

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Luísa Tomaz de Aquino

**USUCAPIÃO E ABANDONO DO LAR: COMENTÁRIOS ACERCA DO ART. 1.240-A
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

**Porto Alegre
2013**

LUÍSA TOMAZ DE AQUINO

**USUCAPIÃO E ABANDONO DO LAR: COMENTÁRIOS ACERCA DO ART. 1.240-A
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Domingos Sávio Dresch da Silveira

**Porto Alegre
2013**

LUÍSA TOMAZ DE AQUINO

**USUCAPIÃO E ABANDONO DO LAR: COMENTÁRIOS ACERCA DO ART. 1.240-A
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 18 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Domingos Sávio Dresch da Silveira
Orientador

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody

Professor Doutor Sérgio Viana Severo

Aos meus pais, Lucíola e Miguel, que sempre me incentivaram e nunca mediram esforços para que eu alcançasse uma educação profissional de qualidade.

Aos demais familiares, que torceram por mim durante esta trajetória.

Aos meus colegas, que, ao se tornarem meus amigos, fizeram desses cinco anos mais alegres e divertidos.

Ao meu professor orientador, Prof. Domingos, pela confiança em mim depositada.

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a modalidade de usucapião presente no art. 1.240-A do Código Civil Brasileiro, dando enfoque à problemática que surgiu diante do requisito do abandono do lar para sua configuração. Os pressupostos da usucapião familiar tornaram o instituto objeto de inúmeras críticas doutrinárias, as quais apontam, principalmente, para uma rediscussão a respeito da culpa no término das relações conjugais. Assim, busca-se fazer uma relação entre a usucapião em apreço e o antigo debate sobre o cônjuge responsável pelo fim do casamento. Primeiramente, é feito um panorama geral da usucapião imobiliária como forma de aquisição da propriedade. Após, busca-se analisar a usucapião familiar e seus requisitos. Por fim, estudando a evolução do papel da culpa ao longo do tempo no Direito de Família brasileiro, discute-se se a usucapião do art. 1.240-A do Código Civil, quando evoca o abandono do lar, de fato tem relação com a perquirição da culpa pelo fim do casamento.

Palavras-chave: Usucapião. Propriedade. Abandono do lar. Separação. Culpa.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the type of adverse possession described in the article 1.240-A of the Brazilian Civil Code, focusing on the problems that have arisen due to the requirement of abandonment of home for its constitution. The preconditions of the “*usucapião familiar*” have made the institute become an object of many doctrinal criticisms, that point, mainly, to a rediscussion about the guilt at the termination of marital relationships. Thus, it seeks to make a connection between the adverse possession in question and the old debate about the responsible spouse for the end of marriage. First, it is made an overview of real estate adverse possession as a form of acquisition of ownership and other real rights. Then, it seeks to analyze the “*usucapião familiar*” and its requirements. Finally, studying the role of guilt evolution over time in Brazilian Family Law, it is discussed whether the adverse possession described in the article 1.240-A of the Civil Code, when evoking the abandonment of home, indeed relate to the investigation of guilt in marriage ending.

Keywords: Adverse possession. Property. Abandonment of home. Separation. Guilt.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA USUCAPIÃO.....	13
2.1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS DO INSTITUTO	13
2.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	15
2.3 FUNDAMENTOS DA USUCAPIÃO.....	16
2.4 PRESSUPOSTOS GERAIS DA USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA.....	19
2.4.1 Coisa hábil.....	19
2.4.2 Posse.....	21
2.4.3 Lapso de tempo.....	23
2.4.3.1 Causas suspensivas e interruptivas da usucapião.....	24
2.4.4 Justo-título	25
2.4.5 Boa-fé.....	27
2.5 MODALIDADES DE USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	29
2.5.1 Usucapião extraordinária	29
2.5.2 Usucapião ordinária	30
2.5.3 Usucapião especial (constitucional) urbana e rural	31
3 DA USUCAPIÃO FAMILIAR	33
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	33
3.2 REQUISITOS E APONTAMENTOS	37
3.2.1 O prazo	38
3.2.2 Ex-cônjuge/ Ex-companheiro	39
3.2.3 Bem imóvel urbano	42
3.2.4 Área do imóvel.....	42
3.2.5 A co-propriedade.....	43

3.2.6 Abandono do lar	46
4 USUCAPIÃO FAMILIAR E A DISCUSSÃO ACERCA DA CULPA.....	49
4.1 O PAPEL DA CULPA NO TÉRMINO DOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS....	49
4.1.1 Do Código Civil de 1916 à Emenda Constitucional n° 66/10.....	50
4.1.2 A Emenda Constitucional n° 66/10	58
4.2 USUCAPIÃO FAMILIAR E ABANDONO DO LAR: DISCUSSÃO DA CULPA PELO FIM DA RELAÇÃO CONJUGAL?	62
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

A usucapião é um instituto milenar que, tendo suas origens na famosa Lei das XII Tábuas, avançou e se desenvolveu durante os séculos, passando também pelo Direito Clássico romano, fase na qual se consolidou como instituto singular, sendo hoje reconhecido pela ordem jurídica de diversos países.

Atuando como instrumento de caráter social, a usucapião traduz-se em um modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais através da posse continuada da coisa por um lapso de tempo determinado em lei. Com efeito, traduz-se em uma ferramenta efetiva de regularização de questões relacionadas à titularidade do domínio. Estando intimamente ligada à utilidade social do bem, a usucapião reduz as incertezas quanto à legitimidade da propriedade, consolidando uma situação de fato em situação de direito.

Para a configuração da usucapião, em especial a imobiliária, a legislação define pressupostos indispensáveis. Primeiramente, o bem a ser usucapido deve constituir-se em coisa hábil, isto é, coisa apta a ser objeto de usucapião, porquanto nem todos os bens o são. A posse, também chamada de *ad usucapionem*, aliada ao decurso do tempo, deve revestir-se de características próprias, em virtude da necessidade de *animus domini*, pacificidade e continuidade. Ainda, requer-se os requisitos do justo título e da boa-fé na chamada usucapião ordinária.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro divide tradicionalmente a usucapião imobiliária em três principais modalidades – extraordinária, ordinária e especial- conforme os requisitos específicos indispensáveis a configuração de cada uma delas. Hodiernamente, além de figurar no Código Civil e na legislação extravagante, o instituto também é matéria de ordem constitucional, presente em diversos dispositivos da Constituição Federal.

Dentre as modalidades assinaladas, destaca-se a usucapião especial urbana ou pró-moradia, presente no art. 1.240 do Código Civil e regulada no Estatuto da Cidade, ao agasalho do art. 183 da Constituição Federal. A sua peculiaridade reside no seu caráter nitidamente social, voltado, ao que muitos acreditam, na efetivação da função social da propriedade.

Em 2011, a Medida Provisória nº 514/10 foi convertida na Lei nº 12.424, que introduziu o art. 1.240-A no Código Civil, criando uma nova modalidade de usucapião

especial urbana. A nova usucapião, denominada pela doutrina de usucapião pró-família, usucapião familiar ou usucapião especial urbana por abandono do lar, teve como origem os programas habitacionais de caráter social, em especial o “Minha Casa, Minha Vida”, com o objetivo de regularizar a situação dos imóveis populares financiados pela população de baixa renda. O artigo mencionado, inserido no ordenamento pela Lei nº 12.424, dispõe:

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.

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

Ocorre que, em virtude dos requisitos para sua configuração, a usucapião familiar se tornou objeto de polêmicas e controvérsias, principalmente no que toca à redação dada pelo legislador, que, ao se valer da expressão “abandonou o lar”, fez lembrar o abandono do lar do art. 1.573, IV, do Código Civil, causa de infração de dever matrimonial e conseqüente culpabilidade pelo fim do casamento.

Até 1977, o casamento, no Brasil, era considerado indissolúvel, devido à forte influência da Igreja Católica. Por seu turno, o Estado proporcionava proteção única e especial à família advinda do matrimônio.

No Código Civil de 1916, a dissolução da sociedade conjugal centrava-se na culpa como elemento nuclear, de modo que, sem ela, o desquite não era viável. Assim, o aludido diploma legal apresentava hipóteses de culpa pelo fim do relacionamento afetivo, dentre elas o abandono do lar.

A Emenda Constitucional nº 99/77 deu origem à famosa Lei do Divórcio, que possibilitou o término do vínculo conjugal, de acordo com certos requisitos estabelecidos na lei. Para a ação de separação judicial, outrora denominado desquite, permaneceu a necessidade de imputação de culpa ao cônjuge, gerando ao considerado culpado pela separação implicações na esfera alimentar, na guarda dos filhos e no uso do sobrenome.

Todavia, desde a Constituição Federal de 1988, que elevou o princípio da dignidade da pessoa humana ao fundamento último do Estado brasileiro, a doutrina e a jurisprudência

passaram a criticar veementemente a necessidade de imputação de culpa a um dos cônjuges pelo fim do relacionamento para a concessão da separação judicial.

Com o advento da Emenda Constitucional n° 66/10, que deu nova redação ao art. 226, §6°, da Constituição Federal, eliminando a prévia separação judicial como pressuposto para o divórcio, bem como qualquer prazo para propositura do mesmo, parte majoritária da doutrina passou a defender que a separação judicial foi eliminada no ordenamento jurídico brasileiro, restando revogados todos os dispositivos do Código Civil ainda existentes relacionados a ela. Consequentemente, a censura em relação à inquirição da culpa e dos motivos pelo término do matrimônio acentuou-se, de modo que, para aqueles que defendem o fim da separação, o debate sobre a culpa e os efeitos dela decorrentes também já não tem mais cabimento.

Destarte, tão logo surgiu a usucapião do art. 1.240-A do Código Civil com o inédito requisito do abandono do lar, principalmente aqueles que defendem o fim do debate acerca da culpa passaram a questionar a legitimidade do novo instituto, sob o argumento de que o mesmo representaria a volta da discussão sobre os motivos do término da relação, traduzindo-se em um retrocesso jurídico.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por finalidade fazer uma análise acerca da usucapião instituída pela Lei n° 12.424/11. Dando enfoque à problemática gerado pelo novo dispositivo quanto à questão da culpa, busca-se a relação entre o abandono do lar como sinônimo de culpa pelo fim do laço afetivo e o abandono do lar como pressuposto indispensável para a configuração da usucapião familiar. Discute-se se o requisito da usucapião em comento também provoca o debate acerca dos motivos e dos responsáveis pelo término da relação, e se, assim sendo, caminha ou não na contramão da atual tendência do Direito de Família.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes. O primeiro capítulo dedica-se ao estudo do instituto da usucapião, em especial a imobiliária, nos seus aspectos gerais, isto é, o seu conceito, origem e evolução histórica, bem como os pressupostos para sua configuração. Ainda, discorre-se brevemente sobre as modalidades de usucapião de imóveis no ordenamento jurídico brasileiro e suas características, com atenção à usucapião especial urbana.

O segundo capítulo, por sua vez, é dedicado a um estudo crítico da usucapião familiar do art. 1.240-A do Código Civil, tema central do presente trabalho. Nesse sentido, são feitas, inicialmente, considerações preliminares, nas quais se apontam as críticas doutrinárias à nomenclatura dada pelo legislador e ao procedimento de criação da nova usucapião, a qual, frise-se, decorreu de uma medida provisória convertida em lei. A seguir, são apresentados e analisados os principais requisitos necessários à configuração da usucapião familiar: o prazo de dois anos, a co-propriedade do imóvel com ex-cônjuge ou companheiro, a localização do bem em área urbana, a área de até 250m² e o abandono do lar.

Por fim, no terceiro e último capítulo, discorre-se, primeiramente, acerca da função da culpa no término dos relacionamentos afetivos, passando pelo Código Civil de 1916, pela Lei do Divórcio, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. Estudam-se os impactos da Emenda Constitucional n° 66/10 no Direito de Família, apresentando as correntes doutrinárias de pensamento acerca do fim da separação judicial e da discussão sobre a culpa, bem como a posição jurisprudencial diante do tema. Finalmente, valendo-se da opinião de diversos autores, busca-se responder se de fato o pressuposto do abandono do lar presente na usucapião do art. 1.240-A do Código Civil remete à necessidade de discutir a causa do fim do relacionamento afetivo, isto é, à antiga concepção de culpa pelo fim do casamento.

2 DA USUCAPIÃO

2.1 NOÇÕES FUNDAMENTAIS DO INSTITUTO

A usucapião é, indiscutivelmente, um modo particular de aquisição da propriedade. Com efeito, ela insere no patrimônio do usucapiente direitos que antes não existiam. Na lição de Orlado Gomes, dentre os diversos conceitos apresentados pela doutrina, o que mais se relaciona com o ordenamento jurídico brasileiro é o conceito clássico de Modestino, segundo o qual “*usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporaris lege definiti*”, isto é, a usucapião é o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei.¹

No entanto, conforme alerta Washington de Barros Monteiro, é necessário lembrar que a usucapião, além de ser forma de adquirir o domínio, também é modo de aquisição de outros direitos reais, tais quais o usufruto, o uso, as servidões, a habitação, etc.²

Diverge a doutrina sobre ser ou não a usucapião forma de prescrição. Para alguns autores, ao lado da prescrição extintiva estaria a usucapião, denominada por eles de prescrição aquisitiva, de modo que os dois institutos seriam espécies do mesmo gênero.

A respeito de tal discussão, Orlando Gomes, embora tenha reconhecido pontos de semelhança entre os dois institutos, como o decurso de tempo, a inércia do titular do direito e a finalidade de eliminação das incertezas do direito, rechaçou fortemente a ideia de prescrição aquisitiva como sinônimo de usucapião, tendo em vista as profundas diferenças que os afastariam. Nos dizeres do ilustre doutrinador:

A prescrição é um modo de extinguir pretensões. A usucapião um modo de adquirir a propriedade e outros direitos reais, conquanto acarrete, por via de consequência, a extinção do direito para o antigo titular. A prescrição opera com base na inércia do sujeito de direito durante certo lapso de tempo. A usucapião supõe a posse continuada. A prescrição extingue as pretensões reais e pessoais, tendo largo campo de aplicação, enquanto a usucapião restringe-se aos direitos reais, dos quais é modo de aquisição. Os direitos pessoais não se adquirem por usucapião.³

Neste mesmo sentido, Lafayette Rodrigues Pereira ensina que, na usucapião, predomina a força geradora, sendo que a extinção do direito vem por via de consequência,

¹GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1973. p. 154.

²MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil, v. 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 143.

³GOMES, *op.cit.*, p. 153-154.

pois o proprietário perde o domínio porque o adquire o possuidor. Refere que a lei toma a usucapião pelo seu lado positivo, considerando-a modo de aquisição de direitos, e, assim, a regula, definindo as suas condições e efeitos. Por outro lado, a prescrição, conforme o jurista, é negativa, uma vez que nasce da inércia e tem por efeito a dissolução da obrigação, paralisando o direito correlato e, conseqüentemente, não gerando direitos.⁴

Seguindo esta linha de raciocínio, Caio Mário da Silva Pereira assinala, então, que a usucapião tem sido denominada impropriamente prescrição aquisitiva.⁵ No entanto, fato é que, apesar das diferenças e semelhanças apresentadas, o uso da expressão prescrição aquisitiva como sinônimo de usucapião já é corrente na doutrina e na jurisprudência, de modo que cabe ao intérprete, ao utilizar as palavras de forma indistintas, afastar o sentido estrito da palavra prescrição, conforme refere José Carlos de Moraes Sales:

Basta que se ressalte, portanto, que a prescrição propriamente dita ou prescrição extintiva vem regulada na Parte Geral do atual Código Civil Brasileiro, Livro III, Título IV, ao passo que a prescrição aquisitiva ou usucapião está disciplinada na Parte Especial, Livro III (Do Direito das Coisas), Título III, arts. 1.238 a 1.244 e arts. 1.260 a 1.262.⁶

Outrossim, há divergência doutrinária quanto à usucapião ser modo originário ou derivado de aquisição da propriedade.⁷

Caio Mario da Silva Pereira, adotando uma posição minoritária, inclui a usucapião no rol dos modos derivados, sob o argumento de que o instituto pressupõe a perda do domínio por outrem, em benefício do usucapiente. Dessa forma, em virtude da aquisição por usucapião estar relacionada com outro indivíduo que já era proprietário do mesmo bem e que o perdeu em favor do adquirente, defende o jurista que a usucapião deve ser considerada uma forma de aquisição derivada, embora reconheça que lhe falte a circunstância da transmissão voluntária.⁸

⁴PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. p. 165-166.

⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 96.

⁶SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens imóveis e móveis. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.53.

⁷Carlos Roberto Gonçalves ensina que, quanto à procedência ou causa da aquisição, o modo de adquirir a propriedade pode ser originário ou derivado. Conforme o autor, é da primeira espécie quando o indivíduo torna-se dono de uma coisa sem que tenha ocorrido transmissão por alguém, não havendo, portanto, relação causal entre a propriedade adquirida e o estado jurídico anterior da coisa. Já a aquisição derivada decorre de uma relação negocial entre o anterior proprietário e o adquirente, ocorrendo a transmissão da propriedade devido à manifestação de vontade. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 254)

⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op.cit.*, p. 68.

Ocorre, todavia, que a maior parte da doutrina ⁹ e, inclusive, a jurisprudência, enxerga a usucapião como modo originário, por não se tratar de forma de aquisição que derive de ato negocial realizado entre o usucapiente e o antigo titular. Nesse sentido, destaca-se a lição de José Carlos de Moraes Salles:

Ora, comprovada, pelo usucapiente, a posse mansa e pacífica pelo tempo fixado em lei, adquire ele a propriedade do bem pelo só fato do preenchimento dos requisitos previstos na legislação atinente à espécie, sem se indagar de transmissão pelo titular anterior, que perdeu a propriedade. Em outras palavras, desaparece uma propriedade e surge outra; todavia não se pode afirmar que tenha havido transmissão. Verificou-se modo originário de aquisição da propriedade.¹⁰

Feito um breve estudo no que diz respeito aos aspectos fundamentais da usucapião, precípuo, pois, que se conheça o desenvolvimento histórico do instituto.

