

**Universidade Federal de Juiz de Fora**

**Faculdade de Direito**

**USUCAPIÃO FAMILIAR: O NOVO ART. 1240-A DO CÓDIGO CIVIL E A  
DISCUSSÃO DA CULPA NO DIREITO DE FAMÍLIA.**

Juiz de Fora

2012

**Marília Defilipo Vieira**

**USUCAPIÃO FAMILIAR: O NOVO ART. 1240-A DO CÓDIGO CIVIL E A  
DISCUSSÃO DA CULPA NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Israel Carone Rachid

Juiz de Fora

2012

**Marília Defilipo Vieira**

**USUCAPIÃO FAMILIAR: O NOVO ART. 1240-A DO CÓDIGO CIVIL E A  
DISCUSSÃO DA CULPA NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Monografia de conclusão de curso  
apresentada ao curso de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de  
Fora, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Israel Carone  
Rachid

---

Prof. Israel Carone Rachid (Orientador)

Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Abdalla Daniel Curi

Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Fábio Vargas

Universidade Salgado de Oliveira, campus Juiz de Fora

Juiz de Fora

17/10/2012

## **AGRADECIMENTOS**

Eterna dívida de gratidão a Deus. Obrigada por sempre iluminar meu caminho.

Devo também um enorme obrigada ao professor Israel, por compartilhar seu conhecimento e pela dedicação a este trabalho.

E, finalmente, obrigada a minha família. Juntos em todos os momentos. Amo vocês.

## RESUMO

O presente trabalho busca abordar o tema da usucapião familiar, uma vez que se trata de assunto relativamente recente na seara jurídica, bem como seus reflexos sobre as dissoluções familiares. O enfoque dar-se-á a partir da discussão da culpa, requisito subjetivo para referida modalidade de usucapião, já que para a doutrina majoritária esta foi extirpada pela Emenda do Divórcio (Emenda Constitucional 66/2010). Analisa-se também a questão da função social da posse como finalidade do instituto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Usucapião. Função Social das Propriedades. Cônjuge. Companheiro. Direito de Família. Divórcio. Culpa. Abandono do Lar.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 O INSTITUTO DA USUCAPIÃO E SUAS MODALIDADES.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1 Noções preliminares acerca da Usucapião e suas espécies.....</b>	<b>8</b>
<b>1.2 Requisitos genéricos da Usucapião.....</b>	<b>11</b>
<b>2 FUNÇÃO SOCIAL DAS PROPRIEDADES.....</b>	<b>13</b>
<b>3 A FORMAÇÃO DA USUCAPIÃO FAMILIAR.....</b>	<b>15</b>
<b>3.1 Justificação legislativa.....</b>	<b>15</b>
<b>3.2 Delimitações da Usucapião Familiar.....</b>	<b>17</b>
<b>3.2.1 Linhas Gerais do instituto.....</b>	<b>17</b>
<b>3.2.2 Requisitos especiais da Usucapião Familiar.....</b>	<b>20</b>
<b>4 A EMENDA CONSTITUCIONAL DO DIVÓRCIO.....</b>	<b>23</b>
<b>5 A QUESTÃO DA CULPA NA USUCAPIÃO FAMILIAR.....</b>	<b>30</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>37</b>

## Introdução

No dia 16 de junho de 2011, passou a vigorar a Lei 12.424/11 que cuidou de acrescentar ao Código Civil, através de seu art. 9º, um novo dispositivo, o art. 1.240-A, que assegura a aquisição do domínio a quem exercer por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados). Para tanto, o cônjuge/companheiro abandonado não pode ser proprietário de outro imóvel, urbano ou rural, bem como não pode ter sido beneficiado, em outro momento, com pedido sob idêntico fundamento.

Trata-se da mais nova modalidade de usucapião, mais conhecida por usucapião familiar. Referido instituto traz amplos reflexos patrimoniais sobre o âmbito conjugal, e também retoma à discussão da culpa, que vinha sendo considerada pela doutrina majoritária como extinta do ordenamento jurídico pela Emenda do Divórcio (Emenda Constitucional 66/2010).

O presente trabalho tem por intuito delimitar o alcance da modalidade em tela, a partir de uma análise da mesma à luz de princípios constitucionais e da interpretação teleológica, com fulcro na ideia de justiça social.

Primeiramente, far-se-á no primeiro capítulo uma breve introdução ao instituto da usucapião, apontando seus requisitos genéricos e as modalidades existentes no direito brasileiro.

No segundo capítulo, aprofunda-se o tema da função social, uma vez que se trata da garantia de que a propriedade tenha uma destinação social através do atendimento de certas exigências legais, o que permite a concretização do direito constitucional à moradia.

Em seguida, o terceiro capítulo trata da usucapião familiar, ponto principal deste estudo, fazendo-se uma análise da criação da norma, seu contorno e seus requisitos objetivos.

Para melhor compreender a questão em tese, o capítulo quatro faz uma análise da Emenda Constitucional do Divórcio, a partir de posicionamentos

favoráveis e contrários à tese de que tal Emenda provocou o fim da separação judicial, e conseqüentemente da evocação da culpa neste âmbito.

O quinto e último capítulo chega ao requisito subjetivo da usucapião familiar, qual seja, o “abandono do lar”, fator tradicionalmente ligado a culpa. O legislador teria incorrido em falha técnica ao se omitir em definir o termo, gerando dúvidas e controvérsias quanto à aplicação da norma. Faz-se uma interpretação teleológica da expressão, a partir da noção de função social, para que o instituto possa ser devidamente compreendido.

# **1 O instituto da Usucapião e suas modalidades**

## **1.1 – Noções preliminares acerca da Usucapião e suas espécies**

A Usucapião, assim tratada no CCB, no gênero feminino, conforme será adotado no presente trabalho, tem por origem o Direito Romano. Etimologicamente, o termo significa adquirir pelo tempo. No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto foi devidamente regulado pelo Código Civil de 1916 e mantido pelo atual diploma, guardadas as decorrentes alterações.

Trata-se de modo originário de aquisição da propriedade (seguindo-se o entendimento da doutrina majoritária pátria) e de outros direitos reais - ou seja, inexistente vínculo entre a propriedade atual e a anterior, livrando-a de eventuais vícios pregressos –, pela posse prolongada no tempo, atendendo-se, também, a certos requisitos exigidos pela lei. Podem ser usucapidos bens móveis e imóveis, sendo estes últimos de relevância para este estudo.

Serve, ao mesmo tempo, como instrumento para punir o proprietário desidioso, privando-o da coisa, e beneficia o possuidor que por determinado tempo deu utilidade a esta coisa.

Denominada de prescrição aquisitiva (modo de aquisição da propriedade pelo tempo) e regida genericamente pelo art. 1.238 do Código Civil, contrapõe-se à prescrição extintiva, disciplinada nos arts. 205/206 do mesmo diploma. Embora ambas as modalidades tenham como fator comum o tempo, suas finalidades são distintas, sendo que a prescrição extintiva, localizada na Parte Geral do diploma, leva ao desfazimento de direitos em razão da inércia de seu titular, ao passo que a prescrição aquisitiva, regulada no Direito das Coisas, leva ao nascimento de um direito real, a partir da posse contínua exercida sobre uma coisa. Lourenço Prunes (2010, p.44) ensina que,

(...) são dois institutos afins, com diversos fundamentos e elementos comuns, nascido o primeiro da atividade do titular, o segundo, da inércia; mas enquanto uma gera direitos, a outra extingue pretensões; a usucapião age positivamente, capitalizando posse com o tempo, enquanto a prescrição capitaliza tempo contra quem poderia invocar um direito.

