento entre os ex-cônjuges, de forma que, a partir deste momento, já é possível a contagem do prazo de dois anos. Tanto a doutrina como a jurisprudência⁴² vêm defendendo esta tese:

⁴¹ DANTAS, Marianna Albuquerque; EHRHARDT JR., Marcos. **A Usucapião por abandono do lar: origem, elementos e aspectos temporais e processuais**. In: COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; GODINHO, Adriano Marteleto; SANTIAGO, Maria Cristina; SANTOS, Filipe Lins dos (Orgs.). Temas de direito civil: da constitucionalização à humanização / [recurso eletrônico]. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015, pp 434-480, p.457-458.

⁴² DIREITO DE FAMÍLIA. (...)REGISTRO DOMINIAL QUE AINDA CONSTA A TITULARIDADE CONJUNTA DO BEM. DEMANDADA QUE, À GUIZA DE DEFESA, ALEGA A OCORRÊNCIA DA USUCAPIÃO. INCONTROVERSO ABANDONO DO LAR, PELO AUTOR, NO LONGÍNQUO ANO DE 1967, DEIXANDO À PROPRIA SORTE A ESPOSA E OS 7 (SETE) FILHOS COMUNS. AFASTAMENTO QUE SE DEU DE FORMA UNILATERAL, VOLUNTÁRIA E COMPLETA. DIVÓRCIO DECRETADO APENAS EM 2000. SENTENÇA INACOLHEDORA DO PLEITO EXORDIAL. USUCAPIÃO ENTRE CÔNJUGES. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA IMPEDITIVA À PRESCRIÇÃO AQUISITIVA (ARTS. 197, INC. I, E 1.244 DO CC/2002, CORRESPONDENTES AOS ARTS. 168, INC. I, E 553 DO CC/1916). ABANDONO DO NÚCLEO FAMILIAR A PARTIR DO QUAL SUCEDEU A SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL. COMPLETA DISSOCIAÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO E ESVAZIAMENTO DOS LAÇOS MATRIMONIAIS. INEXISTÊNCIA DE MANCOMUNHÃO. CESSAÇÃO, NAQUELE ENSEJO, DOS EFEITOS PRÓPRIOS AO REGIME DE BENS. (...)REGRA OBSTATIVA DA USUCAPIÃO ENTRE OS CÔNJUGES QUE DEVE MERECER INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA, OU SEJA, CONFORME O

O mote de não correr prescrição entre cônjuges na constância do casamento é a manutenção da harmonia familiar e ceifada esta pela separação de fato não há falar-se em impedimento de aquisição por usucapião.⁴³

O art. 197 do Código Civil é uma norma geral acerca da impossibilidade da fluência de prazos entre cônjuges; diversamente, o art. 1.240-A do mesmo Código é uma norma que trata do tempo específico para que um ex-cônjuge ou ex-companheiro adquira, por usucapião, imóvel urbano pertencente ao patrimônio comum do ex-casal. De modo que se pode entender que essa norma legal estabelece uma exceção à norma geral que impede a prescrição entre cônjuges na constância do matrimônio.⁴⁴

Portanto, de forma acertada, pacificou-se no entendimento de que a restrição da legitimidade *ad usucapionem* feita pelo legislador contempla não apenas aqueles separados pelo divórcio, mas também aqueles separados de fato.

3.1.2 Abandono do lar

A maior polêmica em relação à usucapião familiar está disposta sobre o requisito do abandono do lar. Sem dúvidas, este é o requisito chave da nova modalidade de usucapião, tanto que a partir da interpretação que lhe seja dada, é possível defender desde a inconstitucionalidade do artigo 1.240-A até a sua imprescindibilidade nos dias atuais.