2.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O instituto da usucapião foi positivado pela primeira vez na famosa Lei das XII Tábuas, pela qual a aquisição da propriedade se daria no prazo de um ano para os bens móveis e de dois anos para os bens imóveis. Para que restasse configurada a *usucapio*, dever-se-ia satisfazer determinadas condições, como coisa idônea (*res habilis*), posse continuada por certo período de tempo (*tempus*), justo título ou justa causa (*iustus titulus ou iusta causa*) e boa-fé (*fides*).¹¹

Posteriormente, no Direito Clássico, surgiu também a chamada *praescriptio*, que figurava como uma modalidade de exceção e meio de defesa. Conforme ensina Silvio de Salvo Venosa, quem possuísse um terreno provincial por determinado lapso temporal poderia repelir qualquer ameaça a sua propriedade através da *longi temporis praescriptio*.¹²

É de se ressaltar que a *usucapio*, como modalidade de aquisição do *ius civile*, era apenas destinada aos cidadãos romanos, ao passo que a *longi temporis praescriptio* podia ser utilizada tanto pelos romanos quanto pelos estrangeiros.

⁹Orlando Gomes, Lafayette Rodrigues Pereira, Carlos Roberto Gonçalves, Washington de Barros Monteiro, dentre outros, coadunam com tal entendimento.

¹⁰SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.50-51.

¹¹CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião Constitucional Urbano**:Aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 86.

¹²VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 200.

Com o passar do tempo, sucessivas leis foram restringindo o campo de aplicação da *usucapio*. Washington de Barros Monteiro, refere que “a Lei Atínea proibiu o usucapião de coisas furtivas, tanto para o ladrão quanto para o receptor; as Leis Júlia e Plúcia ampliaram a proibição às coisas obtidas mediante violência; e a Lei Scribonia vedou a usucapião das servidões prediais.”¹³

Foi, porém, no direito de Justiniano, no século VI, que a usucapião apareceu como um instituto consolidado e aperfeiçoado, porquanto foi reformulado de maneira quase total. O imperador unificou os dois institutos: a usucapião das XII Tábuas (*usucapio*) e a prescrição a longo tempo (*longi temporis praescriptio*), daí resultando a denominada “usucapião”.¹⁴ A usucapião nasce, portanto, da fusão entre dois institutos de mesma natureza, porém com campos de atuação diversos.¹⁵

Diante do contexto histórico apresentado, nota-se que o direito brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito romano, principalmente no que toca aos requisitos para a configuração da usucapião, conforme se verá adiante. Atualmente, a usucapião não só figura no Código Civil e em outras leis extravagantes, como o Estatuto da Cidade, regulamentado pela Lei nº 10.257/01, mas também aparece na Constituição Federal, possuindo *status* de ordem constitucional.

2.3 FUNDAMENTOS DA USUCAPIÃO

A usucapião tem o condão de favorecer o possuidor em detrimento do proprietário. Vale dizer, ela consolida a propriedade em favor daquele que, possuindo como seu um bem por prazo de tempo estabelecido em lei, reintegrou a coisa em sua função econômica-social, contribuindo, conseqüentemente, para a harmonia da coletividade e a redução das tensões sociais.

Acerca do fundamento do instituto ora estudado, Orlando Gomes afirma existirem duas teorias: a subjetiva e a objetiva. Segundo o jurista, a corrente subjetiva procura

¹³MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil, v. 3:** direito das coisas. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

¹⁴CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião Constitucional Urbano:** Aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 87.

¹⁵Sobre este aspecto, Silvio de Salvo Venosa ressalta: “Daí a razão de, com frequência, utilizar-se a expressão prescrição aquisitiva como sinônimo de usucapião. De fato, enquanto a prescrição extintiva, ou prescrição propriamente dita, implica perda do direito, o usucapião permite a aquisição do direito de propriedade. Em ambas as situações, levam-se em consideração o decurso de certo tempo. “ (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direitos reais. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 200.)

fundamentar a usucapião na presunção de que há o ânimo da renúncia ao direito por parte do proprietário que não o exerce. Neste caso, se o dono de uma coisa se desinteressa de sua utilização durante certo lapso de tempo, é porque a abandonou ou está no propósito de abandoná-la.¹⁶

Por sua vez, a corrente objetiva fundamenta a usucapião com base na utilidade social, conforme explica Orlando Gomes:

É socialmente conveniente dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. A ação do tempo sana os vícios e defeitos dos modos de aquisição, porque a ordem jurídica tende a dar segurança aos direitos que confere, evitando conflitos, divergências e, mesmo dúvidas. Bem certo é que acabar com as incertezas da propriedade é a razão final da usucapião.¹⁷

Atualmente, percebe-se que o cunho objetivo prepondera sobre o subjetivo, tendo em vista que, como instrumento da regularização de questões ligadas à titularidade do domínio, em especial da propriedade imobiliária, a usucapião possibilita o cumprimento da função social da coisa, proporcionando utilidade ao bem usucapido e diminuindo as incertezas da legitimidade do domínio.

Corroborando esse raciocínio, Carlos de Moraes Salles bem afirma:

Interessa à paz social a consolidação daquela situação de fato na pessoa do possuidor, convertendo-a em situação de direito, evitando-se, assim, que a instabilidade do possuidor possa eternizar-se, gerando discórdias e conflitos que afetem perigosamente a harmonia da coletividade. Assim, o proprietário, que não cuida do que é seu, que deixa seu bem em estado de abandono, ainda que não tenha a intenção de abandoná-lo, perde sua propriedade em favor daquele que, havendo se apossado da coisa, mansa e pacificamente, durante tempo previsto em lei, da mesma cuidou e lhe deu destinação, utilizando-a como se fosse sua.¹⁸

A respeito da negligência do proprietário, Lafayette Rodrigues Pereira comenta que ela não é a razão determinante da usucapião, atuando tão somente como uma consideração moral de grande valor ao tirar o caráter punitivo que à primeira vista lhe é atribuído. Segundo o autor, na realidade, a lei não tem como finalidade punir a negligência do proprietário, ela

¹⁶GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1973.p.155.

¹⁷*Ibidem*,p.155-156.

¹⁸SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens imóveis e móveis. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.49.

apenas indica que aquele que perde o direito por não tê-lo exercido acaba sofrendo uma consequência por culpa sua.¹⁹ Nesse sentido, leciona Lafayette:

Com efeito, antes de consumada a prescrição, subsistem em pleno vigor os direitos do proprietário; pode ele fazê-los valer pelas ações competentes; pode ainda salvá-los pela interrupção: tudo depende de sua liberdade. Se se conserva na inércia e deixa correr o prazo que a lei lhe concede, a culpa é sua: o direito não lhe foi violentamente arrebatado, mas por sua negligência permitiu que lhe fosse tirado. Há, sem dúvida, em obriga-lo a obrar dentro do prazo marcado, uma certa coação: mas é um sacrifício que o bem geral impõe ao interesse particular.²⁰

Destarte, não há como negar que a usucapião estabelece a firmeza da propriedade, porquanto a liberta de eventuais reivindicações, reduzindo o número de dissídios e estabelecendo a tranquilidade na vida social. É certo, portanto, que o instituto está intimamente ligado com a aclamada função social da propriedade.²¹

Carlos Eduardo de Castro Palermo bem assinala que a usucapião é uma das formas de exercício da função social da propriedade, na medida em que acarreta o desenvolvimento social, garantindo o direito à moradia e ao trabalho para aquele que exerce a posse sobre determinado bem.²²

Silvio de Salvo Venosa refere que o instituto da usucapião é a ferramenta perfeita para conciliar o interesse individual e o interesse coletivo da propriedade. A sua finalidade é justamente “atribuir o bem a quem dele utilmente se serve para moradia ou exploração econômica.”²³

Diante de tais apontamentos, verifica-se a relevância da usucapião para a sociedade, na medida em que o mesmo atua como instrumento social, a fim de alcançar a justiça e a equidade. É precípuo, pois, analisar os elementos necessários para a configuração do aludido instituto, principalmente no que toca à usucapião imobiliária.

¹⁹PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. p. 168.

²⁰PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. p. 168.

²¹O princípio da função social da propriedade remete-nos à ideia de que a propriedade não é um direito com caráter absoluto, devendo estar em consonância com os anseios da sociedade atual. Vale dizer, é considerada funcional a propriedade que respeita a dignidade da pessoa humana e contribui para o desenvolvimento social e econômico do país. A função social da propriedade está presente na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, XXII, dentre os direitos e garantias fundamentais, e no art. 170, II e III, como princípio de ordem econômica. Ainda, o Código Civil de 2002 aponta-a como uma espécie de cláusula geral em que estabelece normas balizadoras, vinculando e, ao mesmo tempo, dando liberdade ao juiz para decidir. (PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A nova Usucapião Especial por Abandono de Lar e a Função Social da Propriedade. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.19-31,abr./maio,2012.p.20-21)

²²PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A nova Usucapião Especial por Abandono de Lar e a Função Social da Propriedade. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.19-31,abr./maio,2012.p.20.

²³VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 165.

2.4 PRESSUPOSTOS GERAIS DA USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA

Os requisitos para a configuração da usucapião são: coisa hábil (*res habilis*), posse (*possessio*), decurso do tempo (*tempus*), justo título (*titulus*) e boa-fé (*fides*). Destaque-se que a coisa hábil, a posse e o lapso de tempo são condições comuns a todas as modalidades de usucapião, ao passo que o justo título e a boa fé somente são reclamados na usucapião ordinária, conforme será visto adiante.

Esclarece Carlos Roberto Gonçalves que, embora haja entendimento contrário de alguns autores, a sentença judicial não é pressuposto essencial da usucapião. Isto porque a ação de usucapião é meramente declaratória, na medida em que o juiz limita-se a declarar uma situação jurídica preexistente. Inclusive, é pacífico na jurisprudência a possibilidade da usucapião ser arguida como meio de defesa, logo antes da sentença, nos termos da súmula 237 do Supremo Tribunal Federal.²⁴

Caio Mário da Silva Pereira, ao falar acerca sentença declaratória diante da usucapião na modalidade extraordinária, elucida:

Como tal, o julgador limita-se, por ela, a declarar uma situação jurídica pré-existente. Se, ao revés, a aquisição da propriedade dependesse da sentença, seria esta constitutiva. A distinção não é meramente bizantina, e já sofreu a jurisprudência sua repercussão prática na resposta à indagação se pode usucapião ser oposto em ação reivindicatória, como defesa. Se a sentença fosse requisito essencial, o réu, não a tendo, ver-se-ia inibido de invocá-la. Não o sendo, com efetivamente não o é, à pretensão do reivindicante o possuidor alega em defesa a aquisição por usucapião e, provando em ocorrer da ação os elementos básicos – posse e tempo – requer ao juiz que o declare.²⁵

Assim sendo, cumpre fazer uma breve análise acerca dos pressupostos gerais da usucapião imobiliária.

2.4.1 Coisa hábil

Nem todas as coisas, e nem todos os direitos podem ser adquiridos pela usucapião. Certos bens são insuscetíveis de serem usucapidos, quais sejam: os bens fora do comércio e os bens públicos.

²⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 276-277.

²⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 102.

Nesta senda, são considerados bens fora do comércio os bens naturalmente indisponíveis, os legalmente indisponíveis e os indisponíveis pela vontade humana. As coisas naturalmente insuscetíveis de apropriação, e, conseqüentemente, de usucapião são, por exemplo, o ar, a luz natural e o mar alto. De outro lado, bens legalmente inalienáveis são aqueles que, por lei, não podem ser transferidos a outrem, logo também não podem ser objeto de usucapião, como os bens de uso comum, de uso especial e de incapazes, os direitos de personalidade e os órgãos do corpo humano.

No entanto, quanto aos bens gravados com cláusula de inalienabilidade por ato voluntário de testador ou doador, discute-se a possibilidade de usucapi-los. Carlos Roberto Gonçalves entende que a inalienabilidade proveniente de ato jurídico “não tem força de subtrair o bem gravado da prescrição aquisitiva, não o colocando fora do comércio.”²⁶ Coaduna com tal entendimento Caio Mário da Silva Pereira, para quem a usucapião alcança os bens tornados inalienáveis por ato humano, desde que presentes os requisitos básicos em favor do usucapiente.²⁷

Ao contrário, há quem entenda ser inadmissível a aquisição por usucapião da coisa objeto de inalienabilidade. Carlos Roberto Gonçalves cita Orlando Gomes como um dos representantes deste posicionamento, assinalando que, para o jurista, a proibição poderia restar frustrada através de conluio entre o proprietário e o possuidor, caso a usucapião pudesse incidir no caso.²⁸

No que tange aos bens públicos, a usucapião não os alcança.²⁹ A atual Constituição Federal proíbe expressamente a usucapião de imóveis públicos, nos termos dos seus artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único. O Código Civil de 2002 também caminhou nesse sentido, em seu art. 102: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.” Ainda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se, com a conseqüente edição da súmula 340: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais não podem ser adquiridos por usucapião.”

²⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.277.

²⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 105.

²⁸GONÇALVES, *op.cit.*,p.278.

²⁹No ponto, Flávio Tartuce lembra que, embora seja entendimento minoritário, há autores que defendem a usucapião de bens públicos. Dentre eles, estariam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, para quem a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, ferindo o princípio constitucional da função social da posse e o próprio princípio da proporcionalidade. (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v.4:** direito das coisas. 5.ed.rev.e atual.Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método,2013. p. 179-180.)

2.4.2 Posse

A posse caracteriza-se como um dos elementos básicos mais importantes do instituto ora objeto de estudo. É sabido, no entanto, que somente a chamada posse *ad usucapionem*, a qual se reveste de características próprias, é capaz de alcançar a usucapião.

Os artigos 1.238 a 1.242 do Código Civil contêm os requisitos exigidos para a configuração da posse *ad usucapionem*. De um lado, requer-se atitude ativa do possuidor, que exerce os poderes inerentes à propriedade. De outro, espera-se uma atitude passiva do proprietário, que, em virtude da sua omissão, contribui para que a situação de fato se prolongue no tempo.³⁰

Como primeira condição, portanto, requer-se que a posse seja exercida com ânimo de dono (*animus domini*), ou seja, “a título de proprietário da coisa ou do direito cuja aquisição se pretende.”³¹ Assim, não tem *animus domini* o comodatário, o locatário, o arrendatário e demais indivíduos que exercem posse direta sobre o bem, com a consciência de que a coisa não lhe pertence e com o reconhecimento do direito de propriedade de outrem.³² Porém, como bem alerta Lenine Nequete, caso haja uma mudança de vontade, o caráter originário da posse pode ser alterado, sobrevindo uma nova *causa possessionis*. Com efeito, “o que possuía como locatário, por exemplo, desde que adquiriu a propriedade, mesmo a um *non domino*, ou que tenha repellido o proprietário, deixando de pagar-lhe os aluguéis e fazendo-lhe sentir inequivocamente a pretensão dominial, é fora de dúvida que passou a possuir como se fosse dono.”³³

Da mesma forma, a lei, no art. 1.208 do Código Civil, diz: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos

³⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.283.

³¹NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva: usucapião**. São Leopoldo: Sulina, 1954. p.69.

³²Referindo-se ao tema, Caio Mário da Silva Pereira comenta: “De início, afasta-se a mera detenção, pois, conforme visto acima 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 faz acompanhar de ter a coisa para si – *animus rem sub 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 a defesa de sua situação de possuidores contra terceiros e até contra o possuidor indireto (proprietário), não têm nem podem ter a faculdade de usucapir. E é obvio, pois aquele que possui com base num título que o obriga a restituir desfruta de uma situação incompatível com a aquisição da coisa para si mesmo. Completando-lhe a qualificação é que impõe o requisito anímico, que reside na intenção de dono: possuir cum *animus domini*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 98)

³³NEQUETE, Lenine. *op.cit.*,p.71.

violento, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.” Logo, a posse viciosa ou a de mera detenção não conduz à usucapião.

No ponto, cabe a lição de José Carlos de Moraes Salles:

Em principio, portanto, para que haja posse capaz de levar à usucapião, será necessário que tal posse seja justa, isto é, escoimada de violência, clandestinidade ou precariedade, no momento de sua aquisição. Todavia, ainda que a posse tenha sido obtida mediante violência ou com clandestinidade, haverá possibilidade de seu convalescimento para o efeito de usucapião, desde o momento que cessarem os mencionados vícios. O termo inicial do lapso prescricional aquisitivo será, portanto, o momento da cessação daqueles vícios.³⁴

O segundo requisito da posse *ad usucapionem* é que ela seja pacífica, ou seja, exercida sem oposição. Caio Mario da Silva Pereira ensina que, na realidade, requer-se a ausência de contestação à posse, não para significar que ninguém possa ter dúvida quanto à condição do possuidor, “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 usucapir.”³⁵

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves, caso o proprietário tome alguma medida judicial a fim de quebrar a continuidade da posse, a *ad usucapionem* fica descaracterizada, ao passo que nada ocorre se tomar medidas extrajudiciais. No entanto, o autor, citando Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, entende que as oposições feitas na área judiciária devem lograr êxito, ou seja, devem ser julgadas procedentes, com o reconhecimento do direito de quem se opõe. Sem êxito na pretensão do legítimo interessado, não haveria oposição com conteúdo substancial, logo não haveria quebra da continuidade.³⁶

Finalmente, o terceiro e último requisito da posse requerida para a usucapião é que ela seja contínua, isto é, sem interrupção. O possuidor não pode possuir a coisa a intervalos, intermitentemente. Faz-se mister que o bem tenha sido conservado por ele durante todo o tempo até o ajuizamento da ação de usucapião. Contudo, insta salientar que as intermitências ocasionais ou temporárias, provocadas por circunstâncias fortuitas, tal qual uma inundação ou terremoto, não retiram da posse *ad usucapionem* a qualidade de contínua.

