

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-035-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra *Direito Civil Constitucional*, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro *Temas de Direito Civil*, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um *modus interpretandi* que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

USUCAPIÃO FAMILIAR E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS: UM ESTUDO DA REINSERÇÃO DA CULPABILIDADE NA DISSOLUÇÃO DA RELAÇÃO CONJUGAL

ADVERSE POSSESSION FAMILY AND ITS ASPECTS ISSUE: A CULPABILITY REINSERTION THE STUDY ON THE SOLUTION OF MARITAL RELATIONSHIP

**Samantha Caroline Ferreira Moreira
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas**

Resumo

O presente artigo tem por escopo analisar os aspectos controvertidos que envolvem a Usucapião Familiar, instituída no Brasil pela Lei nº 12.424/11, a qual acrescentou o art. 1.240-A, ao atual Código Civil Brasileiro. Tal instituto jurídico cria uma nova modalidade de usucapião, na qual o cônjuge ou companheiro adquire o direito de usucapir o bem comum do casal, na hipótese em que o outro consorte abandona o lar, desde que atendidos os demais requisitos legais. Assim sendo, ao longo desse estudo, far-se-á uma análise primária desse instituto, observando-se alguns reflexos da introdução dessa nova modalidade de usucapião na ordem jurídica vigente, levando-se em consideração determinados valores, tais como a questão relativa à justiça social, bem como o questionamento acerca da culpa pelo fim do relacionamento conjugal.

Palavras-chave: Usucapião familiar, Implicações, Justiça social, Culpa.

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT This article is scope to analyze the controversial aspects involving the Family Adverse Possession, established in Brazil by Law No. 12.424 / 11, which added the art. 1240-A, the current Civil Code. This body of law creates a new type of adverse possession, in which the spouse or partner acquires the right to use the common good of the couple, in the event that the other partner leaves home, provided that the other legal requirements met. Therefore, throughout this study, far will be a primary analysis of this institute, observing some reflections of the introduction of this new type of adverse possession in the legal system in force, taking into account certain values, such as the question of the social justice, and the questioning of the blame for the end of the marriage relationship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: adverse possession family, Implications, Social justice, Guilt.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê várias modalidades de usucapião, como forma de aquisição de propriedade, dentre elas, pretende-se abordar no presente artigo, a mais recente, que é a usucapião especial urbana familiar, inserida no direito pátrio, pela Lei nº 12.424, no dia 16 de junho de 2011.

Tal espécie de usucapião possibilita ao ex-cônjuge ou ao ex-companheiro usucapir um bem imóvel de propriedade comum do casal, quando restar comprovado o abandono do lar, por parte de um dos consortes, desde que observados os demais requisitos exigidos pela lei.

Em linhas gerais, pretende-se abordar a transformação do direito de propriedade, que deixou de ser absoluta para se limitar à funcionalização. Não obstante a Constituição Federal preleccione no art. 5º, inciso XXII ser garantido a pessoa humana o direito de propriedade, a própria Carta Magna, mais adiante, no inciso XXIII, limita o aludido direito ao cumprimento da sua função social.

Assim, não se leva a efeito apenas o interesse patrimonial de particulares, legítimos proprietários do bem imóvel, na verdade, a Constituição da República condiciona a propriedade ao interesse público e o bem comum, ou seja, o exercício do direito de propriedade deve considerar o não prejuízo à sociedade como um todo.

Em razão das alterações das alterações promovidas pela Constitucionalização do Direito Civil, reconhecendo a complexidade da sociedade contemporânea, a legislação privada, visando à adaptação aos conceitos modernos, vem criando mecanismos legais com a finalidade de atender os novos anseios sociais.

Nessa esteira, em julho de 2011, foi feita a conversão da Medida Provisória 514 de 2010, que trata do programa habitacional “Minha casa, Minha vida” e da regulamentação fundiária de assentamentos urbanos, acrescentando ao Código Civil Brasileiro o art. 1.240-A, dispositivo este que traz ao ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de aquisição por mais uma espécie de usucapião, denominada usucapião familiar, usucapião “pró-família” ou, ainda, usucapião especial urbana, por abandono do lar conjugal.