A doutrina, a princípio, criou duas linhas interpretativas da expressão “abandono do lar”. Uma delas defende que a expressão está relacionada ao direito de família, portanto seria preciso interpretá-la do mesmo modo que se interpreta o artigo 1.573, IV, CC⁴⁵. Concluem os adeptos deste raciocínio, que a expressão “abandono do lar” ressuscita a

ESCOPO DA NORMA E NA CONFORMIDADE DA EVOLUÇÃO DOS INSTITUTOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. ACOLHIMENTO DA TESE DE USUCAPIÃO COMO DEFESA QUE SE AFIGURA PERFEITAMENTE VIÁVEL. PRECEDENTE DA CORTE. RECURSO IMPROVIDO. 1. (...). 2. Assim sendo, a norma que impede a fluência dos prazos de usucapião entre os cônjuges enquanto não dissolvida a sociedade conjugal - art. 197, inc. I, do CC/02, correspondente ao art. 168, inc. I, do CC/16 -, deve merecer interpretação teleológica, sob a ótica, portanto, da evolução dos institutos no âmbito do Direito de Família, tanto mais porque o escopo da regra é salvaguardar a unidade patrimonial da família enquanto harmônicos os interesses dos consortes e existente o vínculo de afeto que ensejou, em primeiro plano, o casamento. (TJ-SC - AC: 20130655496 SC 2013.065549-6 (Acórdão), Relator: Eládio Torret Rocha, Data de Julgamento: 04/06/2014, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado.).

⁴³ SILVA, Luciana Santos. **Uma afronta à Carta Constitucional: usucapião pró-família**. Revista Síntese Direito de Família. v. 14. n. 71, pp. 32-36. São Paulo, abr. e maio. 2012.p.33.

⁴⁴ ORSELLI, Helena de Azeredo. **Análise crítica da usucapião por abandono**. Revista Síntese Direito de Família. v. 13. n. 69, pp. 129-138. dez./jan. 2012. p. 135.

⁴⁵ Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos. (...)

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo

discussão da culpa pela separação, pois, de alguma maneira, os interessados buscarão motivar suas atitudes, culpando sempre o outro.

Por exemplo, quando o companheiro sair do imóvel ele buscará, por óbvio, motivar sua saída, para que não seja considerado seu abandono uma atitude voluntária, e tenha como resultado a perda do imóvel. De forma que, a única maneira de sua saída não ser tida como voluntária é culpando o companheiro remanescente. Desta feita, a discussão da culpa será trazida de volta às varas de família, havendo um retrocesso de décadas de evolução jurisprudencial:

(..) para não perder parte do imóvel, o homem vai ter que provar que saiu de casa porque não mais aguentava as ranzinças da mulher e esta, por sua vez, vai ter que demonstrar que, cansada de sofrer agressões físicas e psicológicas, resolveu deixar o traste para trás. O fato é que essa esdrúxula modalidade de usucapião vai ensejar o revolvimento de antigas e dolorosas feridas, tudo no afã de demonstrar que o “meu inferno é o outro”. Estamos assistindo ao retorno do ingrediente denominado culpa, o qual foi abolido da indigesta receita das separações conjugais pela recente EC 66/2010.⁴⁶

A consequência desta interpretação é a consideração da lei não só como um retrocesso para o direito de família, mas também como inconstitucional, pois, segundo a maior parte da doutrina, a EC 66/10 extinguiu a discussão da culpa da separação, não podendo uma lei infraconstitucional retomá-la⁴⁷.

Todavia, parcela diversa, como a pesquisadora Helena Orselli, defende uma interpretação diversa da acima apresentada. Desta feita, o “abandono do lar” disposto no artigo 1.240-A deve ser entendido como sinônimo de abandono do imóvel, de forma que a interpretação seria feita segundo os Direitos Reais.

Por esta última interpretação, o abandono estaria ligado estritamente ao bem a ser usucapido, uma vez que o dispositivo tutela os direitos reais, de forma que sua

⁴⁶ DONIZETTI, Elpídio. **Usucapião do lar serve de consolo para o abandonado**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-20/consolo-abandonado-usucapiao-lar-desfeito>>. Acesso em 23 de abril de 2016.

⁴⁷ O Código de processo Civil de 2015 traz, expressamente, em seu artigo 23, III, a expressão “separação judicial”. Todavia, como foi destacado, uma lei infraconstitucional não tem o poder de revogar um mandamento constitucional, não sendo possível “o novo CPC repristinar a separação judicial (...)Sob pena de, como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. ”, como bem assevera Lênio Streck, em: “Por que é inconstitucional "repristinar" a separação judicial no Brasil”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>>. Acesso em 30 de outubro de 2017.

interpretação será a mesma dada ao artigo 1.275, III, do CC⁴⁸. Por esta ideia, abandonar significaria cortar relações com o bem, não só deixando de usá-lo, mas não exercendo qualquer exercício possessório.