³⁴SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens imóveis e móveis. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 70.

³⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 97.

³⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 284.

Outrossim, o fato do possuidor mudar-se do imóvel não significa, necessariamente, abandono da posse, caso tenha continuado a comportar-se com *animus domini* em relação à coisa. Isto porque, “os atos de posse podem ser praticados por prepostos do possuidor, como, por exemplo, presença física no imóvel, seu cultivo, sua defesa e manutenção, etc.”³⁷

Ainda, acerca da posse ora em análise, cumpre destacar a figura da acessão da posse, ou soma das posses, prevista no art. 1.243 do Código Civil³⁸, a qual demonstra que a lei não exige para a configuração da usucapião que a posse tenha pertencido a um único possuidor. Neste caso, o possuidor pode acrescentar à sua posse a do seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas, pacíficas e com ânimo de dono.³⁹

2.4.3 Lاپso de tempo

Conforme estudado anteriormente, a posse constitui elemento básico da usucapião. No entanto, somente associada ao fator tempo é que ela se converte em propriedade, fato que também dá ao tempo a qualidade de elemento essencial da aquisição por usucapião.

O tempo necessário para usucapir é questão de política legislativa e varia de acordo com o sistema jurídico e a época histórica, não havendo um padrão fixo.⁴⁰ No entanto, no que tange aos prazos de uma maneira geral, verifica-se uma notável diferença entre aqueles exigidos para a usucapião de coisas móveis e para a de bens imóveis.

³⁷CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião Constitucional Urbano**: Aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 112.

³⁸ Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

³⁹ A respeito do tema, Orlando Gomes observa que a acessão de posses possui diferentes aspectos dependendo se verificada a título universal (*successio possessionis*) ou singular (*accessio possessionis*). Na sucessão a título universal, o herdeiro obrigatoriamente acrescenta a sua posse à do defunto, sucedendo nas virtudes e nos vícios desta. Na sucessão singular, por sua vez, a junção das posses é facultativa, de modo que, conseqüentemente, a união se verifica somente quando as duas posses tem as mesmas qualidades.³⁹. (GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1973.p.159) Daí dispõe o art. 1.207 do Código Civil: “O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais”

⁴⁰Caio Mário da Silva Pereira leciona sobre a questão: “A resposta à eventual pergunta – qual o tempo necessário para usucapir? – não pode contudo ser dada peremptória e singularmente. É um problema de política legislativa, que se resolve diferentemente nos diversos sistemas jurídicos, e até mesmo num mesmo sistema jurídico varia com o tempo. Assim é que o Direito Romano a princípio admitira a aquisição por usucapião até de dois anos (Lei das XII Tábuas) e mais tarde exigia 10 a 20 anos (Codificação Justinianéia do século VI). Alguns sistemas jurídicos disciplinam o usucapião de dois anos para os móveis e o elevam a trinta para os imóveis. O direito brasileiro adota variados prazos. [...]” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV. 15. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p.98)

O prazo para aquisição de bens móveis pela usucapião é, via de regra, mais curto, em virtude “da dificuldade de individualização de tais bens e facilidade de sua circulação.”⁴¹ Já em relação aos bens imóveis, considerando a sua maior importância social, a lei exige um prazo maior, haja vista o fato de os imóveis serem considerados “bens de raiz, que dão segurança à família e garantem o futuro dos filhos, o que enseja, por conseguinte, que os rigores da transcrição e seus princípios determinem que o lapso temporal para a aquisição da propriedade pela usucapião seja mais dilatado.”⁴²

A diversidade de prazos é também estabelecida em função dos requisitos exigidos para a configuração da usucapião. Quando o possuidor preenche os requisitos de justo título e boa-fé, os quais mais tarde serão analisados, abrevia-se o prazo. Neste caso, o lapso temporal é influenciado pelo modo por que se possui, isto é, pelo teor da posse.

O direito brasileiro, com suas três espécies de usucapião imobiliária –extraordinária, ordinária e especial – apresenta diferentes prazos para usucapir. Por ora, apenas destaca-se a relevância do requisito temporal. Independente da modalidade de usucapião, é imprescindível que a posse se estenda de modo contínuo durante todo o tempo exigido na lei.

2.4.3.1 Causas suspensivas e interruptivas da usucapião

O lapso temporal necessário para a aquisição pela usucapião pode ser suspenso, interrompido ou até mesmo não correr, caso configuradas determinadas circunstâncias.

O art. 1.244 do Código Civil assim preleciona: “Estende-se ao possuidor o disposto quando ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.”

O dispositivo informa que as causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição também se aplicam à usucapião. São as mencionadas nos artigos 197,198,199 e 202 do Código Civil.

A Lei civil, no art. 197, leva em consideração as condições subjetivas das pessoas contra as quais não corre a prescrição, como a confiança e a amizade entre elas existentes. Consequentemente, não se verifica usucapião entre cônjuges, na constância do casamento,

⁴¹GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1973.p.158.

⁴²CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião Constitucional Urbano**:Aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001.p.114.

entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder, entre tutelados e curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.⁴³

A propósito, oportuno salientar o comentário de Washigton de Barros Monteiro acerca da impossibilidade de usucapião entre cônjuges:

Seria inconcebível ocorrência de usucapião entre cônjuges, na vigência da sociedade conjugal. Se de comunhão universal o regime matrimonial, os bens constituem uma só massa, um só acervo, comum a ambos os consortes. Inadmissível, portanto, que qualquer desses bens possa ser objeto de posse exclusiva a favor de um cônjuge contra o outro. O mesmo sucede nos demais regimes.⁴⁴

No artigo 198, o Código Civil considera as circunstâncias objetivas em que se encontram as pessoas que visa proteger. Verifica-se uma preocupação em proteger pessoas que se acham em situações especiais, tais quais os absolutamente incapazes, os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados e dos Municípios e os que se estão servindo nas forças Armadas, em tempo de guerra.⁴⁵

Da mesma forma, os bens que se encontram nas situações previstas no art. 199 do Código Civil não podem ser usucapidos, em razão de não correr o lapso prescricional.⁴⁶

Finalmente, as causas que interrompem a prescrição, enumeradas no artigo 202, aplicam-se também à usucapião.⁴⁷

2.4.4 Justo-título

⁴³Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

⁴⁴MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil, v. 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.153.

⁴⁵Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

⁴⁶Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção.

⁴⁷Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor. Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Para determinadas modalidades de usucapião, a posse *ad usucapionem* exige certas características, de modo que somente com a configuração destas haverá a produção dos efeitos daquela.

Neste contexto, o justo título, juntamente com a boa-fé, consistem, na classificação de Orlando Gomes, em um requisito formal suplementar, pois não se faz necessário em todas as modalidades de usucapião, mas apenas no chamado usucapião ordinário.⁴⁸

Carlos José Cordeiro ensina que o justo título e a boa fé “acrescentam-se à caracterização da posse *ad usucapionem*, na espécie do usucapião ordinário, qualificando esta modalidade de usucapir a propriedade e, conseqüentemente, reduzindo o lapso de tempo da posse.”⁴⁹

O conceito de justo título viveu por muito tempo atrelado ao conceito de boa-fé, contudo a doutrina tem procurado separá-los, tratando-os como realidades jurídicas distintas e autônomas, podendo aparecer juntas ou separadas.

Caio Mário Pereira da Silva define o justo título como “o título hábil, em tese, para a transferência do domínio, mas que não a tenha realizado na hipótese por padecer de algum defeito ou lhe faltar qualidade específica.”⁵⁰

Lenine Nequete, por sua vez, o conceitua como “todo ato jurídico formalmente adequado a transferir o direito real de que trata, mas que deixa de produzir tal efeito em virtude de não ser o transmitente senhor da coisa (*a non domino*), ou de não ter poder legal de aliená-la, ou, enfim, de erro no modo de aquisição.”⁵¹

Em suma, a conceituação do justo título leva em consideração a faculdade abstrata de transferir a propriedade, e é neste sentido que se diz justo qualquer fato jurídico que tenha, em tese, o poder de efetuar a transmissão, conquanto, na hipótese, lhe faltem os requisitos para realizá-la.⁵²

⁴⁸GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1973.p.159.

⁴⁹CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião Constitucional Urbano**:Aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001.p.116.

⁵⁰PEREIRA,Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV. 15. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.103.

⁵¹NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva**: usucapião. São Leopoldo: Sulina, 1954. p.136.

⁵²Orlando Gomes, criticando a expressão justo título, comenta: “O vocábulo título pode dar a impressão de que se trata de instrumento, isto é, de escrito. Mas não tem esse sentido. Título se emprega, no caso, como sinônimo de ato jurídico. Ainda assim, teria compreensão muito ampla, porque nem todo ato jurídico serve de causa à posse. O título, a que se referem os Códigos, corresponde aos atos jurídicos cuja função econômica consiste em

Apenas a título de esclarecimento, destaca-se que, para Orlando Gomes e Lenine Nequete,⁵³ três são as causas da ineficácia do título: a) a aquisição a *non domino*; b) a aquisição a *domino* na qual o transmitente não tem o direito de dispor e; c) o erro do modo de aquisição.⁵⁴

Destarte, todo fato jurídico capaz de transferir o domínio pode servir para a aquisição através da usucapião ordinária, se o seu efeito específico não se produziu em virtude de um dos obstáculos mencionados. O decurso do tempo eliminará o vício originário, sanando os defeitos e irregularidades, podendo o adquirente usucapir a propriedade.

2.4.5 Boa-fé

Além do justo título, a boa-fé também é requisito especial, porquanto só é necessária para a configuração da usucapião na modalidade ordinária.

Conforme aduz o jurista Lafayette Rodrigues Pereira, boa-fé e justo título “são coisas distintas, mas o justo título estabelece a presunção de boa-fé. Daí procede que na prescrição ordinária, uma vez provado o justo título, a boa-fé se presume.”⁵⁵

É precípuo salientar, contudo, que, à primeira vista, pode parecer que a existência do justo título implica obrigatoriamente na existência de boa-fé. No entanto, como bem esclarece Orlando Gomes, fato é que pode o justo título existir sem a boa-fé, como quando o comprador sabia que a coisa comprada não pertencia ao vendedor. O justo título gera uma presunção *iuris tantum* de boa fé, admitindo-se prova em sentido contrário. Tem-se, portanto, que o justo

justificar a transferência do domínio. Numa palavra, os atos translativos. Por outro lado, a qualificação do título é imprópria. O título deve ser justo no sentido de idoneidade para transferir. Melhor fora, assim, dizer-se título hábil, para significar o negócio jurídico que habilita qualquer pessoa a tornar-se proprietária de um bem. [...] Mas, se a despeito de sua existência, a propriedade não se transfere, é preciso, para que a transferência se consuma, que o adquirente possua o bem pelo tempo necessário, para usucapi-lo. Desse modo, justo título vem a ser o ato translativo que não produziu efeito; o título de aquisição ineficaz. (GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1973.p.161.)

⁵³GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1973.p.161-162; NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva**: usucapião. São Leopoldo: Sulina, 1954. p.136.

⁵⁴A aquisição a *non domino*, ou seja, o fato de não ser o transmitente proprietário da coisa é a hipótese mais frequente. Quem adquire um bem de quem não tem o seu domínio realiza negócio ineficaz. Considerando que ninguém pode transferir mais direito do que tem, quem não é proprietário, conseqüentemente, não pode transmitir propriedade. Contudo, se o adquirente tinha a convicção de que tratava com o dono da coisa, o título que serve de causa à aquisição servirá como elemento para que o bem seja adquirido mediante a usucapião ordinária.

⁵⁵PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.p.183.

título faz presumir a boa-fé, porém, por ser relativa tal presunção, ambos devem ser observados como conceitos distintos e autônomos.⁵⁶

Pedro Nunes assinala que, em matéria de usucapião, “a boa-fé significa a pura crença do possuidor de que adquiriu a coisa de quem era seu verdadeiro dono.”⁵⁷ Desse modo, para que um possuidor seja considerado de boa-fé, “é necessário que ignore que aquele de quem adquiriu o direito não é, ao contrário do que pensava, o seu titular.”⁵⁸

Neste diapasão, vale o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira:

Boa-fé é a integração ética do justo título e reside na convicção de que o fenômeno jurídico gerou a transferência da propriedade. Internamente, a boa-fé assenta na convicção de não ofender o possuidor um direito alheio, ou no erro de entendimento do possuidor que, razoavelmente se supõe proprietário. Como fator psíquico, não é elemento de demonstração direta. Daí recorrer-se, na sua comprovação, a uma inversão de conceito, para determina-lo como elemento negativo – ausência de má-fé – o que no terreno público significa que o possuidor com justo título considera-se de boa-fé, até que se prove o contrário – *donec probetur contrarium*.⁵⁹

O Código Civil define a posse de boa-fé no artigo 1.201:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

A boa-fé deve ocorrer desde o início e durante todo o lapso temporal estabelecido em lei para a configuração da usucapião ordinária. A superveniência da má-fé, portanto, aniquila a usucapião que ainda não está configurada.

Nesse sentido, dispõe o art. 1.202 do Código Civil: “A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.”

Por fim, registre-se a lição de Washington de Barros Monteiro:

Finalmente, o último requisito do usucapião ordinário, quíça o mais importante, porque valoriza e moralmente dignifica o usucapiente, é a boa-fé, vale dizer, a crença de que realmente lhe pertence a coisa possuída. É a certeza de seu direito, a confiança inabalável no próprio título, sem

⁵⁶GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1973.p.163.

⁵⁷NUNES, Pedro. **Do usucapião**. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Freitas Bastos, 1964.p.44.

⁵⁸*Ibidem*,p.46.

⁵⁹PEREIRA,Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV. 15. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P.104.

vacilações, sem possibilidade de temperamentos ou de meio-termo. A boa-fé ou é integral, ou não existe. Ela há de verificar-se ao ter início a posse do usucapiente e subsistir por todo o tempo dela. Se o mesmo tem ciência do vício que lhe impede a aquisição do domínio, inexistente boa-fé, capaz de conduzir ao usucapião ordinário, só cabendo o extraordinário, desde que o usucapiente tenha excluído os demais consortes.⁶⁰

Vistos e analisados os requisitos para a aquisição da propriedade imobiliária através da usucapião, parte-se, então, para um breve estudo acerca das espécies de usucapião imobiliária existentes no sistema jurídico brasileiro, a fim de descobrir em qual delas a usucapião familiar, tema do presente trabalho, se enquadra.

2.5 MODALIDADES DE USUCAPIÃO IMOBILIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito brasileiro distingue três espécies de usucapião de bens imóveis: a extraordinária, a ordinária e a especial ou constitucional, que se divide em rural (*pro labore*) e urbana (pró-moradia ou *pro misero*).⁶¹

A usucapião familiar, em específico, é considerada uma nova modalidade de usucapião especial urbana. Assim sendo, antes que se inicie uma análise mais profunda acerca desta espécie peculiar, é precípuo que se façam breves considerações acerca dos diferentes tipos de usucapião imobiliária presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de entender o contexto na qual a usucapião familiar se insere.

2.5.1 Usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária é prevista no art. 1.238 do Código Civil e apresenta os seguintes requisitos para sua configuração: posse, tempo, *animus domini* e objeto hábil. Em contraposição à usucapião ordinária, não se exige justo título e boa-fé.

O aludido dispositivo, com efeito, assim dispõe:

⁶⁰MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil, v. 3:** direito das coisas. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.149-150.

⁶¹Ainda, cabe registrar que há no direito brasileiro uma modalidade especial de usucapião denominada usucapião indígena. Tal espécie está prevista no Estatuto do Índio - Lei 6.011/73- cujo art. 33 assim dispõe: “Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.”

Art. 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. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Trata-se da espécie de usucapião mais comum e conhecida, bastando o ânimo de dono e a continuidade e tranquilidade da posse por quinze anos. Há a dispensa do requisito da boa-fé e do justo título.

Ainda, cumpre assinalar que a redução para dez anos do tempo necessário para a usucapião constante no parágrafo único supratranscrito relaciona-se com o conceito de “posse trabalho”, o qual se consolida na construção de uma residência ou em investimentos de caráter produtivo e cultural.⁶²

2.5.2 Usucapião ordinária

A usucapião ordinária regula-se pelo artigo 1.242 do Código Civil, que assim determina:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

A usucapião ordinária se diferencia da usucapião extraordinária por características marcantes. Com efeito, o lapso temporal exigido na usucapião ordinária é de dez ou de cinco anos, conforme o caso seja o do *caput* do art. 1.242 ou o do seu parágrafo único. Na usucapião extraordinária, por sua vez, o lapso é de quinze anos, na hipótese do *caput* do art. 1.238, e de dez anos, caso se consubstancie a hipótese do parágrafo único deste último dispositivo.

Ademais, conforme já fora mencionado anteriormente, na usucapião ordinária, são necessários o justo título e a boa-fé, os quais são dispensáveis na modalidade extraordinária.

⁶²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.261.

Em razão da exigência de tais requisitos, houve por bem o legislador reduzir o tempo necessário à usucapião.

Portanto, são condições para a aquisição mediante a usucapião ordinária: posse, tempo, *animus domini*, objeto hábil, justo título e boa-fé.

2.5.3 Usucapião especial (constitucional) urbana e rural

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, ainda, a chamada usucapião especial, também denominada de constitucional, em virtude de ter sido introduzida pela Constituição Federal sob duas formas: usucapião especial rural ou *pro labore* e usucapião especial urbana ou pró-moradia (*pro misero*).

A usucapião especial tem o condão de “regularizar àqueles que detêm a moradia do bem usucapido, tanto na seara rural, como na urbana.”⁶³ Trata-se, na visão de Douglas Phillips Freitas, de modalidade que traduz a efetivação da função social da propriedade.⁶⁴

A modalidade rural está consagrada no art. 191 da Constituição Federal e no art. 1.239 do Código Civil. A usucapião especial urbana, por sua vez, está regulamentada no art. 183 da Constituição Federal, artigos 9 e 10 do Estatuto da Cidade (Lei n° 10.257/01), bem como no art. 1.240 do Código Civil.