Tem-se, pois, que o presente artigo, tem por escopo abordar sobre o conceito e sobre as modalidades de usucapião existentes no Brasil, considerando, ainda, as reflexões doutrinárias iniciais acerca da inserção da usucapião familiar no ordenamento jurídico brasileiro. Quer se discutir se com a inserção deste modelo de usucapião, o legislador não

teria reprimado a separação por culpa, que retirava do cônjuge culpado parte do patrimônio conjugal.

2 BREVE HISTÓRICO E CONSIDERAÇÕES SOBRE A USUCAPIÃO

A palavra usucapião advém do latim *usu mais capere*, ou seja, adquirir pelo uso, pela posse. Segundo Gomes (2005, p. 163), a usucapião é definida como "um modo de aquisição da propriedade, por via da qual o possuidor se torna proprietário". Acrescenta "a usucapião é um dos modos de aquisição da propriedade e de outros direitos reais. A palavra é do gênero feminino". (2005, p. 185).

É também chamada de prescrição aquisitiva, pois extingue o direito do proprietário na medida em que o direito é adquirido pelo possuidor. Dessa forma, a posse prolongada durante certo lapso de tempo e o atendimento dos demais requisitos legais dão ao possuidor a condição de proprietário.

De acordo com Gonçalves (2009, p. 237), "o fundamento da usucapião está assentado, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio".

Farias e Rosenvald (2012, p.395), ao explanarem sobre o surgimento do instituto afirmam que: "A usucapião restou consagrada na Lei das XII Tábuas, datada de 455 antes de Cristo, como forma de aquisição de coisas móveis e imóveis pela posse continuada por um ou dois anos (...)".

Na Lei das Doze Tábuas, Tábua 6ª, inciso III, intitulada "Da propriedade e da posse", já existia a disposição: "A propriedade do solo se adquire pela posse de dois anos; e das outras coisas, pela de um ano".

Tal modalidade de aquisição de bens se dava pela posse continuada, só poderia ser utilizada pelo cidadão romano, haja vista que os estrangeiros não gozavam dos direitos preceituados *ius iuscivile*. Dessa forma, os romanos mantinham seus bens perante os peregrinos e podiam reivindicá-los quando bem entendessem. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.395).

Em princípio, apenas o cidadão romano poderia se utilizar dessa manobra para adquirir bens, eis que os estrangeiros não tinham direitos. No entanto, com o passar do tempo, e a evolução dos direitos, inerente à evolução humana, os peregrinos, que outrora não podiam gozar dos frutos do instituto da usucapião, passaram a ter os mesmos direitos que os cidadãos romanos.

Com a expansão das fronteiras do império, restou concedido ao possuidor peregrino até então sem acesso à usucapião, uma espécie de prescrição (*praescriptio*), como forma de exceção fundada na posse por longo tempo das coisas (10 e 20 anos), servindo de defesa contra ações reivindicatórias. Nesse contexto, o legítimo dono não mais teria acesso à posse se fosse negligente por longo prazo, mas a exceção de prescrição não implicava perda da propriedade. (FARIAS; ROSEVALD, 2012, p.395).

Com isso, os peregrinos passaram a ser brindados com os benefícios do instituto, bastando que se mantivessem na posse pelo prazo determinado em lei.

Em seguida, em 528 d.C., Justiniano funde em um só instituto a *usucapio* e a *praescriptio*, pois já não mais subsistiam diferenças entre a propriedade civil e a pretoriana (dos peregrinos). Os institutos se unificam na usucapião, concedendo-se ao possuidor longitemporis a ação reivindicatória para obter propriedade e não a mera exceção, que não era capaz de retirar o domínio do proprietário. (FARIAS; ROSEVALD, 2012, p. 396)

No Brasil, a codificação influenciada pelos juristas alemães, manteve a dualidade conceitual diferenciando a prescrição da usucapião que se consolidava em trinta ou quarenta anos, (bens do estado, imóveis da igreja, do imperador etc.) de acordo com a modalidade dos bens.