Cumprido ressaltar que a posse é o poder de fato sobre uma coisa (art. 1.196, CC). A propriedade, por sua vez, representa o poder jurídico atribuído a uma pessoa para usar, gozar e dispor de uma coisa, observados os limites legais (art. 1.128, CC). Desta forma, a ação de usucapião configura-se como instrumento hábil e eficiente para converter a posse em propriedade.

De forma geral, Pedro Nunes (2000, p. 11) fornece um conceito prático e objetivo para definir usucapião: *meio de adquirir o domínio da coisa pela sua posse continuada durante certo lapso de tempo, com o concurso e requisitos que a lei estabelece para este fim.*

O direito brasileiro elenca e disciplina algumas modalidades de usucapião sobre bens imóveis, variando o tempo de posse de dois até quinze anos, quais sejam, a extraordinária, a ordinária, a especial ou constitucional (que, por sua vez, divide-se em rural ou *pro labore* e urbana – individual e coletiva - ou *pro misero*), a indígena (estabelecida no Estatuto do Índio, Lei nº 6011/1973) e a usucapião familiar (também chamada de usucapião especial por abandono do lar ou, ainda, usucapião conjugal) – esta última objeto principal do presente trabalho.

A usucapião extraordinária, disciplinada no artigo 1.238 do Código Civil, exige posse mansa, pacífica e sem interrupção, exercida com ânimo de dono, pelo prazo de quinze anos, independente de justo título e boa-fé. Todavia, o lapso temporal pode ser reduzido a dez anos caso o possuidor tenha estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele tiver realizado obras e serviços de caráter produtivo.

A usucapião ordinária, por sua vez, exige que a posse seja exercida com ânimo de dono, de forma mansa, contínua e pacífica, pelo prazo temporal de dez anos. Ressalta-se que configuram como requisitos indispensáveis a esta modalidade, diferentemente da anterior, o justo título e a boa-fé, conforme dispõe o artigo 1.242 do Código Civil. Também nesta espécie poderá haver redução do prazo para se configurar a usucapião, para cinco anos, caso o possuidor estabeleça no imóvel a sua moradia habitual ou nele realize obras ou serviços de caráter produtivo.

O ordenamento pátrio prevê, ainda, a usucapião especial. Referida modalidade vem prevista na Constituição Federal, por isso também denominada de usucapião constitucional. Subdivide-se em duas espécies, a urbana (ou pró-moradia) e a rural

(ou *pro labore*). Na primeira, exige-se que o usucapiente possua como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, sem oposição e de forma contínua por cinco anos, utilizando-a como sua moradia e desde que não possua o requerente outro imóvel, nos termos dos artigos 183 da Constituição Federal e 1.240 do Código Civil. Já a segunda, regulamentada nos artigos 191 da Constituição Federal e 1.239 do Código Civil, exige posse ininterrupta e sem oposição, de imóvel rural, tornando-o produtivo por seu trabalho, pelo prazo de cinco anos em área não superior a cinquenta hectares. Neste caso, também deve o requerente comprovar que não possui outro imóvel. Nota-se que, em ambas, não se exige justo título nem boa-fé. Ainda, nos termos do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10/07/2001), há a previsão de duas modalidades da subespécie usucapião urbana, em individual e coletiva. Esta, prevista no artigo 10 do aludido diploma, exige posse ininterrupta e sem oposição, de área urbana com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupada por população de baixa renda para sua moradia e desde que não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor e que nenhum deles não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. A individual, por sua vez, trata-se de modalidade trazida também pelo Estatuto da Cidade, que, em linhas gerais, repete o preceito do art. 1.240 do Código Civil, mas, como regra especial, traz um diferencial, ao esclarecer que a aquisição por usucapião urbana se dá em “área ou edificação urbana”, ao passo que o Código Civil apenas fala em “área urbana”.

Há, ainda, a chamada usucapião indígena, regulamentada no artigo 33 do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19/12/1973), que dispõe que o índio, integrado ou não, adquire propriedade plena a área que ocupe por dez anos ininterruptos, como próprio, trecho de terra inferior a cinquenta hectares. Nota-se que referido diploma esclarece, em seu artigo 3º, que índio ou silvícola “*é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional*”.

Por fim, recentemente foi inserida no Código Civil a usucapião familiar, que será analisada de forma pormenorizada posteriormente.

A usucapião permite a consolidação da propriedade e de outros direitos reais, através da posse e do tempo, conferindo juridicidade a uma situação fática. Com efeito, como bem sintetiza Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.258),

o fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranqüilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos.

## 1.2- Requisitos Genéricos da Usucapião

A doutrina tradicional costuma dividir os requisitos necessários à aquisição por meio de usucapião em pessoais, reais e formais.

Os requisitos pessoais dizem respeito à capacidade e à legitimidade do possuidor para adquirir a coisa através da usucapião, convertendo a posse em propriedade. Para tanto, deverão ser observadas as causas impeditivas da prescrição por aquisição da propriedade em razão da pessoa. O artigo 1.244 do Código Civil orienta no sentido de quem tem aptidão para usucapir e contra quem não se pode usucapir.

Os requisitos reais são necessários para a configuração da usucapião, uma vez que exigem que a coisa que se pretende usucapir deve ser suscetível de ser usucapida, é a chamada *res habilis*. Logo, não podem ser usucapidos os bens fora do comércio (pela sua própria natureza e conseqüente impossibilidade de apropriação humana; a título de exemplo, o ar atmosférico) e os bens públicos (há expressa proibição legal, tanto na Constituição Federal, em seus artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único, e no Código Civil, em seu artigo 102).

Por fim, os requisitos formais são aqueles indispensáveis a qualquer modalidade de usucapião, quais sejam o tempo e a posse *ad usucapionem*.

O elemento tempo não apresenta configuração fixa, é variável de acordo com a modalidade em questão e é tido como um problema de política legislativa.

A posse, juntamente com o tempo, compõe o pilar básico e essencial para a caracterização da usucapião. Desta forma, os detentores, aqueles qualificados pela lei como tal (arts. 100, 1.198 e 1.208 do CC), não podem figurar como autores na ação de usucapião, pois carecem de legitimidade e interesse de agir. Correlato à posse, o *animus domini*, literalmente o ânimo de dono, é a conduta a ser observada na figura do possuidor no sentido de possuir o imóvel como se lhe pertencesse. Neste sentido, a posse deve ser também mansa e pacífica, ou seja, eventuais violências e clandestinidades devem ter sido cessadas. Por fim, deve ser contínua e ininterrupta, para tanto, não poderá ter intervalos ou abandono, bem como não poderá sofrer oposição (providência na área judicial em desfavor da posse).

Aos requisitos retro mencionados somam-se outros, que variam de acordo com a modalidade em questão (requisitos formais específicos).

O possuidor poderá requerer ao juiz que seja declarada, por meio de ação judicial de usucapião, a propriedade do imóvel, através de sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

## 2 Função Social das Propriedades

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXII, tutela o direito à propriedade. Em seguida, no mesmo artigo, o inciso XXII aduz que *a propriedade atenderá sua função social*. Ainda na Lei Maior, no art. 170, inciso III, há a imposição de se observar o princípio da função social da propriedade quando da atividade econômica. Assim, é possível aferir que propriedade e função social são conceitos que se complementam.