Para os fins deste trabalho, importante que se atenha à usucapião especial urbana, uma vez que a usucapião familiar é modalidade da mesma.

A usucapião especial urbana constitui inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 183 prevê:

Art. 183. 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.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

⁶³FREITAS, Douglas Phillips. A usucapião e Direito de Família: Comentários ao Artigo 1.240-A do Código Civil. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.9-15, abr./maio,2012.p.11.

⁶⁴*Ibidem*,p.12.

O Código Civil de 2002, no art. 1.240, adotou também esta espécie do instituto, reproduzindo, de maneira quase integral, o aludido dispositivo da Constituição Federal:

Art. 1.240. 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.
§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Destaca Washington de Barros Monteiro que a usucapião especial urbana, em virtude de suas características próprias, adquire um notável caráter social. A respeito da modalidade ora em análise, o autor comenta:

Começando pela legitimidade, somente poderá beneficiar-se com o usucapião especial urbano a pessoa física que não tenha título de propriedade de outro imóvel urbano ou rural. A pessoa jurídica, portanto, não poderá valer-se dessa modalidade de usucapião.
Cumprir não perder de vista que o imóvel deverá estar localizado em área urbana e ter dimensões máximas de duzentos e cinquenta metros quadrados, não podendo ser de domínio público.
A posse deve prolongar-se pelo prazo mínimo de cinco anos ininterruptos e o bem deverá destinar-se à moradia do usucapiente ou de sua família. O direito ao usucapião não será reconhecido mais de uma vez ao mesmo possuidor.⁶⁵

Diante do quadro apresentado, verifica-se que várias são as espécies de usucapião previstas na lei brasileira, de modo que para cada uma delas há condições específicas quanto aos pressupostos gerais estudados anteriormente, como a posse, o prazo, o justo título, etc.

A nova modalidade de usucapião especial prevista no art. 1.240-A do Código Civil segue a mesma linha daquela prevista no art. 1.240 do aludido diploma legal, apresentando, porém, alguns elementos característicos que a diferenciam. Trata-se de uma espécie peculiar de usucapião, que tem sido objeto de diversas críticas e discussões, conforme será estudado a seguir.

⁶⁵MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil, v. 3: direito das coisas**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.152.

3 DA USUCAPIÃO FAMILIAR

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Lei 12.424/2011, decorrente da Medida Provisória nº 514/2010, dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e outras normas legais referentes à regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, tendo como finalidade o incentivo à construção e aquisição de imóveis por famílias de baixa renda.⁶⁶

Tal lei acrescentou ao Código Civil Brasileiro o art. 1.240-A, que dispõe acerca de uma nova modalidade de usucapião especial urbana, denominada pela doutrina de usucapião pró-família, usucapião familiar ou usucapião especial urbana por abandono do lar.

O novo comando, constante no art. 1.240-A do Código Civil, dispõe:

Art. 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.

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

De início, insta destacar que a nomenclatura dada ao instituto tem recebido críticas, uma vez que as expressões “usucapião pró-família” e “usucapião familiar” sugeririam, erroneamente, ser os membros da família os beneficiários da usucapião.

Helena de Azeredo Orselli esclarece que é o ex- cônjuge ou ex- companheiro que permaneceu na posse direta do imóvel residencial que tem o direito a adquirir a propriedade do bem, e não os membros da família desfeita pelo fim da sociedade conjugal.⁶⁷ Alerta a autora que nem se poderia alegar que o art. 1.240-A do Código Civil presta-se a proteger a família porque atribui a propriedade àquele cônjuge ou companheiro que permaneceu residindo no imóvel com os eventuais filhos do casal, “haja vista que o direito à usucapião

⁶⁶Acerca do programa Minha Casa Minha Vida, Maria Anglaé Tedesco Vilardo comenta: “O Programa Minha Casa Minha Vida, implementado pela União, tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 .” (VILARDO, Maria Anglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar- Usucapião entre Ex-Casal. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister;Belo Horizonte: IBDFam, n.27,p. 47-59,abr./maio,2012.p.46)

⁶⁷ORSELLI, Helena de Azeredo. Análise Crítica da Usucapião Especial por Abandono. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.13,n.69,p.127-138,dez./jan.,2012.p.131.

nele previsto independe da permanência dos filhos ou demais membros da família no imóvel.”⁶⁸

Igualmente, a expressão “usucapião especial urbana por abandono do lar” também é criticada por Orselli:

A expressão ‘usucapião especial urbana por abandono do lar’ também não parece a melhor, pois poderia dar equivocada impressão de retornar a noção de “abandono voluntário do lar conjugal”, uma das causas ensejadoras do pedido da extinta separação judicial litigiosa, que gerava infundáveis batalhas judiciais para se saber se o cônjuge que abandonou o lar era culpado pelo fim do casamento ou se saía do lar por justo motivo, não sendo, então, abandono voluntário, mas forçado.⁶⁹

Apesar das críticas aludidas, utilizar-se-á, neste trabalho, a denominação usucapião familiar, haja vista ser a mais utilizada pela doutrina.

Outrossim, o procedimento pelo qual o instituto ora em estudo foi criado também merece atenção.

Conforme mencionado anteriormente, a usucapião estabelecida no art. 1.240-A do Código Civil decorreu de uma medida provisória convertida em lei. Ocorre que, nos termos no art. 62, *caput*, da Constituição Federal, para que o Presidente da República adote uma medida provisória, é necessário que se atenha a dois pressupostos: a relevância e a urgência.⁷⁰

Nesse sentido, Leandro Ambros Gallon defende que a inserção do instituto no ordenamento deveria ter ocorrido sob a forma de um projeto de lei, sendo debatido nas duas Casas Legislativas, e não através de medida provisória, uma vez que não existiria urgência na sua criação.

In casu, até se considera que o assunto tenha grande relevância, notadamente porque pretende resolver diversas questões fundiárias afetas à população de baixa renda, o que é de real importância.

No entanto, enfocando a discussão somente sob o ponto de vista da inconstitucionalidade formal da inserção realizada no Código Civil, é possível concluir que há ausência do requisito da urgência.

Ora, a criação de uma nova modalidade de usucapião, por meio de medida provisória, além de restringir a imprescindível discussão a respeito do novo instituto e as suas consequências, foi incluída em ato normativo que versava sobre outro assunto – o PMCMV.

⁶⁸ORSELLI, Helena de Azeredo. Análise Crítica da Usucapião Especial por Abandono. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.13,n.69,p.127-138,dez./jan.,2012.p.131.

⁶⁹*Ibidem*,p.131-132.

⁷⁰Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional

Aliás, a nova usucapião, da maneira como foi instituída, não tem nenhuma referência com o programa governamental, destinado à construção de moradias nas zonas rural e urbana. E é indubitável que a medida provisória composta de temas diversos, por si só, é eivada de inconstitucionalidade. E, se não bastasse isso, fazia-se necessário o debate do tema, sob a forma de projeto de lei, nas duas Casas Legislativas, em tempo adequado, com a realização de diversos estudos, e jamais da maneira como aconteceu, por meio do açodado e excepcional procedimento da medida provisória.⁷¹

Na opinião de Helena de Azeredo Orselli, a criação do instituto não era urgente e nem relevante, de modo que o mesmo deveria ter sido submetido ao Congresso Nacional por meio do procedimento legislativo ordinário. Ainda, Orselli questiona o fato de uma lei que regulamenta um programa de incentivo à construção e aquisição de imóvel ser o instrumento para o estabelecimento de uma nova modalidade de usucapião.⁷² Considerando que a conversão de medidas provisórias em lei ocorre, via de regra, sob muita pressão e sem muito debate, resta então o seguinte questionamento apontado pela autora: “Será que houve a atenção devida por parte dos legisladores para o fato de que ali se criava uma nova forma de usucapir?”⁷³

Em que pesem as críticas aludidas, infere-se que o legislador, ao criar a usucapião familiar, teve como principal finalidade conferir proteção ao cônjuge ou companheiro que permaneceu residindo, após a separação, na residência que era comum do casal, localizada em área urbana e com no máximo 250m².⁷⁴

Segundo Maria Anglaé Tedesco Vilar, a utilização do novo instituto tem como fim a proteção do direito à moradia, constitucionalmente previsto como direito social.⁷⁵ Desse

⁷¹GALLON, Leandro Ambros. Reflexões sobre a inconstitucional usucapião instituída com as alterações do Programa “Minha Casa, Minha Vida”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3157, 22 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21136>>. Acesso em: 12 set. 2013

⁷²ORSELLI, Helena de Azeredo. Análise Crítica da Usucapião Especial por Abandono. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.13,n.69, p. 127-138,dez./jan.,2012.p.130-131.

⁷³*Ibidem*,p.131.

⁷⁴Frise-se que a usucapião em estudo estende-se a qualquer imóvel que atenda os requisitos estabelecidos na lei, e não só aos imóveis adquiridos através do Programa Minha Casa Minha Vida.

⁷⁵Na lição de Loreci Gottschalk Nolasco, o direito à moradia constitui-se na posse exclusiva, de duração razoável, de um espaço que proporcione, além da proteção contra intempérie e do resguardo da intimidade, as condições para a prática de atos fundamentais, tais quais a alimentação, higiene, repouso, reprodução, etc. (NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito fundamental à moradia*. São Paulo: Editora Pillares, 2008,pg.88). Estando intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à moradia adquiriu status de direito social, passando a ser tutelado na seara internacional e nacional. No direito brasileiro, o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um grande marco para o reconhecimento do direito de todos os brasileiros à moradia. Com efeito, foi principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, que o direito à moradia consolidou-se expressamente como um direito humano e social independente, embora já estivesse presente, de forma indireta, em outros dispositivos da Lei Maior. A EC n° 26 incluiu o direito à moradia no artigo 6° da Constituição vigente, tornando-o, ao lado da educação, saúde, alimentação, dentre outros, um direito social constitucionalmente protegido.

modo, a relevância da criação legislativa estaria no objetivo de garantir o direito à disponibilidade do bem de moradia.⁷⁶

Nesta mesma linha, Mônica Guazelli, refletindo acerca do intuito do legislador em garantir a proteção do direito à moradia como direito fundamental da pessoa humana, comenta:

Possível dizer que a nova lei, pelo que se depreende de sua gênese, tem por escopo facilitar e assegurar a aquisição de imóvel para moradia para aquelas famílias menos favorecidas e de baixa renda, que têm a oportunidade de – pela primeira vez- adquirir residência própria, representando, pois, forma de assegurar o patrimônio mínimo, valorando-se as necessidades da pessoa. Neste panorama, se um casal (cônjuges, ou companheiros heterossexuais ou homoafetivos) está inserido no denominado Programa Minha Casa Minha Vida e um dos membros vai embora, abandonando o projeto antes comum, o legislador entendeu por bem em proteger aquele que fica, de forma a garantir a propriedade do imóvel em questão.⁷⁷

Na perspectiva de Francisco Eduardo Loureiro, o fundamento da usucapião familiar liga-se às dificuldades que ocorrem quando um casal de baixa renda financia um imóvel a longo prazo e se separa de fato ou se divorcia. Nesse caso, é comum que um dos cônjuges permaneça no imóvel sem ter ciência do paradeiro do outro, o que impossibilita a concessão da escritura de compra e venda e a consequente obtenção do domínio sem prévia partilha entre o casal.⁷⁸

Quanto à entidade familiar, a interpretação é que a usucapião prevista no art. 1.240-A tem validade para todas as formas de família, inclusive as homoafetivas, nos termos do Enunciado 500 da V Jornada de Direito Civil.⁷⁹

No que tange ao termo inicial de contagem do período aquisitivo, é pacífico na doutrina e jurisprudência⁸⁰ que o prazo aquisitivo bienal passou a ser contado somente a partir

⁷⁶VILARDO, Maria Anglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar- Usucapião entre Ex-Casal. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister;Belo Horizonte: IBDFam, n.27, p. 47-59, abr./maio,2012.p.47.

⁷⁷GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por Abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n.28, p.95-110, jun/jul.,2012. p.98-99.

⁷⁸LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas,2012. p.765.

⁷⁹Enunciado 500 da V Jornada de Direito Civil: “A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240 -A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.”

⁸⁰AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR - VIGÊNCIA - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - SENTENÇA CONFIRMADA - O prazo de 02 anos da prescrição aquisitiva exigido pela Lei nº 12.424/11, deve ser contado a partir da sua vigência, por questões de segurança jurídica, vez que antes da edição da nova forma

da vigência da alteração legislativa, em 16 de julho de 2011, a fim de que as pessoas se adequem à situação trazida no art. 1.240-A.⁸¹ Em razão disso é que apenas neste ano, 2013, tornou-se possível o ajuizamento de ações com base na usucapião em comento, inexistindo, até então, julgados de tribunais declarando a aquisição da propriedade a partir da usucapião familiar.

Fato é que, apesar da boa intenção do legislador, o conteúdo da lei, isto é, os requisitos para a configuração da usucapião ora em apreço, tem sido alvo de severas críticas por parte da doutrina, principalmente no que se refere à questão do abandono do lar, capaz de ensejar a discussão da culpa no fim dos relacionamentos afetivos. O preceito do art. 1.240-A do Código Civil permite que, no breve espaço de tempo de apenas dois anos, um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros possa usucapir a parte ideal de seu ex-consorte, separado de fato, judicialmente ou divorciado, tornando-se proprietário pleno do bem imóvel, antes comum.⁸²

Para Monica Guazzeli, a novel previsão normativa tem o condão de causar “uma série de problemas e um desserviço à pacificação e acomodação das rupturas nas relações familiares.”⁸³

Com efeito, discute-se a conveniência do instituto, criado com o fito de propiciar a regularização de imóveis financiados pela população de baixa renda, ser estendido ao direito comum, com a real possibilidade de incitar novos conflitos entre ex-cônjuges e ex-companheiros, ao invés de promover a pacificação social.

Desta forma, é precípuo que se faça uma análise dos principais requisitos necessários à usucapião ora estudada, a fim de se entender as razões pelas quais o instituto tem sido tão questionado.

3.2 REQUISITOS E APONTAMENTOS

de aquisição da propriedade, não existia esta espécie de usucapião. Recurso não provido (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 12ª Câmara Cível. Apelação Cível 1.0598.11.002678-1/001. Relator: Nilo Lacerda, Julgado em 11 abri. 2012, DJ 23 abri. 2012)

⁸¹Enunciado 498 da V Jornada de Direito Civil: A fluência do prazo de 2 anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011.

⁸²LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.766.

⁸³GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por Abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n.28, p.95-110, jun/jul.,2012.p.99.

3.2.1 O prazo

Um dos elementos necessário para que se configure a hipótese do art. 1240-A do Código Civil é o prazo de dois anos de posse exclusiva e ininterrupta.

No ponto, Monica Guazzelli destaca que esse período deve ser ininterrupto e sem oposição da posse direta.⁸⁴ A usucapião familiar só é exercível se configurado o requisito da posse mansa, pacífica, exclusiva e ininterrupta, de modo que não há falar na usucapião se houver manifestação contrária por parte do outro cônjuge/companheiro durante o período aquisitivo de dois anos.⁸⁵

Flávio Tartuce ressalta que “a principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo previsto, entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis.”⁸⁶ Consoante o autor, a fixação do prazo em dois anos desta modalidade de usucapião representa a tendência pós-moderna de redução dos prazos legais em geral, seguindo a tendência do mundo contemporâneo.⁸⁷

Todavia, existem críticas quanto ao prazo estipulado no comando.

Na visão de Helena de Azeredo Orselli, o art.1240-A não respeita os requisitos necessários para a aquisição da propriedade pela usucapião:

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. É sabido que o legislador moderno tem reduzido os prazos legais em geral, não apenas os relacionados à usucapião, a fim de dar segurança jurídica e consolidar as posições jurídicas das pessoas. Por isso os prazos de usucapião, que já foram de trinta e vinte anos, hoje são de quinze, dez e cinco. Contudo, o legislador, para essa modalidade, estabeleceu a posse incontestada e exclusiva por apenas dois anos ininterruptos.⁸⁸

⁸⁴GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por Abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n.28, p.95-110, jun/jul.,2012.p.100.

⁸⁵Enunciado 502 da V Jornada de Direito Civil: “O conceito de posse direta do art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código”. Desta forma, infere-se que não há necessidade de que o imóvel esteja na posse direta do ex-cônjuge ou ex-companheiro, podendo ele estar locado a terceiro, sendo viável a usucapião pelo exercício de posse indireta.

⁸⁶TARTUCE, Flávio. A Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar Conjugal. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.16-18, abr./maio,2012.p.17.

⁸⁷*Ibidem*,p.17.

⁸⁸ORSELLI, Helena de Azeredo. Análise Crítica da Usucapião Especial por Abandono. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.13,n.69, p. 127-138, dez./jan.,2012. p.133.

Ainda, Orselli defende que o prazo mostra-se curto em se tratando de usucapião entre pessoas que mantinham uma relação afetiva:

Reduzir o prazo para dois anos é ainda mais grave se se considera que essa usucapião ocorrerá entre pessoas que não são apenas comunistas, em razão do regime de bens do casamento ou da união estável, mas também ex-cônjuges ou ex-companheiros, entre os quais pode existir vínculos sentimentais muito fortes, quer negativos, quer positivos.⁸⁹

Seguindo esta linha de raciocínio, Maria Anglaé Tedesco Vilaro também acredita que o prazo de dois anos é pequeno, se consideradas as dificuldades próprias de uma separação e suas consequências no que toca à questão das finanças e dos filhos.⁹⁰

Nesta senda, Ricardo Henrique Pereira Amorim reflete:

O prazo tão curto acaba por apressar os casais a formalizarem sua separação, forçando a redução do prazo de reflexão e reestruturação de sentimentos e projetos familiares. Tal circunstância atenta contra a dignidade e liberdade dos envolvidos que poderiam, quiçá deveriam, deixar fluir mais tempo antes de decidirem-se por enveredar por procedimento de partilha de bens.⁹¹

De fato, a ruptura de uma relação trata-se de um momento delicado e que exige muita reflexão. O temor do cônjuge ou companheiro de perder seu imóvel em razão do abandono pode, contudo, acarretar uma formalização prematura da separação.