Não obstante haja uma forte ligação entre prescrição aquisitiva e usucapião, o legislador brasileiro optou por abordar a primeira na parte geral do Código Civil Brasileiro e a outra no Livro do Direito das Coisas.

Sobre a historicidade do referido instituto, Gonçalves (2011, p. 257) pontua que a prescrição aquisitiva é uma instituição multissecular, transmitida pelos romanos. E que a primeira vista, o instituto parece ferir o direito a propriedade, na medida em que favorece o usurpador do bem em face do verdadeiro proprietário, permitindo que o possuidor passe a ocupar o lugar do antigo proprietário, despojando-o do seu domínio.

Denota-se, pois, que a prescrição aquisitiva permite que o possuidor passe a ter o domínio do bem usucapido, em detrimento do antigo proprietário negligente.

A propriedade, embora tenha caráter perpétuo, só conserva esta condição se o proprietário manifestar a sua intenção de manter o seu domínio, exercendo uma permanente atividade sobre a coisa possuída. Isso porque a sua inação perante a usurpação feita por outrem, durante 10, 20 ou 30 anos, constitui uma aparente e tácita renúncia ao seu direito.

Ademais, não se pode perder de vista que à sociedade muito interessa que as terras sejam cultivadas, as casas habitadas, os imóveis utilizados; sendo certo que um indivíduo que,

por largos anos, exerceu direitos sobre coisa alheia, deixada ao abandono pelo seu proprietário, é também digno de proteção.

Seguindo essa perspectiva, a lei faculta ao proprietário esbulhado o exercício da respectiva ação para reaver a sua posse, a ação de reintegração de posse, contudo, tal ação não tem duração ilimitada, porque a paz social e a tranquilidade das famílias exigem que os litígios cessem, desde que não foram postos em juízo num determinado prazo. (GONÇALVES, 2011, p. 257-258).

Permitir que o proprietário do bem pudesse reaver a posse do mesmo a qualquer tempo, muito embora tenha se mantido inerte durante a ocupação de seu bem por outrem num lapso temporal razoável, seria imputar um ônus a quem imprimiu ao bem usucapido a real finalidade dele.

Assim, com o sentido de dar ao bem a finalidade social, é que o instituto aparece como uma forma célere de garantir ao possuidor a longo tempo, a propriedade do bem no qual manifestou sua vontade de ser dono ao utilizá-lo para sua moradia e de sua família, ou nos casos dos imóveis rurais, onde passou por largos anos tornando aquelas terras anteriormente abandonadas, terras produtivas.

O fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a das reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, mantém a paz e a tranquilidade na vida social: tem aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos (GOMES, 2005, p. 187-188)

Conforme frisado alhures, a usucapião faz valer o princípio da utilidade social, e ainda, faz prevalecer à paz social, inibindo o antigo proprietário desidioso a reivindicar o bem que por tanto tempo deixou abandonado.

Acerca do instituto da prescrição, Farias e Rosenvald (2012, p. 399-400) ensinam ainda que a prescrição é forma de neutralizar as pretensões obrigacionais que existem, por conta da inércia do titular da propriedade através do direito subjetivo que se estabelece no tempo.

Enquanto prescrição aquisitiva implica extinção da pretensão, em face do não exercício de certo direito, por determinado lapso temporal, a usucapião é modo de aquisição de propriedade em decorrência do qual o usucapiente adquire legitimidade de se manter na posse do imóvel negligenciado pelo dono de direito.

No tocante aos bens móveis, a usucapião existe na modalidade ordinária, a qual está disciplinada no artigo 1.260 da Lei Civil, o qual estabelece que “aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade”.

A usucapião, portanto, é modo de aquisição da propriedade pela posse prolongada sob determinadas condições. Seus fundamentos se resumem em: prestigiar a pessoa que usa e se serve da coisa para morar e trabalhar; a propriedade é um direito importantíssimo e a posse é um fato muito relevante; punir o proprietário desidioso/irresponsável, que não cuida dos seus bens, afinal, “*dormientibus non succurrit jus*”; ou seja, quem não defende nem dá utilidade aos seus bens, não é digno de tê-los; e, manter a paz social, já que a usucapião vai regularizar e sanar os vícios de uma posse que se iniciou violenta ou clandestina.