Neste mesmo sentido, o Código Civil de 2002 estabelece que

art. 1.228. (...)

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

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Desta forma, a propriedade que não atender à sua função social sofrerá sanções.

A função social da propriedade é tratada no Código Civil como cláusula geral, o que permite ao magistrado uma interpretação mais adequada da norma em relação ao contexto social/cultural vigente e à concretude do caso em questão, evitando que a mesma se torne rígida e ineficaz.

De acordo com Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria (2009, p. 198),

a expressão função social procede do latim *functio*, cujo significado é de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade. Utilizamos o termo função para exprimir a finalidade de um modelo jurídico, um certo modo de operar um instituto, ou seja, o papel a ser cumprido por determinado ordenamento jurídico.

Neste sentido, compreende-se que o Direito, como ciência, possui por finalidade geral a realização da justiça e o estabelecimento do bem comum, através da paz social.

Historicamente, a noção de propriedade atrela-se à ideia liberal/absolutista de que o proprietário poderia usar, gozar e dispor de sua propriedade como lhe conviesse. Esta época foi marcada pelo viés individualista. Na maioria das vezes, essa noção ensejava em abuso de direito. Posteriormente, o Estado Social, empenhado pela democracia, preocupou-se com a promoção da igualdade e com as prestações positivas pelo poder público, impondo certos condicionamentos à propriedade. Dessa forma, o proprietário passou a se obrigar perante deveres sociais. Desde então, o proprietário deve se comportar de forma a compatibilizar seus interesses com os interesses coletivos e difusos.

Ainda seguindo os ensinamentos de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria (2009, p. 205),

haverá função social da propriedade quando o Estado delimitar marcos regulatórios institucionais que tutelem a livre iniciativa, legitimando-a ao mesmo tempo. Quando uma atividade econômica concede, simultaneamente, retorno individual em termos de rendimento e retorno social, pelos ganhos coletivos da atividade particular, a função social será alcançada; O ordenamento jurídico viabilizará o empreendedorismo, que por sua vez justificará benefícios coletivos. Em outras palavras, o sistema jurídico não medirá esforços para estabelecer diretrizes que defendam e orientem a atividade privada à produção de ganhos sociais.

Em síntese, a função social da propriedade gera uma série de obrigações e restrições, mas também estímulos, que, no todo, delimitam o direito de propriedade. Assim, trata-se de um fato jurídico que cria, ao mesmo tempo, direitos e obrigações. Importante ressaltar que a cada tipo de propriedade (rural, urbana, urbana familiar, indígena etc.) corresponde um regime específico de incidência da função social da propriedade.

### 3 A formação da Usucapião Familiar

#### 3.1 – Justificação Legislativa

Com o intuito de promover alterações no Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e nas normas gerais sobre regularização fundiária de assentamentos urbanos, a Lei nº 12.242/11, promulgada no dia 16 de junho de 2011 e entrando em vigor na mesma data, introduziu no Código Civil o art. 1.240-A, o qual dispõe que

aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

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

§ 2º (VETADO).

Embora a nova modalidade de Usucapião tenha relação com o Direito Real, produz efeitos significativos no Direito de Família, uma vez que reconhece a um dos cônjuges/companheiros o direito sobre a integralidade da propriedade, antes mantida em regime de condomínio pelo casal.

Percebe-se que houve o veto ao que seria o § 2º do art. 1240-A, que apresentava o seguinte teor: “No registro do título do direito previsto no *caput*, sendo o autor da ação judicialmente considerado hipossuficiente, sobre os emolumentos do registrador não incidirão e nem serão acrescidos a quaisquer títulos taxas, custas e contribuições para o Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundo de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de associação de classe, criados ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação”. Todavia, o parágrafo foi vetado pela então Presidente sob a justificativa de que o dispositivo violaria o pacto federativo, uma vez que interferiria na competência tributária dos Estados, extrapolando o disposto no § 2º do art. 236 da Constituição Federal.

Para Godinho (disponível em [www.adrianozinho.com.br](http://www.adrianozinho.com.br). Acesso em 16/06/2012)

a ideia que orienta a edição dessa nova forma de usucapião – a que pode ser atribuída, ainda que provisoriamente, a nomenclatura usucapião familiar – é a de permitir que um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros oponha contra o outro a pretensão de usucapir a parte que lhe pertence. Com isso, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que continue a habitar o imóvel abandonado pelo outro consorte ou convivente passará a titularizar a integralidade da propriedade, outrora mantida em regime de condomínio (art. 1.314 do Código Civil) entre o casal.

Considerou-se como de elevada repercussão social a medida que acrescentou o artigo supra. Ainda, foi tratada como medida de conteúdo relevante, pois a alteração diz respeito à notória base institucional, orientando a atuação do poder público federal na área da política urbana e habitacional. Nesta esteira, Ricardo Henrique Pereira Amorim (disponível em [www.ibdfam.gov.br](http://www.ibdfam.gov.br). Acesso em 16/06/2012) pondera que

a Lei 12.424/11 tem precípua instrução de justiça social, já que teve por finalidade maior o regramento do Programa Minha Casa Minha Vida, direcionado ao direito social de moradia em sua vertente prestacional (art.6º, CF) e não a singela inclusão do art.1.240-A ao CC.

Embora o instituto tenha sido criado sob a justificativa do binômio urgência/relevância, tal medida gerou algumas críticas por parte da doutrina especializada quanto à legitimidade do processo pelo qual o dispositivo foi inserido no ordenamento pátrio. Desta maneira, Helena de Azeredo Orselli (2012, p. 130) entende que

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 ser submetido ao Congresso Nacional pelo procedimento legislativo ordinário.

Também, o legislador pretendeu com o novo instituto jurídico firmar tratamento protetivo para as mulheres chefes de família, principalmente.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin (disponível em [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br). Acesso em 19/04/2012),

o instituto protege o direito à moradia da pessoa que ficou no imóvel. Trata-se de uma escolha que visa proteger o mínimo existencial daquele que, materialmente, pouco ou nada mais possui, ainda que isso se dê em detrimento da hipótese abstrata de tutela à propriedade daquele que abandonou o lar. Assegurar o direito à moradia do sujeito desamparado financeira e moralmente significa proteger, também, a moradia concreta de uma família e o direito existencial daqueles que nela se correlacionam.

## **3.2 – Delimitações da Usucapião Familiar**

### **3.2.1 – Linhas Gerais do instituto**

A usucapião familiar, em linhas gerais, é uma modalidade de usucapião especial urbana, porém com algumas especialidades. Dessa forma, tem por base o disposto no art. 1.240 do Código Civil, anotando-se os pressupostos comuns entre ambos os institutos, como a posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre imóvel urbano com extensão de até duzentos e cinquenta metros quadrados, para fins de moradia própria ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Da mesma forma, não se permite que a medida seja concedida mais de uma vez em favor da mesma pessoa. A usucapião familiar inova em relação à exigência que o possuidor seja co-proprietário do imóvel a ser usucapido, que dividia com ex-cônjuge ou ex-companheiro, e o prazo é menor em relação à outra figura, bastando o lapso temporal de dois anos.

A medida em tela não é de todo inovadora quanto à possibilidade de usucapião por um dos condôminos em desfavor dos outros, na hipótese em que o bem de característica indivisível é utilizado por mais de uma pessoa. Nota-se, assim, que juízes e tribunais já vinham se manifestando acerca da possibilidade de se usucapir imóvel condominial. Tais decisões têm por fundamento um binômio, qual

seja a perda de propriedade em razão do abandono da coisa (CC/2002, artigo 1.275) e o *animus domini* do coproprietário.