3.2.2 Ex-cônjuge/ Ex-companheiro

A usucapião familiar possui requisito subjetivo específico, uma vez que somente pode figurar como autor quem tem a qualidade personalíssima de ex-cônjuge ou ex-companheiro. Ainda, a ação deve ser ajuizada em face do cônjuge ou companheiro que abandonou o lar, e não contra seus herdeiros, os quais não podem ser penalizados por ato alheio.⁹²

⁸⁹ ORSELLI, Helena de Azeredo. Análise Crítica da Usucapião Especial por Abandono. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.13,n.69, p. 127-138, dez./jan.,2012. p.133.

⁹⁰VILARDO, Maria Anglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar- Usucapião entre Ex-Casal. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister;Belo Horizonte: IBDFam, n.27,p. 47-59,abr./maio,2012. p.53.

⁹¹AMORIN, Ricardo Henriques Pereira. Primeiras impressões sobre a usucapião especial urbana familiar e suas implicações no Direito de Família. **Jurisway**, 22 ago. 2011.Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6405>. Acesso em: 16 set. 2013

⁹²LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In:**Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas,2012. p.771.

Daí se conclui que, se o réu falece antes do decurso do prazo de dois anos, não há falar em usucapião familiar, devendo-se partir para outras modalidades de usucapião de prazo mais longo e requisitos diversos.

Ademais, em virtude da singular situação jurídica de quem tem legitimidade ativa e passiva, limitada a ex-cônjuge ou ex-companheiro, também se verifica que as já mencionadas *accessio* e a *successio possessionis*, prescritas no art. 1.243 do Código Civil, acabam sofrendo sérias limitações de incidência na usucapião familiar.

Outra questão que merece atenção é a que diz respeito à necessidade de dissolução da sociedade conjugal para aplicação do art. 1.240-A do Código Civil, que se omite em relação ao ponto.⁹³

Como visto anteriormente, as causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição também são aplicáveis ao instituto da usucapião, nos termos do art. 1.244 do Código Civil.

Da leitura do art. 197, I, do Código Civil, verifica-se que não pode ocorrer usucapião entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal. Logo, o que se questiona é se a separação de fato, sem a decretação do término da sociedade conjugal, permitiria que o prazo da usucapião corresse em favor do cônjuge ou companheiro que permaneceu no imóvel pertencente ao casal. Ou seja, “o abandono do lar, que caracteriza a separação de fato, pode ser considerada hipótese de término da sociedade conjugal, mesmo que não prevista no art. 1.571 do Código Civil?”⁹⁴

Francisco Eduardo Loureiro entende que a melhor interpretação é a de que o prazo necessário para a configuração da usucapião estudada corre não somente após a separação judicial ou divórcio, mas também durante a separação de fato do casal.⁹⁵ Afirma o professor:

Embora o art. 197 diga não correr prescrição (nem extintiva e nem aquisitiva, segundo o art. 1.244,CC) entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal, a regra deve ser interpretada com temperamento. A razão de ser da causa suspensiva é a preservação da harmonia familiar,

⁹³Nessa esteira, foi estabelecido, na V Jornada de Direito Civil, o enunciado n° 501, o qual estabelece: “As expressões ex-cônjuge e ex-companheiro, contidas no art. 1.240-A do Código Civil correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio.”

⁹⁴ORSELLI, Helena de Azeredo. Análise Crítica da Usucapião Especial por Abandono. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.13,n.69, p. 127-138, dez./jan.,2012.p.134.

⁹⁵LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In:**Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas,2012. p.771

abalada na hipótese do exercício de pretensões durante o casamento. O valor que a norma protege, porém, não mais persiste após a separação de fato do casal.⁹⁶

A respeito do assunto, vale também a lição de Luciana Santos Silva:

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. Antes da Lei 12.424/11, o abandonado que exercia o domínio exclusivo de imóvel pertencente ao casal ou de propriedade exclusiva daquele que saiu de casa, poderia ser beneficiado pelas regras do usucapião extraordinário (independente da extensão do imóvel rural ou urbano: art. 1.238 do CC), usucapião especial rural (imóvel não superior a cinquenta hectares: art. 191 da Constituição Federal - CF e art. 1.239 do CC) ou usucapião especial urbano (imóvel até duzentos e cinquenta metros quadrados: art. 183 da CF e art. 1240 do CC).⁹⁷

Helena de Azeredo Orseli acredita que o art. 1240-A estabelece uma exceção à norma geral que impede a prescrição entre cônjuges na constância do matrimônio.⁹⁸

Com efeito, a jurisprudência tem cada vez mais conferido efeitos à separação de fato, inclusive quanto à cessação do regime de bens do casamento, independentemente do fim da sociedade conjugal.⁹⁹ Assim sendo, não há razão para que não se admita a usucapião contra o cônjuge com quem não mais se convive.

Por fim, insta salientar que para a configuração da separação de fato devem estar presentes um requisito subjetivo e outro objetivo, isto é, o desejo de romper a vida comum e o divórcio corporal, respectivamente. Por causa de tais motivos é que as separações de corpos em situações de separação involuntária, como a de pessoas que passam longos períodos

⁹⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.771.

⁹⁷ SILVA, Luciana Santos. Uma Nova Afronta à Carta Constitucional: Usucapião Pró-Família. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.32-36, abr./maio, 2012, p.33.

⁹⁸ ORSELLI, *op.cit.*, p.135.

⁹⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. HABILITAÇÃO. INVENTÁRIO. SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL. INCOMUNICABILIDADE DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO. Extingue-se a possível comunicabilidade de bens com a separação de fato, de sorte que os bens adquiridos após tal marco não se comunicam. Descabimento do pedido de habilitação após mais de 30 (trinta) anos da separação de fato. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento 70042369017, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 28 jul. 2011. DJ 02 ago 2011); APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO HOMOLOGADO. PARTILHA. CASAMENTO PELO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. PRETENSÃO DE DIVISÃO DE BENS ADQUIRIDOS PELO DEMANDADO, POR HERANÇA, QUANDO JÁ SEPARADO DE FATO DA EX-ESPOSA. PARTES QUE, QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO DO DIVÓRCIO OCORRIDA EM 2006, JÁ SE ENCONTRAVAM SEPARADAS DE FATO HÁ MAIS DE 20 ANOS. SEPARAÇÃO FÁTICA QUE PÔE FIM AO REGIME DE BENS. INEXISTÊNCIA DE BENS A PARTILHAR. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível Apelação Cível 70042847251, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 17 out. 2012. DJ 19 out. 2012)

trabalhando no exterior, mas com a intenção de retornar e manter a vida em comum, não ensejariam a aplicação da usucapião familiar.¹⁰⁰

3.2.3 Bem imóvel urbano

Para haver aplicação da usucapião familiar, o imóvel deve ser urbano, o que exclui a usucapião familiar sobre imóveis rurais, ainda que utilizados para fins de moradia pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro abandonado. O critério é de localização, e não de destinação.

A respeito desta incidência exclusiva da usucapião familiar sobre imóvel localizado em área urbana, a doutrina faz diversas críticas.

Maria Anglaé Tedesco Vilaro assinala que a exclusão do imóvel rural constitui notória discriminação em relação aos indivíduos que vivem em área rural. Refere que não há razão para que a aplicação do instituto se dê apenas na cidade, sem abranger a área rural. Com efeito, como bem entende a autora, 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.”¹⁰¹

Luciana Santos Silva, por sua vez, comentando acerca da temática, corrobora:

[...] os efeitos do abandono são os mesmos, independente da localização do imóvel em que ficou residindo o abandonado. Quiça não sejam mais gravosos na zona rural, na qual as relações sociais mais próximas favorecem que a pecha de abandono passe a integrar de forma pejorativa a identidade social do que permaneceu no imóvel. Além disso, no Brasil, os índices de baixa escolaridade e alta pobreza são mais acentuados na zona rural, gerando entraves ao acesso à Justiça e a efetivação de direitos.¹⁰²

De fato, tais críticas mostram-se válidas, porquanto não há motivos reais para que a usucapião do art. 1240-A não incida sobre imóveis rurais.

3.2.4 Área do imóvel

¹⁰⁰LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.772.

¹⁰¹VILARDO, Maria Anglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar- Usucapião entre Ex-Casal. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister;Belo Horizonte: IBDFam, n.27,p. 47-59,abr./maio,2012.p.55.

¹⁰²SILVA, Luciana Santos. Uma Nova Afronta à Carta Constitucional: Usucapião Pró-Família. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.32-36, abr./maio,2012.p.35.

O art. 1.240-A do Código Civil também prevê que a área a ser usucapida não poderá ser superior a 250 m². Tal previsão é idêntica à da usucapião especial urbana em geral, prevista no art. 183 da Constituição Federal e no art. 1.240 do Código Civil.

Contudo, vale destacar que, conforme dito anteriormente, a Lei 12.424/2011 - instituidora da usucapião familiar – teve como finalidade o favorecimento da aquisição de imóveis pela população de baixa renda.

Porém, considerando a metragem máxima do imóvel estabelecida para a configuração da usucapião familiar, verifica-se que a usucapião em estudo tem o condão de favorecer também pessoas de alta renda proprietárias de imóveis de alto valor. Pode ocorrer, portanto, “um duro golpe para aquele que teve a sua atitude considerada abandono do lar”¹⁰³

Um imóvel de 250m², dependendo do local, pode representar um elevado valor, conforme salienta Mônica Guazelli:

Tome-se, por exemplo, um apartamento em qualquer capital do Brasil, seja no Rio de Janeiro, Porto Alegre, São Paulo, Belo Horizonte, Curitiba, Fortaleza ou Salvador, que atinja a área especificada na lei. No mercado imobiliário um imóvel com tal metragem é considerado do tipo grande e, acaso esteja localizado em bairro nobre, com certeza pode significar patrimônio de grande valor, atingindo até cifras superiores a um milhão de reais.¹⁰⁴

Nesta senda, vale a reflexão proposta por Marcos Ehrhardt Júnior:

[...]se a ideia era proteger o hipossuficiente, os menos favorecidos e cuidar da regularização fundiárias em áreas de grande adensamento populacional, mas com grandes dificuldades de formalização dos títulos de propriedades (loteamentos e condomínios irregulares, áreas de invasão, etc....) por que manter a área até 250 m²?¹⁰⁵

3.2.5 A co-propriedade

¹⁰³PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A nova Usucapião Especial por Abandono de Lar e a Função Social da Propriedade. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.19-31, abr./maio,2012.p.27.

¹⁰⁴GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por Abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n.28, p.95-110, jun/jul.,2012.p.102.

¹⁰⁵EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Temos um novo tipo de usucapião criado pela lei 12.424/11.Problemas à vista**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog/2011/06/24/temos-um-novo-tipo-de-usucapiao-criado-pela-lei-1242411-problemas-a-vista>> . Acesso em: 23 set. 2013.

Exige a lei que o imóvel usucapiendo seja comum do casal: “ [...] cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro.”

Destarte, analisando de forma literal o dispositivo, conclui-se que não há falar na possibilidade de incidência da usucapião familiar caso a propriedade seja exclusiva do cônjuge ou companheiro que deixou o lar, restando, contudo, a possibilidade de usucapião através de outras modalidades de prazo mais longo.

Tal é o entendimento da maioria da doutrina, de modo que “deve o magistrado verificar qual o regime de bens do casamento ou da união estável, aferir se o bem é próprio ou comum do casal conforme as regras do aludido regime, para então concluir sobre a existência, ou não, de *res habilis*.”¹⁰⁶

Assim considerando, Luciana Santos Silva aponta que o imóvel comum só poderia ser fruto do regime de comunhão total, parcial, participação final de aquestos, se houver previsão de imóvel comum, ou separação legal, por força da súmula nº 377 do STF, que prevê a possibilidade de comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento.¹⁰⁷ Sob esta perspectiva, o regime de separação convencional de bens, diante da ausência de bens comuns, não permitiria a aplicação da usucapião familiar.¹⁰⁸

José Fernando Simão assinala, no entanto, que, embora unidos pelo regime de separação total de bens, há a possibilidade da usucapião familiar caso o imóvel seja adquirido em condomínio:

O imóvel pode pertencer ao casal em condomínio ou comunhão. Se o casal for casado pelo regime da separação total de bens e ambos adquiriram o bem, não há comunhão, mas sim condomínio e o bem poderá ser usucapido. Também, se o marido ou a mulher, companheiro ou companheira, cujo

¹⁰⁶LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p.774.

¹⁰⁷SILVA, Luciana Santos. Uma Nova Afronta à Carta Constitucional: Usucapião Pró-Família. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, abr./maio, 2012, p.33.

¹⁰⁸Maria Anglaé Tedesco Vilardo critica esse entendimento. Para ela, se o regime convencional for o da separação total de bens e o imóvel for adquirido por apenas um dos consortes para fins de moradia do casal, é cabível a aplicação da usucapião familiar: “Não se justifica a aplicação de prazo maior em razão do princípio constitucional da isonomia. A proposta legislativa é proteger a família facilitando o acesso ao bem moradia. O regime de bens não deve ser utilizado para fazer diferença entre famílias. 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 do 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 aquisição 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 em comum.” (VILARDO, Maria Anglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar- Usucapião entre Ex-Casal. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister;Belo Horizonte: IBDFam, n.27,abr./maio,2012,p.54-55.)

regime seja o da comunhão parcial de bens compra um imóvel após o casamento ou início da união, este bem será comum (comunhão do aqesto) e poderá ser usucapido por um deles. Ainda, se casados pelo regime da comunhão universal de bens, os bens anteriores e posteriores ao casamento, adquiridos a qualquer título, são considerados comuns e, portanto, podem ser usucapidos nesta nova modalidade. Em suma: havendo comunhão ou simples condomínio entre cônjuges e companheiros a usucapião familiar pode ocorrer.¹⁰⁹

A propósito, a usucapião de bem em condomínio é tema deveras debatido pela doutrina e jurisprudência.¹¹⁰

Atualmente, verifica-se uma tendência jurisprudencial a reconhecer a aquisição de bem comum por usucapião, quando presente o *animus domini* exigido pelo instituto. Neste sentido, colacionam-se julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. IMÓVEL EM CONDOMÍNIO. POSSE EXCLUSIVA DA AUTORA POR MAIS DE 30 ANOS. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS ART. 550 DO CC/1916. No caso, restando comprovada posse mansa, pacífica, continua e com animus domini por parte da demandante por mais de trinta anos é de ser mantida a decisão que reconhece o domínio na modalidade extraordinária Posse exercida com exclusividade pela autora. Art. 550 do CC/1916. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA. VENCIDA A REVISORA.¹¹¹

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL EM CONDOMÍNIO. HERANÇA. POSSE EXCLUSIVA. APLICAÇÃO DA MODALIDADE EXTRAORDINÁRIA. ART. 550 DO CC/16. REQUISITOS PREENCHIDOS. I. A posse exercida de modo exclusivo por um condômino, de modo incontestável, autoriza o reconhecimento da prescrição aquisitiva. II. O fato de o autor ter permanecido no imóvel após o falecimento de seus pais não configura, por si só, mera permissão e tolerância por parte dos demais herdeiros. Presença de animus domini na hipótese em apreço. III. Preenchidos os requisitos necessários à aquisição da propriedade, observado o artigo 550 do Código Civil, aplicável ao caso concreto, deve ser julgado procedente o pedido. RECURSO PROVIDO À UNANIMIDADE.¹¹²

¹⁰⁹SIMÃO, José Fernando. **Usucapião Familiar: problema ou solução?**. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html> .Acesso em: 25 set. 2013.

¹¹⁰ Acerca da propriedade conjunta de um bem, destaca-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves: “Em regra, a propriedade de qualquer coisa pertence a uma só pessoa. Pode-se dizer que a noção tradicional de propriedade está ligada à idéia de assenhoreamento de um bem, com exclusão de qualquer outro sujeito. Mas há casos em que uma coisa pertence a duas ou mais pessoas simultaneamente. Esta situação é designada por indivisão, compropriedade, comunhão ou condomínio. O vocábulo comunhão é mais abrangente do que o condomínio, embora os termos sejam usados muitas vezes como sinônimos. Com efeito, compreende a comunhão, além da propriedade em comum, toda as relações jurídicas em que apareça uma pluralidade subjetiva.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.381.)

¹¹¹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Câmara Cível. Apelação Cível 70046327888. Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 21 mar. 2012, DJ 03 abr. 2012

¹¹²RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. Apelação Cível 70053904090. Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 06 jun 2013, DJ 20 jun. 2013

O Supremo Tribunal de Justiça também já se pronunciou nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO. CONDOMÍNIO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO HOSTILIZADA PELAS SUAS RAZÕES E FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO. I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de ser possível ao condômino usucapir se exercer posse exclusiva sobre o imóvel. Precedentes. II - Não houve qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, que está em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos. Agravo improvido.¹¹³

3.2.6 Abandono do lar

O abandono do lar é, sem dúvida, o requisito mais controverso do instituto em análise, eis que o texto legal enseja interpretação dúbia, dando margem a grandes discussões. A lei não definiu o conceito de abandono, deixando-o aberto para mais de uma interpretação.

Com efeito, o maior problema constitui-se no fato de que a expressão “abandono do lar” alude fortemente à antiga discussão acerca da culpa pela ruptura do casamento, em que o abandono era considerado fator de culpa pela separação.