Neste sentido, Helena de Azevedo Orselli preleciona que:

A caracterização da usucapião nada tem a ver com a culpabilidade ou não pelo fim do casamento, com o abandono do lar ter sido voluntário ou necessário; enfim, a usucapião, como instituto de direito real, tem como um de seus requisitos o “abandono do bem a ser usucapido”, e não o abandono do lar conjugal ou da família.⁴⁹

Também é possível defender que a expressão “abandono do lar” significa uma interrupção da vida em comunhão e da assistência financeira daqueles que permaneceram no imóvel. Nessa perspectiva, abandonar é negar o dever solidário de reponsabilidade, de matriz constitucional.

Quanto à abrangência do termo “abandono de lar”, verifica-se que não se trata da simples saída do lar, mesmo porque hoje até mesmo o dever de vida comum não se confunde com coabitação, restando relativizado pelo eudemonismo e pela livre construção da personalidade de maneira responsável e correlacionai. Abandonar é abdicar, uma expressão de fato ou da liberdade vivida.

Abandono, pois, deve ser interpretado no sentido de se interromper a comunhão de vida conjunta e a assistência financeira e moral àqueles que compõem o núcleo familiar, renegando o dever solidário de responsabilidade para com a família, o que faz com que a pessoa que deixou o lar por sofrer violência doméstica não se enquadre neste conceito de abandono.⁵⁰

Em que pese as posições acima retratadas, a usucapião por abandono do lar exige uma interpretação que busque harmonizar as relações entre os direitos reais e o direito de família, não podendo seguir apenas um desses ramos.

⁴⁸ Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:
(...)

III - por abandono;

⁴⁹ ORSELLI, Helena de Azeredo. **Análise crítica da usucapião por abandono**. Revista Síntese Direito de Família. v. 13. n. 69. pp. 129-138. dez./jan. 2012. p. 135.

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21ª. ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.p 443.

3.1.3 Uma nova interpretação do “abandono do lar” e a restrição para aplicação do lapso temporal

Como visto anteriormente, é possível interpretar a usucapião familiar tanto no âmbito dos direitos de família, quanto no âmbito dos direitos reais.

A nova espécie de usucapião possui uma singularidade marcante, uma vez que ela só pode incidir no seio familiar, pois o artigo 1.240-A é claro ao dispor que a propriedade a ser usucapida era dividida com o ex-cônjuge ou ex-companheiro. Logo, apenas é cabível a aplicação do artigo 1.240-A quando estiver presente a união estável ou o matrimônio.

Todavia, a usucapião é um instituto próprio dos direitos reais, de forma que, no momento de aplicação do artigo 1.240-A, é imperioso que haja uma harmonização entre os ramos dos direitos reais e de família.

Destarte, é imperioso que toda interpretação do novo dispositivo legal seja feita em consonância com os dois âmbitos do direito civil, conseqüentemente o abandono deve ser não só do imóvel, mas também da família.

Por tudo isso, o abandono do lar é o abandono do imóvel, de acordo com as características dos direitos reais, tendo esta expressão o mesmo sentido do artigo 1.275, III, CC/02. Mas também é o abandono afetivo, moral, abandono que destitui a solidariedade familiar, ou seja, é o desamparo em relação aqueles que continuam a residir no imóvel, como defendido na atualização do Livro de Orlando Gomes supra citado.

Por conseguinte, aquele que deixa de prestar contas com o imóvel, mas fornece assistência aos filhos, ou ao cônjuge que permaneceu no imóvel, não concorreu para o abandono do lar, de forma que a lei não deve puni-lo com a perda da propriedade. Ora, muitas vezes a saída do lar ocorre pelo fim do afeto, talvez como uma forma de evitar brigas, e até em busca do melhor interesse dos filhos, sendo incoerente a punição com a perda do bem. Neste diapasão que é necessário afastar a ideia da culpa e conseqüentemente a punição pelo abandono, uma vez que a lei não pode olvidar as vicissitudes trazidas por uma relação a dois.

A lei presume, no meu sentir de maneira equivocada, que quando o imóvel é familiar deve o prejudicado pela posse exclusiva do outro cônjuge ou companheiro tomar medidas mais rápidas, esquecendo-se que o fim da

conjugalidade envolve questões emocionais e afetivas que impedem, muitas vezes, rápida tomada de decisão. É o luto pelo fim do relacionamento.⁵¹

Logo uma interpretação sistêmica da nova espécie de usucapião se torna crucial. Mais que tentar encontrar inconstitucionalidades na lei, é importante interpretá-la da maneira correta, evitando discussões que incitem a volta da culpa pelo rompimento da dissolução, ou que deem a lei um significado que possa tornar as relações familiares verdadeiras prisões ou armadilhas.