A título de exemplo, tem-se a hipótese que era possível de ser utilizada por um dos consortes sobre a parte do outro cônjuge ou companheiro, como se pode verificar no julgamento da Apelação Cível nº 2008.023470-8 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina,

APELAÇÃO CÍVEL. REAIS E FAMÍLIA. USUCAPIÃO ENTRE CÔNJUGES. SEPARAÇÃO DE FATO. SENTENÇA EXTINTIVA, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. - RECURSO DA AUTORA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL CARACTERIZADA. ALEGADO ABANDONO DA FAMÍLIA E PATRIMÔNIO PELO MARIDO HÁ MAIS DE 20 ANOS. PRESCRIÇÃO E PRAZO PARA A USUCAPIÃO. NATUREZAS JURÍDICAS DISTINTAS. INAPLICABILIDADE LITERAL DO ART. 168, I, DO CC/16 OU ART. 197, I, DO CC/02. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS DISPOSITIVOS INVIÁVEL. FIM DA NORMA DE SUSPENSÃO NÃO ATENDIDO. POSSE APARENTEMENTE EXERCIDA EXCLUSIVAMENTE E NÃO EM RAZÃO DA MANCOMUNHÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA. - SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO. - A considerar a natureza jurídica distinta da prescrição e do prazo para aquisição da propriedade por usucapião, sendo equívoca a utilização da expressão "prescrição aquisitiva" como ensinam Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, não há aplicar, em razão da interpretação literal, as causas de suspensão da prescrição previstas no art. 168, I, do CC/16 ou no art. 197, I, do CC/02. - Não obstante se reconheça a possibilidade de aplicação extensiva dos dispositivos citados, por meio de interpretação teleológica, ao prazo da usucapião, inviável utilizar desse expediente quando, em tese, não há relação afetiva familiar ou harmonia entre as partes a serem preservadas - fim precípuo da causa de suspensão da prescrição entre os consortes. - Nessas hipóteses excepcionais, se a posse exercida por um dos cônjuges sobre o bem não decorre da mancomunhão (como acontece, e.g., na mera tolerância do outro enquanto não realizada a partilha ou somente em razão da medida de separação de corpos), mas sim de forma exclusiva em virtude do abandono pelo esposo da família e bens há mais de 20 anos, não se vê impossibilidade jurídica do pleito de usucapião entre cônjuges. (TJSC. Apelação Cível nº 2008.023470-8).

A novel modalidade, porém, inova ao trazer requisitos que lhe são específicos, atrelando a modalidade à causas do fim do relacionamento. Também, não se extingue o mecanismo anterior, que será utilizado quando o imóvel contar com extensão maior que duzentos e cinquenta metros quadrados, utilizando-se da

previsão do art. 1.238 do Código Civil, ou quando o usucapiente seja proprietário de outro imóvel, aplicando-se a este caso o previsto no artigo 1.240 do Código Civil.

Merece destaque uma questão genérica pertinente ao instituto da Usucapião, uma vez que se trata de modalidade de prescrição, no caso, aquisitiva. O Código Civil, em seu art. 1.244, prescreve 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”. Desta forma, é possível vislumbrar que não é possível a configuração da usucapião entre cônjuges, na constância do casamento, em razão da proibição legal (art. 197, I, do Código Civil).

Em se tratando da Usucapião Familiar, o art. 1.240-A foi claro ao especificar que referida modalidade apenas ocorre entre ex-cônjuges (ou ex-companheiros), afastando a proibição supra. Assim sendo, se um casal estiver separado de fato, mas formalmente casado, mesmo que configurado o abandono do lar por parte de um dos cônjuges, não seria possível ao outro beneficiar-se da medida, pois não houve a plena dissolução do matrimônio. Aplicando-se essa interpretação literal ao dispositivo, dever-se-ia, primeiramente, decretar o divórcio, colocando fim ao casamento e qualificando como ex-cônjuges as partes, para posteriormente uma delas se valer da usucapião. Entretanto, não se pode desconsiderar a aplicação de uma interpretação teleológica/finalística, pela qual a separação de fato também permite o cômputo do prazo desta modalidade de usucapião. Nesta linha, José Fernando Simão (disponível em [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br). Acesso em 06/07/2011) ensina que

a partícula “ex” significa que a união estável ou o casamento acabaram de fato ou de direito. A extinção de direito significa que houve sentença ou escritura pública reconhecendo o fim da união estável (ação declaratória de extinção da união estável), ou sentença ou escritura pública de divórcio ou separação de direito, bem como liminar em medida cautelar de separação de corpos. A extinção de fato significa fim da comunhão de vidas entre cônjuges e companheiros que não se valeram de meios judiciais ou extrajudiciais para reconhecer que a conjugalidade acabou. É a simples saída do lar conjugal.

A separação de fato, portanto, permite o início da contagem do prazo da usucapião familiar, desde que caracterizado o abandono. A separação de fato tem sido admitida como motivo para que se reconheça o fim da sociedade conjugal e do regime de bens. Neste sentido decidiu o STJ que “1. O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens

havidos pelo outro por herança transmitida após decisão liminar de separação de corpos. 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. (REsp 1065209/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 16/06/2010)".

### **3.2.2 – Requisitos especiais da Usucapião Familiar**

O artigo em tela, uma vez desmembrado, aponta uma série de requisitos para a nova modalidade de usucapião.

Primeiramente, o imóvel objeto da usucapião tem que ser de propriedade comum do casal, qualidade esta adquirida pelo casamento ou pela união estável, neste último caso independe se hetero ou homossexual. Nesta esteira, ensina Luciana Santos Silva (2012, p. 33-34) que

o imóvel comum no Usucapião Pró-Família pode ser fruto dos regimes de comunhão total ou parcial, regime de participação final de aquestos em havendo no pacto previsão de imóvel comum ou separação legal por força da Súmula nº. 377 do STF, a qual prevê que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam. Quando o regime for de separação convencional de bens, a ausência dos bens comuns não permite a aplicação do Usucapião Pró-Família. (...). No regime de separação convencional, não há perspectiva de comunicação de patrimônio entre cônjuges e companheiros, afastando-se a Usucapião Pró-Família, sendo cabíveis as demais espécies de usucapião previstas no ordenamento legal com prazo mais longo.

Ressalta-se que a posse comum não enseja na aplicabilidade da modalidade em questão, já que a lei exige que deva haver posse exclusiva do ex-companheiro(a) ou ex-cônjuge “abandonado” sobre o imóvel e que o imóvel objeto deve ser de propriedade do casal. Ainda seguindo José Fernando Simão (disponível em [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br). Acesso em 06/07/2011)

assim, se um casal invadiu um bem imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup>, reunidos todos os requisitos para a aquisição da propriedade

(seja por usucapião extraordinária, seja por usucapião constitucional), ainda que haja abandono por um deles do imóvel, por mais de 2 anos, o direito à usucapião será de ambos e não de apenas daquele que ficou com a posse direta do bem.