É de se destacar que a expressão ainda consta no atual Código Civil quando trata da separação judicial e menciona que o abandono voluntário do lar conjugal durante o período contínuo de um ano pode caracterizar a impossibilidade da vida em comum.¹¹⁴

Em se tratando do abandono do lar como requisito para aplicação legal do art. 1.240-A do Código Civil, Monica Guazzelli afirma que este requer: “a) saída do lar conjugal – separação fática; b) que a saída seja voluntária e sem anuência do outro cônjuge; c) com intuito de romper o vínculo; d) que se prolongue por dois (2) anos.”¹¹⁵

Para Francisco Eduardo Loureiro, o abandono do lar só se configura quando voluntário, imotivado e definitivo. Desta forma, situações como a desocupação forçada do imóvel comum por decisão judicial, o marido ou companheiro que resolve deixar o lar comum

¹¹³BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 731971. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 23 set. 2008, DJ 20 out. 2008.

¹¹⁴Art. 1.573, Código Civil: 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; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

¹¹⁵GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por Abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n.28, p.95-110, jun/jul., 2012. p.104.

para evitar o agravamento da crise conjugal, e a mulher que se valeu das medidas protetivas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) não configurariam a usucapião do art. 1.240-A do CC.¹¹⁶

Nesta mesma linha, Carlos Eduardo de Castro Palermo assinala ações das quais o cônjuge ou companheiro pode se valer a fim de descaracterizar o abandono do lar:

Procedimentos como pedido de separação de corpos, separação, divórcio ou dissolução consensual de união estável, desnaturam a possibilidade de ocorrência de abandono do lar, assim como também a ação para arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo da coisa comum e, ainda, propositura de ação de partilha de bem comum, uso da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), em que há determinação judicial de afastamento do esposo ou companheiro do lar, como medida de cautela da integridade física da vítima.¹¹⁷

Maria Anglaé Tedesco Vilardo, por sua vez, refere que, para se conferir legitimidade à lei, deve-se entender o abandono do lar “como a saída do lar comum de um dos cônjuges e a sequencial despreocupação com o dever de assistência ao cônjuge ou com o cuidado dos filhos.”¹¹⁸

Diante das peculiaridades e incertezas decorrentes do requisito em análise, a V Jornada de Direito Civil, no enunciado 499, também se manifestou, apontando a necessidade de cuidados especiais na sua interpretação:

A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

¹¹⁶LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p.778.

¹¹⁷PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A nova Usucapião Especial por Abandono de Lar e a Função Social da Propriedade. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.19-31, abr./maio, 2012. p.27.

¹¹⁸VILARDO, Maria Anglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar- Usucapião entre Ex-Casal. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n.27, p.47-59, abr./maio, 2012. p.50.

É certo, porém, que o abandono do lar é requisito essencial para a aquisição da propriedade pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro que permaneceu no imóvel. Abandono este que, conforme se viu, pressupõe saída voluntária e injustificada do lar.

Neste contexto, conclui-se que o legislador andou mal ao utilizar a expressão “abandonou o lar” no comando do art. 1.240-A. Considerar novamente o abandono do lar como fato juridicamente relevante pode dar ensejo à rediscussão dos motivos pelo término da relação, debatendo novamente acerca da culpa.

E, conforme se verá no capítulo a seguir, se de fato retornada tal discussão, caminhar-se-á em sentido oposto à tendência doutrinária e jurisprudencial que se consolidou diante dos novos anseios da sociedade.

4 USUCAPIÃO FAMILIAR E A DISCUSSÃO ACERCA DA CULPA

4.1 O PAPEL DA CULPA NO TÉRMINO DOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS

Desde que foi regulamentada a dissolução da sociedade conjugal¹¹⁹ no sistema jurídico brasileiro, primeiramente através do desquite e, posteriormente, por meio da separação judicial, a atribuição de culpa pelo fim do relacionamento configurava como condição essencial para a procedência da ação litigiosa. Nítida era a intenção de o Estado manter, a qualquer preço, o laço matrimonial.

Sob esta perspectiva, destaca-se que a concepção de culpa como elemento nuclear para a concretização do fim da sociedade conjugal decorria de variados fatores.

Durante muitos anos, a sociedade sofreu uma enorme influência religiosa, fato que levou à concepção do matrimônio como uma instituição indissolúvel e eterna. A influência da Igreja Católica regia o matrimônio no Brasil, considerando-o um instituto divino, assentado no princípio da indissolubilidade.

Desse modo, somente a família advinda do casamento era considerada, pelo direito clássico, como uma instituição legítima. Outras formas de relacionamentos e uniões eram desprovidas de proteção jurídica.

O principal interesse do Estado era a preservação da concepção de família baseada no matrimônio, mesmo que à custa da infelicidade de seus integrantes, conforme a lição de Maria Berenice Dias:

A tentativa de manter o casamento indissolúvel não interessava somente à Igreja, mas também ao Estado, que procurava a conservação da família, considerada a base da sociedade à qual é conferida especial proteção (CF 226). A negativa em admitir a separação justificava-se em face do caráter

¹¹⁹O casamento estabelece, simultaneamente, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, que são coisas distintas. A sociedade conjugal diz respeito aos deveres advindos do casamento, como a coabitação, mútua assistência, fidelidade recíproca, sustento, respeito e consideração. Relaciona-se também com a manutenção do regime de bens do casal. O vínculo matrimonial, por sua vez, é mais amplo, englobando a sociedade conjugal. Na separação judicial dissolve-se a sociedade, mas não o vínculo, que, antigamente, dissolvia-se apenas com a morte, porém, hoje, cessa também com o divórcio.

essencialmente patrimonialista do casamento. Ou seja, as pessoas não eram livres para amar. [...] ¹²⁰

O critério de motivos baseados na culpa para autorizar o antigo desquite, hoje chamado separação judicial, nasceu, então, diante de tais circunstâncias. Para a procedência da ação, era necessária, portanto, a existência de uma causa legítima, baseada na culpa de um dos cônjuges. Assim, diante do advento de diferentes diplomas legais ao longo dos anos, é imperioso que se apure o desenvolvimento da função da culpa no ordenamento jurídico brasileiro, a começar pelo Código Civil de 1916.

4.1.1 Do Código Civil de 1916 à Emenda Constitucional n° 66/10

O Código Civil de 1916, mediante rol taxativo, apresentava as possibilidades de término da sociedade conjugal. Tais hipóteses resumiam-se na morte de um dos cônjuges, na nulidade ou anulação do matrimônio, e no desquite, consensual ou judicial. ¹²¹

A possibilidade jurídica do desquite litigioso estava condicionada à prova de que o outro consorte era o culpado pelo fim do relacionamento. ¹²² Dessa forma, as hipóteses de culpa, consistentes na quebra dos deveres do casamento, eram: adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave ou abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos. ¹²³

A sentença que decretava o desquite impunha como consequências naturais a separação de corpos e a cessação do regime matrimonial de bens. Se a cônjuge mulher fosse inocente e pobre, o marido deveria prestar-lhe pensão alimentícia, entretanto, se culpada, os

¹²⁰DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p. 17.

¹²¹Art. 315. A sociedade conjugal termina: I. Pela morte de um dos cônjuges;II. Pela nulidade ou anulação do casamento;III. Pelo desquite, amigável ou consensual.Parágrafo único: O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.

¹²²A respeito do desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal, Maria Berenice Dias leciona: “Quando da edição do Código Civil de 1916, o enlace juramentado era indissolúvel. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanesce, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 294.)

¹²³Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adultério.II. Tentativa de morte.III. Sevícia, ou injúria grave.IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

alimentos não poderiam ser exigidos, nos termos do art. 320 do antigo Código Civil de 1916.¹²⁴ Ainda, a guarda dos filhos menores deveria ficar com o cônjuge inocente.¹²⁵

Com o advento da Emenda Constitucional nº 09, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao art. 175, § 1º da Constituição Federal, a longa tradição presente no direito brasileiro de indissolubilidade do casamento finalmente acabou, nasceu o instituto do divórcio, passando-se a admitir que o vínculo matrimonial fosse dissolvido nos casos expressos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial pelo prazo mínimo de três anos.

Devido à Emenda Constitucional mencionada, surgiu, então, a Lei 6.515/77, denominada Lei do Divórcio, com vistas a regular “os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, com base no permissivo constitucional.”¹²⁶

Rodrigo da Cunha Pereira assinala que a Lei do Divórcio foi um marco histórico importante para a História do Direito de Família no Brasil. Em virtude dela, houve a derrocada da indissolubilidade do vínculo matrimonial perante a supremacia do princípio da liberdade dos sujeitos, um dos fundamentos da ciência jurídica.¹²⁷

De início, a lei mencionada fez uma alteração terminológica, de modo que o então denominado desquite foi substituído pela expressão separação judicial, conforme observa Maria Berenice Dias:

Para a aprovação da Lei do Divórcio (l. 6.515), foi necessário manter o desquite, tendo ocorrido somente uma singela alteração terminológica. O que o Código Civil chamava de desquite (ou seja, “quites”, alguém em débito com a sociedade) a Lei do Divórcio denominou separação, com idênticas características: põe fim à sociedade conjugal, mas não dissolve o vínculo matrimonial.¹²⁸:

¹²⁴RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme: J.H. Mizuno, 2012.p.120.

¹²⁵ Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

¹²⁶RIBEIRO. *op.cit.*,p.123.

¹²⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Divórcio: teoria e prática**. 3.ed.de acordo com a Emenda Constitucional nº 66 de 13.07.2010 e Lei nº 12.318 de 26.08.2010 e Lei nº 12.344 de 10.12.2010. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.p.17.

¹²⁸DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.295.

Com efeito, existiam duas vias para a obtenção da separação: por vontade de ambos os cônjuges ou por iniciativa de somente um deles.¹²⁹ Quando mútua a vontade de romper o matrimônio, tornava-se desnecessária qualquer motivação, no entanto o casal precisava esperar o prazo de dois anos após a celebração do casamento para requerer a separação judicial consensual.

Já na hipótese em que somente um dos consortes desejasse a separação, o mesmo teria que atribuir culpa ao outro, imputando ao outro conduta desonrosa ou ato que importasse violação dos deveres do casamento. Ademais, poderia comprovar a ruptura da vida em comum há mais de um ano ou demonstrar que o outro possuía doença mental grave manifestada após o casamento. É o que se extrai do art. 5º da Lei do Divórcio:

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.
 § 1º A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição.
 § 2º - O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

É precípuo salientar que os parágrafos 1º e 2º do artigo mencionado já configuravam espécie de separação judicial sem o elemento culpa.

Para um dos cônjuges propor a ação de separação judicial antes do decurso do prazo de um ano de separação de fato, era, portanto, essencial que se imputasse ao outro conduta desonrosa ou ato que importasse grave violação dos deveres do casamento, tendo tornado insuportável a vida em comum, segundo preleciona Maria Berenice Dias:

Daí separação-sanção, em face do seu caráter marcadamente punitivo e vingativo. Eram cumulativos os pressupostos para a sua concessão: além da (a) descrição da conduta desonrosa do réu, era necessária (b) a identificação de qual dever do casamento tinha sido gravemente violado, bem como (c) a

¹²⁹ Comentando acerca do instituto da separação judicial, Maria Berenice Dias dispara: “[...] instituto que guarda em suas entranhas a marca de um conservadorismo injustificável. Tratava-se quase de um limbo: a pessoa não estava mais casada, mas não podia casar de novo. Se em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e quiça necessária essa artimanha, deixaram de existir razões para manter dupla via para pôr fim ao matrimônio.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.295.)

comprovação que tal agir tornara insuportável a vida em comum, dentro de taxativo elenco.¹³⁰

Na mesma linha, Silvio Rodrigues, também se manifestando sobre a temática da imputação de conduta culposa para a decretação da separação, refere:

De fato o desquite-sanção é objeto do art. 5º, caput, da Lei do Divórcio e do art. 1.572, caput, do novo Código Civil, onde se permite a separação judicial, pedida por um dos cônjuges, quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento. Aqui há reação, de um cônjuge, contra o comportamento culposos do outro; caso típico de desquite-sanção.¹³¹

Destarte, para o desquite, e depois para a separação, a culpa sempre foi considerada elemento determinante.¹³²

Já no que se refere ao divórcio, Paulo Hermano Soares Ribeiro lembra que a exigência de prova da culpa perdurou por pouco mais de dez anos no nosso ordenamento. A redação original do *caput* do art. 40 da Lei do Divórcio estabelecia que a ação de divórcio direta poderia ser promovida no caso de separação de fato com início anterior a 28 de junho de 1977 e desde que completados cinco anos, devendo-se, para tanto, comprovar o decurso do tempo da separação e a sua causa. Com a Lei 7.841/89, a prova de culpa na modalidade de divórcio direto tornou-se inexigível, subsistindo, no entanto, a necessidade de prova da culpa para a separação.¹³³

Neste diapasão, destaca-se que, na Lei do Divórcio, a culpa gerava consequências principalmente na esfera dos alimentos, da guarda dos filhos e do uso do nome.

¹³⁰DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.48.

¹³¹RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: volume 6. 27.ed.atual.por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002).São Paulo: Saraiva,2002.p.232.

¹³²A dependência da verificação de causa culposa para a decretação da separação podia chegar ao cumulo de, caso não identificada, o pedido fosse indeferido, conforme já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça: "Direito Civil. Direito de Família. Separação por conduta desonrosa do marido. Prova que não abona o pedido formulado na inicial. Descabimento da decretação da separação pela insuportabilidade da vida comum. Doutrina. Recurso desacolhido. I - Na linha de entendimento da jurisprudência e da doutrina (cfr. Por todos, Teresa Celina Arruda Alvim Wambier), se indemonstrada a prova da culpa do cônjuge, e for esse o fundamento do pedido de separação, improcede a pretensão.II - Consoante a melhor doutrina, na qual se encontra o magistério de Yussef Said Cahali, 'é vedada a transmutação do pedido de separação judicial por culpa em separação judicial sem culpa, e vice-versa, eis que são diversos os fundamentos de fato e de direito (causas jurídicas e causas legais) dos dois institutos; o procedimento judicial que se disponha a tais conversões recíprocas, para além de violentar a vontade do demandante consubstanciada no pedido inicial, afronta o princípio da imutabilidade do libelo; a diversidade de natureza jurídica da separação-remédio e da separação-sanção afasta qualquer argumento que se pretenda deduzir no sentido de que as causas de um poderiam estar implícitas nas causas do outro." (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 62322/SP. Relator:. Sálvio de Figueiredo Teixeira Julgado em 21 set. 1997, DJ 10 nov. 1997)

¹³³RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme: J.H. Mizuno, 2012.p. 216.

O art. 10 da referida lei determinava que a guarda dos filhos menores deveria ficar com aquele que não houvesse dado causa à separação¹³⁴. Na mesma linha, o art. 17 referia que, “vencida na ação de separação judicial (art, 5º, caput), voltará a mulher a usar o nome de solteira”, evidenciando o caráter punitivo do dispositivo. Além do mais, a mulher perdia o nome de casada não só quando era considerada a responsável pela separação, mas também quando havia sido dela a iniciativa da separação judicial com base nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Lei do Divórcio.

Por fim, a culpa gerava efeitos na obrigação alimentar, prevendo o art. 19 da Lei do Divórcio que, havendo necessidade, o cônjuge responsável pela separação judicial ficava com a obrigação de prestar a pensão imposta pelo juiz.¹³⁵

Todavia, em que pese a culpa ter sido, por muito tempo, considerada elemento determinante para a separação, com o advento da Constituição Federal de 1988, que representou um marco na história do Direito Brasileiro, elevando o princípio da dignidade humana a um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito e colocando a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência começaram a questionar acerca da necessidade de apuração de causas e motivos nas ações de separação.

A nova carta constitucional, em seu art. 226, §6º, afirmava que o divórcio poderia ser concedido após prévia separação judicial por mais de um ano ou desde que os cônjuges estivessem separados de fato há pelo menos dois anos, sem que fosse necessária qualquer discussão sobre a culpa ou a responsabilidade pelo fim da sociedade conjugal.

Entretanto, embora a jurisprudência tenha passado a caminhar no sentido de desprezar a exigência de culpa para a procedência da ação de separação judicial, o Código Civil de 2002 conservou tal requisito no Direito de Família, em seus artigos 1.572, 1.573, 1.578, 1.704 e 1.830.

No art. 1.572, o atual Código Civil manteve a chamada separação sanção do art. 5º, *caput*, da Lei do Divórcio, consistente na apuração de culpa pela prática de infração

¹³⁴Art. 10. Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa adv prejuízo de ordem moral para eles.§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

¹³⁵Art 19. O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.

matrimonial, penalizando-se o cônjuge que tenha infringido culposa e gravemente algum dos deveres do casamento.

Neste contexto, Maria Berenice Dias assinala que, da mesma forma que o Código de 1916, continuou o atual Código Civil a elencar um rol de condutas culposas no art. 1.573. Para a jurista, o dispositivo impõe que o autor da ação revele a intimidade do casal no interior do lar, acarretando, por via de consequência, a violação do “cânone constitucional do direito à privacidade e à intimidade não apenas de um, mas de ambos os cônjuges.”¹³⁶

Outrossim, persistiram, no Código Civil, vários dispositivos referentes aos efeitos decorrentes da culpa pela separação.

Quanto ao uso do nome, prevê o art. 1.578 que o cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro se expressamente requerido pelo inocente.¹³⁷

No que tange à obrigação alimentar, prevê o art. 1.704 que o cônjuge declarado culpado, de regra, não poderá exigir alimentos do outro. Porém, caso necessite-os e não tenha parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, tem o direito de receber do cônjuge inocente apenas o valor indispensável à sobrevivência.¹³⁸

Reconhece-se, ademais, o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente separado de fato ao tempo da morte do outro há menos de dois anos desde que a separação não tenha sido por culpa do sobrevivente.¹³⁹

¹³⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.114.