Com a mesma ideia aqui apresentada, em setembro de 2015, a VII Jornada de Direito Civil publicou o enunciado nº 595, que dispõe:

O requisito do "abandono do lar" deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somando à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Revogado o Enunciado 499.⁵²

Neste mesmo sentido, o lapso temporal de dois anos para usucapir apenas encontra baliza quando se interpreta a expressão “abandono do lar” como abandono da coisa e da família, pois é nesses casos que é necessária uma tutela mais célere dos direitos daqueles que permaneceram no imóvel, neste sentido Caio Mário:

Na espécie, o prazo para conversão da posse em propriedade reduz-se a apenas dois anos, proporcionando a tutela mais célere dos direitos do cônjuge ou companheiro abandonado pelo outro, em benefício da preservação dos interesses existenciais de todas as pessoas que integram a entidade familiar.⁵³

Ou seja, é preciso se ater que a saída do lar não gera uma presunção de abandono, pois não pode a lei obrigar que duas pessoas continuem a dividir o mesmo espaço. Neste sentido os Tribunais pátrios não consideram a saída involuntária do lar, principalmente aquelas determinadas pela impossibilidade de manutenção da vida em comum, como abandono do lar:

(...)O ato de abandono, quesito dessa nova modalidade, deve ser voluntário e injustificado, ou seja, o cônjuge pretendente deverá demonstrar que a saída do lar se deu injustificadamente. Nesse passo, a saída de um dos cônjuges por motivos alheios à sua vontade não pode taxada de abandono de lar. No

⁵¹ SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?** Artigo disponível em: http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html. Acesso em 19 de março de 2016.

⁵² VII Jornada de Direito Civil, [28-29 de setembro de 2015, Brasília]. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. 109 p.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 132.

caso, tenho que não merece prosperar a pretensão da recorrente, de reconhecimento da nova modalidade de usucapião, como fato impeditivo do direito de partilha sobre o citado bem imóvel, já que, não se verifica o preenchimento dos requisitos legais, especificamente o de abandono do lar. Tem-se que o apelado, não abandonou o lar por liberalidade, e sim por não se mais possível a convivência harmoniosa sob o mesmo teto, com bem observado pelo Magistrado a quo. (fl. 107, e-STJ)(...)
(STJ - REsp: 1641512 MT 2016/0313499-9, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 10/03/2017)⁵⁴

O que configura e marca o abandono é a falta no dever de adimplir com as obrigações trazidas pelo bem, cominada com o abandono afetivo, moral e material daqueles que permaneceram no lar.

Desta forma, apesar da diminuição dos lapsos temporais ser uma tendência do direito moderno, como bem aponta Flávio Tartuce: “(...) a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo exige e possibilita a tomada de decisões com maior rapidez”⁵⁵, ela deve sempre se ater às características inerentes dos institutos alterados.

O lapso de dois anos, por si só, não encontraria baliza também dentro do instituto da usucapião, vez que a usucapião nada mais é que a transferência da propriedade pelo decurso do tempo em virtude do “abandono” da coisa pelo proprietário de direito e o uso desta mesma coisa por um possuidor, que age como proprietário. Neste sentido, existe, na usucapião, uma ideia de posse prolongada, em que uma situação de foi pacificada pelo decurso temporal. Como é possível verificar tal pacificação se o tempo exigido é tão exíguo?

O prazo previsto no art. 1.240-A do Código Civil, de dois anos de posse exclusiva e ininterrupta, é extremamente curto e não se presta a caracterizar "uma situação que se prolonga no tempo", a "posse duradoura" ou a "ocupação prolongada", elemento caracterizador da usucapião.⁵⁶

⁵⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Recurso Especial: 1641512 MT 2016/0313499-9, Relator: Ministro MARCO BUZZI. Data de Publicação: DJ 10/03/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442890036/recurso-especial-resp-1641512-mt-2016-0313499-9>>. Acesso em 26 de setembro de 2017.