O imóvel precisa ser urbano e de área não superior a 250m<sup>2</sup>. Esta limitação é direcionada para a parcela de renda mais baixa do país, também pelo fato de que exige o dispositivo que o imóvel deve ser o único do usucapiente, como se infere do mandamento do parágrafo primeiro do artigo em comento. Tem-se, portanto, como objeto jurídico da usucapião familiar o bem de família urbano, do hipossuficiente. Tal medida não se estende à propriedade rural, por força da lei. Maria Vilardo (2012, p.55) sustenta que

não faz sentido aplicar-se instituto dessa natureza apenas na cidade e vedar sua aplicação em área rural. Deve ser estendido às áreas rurais, onde muitas situações de abandono geram sérios problemas para administração do bem comum e o cultivo de terra em agricultura familiar, podendo ser aproveitado o disposto no art. 1.239 com o prazo reduzido da usucapião entre ex-casal. A discriminação legal não se sustenta diante da Constituição e da necessidade de se conceder a mesma proteção a qualquer casal, seja na cidade ou no campo.

O bem deve ser utilizado para fins de moradia própria ou de sua família.

Como nas demais modalidades de usucapião, a posse exercida pelo usucapiente, no caso do ex-cônjuge ou ex-companheiro, deve ser mansa e pacífica, ou seja, não pode haver oposição por parte do ex-consorte ou ex-companheiro que abandona o lar.

O cônjuge abandonado deve exercer a posse por no mínimo dois anos, contados a partir do abandono do lar. Nota-se que o prazo exigido é o mais exíguo quando comparado às demais modalidades de usucapião sobre bens imóveis. Trata-se de uma tendência do legislador moderno em reduzir os prazos legais em geral, objetivando consolidar as posições jurídicas alcançadas. O prazo em questão é extremamente curto, insuficiente para caracterizar uma posse tida como duradoura e prolongada. Embora a questão ainda não seja pacífica, o mais adequado, por razões

de segurança jurídica, seria contar o prazo exigido pelo legislador a partir de 16/06/2011, data em que a norma entrou em vigor, com a edição da Lei nº 12.424/11. Esta conclusão relaciona-se diretamente com a proteção do direito adquirido, que advém do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e do art. 6º da LINDB. Assim sendo, o lapso temporal deverá iniciar sua contagem após o abandono do lar.

Ainda, o artigo exige que o bem seja de propriedade do casal que foi casado ou viveu em união estável, hetero ou homoafetiva. Desta forma, a modalidade não se aplica a bens particulares de apenas um dos consortes, apenas a bens que pertençam ao casal em condomínio ou comunhão. O dispositivo permite a aquisição da quota parte pertencente ao ex-companheiro ou ex-cônjuge que tenha abandonado o lar, tornando o “abandonado” que permaneça na posse proprietário exclusivo do bem. Diferentemente das demais modalidades, neste caso a usucapião se dá entre dois proprietários, e não entre posseiro e proprietário, como tradicionalmente. Sobre a questão, Tartuce (disponível em [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em 14/05/2012) explica que

a nova categoria merece elogios, por tentar resolver inúmeras situações que surgem na prática. É comum que o cônjuge que tome a iniciativa pelo fim do relacionamento abandone o lar, deixando para trás o domínio do imóvel comum. Como geralmente o ex-consorte não pretende abrir mão expressamente do bem, por meio da renúncia à propriedade, a nova usucapião acaba sendo a solução. Consigne-se que em havendo disputa, judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse *ad usucapionem*, não sendo o caso de subsunção do preceito. Eventualmente, o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar pode notificar o ex-consorte anualmente, a fim de demonstrar o impasse relativo ao bem, afastando o cômputo do prazo.

Por fim, exige-se que haja abandono do lar. Este requisito subjetivo traz inúmeras consequências e implicações no âmbito jurídico, merecendo, por isso, análise em apartado.

## 4 A Emenda Constitucional do Divórcio

Historicamente, o casamento era instituto indissolúvel no Brasil, até que a Emenda Constitucional nº 9 alterou o então §1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967, passando a dispor que o casamento poderia ser dissolvido, nos casos determinados pela lei, se houvesse prévia separação judicial por três anos ou anterior separação de fato com duração de cinco anos. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §6º, reduziu os prazos de separação prévia e de separação de fato, para, respectivamente, um ano de separação judicial e dois anos de separação de fato. Percebe-se que as modificações, tanto no plano fático, quanto no jurídico, foram no sentido de facilitar a dissolução do casamento, adequando-se ao moderno contexto social. Almejando este fim, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66/2010, com intuito de facilitar o divórcio, que entrou em vigor em 14 de julho do mesmo ano, dando nova redação ao art. 226, §6º, que passou a vigorar com a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Com isso, foram suprimidos os requisitos de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Ocorre que a alteração em comento, em razão de sua simplicidade, acabou por gerar divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o que culminou em um duplice posicionamento: aqueles que defendem a manutenção da espécie de separação judicial culposa e aqueles que pregam o fim da mesma.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2011) entende pela manutenção da espécie dissolutória culposa, modalidade que se baseia no grave descumprimento de dever conjugal (art. 1.572, caput, Código Civil). Defende que a alteração se deu no sentido de eliminar os prazos para concessão do divórcio, assim, eliminaram-se apenas os requisitos temporais e a natureza conversiva. Também ressalta que o que se investiga, como dito, é o descumprimento de deveres conjugais, regulados expressamente em lei, e não a causa da falta de amor. Dessa forma, se descumpridos os deveres conjugais, aplicam-se as sanções civis para o cônjuge descumpridor, como perda do direito à pensão alimentícia plena, a perda do direito de utilização do sobrenome conjugal e o dever de reparar os danos morais e

materiais causados ao cônjuge lesado. Caso se entenda pela possibilidade da eliminação de decretação da culpa, tais deveres passariam a ser meras faculdades e as sanções não poderiam ser aplicadas. Assim sendo, haveria interesse jurídico e moral na verificação da causa culposa da dissolução do casamento, que deve ser mantida. Caso a discussão da culpa seja suprimida das relações conjugais, restariam violados importantes dispositivos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a proteção à família. Referido dispositivo deve ser interpretado como uma faculdade – o casamento *pode* ser dissolvido pelo divórcio - de forma que a separação de direito e de fato não mais subsistem como requisitos prévios à concessão do divórcio, podendo-se optar pelo divórcio direto. Por fim, considera o art. 226, §6º como norma meramente formal, e não materialmente constitucional, devendo ser o Código Civil a legislação infraconstitucional adequada a regular as espécies de dissolução do casamento.

Neste mesmo sentido, há entendimento jurisprudencial consubstanciado em acórdão da Relatora Áurea Brasil (Disponível em [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em 04/06/2012), que pondera

a supressão, do texto constitucional, dos requisitos temporais para a obtenção do divórcio não tem o condão de expurgar as regras de direito ordinário que disciplinam, de forma perfeitamente compatível com a nova disposição, no âmbito próprio e adequado à regulamentação da matéria, o instituto do divórcio bem como da separação judicial.

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil: a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior. A modificação procedida pela Emenda Constitucional 66 não consubstanciou, seguramente, qualquer das hipóteses acima previstas, para se entender pela revogação da legislação infraconstitucional.

Assim, entende-se que a nova redação dada ao art. 226, §6º, não enseja imediata revogação da legislação infraconstitucional que trata da dissolução da sociedade conjugal. Para tanto, dever-se-ia alterar o Código Civil, que, por enquanto preserva as disposições legais relativas à separação judicial e ao divórcio, com fulcro no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mesmo artigo). Portanto, as disposições que tratam

da separação judicial no Código Civil subsistem até que seja realizada modificação por lei específica.