¹³⁷Art. 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 e se a alteração não acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial. § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. § 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

¹³⁸Art. 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.Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

¹³⁹Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Entretanto, muito embora tenha a culpa permanecido no sistema legal, a doutrina não se quedou inerte quanto à questão. Criticando a existência de condutas culposas responsáveis pela imputação de um culpado pelo fim da relação afetiva, Maria Berenice Dias é enfática:

Assim, era de todo desnecessária e inútil a enumeração de tais condutas, pois meras consequências do único fato gerador de tais atitudes: o fim do afeto. Só é infiel, só abandona, só agride quem não ama. Portanto, é o fim do amor o único motivo da separação.¹⁴⁰

E, com relação à intervenção do Estado na vida privada dos indivíduos ao perquirir sobre a culpa, a jurista dispara:

Às claras que esta intervenção estatal viola o direito à privacidade e à intimidade, o que constitui afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, canône maior da Constituição Federal. Desse modo, a ingerência determinada pela lei na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro para que o juiz impusesse a pecha de culpado ao réu, era visivelmente inconstitucional.¹⁴¹

Sob o mesmo prima, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald alegam violação dos princípios constitucionais diante da perquirição de um responsável pelo fim da relação afetiva:

Admitir a perquirição sobre a culpa, nas dissoluções de casamento, atenta contra valores fundamentais da ordem constitucional vigente, como a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), o direito à vida privada e à intimidade (CF/88, art. 5º, V, X, XII), o direito à solidariedade social (CF/88, arts. 3º e 5º).¹⁴²

Rolf Madaleno também faz sua análise sobre o tema:

Aconselha o bom senso de hoje, o descarte investigativo de qualquer razão que pudesse provocar uma decisão culposa de liquidação da sociedade conjugal, pois este hábito do exame da culpa só se presta para uma tola dramatização da separação, alargando desnecessariamente as tensões familiares, dinamitando qualquer resquício que pudesse sobrar, de uma imprescindível áurea de harmonia e diálogo familiar.¹⁴³

¹⁴⁰DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.49.

¹⁴¹DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.49.

¹⁴²Farias, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 379.

¹⁴³MADALENO, Rolf. Conduta conjugal culposa. In: Direito de família- Aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 182.

Da mesma forma, a jurisprudência seguiu com a orientação de ignorar a identificação de condutas culposas para a concessão da separação. Nesse sentido, colacionam-se precedentes do Supremo Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO POR CONDUTA DESONROSA DO MARIDO. PROVA NÃO REALIZADA. IRRELEVÂNCIA. INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM MANIFESTADA POR AMBOS OS CÔNJUGES. POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO. CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ART. 1.573). RECURSO DESACOLHIDO. - Na linha de entendimento mais recente e em atenção às diretrizes do novo Código Civil, evidenciado o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade conjugal, a separação deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência de conduta desonrosa.¹⁴⁴

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE. - A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. - Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem conseqüências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.¹⁴⁵

Seguindo a mesma orientação, também tem se manifestado o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL CUMULADA COM PEDIDO DE ALIMENTOS E DANO MORAL. PREFACIAL DE NULIDADE DA SENTENÇA QUE NÃO MERECE ACOLHIMENTO. ANÁLISE DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA DECORRENTE DO COMPROMISSO DE SOLIDARIEDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.694 DO CC. NA SEPARAÇÃO JUDICIAL, DESPICIENDA A INDICAÇÃO DA CULPA E SUA COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. No caso em testilha ficou evidenciado que a apelante, embora devidamente intimada, não providenciou o encaminhamento da carta rogatória no prazo determinado, motivo pelo qual foi declarada preclusa a prova. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA DESACOLHIDA. Hipótese em que não restou comprovada a necessidade da ex-cônjuge de receber alimentos do varão, mas sim de que ela tem profissão definida. De sua vez, os autos evidenciam que o apelado recebe vencimentos na moeda guarani e constituiu nova família, tão logo separado de fato da apelante. Melhor sorte não socorre a apelante quanto ao pedido de dano moral pelo

¹⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 433.206/DF. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 06 mar. 2013, DJ 07 abr. 2013.

¹⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Embargos de divergência em REsp 466.329/RS. Relator: Ministro Barros Monteiro. Julgado em 14 set. 2005, DJ 01 fev. 06

abandono do varão do lar conjugal. A atribuição de culpa pela ruptura da sociedade conjugal a um dos cônjuges não enseja o direito daquele que se diz lesado, no caso a apelante, a receber qualquer tipo de indenização. Neste ponto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria enfatizam ser desnecessária a indicação e a comprovação da culpa de um dos cônjuges para apurar-se o insucesso da sociedade conjugal. Precedentes deste tribunal. PRELIMINAR DESACOLHIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA¹⁴⁶

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. PARTILHA. Diante do casamento pelo regime da comunhão universal de bens, comunica-se entre o casal todo o patrimônio, inclusive as dívidas contraídas em prol da família. Inteligência dos artigos 1667 e 1668 ambos do CC. Não há mais a perquirição da culpa na dissolução da sociedade conjugal, sob pena de violação a liberdade, a intimidade e a vida privada do casal. Agravo interno desprovido.¹⁴⁷

Em suma, a tendência doutrinária e jurisprudencial já caminhava no sentido de desconsiderar a culpa nas ações de separação. Contudo, foi a partir de 2010, com o advento da Emenda Constitucional n° 66, que o debate sobre a culpa passou a ser considerado ainda mais impróprio. Logo, precípuo tratar dos impactos da referida Emenda no ordenamento jurídico.

4.1.2 A Emenda Constitucional n° 66/10

Considerando o contexto apresentado, infere-se que a investigação e a condenação de um dos cônjuges como culpado pela dissolução do matrimônio norteou por muito tempo o processo de separação judicial no sistema jurídico brasileiro. As acusações trocadas tinham o intuito de identificar o maior responsável pelo fim de um relacionamento que, na realidade, já estava morto, sob pena de, não havendo culpado, a separação se mostrar inviável.¹⁴⁸

Porém, a Emenda Constitucional n° 66/10, baseada no princípio da interferência mínima do Estado, na autonomia privada e na intimidade do indivíduo, acarretou uma profunda mudança de paradigma, da qual resultou um debate jurisprudencial e doutrinário ainda maior sobre a eliminação da imputação de culpa pelo fim do casamento.

¹⁴⁶RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível 70036467629. Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 22 set. 2010, DJ 01 out, 2012

¹⁴⁷RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo 70045439494. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 09 nov. 2011, DJ 16 nov. 2011

¹⁴⁸RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme: J.H. Mizuno, 2012.p.215.

A referida emenda deu nova redação ao art. 226, §6º, da Constituição Federal, que passou a ter o seguinte enunciado: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Suprimiu-se o requisito anterior de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Foi o fim da prévia separação como pressuposto para o divórcio, bem como de qualquer prazo para propositura do mesmo.

Nesse diapasão, a alteração constitucional provocou o surgimento de duas correntes com posições doutrinárias distintas. A primeira delas defende que, com a aprovação da EC nº 66/10, a separação desapareceu do ordenamento jurídico, revogando conseqüentemente, todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema.

A jurista Maria Berenice Dias, vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, figura como principal defensora deste pensamento ao acreditar que, a partir de agora, “só é possível pleitear a dissolução do casamento via divórcio.”¹⁴⁹ Afirma que, uma vez banido do ordenamento o instituto da separação, o descumprimento dos deveres do casamento não tem mais o condão de acarretar a imposição de sanções, consolidando o fim do princípio da culpa como fundamento para a dissolução coacta do casamento.¹⁵⁰

Destaca-se o pensamento da autora:

A Emenda Constitucional 66, publicada em 14 de julho de 2010, deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, e 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 tem 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.

[...]

Com o fim da separação, toda a teoria da culpa esvaiu-se, e não mais é possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento.¹⁵¹

Partidário do mesmo posicionamento, Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, discorrendo sobre os aspectos significativos da alteração constitucional, refere:

Se o espírito e o propósito da Emenda Constitucional nº 66/10 é a simplificação, facilitação, menor intervenção estatal, liberdade e maior

¹⁴⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.640.

¹⁵⁰*Ibidem*,p.112.

¹⁵¹*Ibidem*,p.296.

autonomia privada, agora, além de não se discutir a culpa, não há mais prazos como requisitos para decretação do divórcio. Basta que um dos cônjuges o requeira, através da ação ordinária, onde nenhuma causa poderá ser invocada. E, assim, ficou para trás um dos grandes sinais de atraso do ordenamento jurídico brasileiro: a busca de um culpado pelo fim da conjugalidade.¹⁵²

Por outro lado, uma parte minoritária da doutrina entende que, apesar das facilidades trazidas pela nova Emenda, a separação judicial não foi extinta do sistema jurídico brasileiro. Para os que defendem essa corrente, o instituto da separação, embora em desuso diante das vantagens do divórcio direto, ainda permanece no ordenamento, consistindo em uma faculdade do casal. Sérgio Gischkow Pereira corrobora este entendimento:

Os equívocos dos entusiastas são dois: a) entender que a separação judicial (e também a extrajudicial) desapareceu; b) afirmar peremptoriamente que as exigências anteriores para o divórcio já foram eliminadas. (a) A Constituição Federal não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio. A separação judicial apenas foi elidida como exigência para o divórcio, mas permanece no sistema brasileiro, enquanto não revogado o Código Civil. Muitos pensam assim. A Constituição fala que o casamento é dissolvido pelo divórcio; ora, a separação não dissolve casamento, mas sim a sociedade conjugal. Alguns asseveram que ela é inútil. Não é bem assim. Desde que não atrapalhe o divórcio, pode continuar no Código Civil. A verdade é que pode ser o único caminho para aqueles cuja religião não admite o divórcio.

[...]

O mais recomendável é que de imediato se altere o Código Civil, retirando dele, se for o caso, a separação judicial (e, do Código de Processo, a extrajudicial), eliminando os requisitos de prazo para divórcio e definindo se a discussão de culpa permanece ou não. Não agir assim é provocar grande tumulto e divergências, tendo como resultado muito maior demora nos processos e o risco de futura epidemia de nulidades e carências de ação em milhares deles! O povo merece maior consideração!¹⁵³

Diante da controvérsia instaurada, a jurisprudência também não tem demonstrado uma posição pacífica. Ao passo que alguns precedentes têm se posicionado pela extinção da separação¹⁵⁴, outros defendem a manutenção do instituto no sistema jurídico, a exemplo do

¹⁵²PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Divórcio: teoria e prática**. 3.ed.de acordo com a Emenda Constitucional nº 66 de 13.07.2010 e Lei nº 12.318 de 26.08.2010 e Lei nº 12.344 de 10.12.2010. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011. p.49.

¹⁵³PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Calma com a Separação e o Divórcio!** Disponível em: < <http://www.mauricio.bastos.nom.br/noticias/6333-calma-separacao-divorcio.html>>. Acesso em: 29 out 2013.

¹⁵⁴ “Com a promulgação da EC 66/2010 deixou de existir causa específica para a decretação do divórcio (decorso de separação de fato ou qualquer outra) como também as condições impeditivas da decretação do fim do vínculo, tradicionalmente conhecida como ‘cláusula da dureza’. (...) Vigora, mais do que nunca o princípio da ruptura do afeto – o qual busca inspiração no ‘Zerruttungsprinzip’, do Direito Alemão (princípio da desarticulação ou da ruína da relação de afeto) – como simples fundamento para o divórcio. (...) Nessas breves linhas, cuidamos de passar em revista alguns aspectos fundamentais da nova Emenda do Divórcio, a qual, fundamentalmente, suprime o instituto da separação judicial no Brasil e extingue também o prazo de separação de fato para a concessão do divórcio. Com isso, o divórcio converter-se-á na única medida dissolutória do

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo 4º Grupo de Câmaras Cíveis, diante de instauração de incidente de conflitos de uniformização de jurisprudência, se posicionou no sentido de que a EC nº 66/10 não baniu a separação judicial do ordenamento:

INCIDENTE DE PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL. 1. O advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, não baniu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial. 2. Em uma interpretação lógico-sistêmica, não há como entender preservados os requisitos de um ano de separação de fato, quando litigioso o pedido (art. 1.572, § 1º, do CC), ou ano de casamento, quando Consensual (art. 1.574 do CC), na medida em que, para o divórcio, este mesmo Colegiado já disse não mais subsistirem (Súmula nº 37). Ocorre que, notoriamente, o instituto do divórcio possui efeitos muito mais contundentes do que o da separação judicial, pois rompe o vínculo matrimonial, enquanto esta última desfaz apenas a sociedade conjugal. Logo, não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais! 3. uniformização de entendimento no âmbito do 4º grupo cível. Uniformiza-se o entendimento deste 4º Grupo Cível no sentido da preservação do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico, dispensados, no entanto, os requisitos temporais, tanto para a modalidade consensual quanto para a litigiosa. CONHECERAM DO INCIDENTE DE PREVENÇÃO/COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. MAIORIA.¹⁵⁵

Assim sendo, é notório que a discussão acerca do fim da separação judicial, e, por via de consequência, do sepultamento da questão da culpa e dos efeitos dela decorrentes, é tema deveras polêmico. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, o tema se tornou objeto de ainda mais debates.

Fato é que a tendência atual é possibilitar a decretação direta do divórcio, sem haver, portanto, imputação de responsabilidade pelo término a qualquer das partes, ficando afastada a discussão da culpa e, conseqüentemente, os reflexos jurídicos relacionados a ela.

Sob esta perspectiva é que se discute a conveniência da nova usucapião do art. 1.240-A do Código Civil, uma vez que, ao exigir o abandono do lar como requisito para sua

vínculo e da sociedade conjugal, não persistindo mais a tradicional dualidade tipológica em divórcio direto e indireto. Haverá apenas o divórcio: direito potestativo não condicionado que visa a extinção do vínculo matrimonial sem a imputação de causa específica.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível., Apelação Cível 1.0210.09.062455-7/001, Relator: Des. Elias Camilo, DJ 16 dez 2010).

¹⁵⁵RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. AC: 70045892452, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 13 abr 2012, DJ 25 abr. 2012

caracterização, acende a possibilidade de, ao invés de promover a pacificação social, instigar novos conflitos entre ex-conjuges e ex-companheiros, que poderão passar a debater quem deu causa ao abandono do lar comum, remetendo novamente à ideia da culpa.

4.2 USUCAPIÃO FAMILIAR E ABANDONO DO LAR: DISCUSSÃO DA CULPA PELO FIM DA RELAÇÃO CONJUGAL?

Conforme anteriormente mencionado, a criação da usucapião familiar deu margem a inúmeras discussões, em virtude, principalmente, do pressuposto do abandono do lar para a sua configuração.

Sendo a coabitação um dever conjugal, o abandono do lar traduzia-se, e ainda traduz-se, em infração matrimonial e, conseqüentemente, em causa de imputação de culpa, nos termos do art. 1.573, IV, do Código Civil¹⁵⁶. Dessa forma, a existência do requisito, na exata redação conferida pelo legislador, remete-nos à antiga discussão da culpa pelo término da relação conjugal nas ações de separação judicial.

Na opinião de diversos autores, o art. 1.240-A do Código Civil, ao definir o abandono do lar como elemento essencial, caminha na contramão da atual tendência, pois implica na rediscussão da causa do fim da relação, no mesmo momento em que “a jurisprudência, doutrina, e, de certa forma a lei, com o advento da EC 66 do divórcio, rechaçam tal discussão, que, sobretudo atenta contra a dignidade da pessoa humana, senão, impossível de ser travada ante a inexistência de culpados pelo desamor.”¹⁵⁷

A doutrina majoritária defende que, ante a alteração constitucional provocada pela Emenda Constitucional nº 66/10, houve a abolição da separação do ordenamento jurídico, restando afastada, conseqüentemente, qualquer possibilidade de reconhecimento da existência da culpa e seus reflexos jurídicos no fim de uma relação afetiva.

Assim, há quem acredite que o art. 1.240-A do Código Civil, representou um verdadeiro retrocesso jurídico, em afronta ao princípio constitucional de vedação ao

¹⁵⁶Art. 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;V - condenação por crime infamante;VI - conduta desonrosa.

¹⁵⁷FREITAS, Douglas Phillips. A usucapião e Direito de Família: Comentários ao Artigo 1.240-A do Código Civil. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.9-15, abr./maio,2012.p.10.

retrocesso, na medida em que a norma faria ressurgir a inquirição da culpa pelo término do laço afetivo.¹⁵⁸

Maria Berenice Dias critica veementemente a usucapião instituída pela Lei 12.424/11, alegando que boas intenções nem sempre geram boas leis:

De forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. Mas o desastre provocado pela nova Lei tem outra dimensão.

[...]

Para atribuir a titularidade do domínio a quem tem a posse, sempre houve a necessidade de identificar sua natureza. Ou seja, para adquirir a propriedade o possuidor precisa provar *aminus domini*, isto é, que exerce a posse como se dono fosse.

No entanto, nesse novo usucapião, o que se perquire é a causa de um dos cônjuges ou companheiros ter se afastado da morada comum. Deste modo, se houve abandono do lar, o que lá permanece torna-se proprietário exclusivo.¹⁵⁹

Na opinião de Francisco Eduardo Loureiro, a usucapião familiar caminha na contramão da tendência do Direito de Família de abolir a questão da culpa no desfazimento do casamento e da união estável. Ressalta que o desaparecimento do afeto, seguido do abandono do lar, não é justificativa para a perda de imóvel comum no curto prazo de dois anos. Salienta que, no instituto da união estável, nunca se cogitou de culpa na sua extinção, não fazendo sentido que, agora, a matéria venha a lume acompanhada de sanção traduzida na perda de parte ideal do imóvel residencial. Por fim, sob o argumento de que a nova usucapião estimula litígios entre casais, Loureiro lamenta que o legislador tenha criado, menos de dois anos após a Emenda Constitucional nº66/10, “figura que funciona como sanção patrimonial ao cônjuge e companheiro, reintroduzindo a questão da culpa para o fim de relacionamentos afetivos.”¹⁶⁰

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Monica Guazzeli ressalta:

Reinsere a discussão da culpa no sistema, dando relevo ao abandono do lar conjugal, sobretudo ‘punindo’ aquele que sai e ‘premiando’ o cônjuge que

¹⁵⁸FREITAS, Douglas Phillips. A usucapião e Direito de Família: Comentários ao Artigo 1.240-A do Código Civil. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.9-15, abr./maio,2012.p.10.