Diante do exposto, conclui-se que a usucapião transforma a posse, um fato provisório, em um direito permanente sobre a coisa; dá juridicidade a uma situação de fato amadurecida pelo tempo, mesmo que o possuidor seja um ladrão ou um invasor. Todavia, é importante lembrar que não se perde a propriedade pelo simples não uso, é preciso que alguém esteja usando o bem no lugar do proprietário.

Destaca-se que não só a propriedade se adquire pela usucapião, mas outros direitos reais como superfície, usufruto e servidão predial.

Vê-se, pois, que a usucapião, como modo de aquisição de bens, não obstante seja um instituto jurídico antigo, vem acompanhando a evolução humana adequando-se às sociedades que dele se utilizam.

3 ESPÉCIES DE USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS

O ordenamento jurídico brasileiro disciplina a usucapião de bens móveis e de bens imóveis. Nesse aspecto, esclarece Gomes (*apud* Diniz, 2009, p. 311) que, “seus conceitos são idênticos, exceto no que se refere aos prazos que, em relação às coisas móveis, são mais curtos, ante a dificuldade de sua individualização e facilidade de sua circulação”.

Importa salientar que para todas as espécies de usucapião há os requisitos genéricos, os quais se destacam: o bem deve ser usucapível (móvel ou imóvel), a posse deve ser mansa, pacífica e ininterrupta, com *animus domini* e, ainda, o decurso do tempo.

São várias as espécies de usucapião de bens imóveis, quais sejam: extraordinária, ordinária, especial urbana, especial rural, indígena, urbana coletiva, urbana individual e, recentemente, a usucapião familiar, conforme se passa a detalhar.

O *animus domini*¹ é requisito essencial à aquisição de um bem através da ação de usucapião, até porque, se o possuidor não tivesse o interesse de ter o domínio do bem, a ação de usucapião não teria razão de ser.

Passa-se a analisar as espécies de usucapião.

3.1 Usucapião Extraordinária

A usucapião extraordinária é a modalidade prevista no art. 1238 do Código Civil, cujo lapso temporal é mais extenso que as demais modalidades, contudo, o legislador prescindiu a necessidade de comprovação do justo título e boa-fé. Trata-se da modalidade de usucapião que legitima o ladrão e o invasor, pois admite que o possuidor adquira o bem imóvel alheio, mesmo estando de má-fé.

Orlando Gomes afirma que: “A usucapião extraordinária caracteriza-se pela maior duração da posse e por dispensar o justo título e a boa-fé.” (2005, p.192)

Nessa modalidade de usucapião não há limite para o tamanho do terreno e o usucapiente, mesmo possuindo outro imóvel, pode outro; o tempo para esta espécie já foi de 30 anos, depois caiu para 20 e agora é de 15 ou apenas 10 anos conforme a ocupação existente.

O artigo 1.238 do Código Civil dispõe sobre a usucapião extraordinária, estabelecendo que “aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé”. Tal prazo poderá ser reduzido para dez anos, conforme previsão do parágrafo único do mesmo artigo, “se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”.

Como se vê, o elemento crucial nessa modalidade de usucapião é o decurso do tempo.

3.2 Usucapião Ordinária

A usucapião ordinária está prevista no artigo 1.242 do CC/02, afirma que adquire “a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o

¹ Sobre a exclusão daqueles que exercem a posse direta por força de obrigação ou de direito, dispõe o artigo 1.197 do Código Civil.

possuir por dez anos”. Essa modalidade, além de exigir a posse sem oposição e contínua, exige ainda, que haja o justo título e a boa-fé.

Justo título se caracteriza quando alguém adquire um bem de quem aparenta ser o verdadeiro proprietário, mas não o é, ou seja, o negócio jurídico de transmissão de domínio contém vícios. Por justo título, entendem Farias e Rosenvald (2012, p. 422) ser um instrumento que conduz um possuidor acreditar que ele lhe outorga a condição de proprietário, quando não o faz. O título aparenta ser formalmente idôneo para efetivar a transferência da propriedade, mas possui um defeito que impede a aquisição. Em suma, é um ato translativo que por conter um vício não tem capacidade de transferir a propriedade.