Ainda com base no i. acórdão, a Relatora consubstancia seu entendimento em estudo realizado por Luiz Felipe Brasil Santosno, no qual o autor faz analogia com a situação ocorrida com o art. 144, parágrafo único, da Constituição de 1934, que dispunha

art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Observa-se, no caput do artigo, a regra da indissolubilidade do casamento, então vigente. Em seguida, o parágrafo único surge de modo a determinar que a lei ordinária irá regular os casos de desquite e de anulação do casamento, com recurso de ofício e efeito suspensivo. Ocorre que a Constituição posterior, de 1937, veio a repetir o texto do art. 144 no art. 124, suprimindo, todavia, o mandamento do parágrafo único. Chegou-se à conclusão que tal regulamento não seria próprio da Constituição Federal, mas sim de lei ordinária, uma vez que se trata de norma processual. Dessa forma, a regra que dispunha que os casos de desquite e anulação de casamento seriam determinados pela lei civil, foi suprimida da Constituição Federal, o que não quer dizer que tenha sido revogada, subsistindo como de direito ordinário, passível de revogação pelo legislador competente para tal, o ordinário. Logo, o mesmo raciocínio deve ser aplicado ao art. 226, §6º da Constituição Federal vigente, entendendo que os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial e dos requisitos do divórcio permanecem vigentes até que o legislador ordinário as derogue ou ab-rogue.

Por outro lado, existe forte posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido da extinção do instituto da separação de direito, ou seja, a partir da Emenda Constitucional 66/2010 tanto a separação judicial (arts. 1.571 e seguintes do Código Civil) quanto a separação extrajudicial (Lei 11.441/2007) não mais subsistiriam no ordenamento jurídico pátrio em vigor.

Notoriamente, o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), sociedade jurídica organizada, assume o maior destaque nesse posicionamento, uma vez que

indicou a denominada “PEC do Divórcio”, proposta de Emenda Constitucional que buscou alterar o art. 226, §6º da Constituição Federal de 1988, abolindo o debate da culpa quando do fim do casamento e admitindo seu término apenas pelo fim do afeto.

Flávio Tartuce (disponível em [www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br). Acesso em 28/03/2011), prega o fim da separação de direito baseando-se na aplicação de alguns princípios constitucionais. Primeiramente, cita o princípio da máxima efetividade (ou princípio da interpretação efetiva), pelo qual se deve interpretar as normas oriundas da Constituição de forma a atribuir-lhes o sentido que lhes dê a maior eficácia possível. Assim sendo, a exigência de separação de direito prévia para se alcançar o divórcio, não atende a eficácia almejada. Utiliza-se, ainda, o princípio da força normativa da Constituição, que prioriza as soluções hermenêuticas que possibilitam atualização normativa e, também, a eficácia e permanência da Constituição. Dessa forma, a manutenção do instituto da separação não atenderia a tal necessidade, pois vai de encontro com a ideia de otimização da Emenda em comento e de atualização da Lei Maior. Por fim, o autor menciona o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, o qual impõe que no caso de haver normas polissêmicas ou plurissignificativas, se dê preferência à interpretação que lhes confirmem um sentido em conformidade com a Constituição. Logo, conforme a Constituição Federal de 1988, atualizada pela Emenda Constitucional 66/2010, lógico seria o fim da separação de direito, tornando as normas do Código Civil que a regulam sem prática, em desuso. Isto porque a nova redação dada ao texto constitucional permite que os cônjuges atinjam sua finalidade de forma mais célere, econômica e sem desgastes de cunho psicológico. Parte-se do raciocínio de que a emenda buscou pôr fim à burocracia anterior exigida para se chegar ao fim do casamento, acabando com o lapso temporal como requisito e mantendo-se apenas o divórcio como meio hábil.

Ainda sob o aspecto da hermenêutica, argumenta Paulo Luiz Netto Lobo (disponível em [www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br). Acesso em 11/06/2012) que

no que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem

prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente.

No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Conseqüentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.

Observa-se que ocorre uma defesa pela evolução do ordenamento jurídico e consequente adequação aos fatos, costumes e valores hodiernos, uma vez que a Emenda do Divórcio prega a intervenção mínima do Estado na autonomia privada, liberdade e intimidade das pessoas.

O Estado brasileiro é laico e democrático, o que acaba por gerar a necessidade de se combater qualquer impedimento de ordem religiosa, moral ou social no sentido de não facilitar o fim do matrimônio e obrigando os cônjuges perante um casamento por vezes falido e infeliz. Para tanto, buscou-se desburocratizar o instituto do divórcio, acabando com o sistema bifásico ora necessário e reafirmando a ideia de evolução social e do direito. A jurisprudência brasileira, de forma majoritária, também vem aplicando este entendimento, como se pode observar na Apelação Cível nº 1.0515.08.034477-0/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. APLICABILIDADE IMEDIATA. ALIMENTOS. CRITÉRIOS FIXAÇÃO. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o sistema dual (separação e divórcio) de rompimento do vínculo legal da sociedade conjugal, de matizes indiscutivelmente religiosas, foi suplantado em nosso

ordenamento, cedendo espaço ao sistema único, mais condizente com o Estado laico aqui adotado. Deste modo, data vênua às posições contrárias, a partir da modificação supra foi extirpada de nosso ordenamento a figura da separação, existindo, tão somente, o divórcio, que não mais apresenta como requisito prévio a separação de fato por mais de 2 (dois) anos ou a decretação da separação judicial. Destarte, considerando-se tais assertivas e em atendimento aos princípios da celeridade e da economia processual, deve ser decretado o divórcio, ainda que o pedido inicial da ação seja de separação, posto que as normas constitucionais são autoaplicáveis. O critério jurídico para se fixar o montante que deve ser pago a título de pensão alimentícia é a conjugação proporcional e razoável da possibilidade econômica do requerido e da necessidade do requerente, nos termos do que prescreve o artigo 1.694 do Código Civil de 2002. Neste diapasão, demonstrada a necessidade do requerente e a capacidade dos obrigados, hão de serem fixados os alimentos proporcionalmente. TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0515.08.034477-0/001 - Comarca de Piumhi, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, J. em 25/08/2011.

A separação era o meio necessário para se atingir o divórcio, tornando-se, assim, após a emenda, mecanismo de nenhuma utilidade. Dessa forma, a única causa que se observa quanto ao término do casamento é o desamor, que torna a convivência insuportável, descabendo o longo e desgastante processo de separação prévia, que nada mais era que uma violação à liberdade e intimidade do casal. O único requisito que passa a ser necessário ao casal para que seja alcançado o divórcio é, simplesmente, estar casado. Restaram, portanto, tacitamente revogados os artigos 1.572 a 1.578, bem como o artigo 1.571, todos do Código Civil, referentes ao instituto da separação. Essa dedução decorre do entendimento de que as normas infraconstitucionais retiram seu fundamento de validade nas normas constitucionais, não podendo aquelas se sobrepôr a estas, sob pena de haver inversão da hierarquia normativa.

Logo, não merece prosperar o entendimento de que deveria haver revogação expressa das normas que tratam da separação judicial no Código Civil, pois, neste caso, a conclusão seria fruto tão-somente de uma interpretação literal, ignorando-se os mandamentos da hermenêutica que primam pela aplicação em conjunto da interpretação sistemática, histórica e teleológica da norma.

Importante ressaltar, ainda, que eventuais prejuízos podem ser suscitados pelas partes em outras áreas do direito privado, notadamente em matéria de

Responsabilidade Civil, para reparação por algum dano material ou moral sem que esta afete o direito ao divórcio. Isso se dará em ação autônoma entre os cônjuges, fora da ação de divórcio.