¹⁵⁹DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%E3o_e_abandono_do_lar.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2013.

¹⁶⁰LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas,2012. p.778.

fica, pode redundar em grave injustiça, e reforça a arraigada ideia de que aquele que sai, perde todos os seus direitos.¹⁶¹

Luciana Santos Silva assinala também que, embora o Senado Federal, nos debates de aprovação da Lei n 12.424/2011, tenha chamado o novo instituto de Usucapião Pró-Família, ele tem nítida natureza patrimonialista e controle moral. Controle moral porque implica o retorno do debate da culpa sobre o fim de relações íntimas no seio do Poder Judiciário, e patrimonialista porque acarreta uma sanção, isto é, a perda do patrimônio.¹⁶²

Por outro lado, alguns apontam que o abandono do lar referido no art. 1240-A do Código Civil não tem relação com o Direito de Família, e, conseqüentemente, com a ideia de culpa. Para os partidários dessa corrente, o requisito relaciona-se apenas com o desinteresse pelo bem, deixando que o ex-consorte se torne proprietário com exclusividade.

Coaduna com este pensamento Helena de Azeredo Orselli, para quem a configuração da usucapião familiar nada tem a ver com a culpabilidade ou não pelo fim do matrimônio, com o abandono do lar ter sido voluntário ou necessário. Para ela, sendo instituto de direito real, o seu pressuposto é o abandono do bem a ser usucapido, e não o abandono do lar ou da família. Dessa forma, o abandono do bem imóvel deve se traduzir na abdicação intencional por parte do coproprietário, mediante atos que demonstrem a intenção de não o ter mais para si. Refere que a aquisição de parte do imóvel só ocorreria, então, quando o ex-cônjuge ou ex-companheiro não mais cuidasse, conservasse ou vigiasse o bem comum. Nas palavras de Orselli:

A ocorrência da usucapião especial urbana por abandono, prevista no art. 1.240-A do mencionado Código, depende da caracterização do abandono não como mera saída do lar, mas no sentido anteriormente exposto, isto é, de não querer mais o bem para si. Se não houver o abandono do imóvel nesse sentido, não se dará a usucapião por parte do outro cônjuge ou companheiro.¹⁶³

Sob a mesma ótica, José Fernando Simão aponta:

Note-se que como toda a modalidade de usucapião, a usucapião familiar exige que o proprietário deixe de praticar atos que lhe são inerentes, sejam estes atos de uso, de gozo ou de reivindicação. Abandono deve ser compreendido como efetivo não exercício de atos possessórios. Se o cônjuge

¹⁶¹GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por Abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n.28, p.95-110, jun/jul.,2012.p.107.

¹⁶²SILVA, Luciana Santos. Uma Nova Afronta à Carta Constitucional: Usucapião Pró-Família. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.32-36, abr./maio,2012.p.36.

¹⁶³ORSELLI, Helena de Azeredo. Análise Crítica da Usucapião Especial por Abandono. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.13,n.69, p. 127-138, dez./jan.,2012.p.136.

ou companheiro que não residir no imóvel tomar qualquer medida judicial ou extrajudicial visando à manutenção da propriedade não se configura o abandono. Exemplo clássico é o do cônjuge que propõe ação para arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo da coisa comum ou que propõe ação de partilha do bem comum.¹⁶⁴

Carlos Eduardo de Castro Palermo refere também que, “em síntese, abandono, no caso, quer dizer a certeza da falta do exercício de atos possessórios.”¹⁶⁵

O que inteligentemente Ricardo Henriques Pereira Amorim questiona é se o abandono do lar do art. 1.240-A do Código Civil é o mesmo do Direito de Família presente no art. 1.573, IV, do aludido diploma legal. Segundo o advogado, integrante do Instituto Brasileiro de Direito de Família, o abandono do lar ligado às questões de direito familiar não tem relação com o novo dispositivo de direito real. Primeiro porque não existiria mais o conceito de culpa, uma vez que, na concepção de Amorin, o art. 1.573 foi revogado pela Emenda Constitucional nº 66/2010. Segundo porque, considerando que a Lei 12.424/11 tem íntima ligação com a ideia de justiça social, porquanto teve por escopo maior o regramento do Programa Minha Casa Minha Vida, o abandono do lar deve ser analisado conforme “a função social da posse, e não quanto a moralidade da culpa pela dissolução do vínculo conjugal.”¹⁶⁶

Em que pesem os diferentes posicionamentos, fato é que a usucapião do art. 1240-A do Código Civil deixou diversas dúvidas de ordem prática, como aponta Maria Berenice Dias:

O que significa mesmo abandonar? Será que fugir do lar em face da prática de violência doméstica pode configurar abandono? E se um foi expulso pelo outro? Afastar-se para que o grau de animosidade não afete a prole vai acarretar a perda do domínio do bem? Ao depois, como o genitor não vai ser tachado de mau pelos filhos caso manifeste oposição a que eles continuem ocupando o imóvel?¹⁶⁷

Percebe-se, portanto, que a modalidade de usucapião introduzida no ordenamento pela Lei 12.424/11 apresenta diversos aspectos criticáveis, principalmente no que toca ao pressuposto do abandono do lar.

¹⁶⁴SIMÃO, José Fernando. **Usucapião Familiar: problema ou solução?**. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html> . Acesso em: 04 nov. 2013.

¹⁶⁵ PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A nova Usucapião Especial por Abandono de Lar e a Função Social da Propriedade. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.19-31, abr./maio,2012.p.24.

¹⁶⁶AMORIN, Ricardo Henriques Pereira. Primeiras impressões sobre a usucapião especial urbana familiar e suas implicações no Direito de Família. **Jurisway**, 22 ago. 2011.Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6405>. Acesso em: 09 nov. 2013

¹⁶⁷DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%E3o_e_abandono_do_lar.pdf>. Acesso em 15 nov. 2013.

Ante os novos anseios sociais, a doutrina e a jurisprudência avançaram, não existindo dúvidas de que houve significativas mudanças quanto à questão da culpa no término da relação conjugal. Por todo o exposto, infere-se que a usucapião do art. 1.240-A do Código Civil, ao trazer a expressão “abandonou o lar”, caminhou na contramão da atual tendência do Direito de Família, que passou a rechaçar qualquer discussão sobre causas e motivos do fim da relação amorosa, bem como sobre a existência de um culpado pelo término. Desse modo, apenas se traduzido como desinteresse pelo imóvel de propriedade comum, isto é, como a ausência de atos possessórios sobre o bem, é que o requisito do abandono do lar não ensejará novamente intromissão na esfera íntima do casal.

Resta, portanto, aguardar, a fim de se verificar como a jurisprudência irá se manifestar sobre o tema, esperando, contudo, que os operadores do Direito apliquem de maneira justa o dispositivo, formando o melhor juízo de valor possível.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aquisição da propriedade imobiliária através da usucapião premia o indivíduo que faz bom uso do imóvel, seja nele residindo, seja tornando-o produtivo. Os pressupostos gerais da usucapião são a coisa hábil, o tempo, a posse contínua e pacífica com intenção de dono, bem como o justo título e a boa-fé, no caso específico da usucapião ordinária.

O instituto assume grande relevância, uma vez que se traduz em um instrumento eficaz para a realização da função social da propriedade. O bem, até então abandonado por seu proprietário, adquire uma finalidade atribuída pelo possuidor, o qual, após um período de tempo e diante de outros requisitos estabelecidos na lei, passa a ser o legítimo dono da coisa. A propriedade, ao deixar de exercer seu papel, faz com que o Estado intervenha, beneficiando o indivíduo que exerce a posse sem máculas, dando destinação ao bem.

Conforme estudado, existem, no sistema jurídico brasileiro, três espécies de usucapião, que se diferenciam através de suas exigências específicas quanto à posse, forma de aquisição, tempo e área.

A Lei 12.424/11 alterou o Código Civil, criando um novo disposto, o art. 1.240-A, que representa uma inédita modalidade de usucapião especial urbana. Referido dispositivo permite que o ex-cônjuge ou ex-companheiro adquira a integralidade da propriedade de imóvel urbano com área de até 250m², que possuía em comunhão com o outro consorte, desde que exerça a posse exclusiva e ininterrupta, pelo prazo de dois anos, sobre o bem, residindo nele sozinho ou com sua família, e tendo o outro cônjuge ou companheiro abandonado o lar.

A novel previsão normativa passou a ser denominada usucapião familiar, usucapião por abandono do lar ou usucapião pró-família, e foi construída como forma de incentivar o Programa Minha Casa Minha Vida e proteger a população mais carente. Contudo, como foi visto ao longo do trabalho, o dispositivo em questão, nos termos em que foi estabelecido, é passível de críticas, porquanto sua redação dá margem a diversas dúvidas e imprecisões.

Primeiramente, discute-se o meio pelo qual ocorreu a inserção do instituto no ordenamento. Acredita-se que a introdução através da Medida Provisória n° 514/2010 não tenha sido a via apropriada, uma vez que não houve urgência na sua criação. Outrossim, pelas implicações geradas pelo instituto, mais correto que sua criação tivesse ocorrido sob a forma de projeto de lei, com a devida discussão pelo Legislativo.

Os pressupostos para a configuração da usucapião familiar também foram analisados.

O prazo de dois da usucapião familiar é o mais curto dentre todas as espécies de usucapião, e, conforme muitos apontam, mostra-se exíguo diante das circunstâncias envolvidas na sua configuração. O término de um relacionamento enfrenta inúmeras dificuldades de ordem financeira e sentimental, exigindo tempo para reflexão. Logo, o curto prazo estabelecido estimula que o rompimento da conjugalidade seja imediatamente formalizado, a fim de impedir a incidência da usucapião.

Ademais, questiona-se a razão pela qual a usucapião familiar é aplicável somente aos imóveis urbanos. Considerando a necessidade de proteção igualitária aos indivíduos que moram na zona urbana e rural, não há razão que justifique a não aplicação sobre os imóveis rurais.

Como se disse, tendo em mente que o art. 1.240-A foi criado em um contexto que visava favorecer parcela da população de baixa renda, a área de duzentos e cinquenta metros quadrados estabelecida no dispositivo é criticável, pois se constata que pode ensejar a aplicação da usucapião de maneira a beneficiar pessoas que tenham situação econômica e social bem diversa da hipossuficiência.

Contudo, é indiscutível que a principal questão levantada com o surgimento desta exclusiva modalidade de usucapião especial urbana entre ex-cônjuges ou ex-companheiros refere-se ao requisito do abandono do lar. Com efeito, a exigência de tal pressuposto gerou as mais severas críticas doutrinárias, as quais apontam para a retomada da discussão sobre a culpa ao final das relações conjugais, em um momento em que o tema já estaria superado pela doutrina e pela jurisprudência, sobretudo após Emenda Constitucional n° 66/10, que regulou o divórcio direto sem requisitos objetivos ou subjetivos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a culpa foi, por muito tempo, considerada elemento determinante para o desquite e, posteriormente, com o advento da Lei 6.515/77, para a separação judicial. Porém, a Constituição Federal de 1988 fez surgir uma forte corrente doutrinária e jurisprudencial a favor da eliminação da discussão da culpa pela ruptura da sociedade conjugal, bem como das implicações dela decorrentes. As causas indicativas de culpa permaneceram no sistema jurídico através do Código Civil de 2002, inclusive o abandono do lar, embora já não mais levadas em consideração pela jurisprudência.

Nesse contexto é que se examina as implicações geradas pela Emenda Constitucional nº 66/10. Embora haja entendimento minoritário de que tal emenda não provocou o desaparecimento da separação judicial do ordenamento, fato é que, ao acabar com a necessidade de separação judicial para a concessão do divórcio, também dando fim a qualquer prazo mínimo para sua realização, ela provocou, na prática, um enfraquecimento ainda maior da discussão sobre causas e motivos do fim da relação conjugal, uma vez que a separação judicial passou a ser alternativa extremamente remota.

O abandono do lar é, tradicionalmente, indicativo de culpa pela dissolução da sociedade conjugal, estando ainda presente no Código Civil, no art. 1.573, IV. O que se nota, portanto, é que a redação do art. 1.240-A do Código Civil, com a expressão “abandonou o lar”, de fato suscitou, à primeira vista, a retomada de imputação de um culpado pelo fim da vida em comum.

Desse modo, considerando que, hoje, em matéria de Direito de Família, tudo converge para o afastamento da intervenção estatal ao máximo possível, e, conseqüentemente, para o desaparecimento de qualquer discussão judicial sobre quem deu causa ao fim da relação amorosa, a usucapião familiar se mostra na contramão da atual orientação. Ao se verificar se de fato houve abandono do lar, a única forma do instituto não retroceder no exame da culpa é considerar tal abandono como o abandono do imóvel, isto é, como a abdicação intencional por parte do coproprietário, que deixa de praticar atos possessórios.

O presente trabalho buscou apresentar os principais aspectos da usucapião do art. 1.240-A do Código Civil, compartilhando as primeiras impressões da doutrina em relação ao instituto.

Certo é que a usucapião familiar é instituto relativamente novo, tendo em vista que apenas nesse ano passou a ter a possibilidade de ser reconhecida, uma vez que a fluência do prazo de dois anos para sua configuração teve início no momento em que a Lei 12.424/11 entrou em vigor, isto é, em 16 de julho de 2011. Sendo assim, indagações e mais debates jurídicos surgirão, restando aos operadores do Direito que se atentem às peculiaridades do caso concreto, promovendo a adequação do instituto ao ordenamento, com o propósito de evitar injustiças.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. *Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 731971**. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 23 set. 2008, DJ 20 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial 433.206/DF**. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 06 mar. 2013, DJ 07 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 out. 2013

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Embargos de divergência em REsp 466.329/RS**. Relator: Ministro Barros Monteiro. Julgado em 14 set. 2005, DJ 01 fev.06. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 09 out. 2013

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial 62322/SP**. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira Julgado em 21 set. 1997, DJ 10 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 out. 2013

CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião Constitucional Urbano**: Aspectos de direito material. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar**: a volta da culpa? Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%3o_e_abandono_do_lar.pdf>. Acesso em: 27 set. 2013.

_____. **Divórcio Já!**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Temos um novo tipo de usucapião criado pela lei 12.424/11. Problemas à vista**. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog/2011/06/24/temos-um-novo-tipo-de-usucapiao-criado-pela-lei-1242411-problemas-a-vista>> . Acesso em: 23 set. 2013.

FREITAS, Douglas Phillips. A usucapião e Direito de Família: Comentários ao Artigo 1.240-A do Código Civil. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, pp.9-15, abr./maio,2012.

GALLON, Leandro Ambros. Reflexões sobre a inconstitucional usucapião instituída com as alterações do Programa “Minha Casa, Minha Vida”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3157, 22 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21136>>.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1973.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por Abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre:Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n.28, pp.95-110, jun/jul.,2012.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Polêmica Usucapião Familiar do art. 1.240-A do Código Civil. In:**Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas,2012. p.764-781..

MADALENO, Rolf. Conduta conjugal culposa. In: Direito de família- Aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil**, v. 3: direito das coisas. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva**: usucapião. São Leopoldo: Sulina, 1954.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

NUNES, Pedro. **Do usucapião**. 3. ed. rev e ampl. São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

ORSELLI, Helena de Azeredo. Análise Crítica da Usucapião Especial por Abandono. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v.13,n.69, pp. 127-138, dez./jan.,2012.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A nova Usucapião Especial por Abandono de Lar e a Função Social da Propriedade. **Revista Síntese Direito de Família**. v.14, n.71, p.19-31, abr./maio,2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Vol. IV. 15. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Divórcio**: teoria e prática. 3.ed.de acordo com a Emenda Constitucional nº 66 de 13.07.2010 e Lei nº 12.318 de 26.08.2010 e Lei nº 12.344 de 10.12.2010. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Calma com a Separação e o Divórcio!** Disponível em:<<http://www.mauricio.bastos.nom.br/noticias/6333-calma-separacao-divorcio.html>>. Acesso em: 29 out 2013.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional.** Leme: J.H. Mizuno, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Câmara Cível. **Apelação Cível 70046327888.** Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 21 mar. 2012, DJ 03 abr. 2012. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 25 set. 2013

_____. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. **Apelação Cível 70053904090.** Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 06 jun 2013, DJ 20 jun. 2013. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 25 set. 2013

_____. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível 70036467629.** Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 22 set. 2010, DJ 01 out, 2012. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 09 out. 2013

_____. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. **Agravo 70045439494.** Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 09 nov. 2011, DJ 16 nov. 2011. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 09 out. 2013

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** volume 6. 27.ed.atual.por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002).São Paulo: Saraiva,2002.p.232.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis.** 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Luciana Santos. Uma Nova Afronta à Carta Constitucional: Usucapião Pró-Família. **Revista Síntese Direito de Família.** v.14, n.71, p.32-36, abr./maio,2012.

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião Familiar: problema ou solução?.** Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html> .Acesso em: 25 set. 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v.4:** direito das coisas. 5.ed.rev.e atual.Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método,2013.

TARTUCE, Flávio. A Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar Conjugal. **Revista Síntese Direito de Família.** v.14, n.71, pp.16-18, abr./maio,2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direitos reais. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILARDO, Maria Anglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar- Usucapião entre Ex-Casal. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões.** Porto Alegre:Magister;Belo Horizonte: IBDFam, n.27,pp. 47-59,abr./maio,2012.