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **A usucapião urbana por abandono do lar conjugal**. Disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2793245/artigo-a-usucapiao-especial-urbana-por-abandono-do-lar-conjugal-por-flavio-tartuce>. Acesso em 19 de abril de 2016.

⁵⁶ ORSELLI, Helena de Azeredo. **Análise crítica da usucapião por abandono**. Revista Síntese Direito de Família. v. 13. n. 69. pp. 129-138. dez./jan. 2012. p. 133.

É salutar, para a coerência da nova espécie de usucapião, que a redução do lapso temporal para dois anos tenha como fundamento a ocupação prolongada aliada a noção de desamparo e abandono total dos que permaneceram no lar.

3.2. O juízo Competente

É possível perceber, após toda discussão aqui trazida, que a maior dificuldade trazida pela usucapião familiar é o seu caráter híbrido. Caminhar entre os direitos reais e o direito de família traz imensos obstáculos, vez que é necessário realizar uma interpretação que não ponha em cheque os princípios de cada ramo.

Destarte, o artigo 1.240-A, por seu caráter híbrido, não deixa claro qual o juízo competente para o processamento e julgamento dos litígios. Atualmente, a doutrina e a jurisprudência não encontram consenso.

A defesa da competência das Varas Cíveis Comuns para apreciar tais demandas decorre do fato que, apesar da usucapião Familiar ser aplicável apenas às relações familiares, ela não deixa de ser uma espécie de usucapião, devendo a lide ser processada pelas varas cíveis comuns.

Neste diapasão, é argumenta-se que: “usucapião familiar não se refere a estado de pessoas, mas sim a aquisição originária de propriedade imobiliária, cujos efeitos poderão atingir terceiros, a competência para seu julgamento é dos Juízes da Vara Cível, e não da Vara de Família”⁵⁷.

Ademais, a existência de relação familiar é apenas um dos requisitos da usucapião familiar, não estando ela condicionada a questões do direito de família⁵⁸.

⁵⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DIVÓRCIO - RECONVENÇÃO - USUCAPIÃO FAMILIAR - ART. 1240-A DO CC/02 - COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO - DIREITO REAL - COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL - DECISÃO MANTIDA. Na usucapião familiar, prevista art. 1240-A do CC/02, a existência de instituição familiar, seja o casamento ou a união estável, é apenas um dos requisitos necessários para a sua constituição. A questão de fundo nela contida refere-se a constituição de domínio sobre imóvel, constituindo-se, portanto, ação de cunho patrimonial. Tendo em vista que a usucapião familiar não se refere a estado de pessoas, mas sim a aquisição originária de propriedade imobiliária, cujos efeitos poderão atingir terceiros, a competência para seu julgamento é dos Juízes da Vara Cível, e não da Vara de Família. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.206443-7/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/03/2014, publicação da súmula em 21/03/2014)

⁵⁸ Conflito Negativo de Competência. Ação de usucapião por abandono de lar (artigo 1.240-A do Código Civil) – Ajuizamento perante a Vara Cível – Redistribuição à Vara da Família – Descabimento – Instituto que visa o

Por outro lado, não se deve olvidar que a Usucapião Familiar é baseada na relação de conjugalidade ou de companheirismo, sendo uma espécie diferente de usucapião. Assim, para aplicação da Usucapião Familiar, é preciso o reconhecimento da relação familiar, no casamento ou união estável, o que atrairia a competência para as varas de família.

Além disso, o reconhecimento do direito de usucapir afetará a partilha o que remeteria a competência para o juízo de família, neste sentido:

Haja vista que o instituto da usucapião por abandono de lar só pode ser aplicado ante o reconhecimento da relação familiar, no casamento ou união estável, ao passo que essa última deve ser especificamente comprovada, entende-se que a competência para julgamento dessas ações é das Varas de Família.⁵⁹

Não obstante as opiniões em contrário, a competência das Varas de Família é a que se mostra mais adequada para dirimir o feito. Ora, é preciso considerar que a legitimidade *ad usucapionem* é exclusiva do ex-cônjuge ou do ex-compaheiro, não podendo um terceiro estranho à relação se beneficiar de tal direito. Neste sentido, há uma restrição de incidência na aplicação do artigo 1.240-A, vez que este só pode ser aplicado às entidades familiares.