## 5 A questão da culpa na Usucapião Familiar

Após minuciosa análise objetiva do dispositivo regulador da Usucapião Familiar, é possível averiguar o elemento subjetivo do instituto, qual seja, a culpa. Isto porque a culpabilidade pelo “abandono do lar”, acrescida da posse mansa e pacífica pelo cônjuge/companheiro “abandonado”, observado o lapso temporal de dois anos, lhe confere a propriedade integral do imóvel em que reside.

Ocorre que, por ato falho do legislador, não se definiu o conceito de abandono do lar, o que acabou por gerar inúmeros questionamentos acerca da aplicabilidade da regra.

Tradicionalmente, o abandono do lar é elemento caracterizador da dissolução do vínculo conjugal pela culpa. Tal expressão encontra-se no Código Civil quando referido diploma trata da separação judicial. Neste contexto, há menção à regra de que o abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo, pode caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida.

Regina Beatriz Tavares da Silva apresenta um conceito objetivo e preciso da culpa no âmbito jurídico (2011, p. 27) (...) *podemos afirmar que culpa é a inobservância consciente de norma de conduta, com resultado danoso a outrem, objetivado pelo agente – dolo – ou não desejado por ele, mas previsível – culpa em sentido estrito.*

Na história do Direito Brasileiro, sempre houve a necessidade de se imputar a culpa a alguém. O legislador aplicava e seguia esse entendimento, como se pode vislumbrar nos seguintes dispositivos da Lei do Divórcio (Lei 6515 de 1977) e do Código Civil de 2002, a saber:

**Art 5º** - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

**Art. 1.572.** 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.

**Art. 1.573.** Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I – adultério;
- II - tentativa de morte;
- III - sevícia ou injúria grave;
- IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;** (grifo nosso)
- V - condenação por crime infamante;
- VI - conduta desonrosa.

Essa tendência legislativa adveio de forte influência da Igreja Católica, pela qual o casamento é instituto indissolúvel e eterno, não admitindo, portanto, a separação do casal.

No intuito de se promover a dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), fez-se necessário findar a discussão da culpa como elemento da dissolução do casamento, adequando-se a legislação ordinária aos preceitos constitucionais. Dessa forma, o ser humano deve ser visto como titular de interesses existenciais, e não apenas de interesses patrimoniais. Para tanto, a culpabilidade passou a ser tida como “lei morta”, em face das recentes decisões jurisprudenciais neste sentido e, sobretudo, com a vigência da Emenda Constitucional 66/2010, que admitiu o divórcio direto. Com isso, a culpa na separação deixou de ser questionada em juízo quando do fim do matrimônio.

Buscou-se também evitar uma desnecessária invasão do Estado na vida privada do casal. Neste sentido, conclui Humberto Gomes Macedo (disponível em [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br). Acesso em 11/06/2012) que

inexiste a necessidade de se atribuir culpa ao outro para provimento do pedido. A separação ou divórcio serão decretados no simples pedido de uma das partes/cônjuges, quando entender que a vida em comum tornou-se insuportável.

Nos parece razoável perceber que nos problemas matrimoniais, as bases do litígio são de ordem subjetiva, interna, arranjadas fora do campo jurídico. O Estado não mais necessita se infiltrar na intimidade das relações conjugais expondo as partes e até mesmo aumentando o litígio. Pelo viés da Psicanálise, na maioria das vezes, os verdadeiros motivos são outros.

Dentre os deveres dos cônjuges elencados no art. 1.566 do Código Civil, encontra-se o dever de vida em comum (inciso II). Tal dever, em linhas gerais, importa em terem os cônjuges uma vida em comum e de manterem relações

sexuais. Ressalta-se que este último elemento deve respeitar a liberdade sexual e a própria dignidade, sob pena de incorrer, inclusive, em crime tipificado pelo Código Penal.

A infração do dever de vida em comum, por parte de um dos cônjuges, autoriza a dissolução culposa do casamento (art. 1.572, caput, Código Civil), desde que o afastamento se revele voluntário e injurioso, o que ocorrerá caso haja descumprimento de outros deveres conjugais (respeitabilidade, por exemplo), agressão física ou moral do outro consorte (art. 1.573, III, Código Civil). Nestes casos, não é necessário se aguardar o prazo mínimo de um ano, previsto no artigo 1.573, IV, do Código Civil. O artigo 1.569 do mesmo diploma estabelece as hipóteses em que não configurarão causa de separação se o afastamento decorrer de atendimento a encargo público, ao exercício profissional ou a interesses particulares relevantes. Por extensão, as regras também se aplicam à união estável. Assinala Alves (disponível em [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br). Acesso em 12/05/2012), sobre o tema, que

não há negar que a inovação tem repercussões significativas, de ordem social e jurídica, mas temperadas pelas circunstâncias contingentes ali tratadas. Nesse viés, padece a lei de severas contradições, de logo anotadas:

(i) o abandono do lar deve ser, conceitualmente, aquele referido pelo art. 1.573, IV, do novo Código Civil, previsto em prazo de um (01) ano contínuo. Logo, o prazo diferenciado de dois (02) anos ininterruptos e sem oposição, para efeito da prescrição aquisitiva do domínio integral apresenta-se em dobro, desconforme nos efeitos jurídicos do abandono já desenhados. Melhor teria sido a adequação ao dispositivo do mesmo Código Civil;

(ii) o abandono há de ser o voluntário e deliberado, espontâneo na assertiva de deserção do lar. Mais precisamente, abandono culposo. Do contrário, o cônjuge que deixasse o lar, por culpa do outro, seria penalizado. A esse caso, pontue-se a conveniência da prévia medida de separação de corpos, a não caracterizar o voluntário, mas o abandono forçoso.

(iii) a definição de imóvel urbano limita-se àquele de até 250m<sup>2</sup>, não parecendo certo, todavia, que a perda patrimonial não deva alcançar imóveis maiores, quando sejam os únicos imóveis residenciais. Quaisquer deles teria a qualidade natural de bem de família, devendo atender o cônjuge ou companheiro (abandonado) que ali permanecesse em moradia.

Percebe-se que apenas o abandono voluntário pode ensejar infração aos deveres conjugais. Logo, embora o artigo 1.240-A do Código Civil não faça maiores esclarecimentos acerca da conceituação do termo abandono do lar, entende-se que o ato de abandono correlacionado à usucapião familiar deve ser voluntário, bem como injustificado, ou seja, aquele que abandona age com ânimo de não mais voltar a viver no lar e de não mais cumprir os deveres relacionados à vida em comum. Segundo Godinho (Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19573>>. Acesso em 25/06/2012.),

cabe recordar que o abandono do lar, que aqui justifica a aquisição da quota-parte da propriedade do cônjuge ou companheiro que incorre neste ato de abandono, também é considerado como um dos fatores que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida entre o casal, conforme determina o art. 1.573, inciso IV do Código Civil. A propósito, é interessante invocar o teor desta disposição legal, que estipula que somente o abandono *voluntário* pode ser tratado como infração aos deveres conjugais (ou da união estável, por extensão). Assim, embora o novo art. 1.240-A do Código Civil não o preveja expressamente, forçoso é entender que o ato de abandono a justificar a espécie de usucapião em apreço deve ser voluntário e injustificado.