Farias e Rosenvald prosseguem esclarecendo que a boa-fé é o estado subjetivo de ignorância do possuidor quanto ao vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa (art. 1.201 do CC). Para fins de usucapião, resulta na convicção de que o bem possuído lhe pertence. Ao adquirir a coisa, falsamente supôs ser o proprietário. (2012, p. 428)

Justo título, portanto, não se confunde com boa-fé, enquanto essa é a ignorância acerca do vício que obstaculiza a aquisição da coisa de forma regularizada, aquele, o justo título, ocorre quando embora tenham as partes firmado um negócio jurídico, este não reste perfeito, ante a presença de vícios, muitas vezes irreparáveis.

Logo, justo título e boa-fé são requisitos autônomos e indispensáveis na ação de usucapião ordinária.

Vale frisar que o prazo previsto no *caput* do dispositivo poderá ser reduzido para cinco anos, “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”, de acordo com o que estabelece o parágrafo único do mesmo dispositivo.

3.3 Usucapião Urbana

Por sua vez, a usucapião na modalidade especial urbana², também conhecida como usucapião pro labore, está contemplada no artigo 1.240 do atual Código Civil e no artigo 183

² Disciplinada no artigo 10 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), a usucapião urbana coletiva destina-se a população de baixa renda. Dessa forma, prevê a lei que “as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”.

da Constituição Federal de 1988. Assim, “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”.

A usucapião³ especial rural, também chamada de usucapião pro misero, está disciplinada no artigo 1.239 do Código Civil de 2002 e no artigo 191 da Constituição Federal de 1988.

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

3.4 Usucapião familiar

Instituída pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, a usucapião familiar surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, materializada pelo artigo 1.240-A ao Código Civil de 2002.

Cuida-se da mais nova e questionável – modalidade de usucapião, pela qual “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”.

Prossegue o parágrafo 1º “O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez”.

Tal modalidade foi inserida no Código Civil pela Lei 12.434/11, a qual regulou o “Programa Minha Casa, Minha Vida”, com o objetivo de proteger aquele que após ser

Já o artigo 9º do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) disciplina a usucapião urbana individual, estabelecendo que “aquele que possuir como sua área ou edificação 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”.

³ Existe, ainda, a usucapião indígena, prevista no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), cujo artigo 33 estabelece que “o índio integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trechos de terras inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á propriedade plena”.

abandonado pelo cônjuge/companheiro, permaneceu no imóvel. No entanto, o artigo 1.240-A veio arraigado de problemáticas implícitas, que se passa a analisar.

4. A USUCAPIÃO FAMILIAR E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Como se vê, a usucapião familiar é aquela em que o cônjuge ou companheiro adquire o direito de usucapir o bem comum do casal quando o outro consorte abandona o lar, atendidos os demais requisitos legais, previstos no caput do artigo 1.240-A⁴, quais sejam: a) posse direta, exclusiva, sem oposição; b) posse ininterrupta pelo período de dois anos, c) imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), d) bem utilizado para sua moradia ou de sua família; e, por fim, a parte usucapiente não pode ser proprietária de outro imóvel urbano ou rural, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa do cônjuge que permaneceu no imóvel.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 464): a nova modalidade de usucapião especial urbana – ou pro moradia – requer a configuração conjunta de três requisitos: a) a existência de um único imóvel urbano ou rural comum; b) o abandono do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiro; c) o transcurso do prazo de dois anos.

Carlos Roberto, (2009, p. 196), a seu turno, afirma que, a propriedade confere ao seu titular o direito de usar, fruir, dispor e reaver a coisa. É um direito complexo em função de existirem vários outros direitos consubstanciados, ou seja, inseridos em si; absoluto por garantir ao seu titular o direito de utilizar da coisa da forma que quiser, não se extinguindo pelo seu não uso; perpétuo por ser característica intrínseca da propriedade; exclusivo devido ao fato do proprietário poder proibir que terceiro pratique qualquer ato de domínio.