Ademais, o ponto de equilíbrio da usucapião familiar é o requisito do abandono do lar, vez que todo o sentido e teleologia da lei se baseia na proteção daquele que foi abandonado, que não muito raro se mantém com os filhos, e este requisito traz em si aspectos dos direitos reais, mas também dos direitos de família, o que atrai a competência para a Vara especializada.

A especialização existe para dar maior profundidade no conhecimento de casos peculiares, e as relações entre cônjuges ou companheiros têm suas peculiaridades bem conhecidas daqueles que atuam nestas Varas. Os negócios jurídicos entre familiares possuem repercussão emocional e permitem outro tipo de atuação não comum às Varas Cíveis, inclusive com a realização de acordos que levam em consideração a abordagem psicológica e social das quais são dotadas as Varas de Família de sua equipe técnica.⁶⁰

reconhecimento da posse de meação do ex-cônjuge sobre o bem imóvel do casal, fundada no abandono do lar conjugal – Ação de direito real – Tutela de caráter exclusivamente patrimonial, que não se insere na competência da Vara especializada. Conflito procedente - Competência do Juízo Suscitado.(TJ-SP - CC: 00036832620158260000 SP 0003683-26.2015.8.26.0000, Relator: Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público), Data de Julgamento: 11/05/2015, Câmara Especial, Data de Publicação: 13/05/2015)

⁵⁹ RODRIGUES, Edwirges ; ALVARENGA, M. A. F. P. . USUCAPIÃO POR ABANDONO DE LAR: LEI Nº 12.424 DE 16 DE JUNHO DE 2011. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 66, pp. 575-594. 2015.p. 582

⁶⁰ VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar – Usucapião entre ex-casal. In: Revista Brasileira de Direito de família e Sucessões, ano XIV, n. 27, Belo Horizonte: IBDFAM, p. 46-60, abr/mai. 2012.

Portanto, apesar da usucapião ser um instituto dos direitos reais, a aplicação do artigo 1.240-A é decorrente de fatores inerentes ao Direito de Família, como o divórcio ou a separação, além de incidir apenas quando comprovada a existência de uma entidade familiar, e do abandono do lar, o que realça a importância da especificidade que caracteriza as Varas de Família.

CONCLUSÃO

A propriedade vem sendo recharacterizada pelo ordenamento jurídico pátrio. A função da usucapião é, como já analisado, dar à propriedade uma função social. Aquele que é proprietário, mas não utiliza o bem, está sujeito a perda deste em detrimento do possuidor que o utilize economicamente ou como moradia, por exemplo.

A usucapião familiar, acrescentada ao ordenamento pátrio em 2011, busca inserir na propriedade uma função familiar, ou seja, o principal objetivo da nova espécie de aquisição da propriedade é proteger o cônjuge/companheiro abandonado.

A maior dificuldade trazida pela usucapião por abandono do lar é que, apesar de estar topograficamente inserida nos direitos reais, como espécie de usucapião que é, detém, por outro lado, fortes características e influência no direito de família. Destarte, por algum tempo, a doutrina teve dificuldade em realizar uma análise correta desta nova modalidade de usucapião.

A conclusão do presente estudo é que, por conta da forte interferência que o artigo 1.240-A tem nas famílias, é preciso que seus requisitos sejam interpretados de forma harmônica entre os direitos reais e o direito de família. Como exemplo, basta analisar o requisito “abandono do lar”, que, como já demonstrado, deve ser interpretado como abandono do bem e da família, pois, análise diversa, destoaria da função familiar que é buscada pela nova espécie de usucapião, ou traria de volta a discussão da culpa pela separação, o que consistiria em um perigoso retrocesso.

Desta feita, é possível perceber que o artigo 1.240-A representa uma maior proteção aqueles que se encontram em situação de abandono, diminuindo a insegurança jurídica existente em casos de saída de um dos cônjuges ou companheiros com o qual a propriedade era compartilhada. Logo, em caso de inércia daquele que abandona o núcleo familiar, o remanescente, que permaneceu no imóvel, destinando-o à sua moradia, poderá adquiri-lo, de forma completa, ao final do lapso temporal de dois anos.

Destarte, resta claro que, ao definir um prazo temporal de dois anos para a conquista da propriedade em sua totalidade, o que a lei busca é permitir a rápida solução de uma situação que já está definida, impedindo que a insegurança quanto à propriedade ser prolate no tempo.