Partindo-se dessa exigência, no caso da mulher que esteja sob proteção de alguma das medidas previstas na Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, notadamente no artigo 22, não poderá se valer da usucapião familiar, vez que não houve abandono propriamente dito pelo cônjuge ou companheiro.

A verificação da culpabilidade por abandono do lar, na maioria das vezes, mostra-se difícil de ser constatada, o que acaba por gerar uma dilação probatória longa e desgastante. Isso porque nem sempre a culpa é de apenas um dos

consortes, podendo ser de ambos, ou, ainda, não haver culpa. Também, pode ser que o cônjuge/companheiro culpado permaneça no imóvel e o inocente saia, a fim de que a situação não se desgaste ainda mais. Não se pode afastar, por último, a hipótese em que o cônjuge ou companheiro saia do lar, com o intuito de resguardar o bem dos filhos e do outro cônjuge ou companheiro, apenas por haver incompatibilidade da vida em comum. Certo é que essa atitude de boa-fé acaba por ser desestimulada, em face do receio da aplicação da nova regra de usucapião.

Pelo exposto, para que o artigo 1.240-A tenha aplicabilidade adequada, forçoso será interpretar o abandono do lar correlatamente à função social da posse. Ou seja, não se deve analisar o abandono como indicativo de culpa, mas sim qual dos cônjuges/companheiros permaneceu no imóvel dando-lhe destinação residencial, ou seja, deverá o lar servir de moradia para o consorte que permanece e de sua família. Isto é, quem abandona, estará deixando de exercer atos possessórios (uso, gozo ou reivindicação). Se assim não se proceder, o termo remeterá à culpa, causa do fim da sociedade conjugal, fazendo por ressurgir o instituto da separação, que em boa hora foi extirpado do direito pátrio. Nota-se, portanto, que o legislador incorreu em atecnia ao utilizar a expressão “abandonou o lar”, cabendo aos aplicadores de direito interpretá-la objetivamente, pela função social, e não subjetivamente de forma a se discutir os motivos que levaram a tal ação.

Helena Orselli (2012, p.136) salienta que

a aquisição do direito à propriedade por usucapião só ocorrerá se o proprietário não zelar por seu bem, não o conservar, não o vigiar, não tomar as medidas cabíveis quando turbado ou esbulhado. Não tomando nenhuma dessas atitudes, o proprietário demonstrará desinteresse por aquele bem, abandonando-o.

Não se caracterizará o abandono se o ex-cônjuge ou ex-companheiro proprietário demonstrar interesse pelo imóvel e por sua conservação; contribuir para o recolhimento dos tributos relacionados àquele; tomar as medidas necessárias para a partilha do bem, ou para a regularização da posse do imóvel, ainda que seja a constituição do direito de habitação em prol do outro cônjuge ou companheiro. Enfim, demonstrar o interesse pelo bem imóvel.

Desta forma, para que reste caracterizado o abandono, deve haver abdicação voluntária e intencional por parte do coproprietário, através de atos que demonstrem sua real finalidade de não haver mais o imóvel para si, ou seja, que não haja oposição. Neste sentido, Maria Vilaro (2012, p.48) entende que

a oposição pode ser apresentada de diversas formas. Não bastaria um simples registro em sede policial ou notificação, pois há necessidade de comprovação do exercício dos poderes inerentes ao domínio, como a propositura de ação de partilha de bens.

## CONCLUSÃO

Adquirir uma propriedade através da usucapião é um meio hábil para se premiar aquele que deu destinação ao imóvel, seja nele residindo (imóvel urbano) ou nele produzindo (imóvel rural). Em termos gerais, para se usucapir são necessários a posse com intenção de dono, o tempo e ausência de oposição por parte do proprietário.

A Lei nº. 12.424/2012, ao incluir o artigo 1.240-A no atual Código Civil, instituiu a usucapião familiar, que embora com o nobre propósito de aperfeiçoar a regularização fundiária e de tornar efetivo o direito à moradia, criou mais problemas do que benefícios em si. Nos termos em que foi criada, é criticável por apresentar certas imprecisões e falhas, que podem gerar consequências drásticas sobre o patrimônio familiar.

Da maneira pela qual foi instituída, a norma que criou a nova modalidade choca-se com o moderno Direito de Família, uma vez que faz por ressurgir a discussão da culpa na dissolução do vínculo afetivo, que para a doutrina e jurisprudência majoritária foi abolida pela Emenda Constitucional 60/2010. Dessa forma, perquirir a culpabilidade com objetivos patrimoniais acaba por marginalizar a real intenção do legislador quando da criação deste instituto, qual seja, garantir o direito de moradia e realizar justiça social. Desta forma, aplicar o requisito do “abandono do lar”, fator inerente à culpa, acaba por ser um retrocesso à evolução social e legislativa até então conquistada.

Certo é que se deve interpretar o termo em comento à luz da função social, na medida em que aquele que permanecer no imóvel, dando-lhe destinação residencial, será contemplado com a medida em face daquele que abandonou o lar voluntariamente e de forma injustificada, independente de quem foi a culpa para a saída do lar.

Esperam-se opiniões mais especializadas da doutrina, juriconsultos, pronunciamentos judiciais e aplicadores do direito, para que seja possível formar um juízo de valor certo e correto sobre a delimitação da norma e para que alguns desses problemas possam ser solucionados.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. **Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas Implicações no Direito de Família.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/760>. Acesso em 01 julho 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acessado em 04 jan. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, p. 1.224.

DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/mig\\_imprimir\\_sem\\_imagem.aspx?cod=137541](http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=137541). Acesso em 15 junho 2011.

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 08 junho 2012.

ERHARDT Jr., Marcos. **Ainda sobre o art. 1.204-A, na busca de uma interpretação mais adequada: usucapião familiar?** Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog/2011/06/24/ainda-sobre-o-art-1240a-na-busca-de-uma-interpretacao-mais-adequada-usucapiao-familiar>>. Acessado em: 02 dez. 2011.

FARIAS e ROSENVALDE, Cristiano Chaves e Nelson. **Direitos Reais.** Lumen juris, 6 edição, rio de janeiro, 2009.

GODINHO, Adriano Marteleto. Primeiros apontamentos sobre a nova modalidade de usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil. **Jus Navigandi**,

Teresina, ano 16, n. 2935, 15 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19573>>. Acesso em 25/05/2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Separação era instituto anacrônico**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=654>>. Acesso em 07 novembro 2011.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, Direito de família**. Forense, 5ª edição, rio de janeiro, 2009.

ORSELLI, Helena de Azeredo. Revista Síntese Direito de Família. V.13, n.69, dez/jan. 2012.

PRUNES, Lourenço Mário. **Usucapião de imóveis**. Sugestões Literárias, Cap. II, p. 24. Apud RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de Usucapião. Vol 1. 7 ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 44.

SANTOSNO, Luiz Felipe Brasil. **Emenda Constitucional nº 66: uma leitura politicamente incorreta**. Revista Multijuris (Rio Grande do Sul, v. 5, n. 9, dez. 2010).

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?** Disponível em: < <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/598/>>. Acesso em 03/06/2012.

TARTUCE, Flávio. **A usucapião especial 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 14 maio 2012.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **A emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. V. 27, abr/maio.2012.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia

separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm)>.

Acesso em: 02 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Brasília/DF: 2011. Altera a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis n. 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória n. 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm)>. Acessado em: 02 dez. 2011.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: [http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=28&ano=10&txt\\_processo=2714&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=28&ano=10&txt_processo=2714&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=). Acesso em 04/06/2012.