A Usucapião Familiar, por fim, busca não só visualizar na propriedade uma função social, mas também uma função familiar, pois retira a propriedade daquele que abandonou a família e o bem, garantindo, àqueles que permaneceram, o direito à moradia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE JR, Roberto Paulino de; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Primeiras anotações sobre os pressupostos e a processualização da usucapião familiar.** In:Revista de Processo, ano 36, n. 199, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 369-374, set. 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado,1998. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:< BRASIL. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>
- BRASIL. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>
- CARNEIRO, Sérgio Barradas. **Proposta de Emenda Constitucional 33/2007.** Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em 24 de julho de 2016.
- DANTAS, Marianna Albuquerque; EHRHARDT JR., Marcos. **A Usucapião por abandono do lar: origem, elementos e aspectos temporais e processuais.** In: COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; GODINHO, Adriano Marteleto; SANTIAGO, Maria Cristina; SANTOS, Filipe Lins dos (Orgs.). Temas de direito civil: da constitucionalização à humanização / [recurso eletrônico]. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.
- DONIZETTI, Elpídio. **Usucapião do lar serve de consolo para o abandonado.** Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2011-set-20/consolo-abandonado-usucapiao-lar-desfeito>>. Acesso em 23 de abril de 2016.
- DIVÓRCIO CRESCE MAIS DE 160% EM UMA DÉCADA. AGÊNCIA BRASIL.<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-11/divorcio-cresce-mais-de-160-em-uma-decada>>. Acesso em 27 de setembro 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª Ed. 2009.
- GALLON, Leandro Ambros. **Usucapião familiar por abandono de lar é inconstitucional.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3157, 22fev.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21136>>. Acesso em 10 julho 2016.

- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21^a. ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. **Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Usucapião Familiar**. In: Joyciane Bezerra de Menezes e Ana Carla Harmatiuk Matos. (Org.). Direito das Família Por Juristas Brasileiras. 1^aed.São Paulo: Saraiva, 2013, v., pp. 805-820.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.206443-7/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela , 2^a CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/03/2014. Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/116494742/tj-es-24-05-2016-pg-891>>.
- ORSELLI, Helena de Azeredo. **Análise crítica da usucapião por abandono**. Revista Síntese Direito de Família. v. 13. n. 69. pp. 129-138. dez./jan. 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues,1834-1917. **Direito das Coisas**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça,v. I, 2004.
- RODRIGUES, Edwirges ; ALVARENGA, M. A. F. P. **USUCAPIÃO POR ABANDONO DE LAR: LEI Nº 12.424 DE 16 DE JUNHO DE 2011**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 66, pp. 575-594. 2015.
- SANTA CATARIA.TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Apelação Civil: 20130655496 SC 2013.065549-6 (Acórdão), Relator: Eládio Torret Rocha, Data de Julgamento: 04/06/2014. Disponível em:<<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25125729/apelacao-civel-ac-20130655496-sc-2013065549-6-acordao-tjsc>>.
- SÃO PAULO- TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CC: 00036832620158260000 SP 0003683-26.2015.8.26.0000, Relator: Ricardo Anafê (Pres. da Seção de Direito Público), Data de Julgamento: 11/05/2015, Câmara Especial. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188577717/conflito-de-competencia-cc-36832620158260000-sp-0003683-2620158260000>>.
- SILVA, Luciana Santos. **Uma afronta à Carta Constitucional: usucapião pró-família**. Revista Síntese Direito de Família. v. 14. n. 71, pp. 32-36. São Paulo, abr. e maio. 2012.

- SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?** Artigo disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>.
- STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional "repristinar" a separação judicial no Brasil.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>>. Acesso em 30 de outubro 2017.
- TARTUCE, Flávio. **A usucapião urbana por abandono do lar conjugal.** Disponível em:<<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2793245/artigo-a-usucapiao-especial-urbana-por-abandono-do-lar-conjugal-por-flavio-tartuce>>.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. **Direitos reais.** São Paulo: Atlas, v. V, 2009
- VII Jornada de Direito Civil, [28-29 de setembro de 2015, Brasília]. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.
- VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião Especial e Abandono do Lar – Usucapião entre ex-casal.** .In:Revista Brasileira de Direito de família e Sucessões, ano XIV, n. 27, Belo Horizonte: IBDFAM, p. 46-60, abr/mai. 2012.