Nota-se que o legislador, ao elaborar a norma, não exigiu demonstração de boa-fé ou posse justa. O supracitado dispositivo, em seu parágrafo primeiro, estabelece, ainda, que “o direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez”.

Com relação à nomenclatura para esse nova modalidade de usucapião, de acordo com Simão (2011), é adequada a denominação usucapião familiar em razão de sua origem, qual seja, o imóvel pertence aos cônjuges ou companheiros, mas só é utilizado por um deles após o fim do casamento ou da união estável.

⁴ 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.

Ademais, observa Simão (2011, online) que “apenas o imóvel urbano pode ser objeto da usucapião familiar. É a moradia e não o trabalho que se privilegia.”

Há de se salientar que o marco inicial para contar o prazo dessa modalidade de usucapião é do divórcio ou dissolução da união estável (separação de fato), ou seja, deve ser demonstrado que houve a existência da relação e sua respectiva dissolução, por exemplo, casal divorciado após edição da Lei, reconhecido no termo de audiência um imóvel em comum e durante a posse direta do cônjuge que habita a residência sem oposição por dois anos ininterruptos, poderá requerer em juízo a fração do ex-cônjuge.

Tal espécie de usucapião é controvertida, mormente, porque não se coaduna, numa perspectiva sistemática, com o ordenamento jurídico nacional. Isso porque traz a tona os seguintes questionamentos: o abandono do lar terá punição patrimonial?

Entende-se que a punição ao cônjuge ou ao companheiro que abandona o lar, revela-se a marca de um conservadorismo injustificável, o qual, por muito tempo, perdurou na sociedade brasileira. Nesse sentido, aduz Amorim (2011):

O abandono de lar tradicionalmente é indicativo de culpa pela dissolução do vínculo conjugal (art.1.573, IV, CC). Após décadas de críticas duríssimas da doutrina e da sociedade organizada brasileira (principalmente do IBDFAM) entrou em vigor a EC 66/10 com a explícita finalidade de encerrar a questão da culpa dos litígios familiares.

A partir de então, inúmeras incertezas tomam parte dos fóruns de discussão da civilística nacional, acerca de seus efeitos na família⁵ contemporânea.

O direito de moradia⁶ é consagrado como um direito fundamental social, no artigo 6º da Constituição da República, tendo como objetivo garantir o direito social à moradia se encontra fixado justamente na ideia de satisfazer um bem fundamental do ser humano de ter um local para morar e que a sua integridade psíquico-física seja garantida.

Destarte, o direito à moradia se encontra entre os direitos prestacionais⁷ que demandam uma necessidade de planejamento e ação estatal, tais direitos precisam de

⁵ “Historiadores contestam o modelo patriarcal, mesclado ao da Grande Família, como não sendo o preponderante num específico contexto social, para afirmá-lo apenas como sendo o mais relevante no nordeste brasileiro e o destacado por constituir a modalidade familiar da mais expressiva classe social.” (MATOS, Ana Carla Hármatiuk. As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 29).

⁶ Art. 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

⁷ Os direitos fundamentais detêm uma multifuncionalidade, podendo ser classificados basicamente em dois grandes grupos: (i) direitos de defesa, que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais, - e políticos; e (ii) direitos à prestação, integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos à prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional. Ingo Wolfgang. (2011. p. 260).

necessidade de planejamento e respeito à reserva do possível, logo, como consequência, sem a aplicabilidade imediata descrita no art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988 ao afirmar que: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

4.1 Prazo da usucapião familiar

Outra incoerência com o sistema legal vigente é o prazo de dois anos dessa espécie de usucapião, principalmente, porque se está tratando de um direito constitucional de moradia e de propriedade, direito fundamental que será esbulhado por um prazo bastante exíguo.

Entende-se que tal modalidade, deveria minimamente acompanhar as demais espécies, como a usucapião extraordinário, que possui prazo de quinze anos, a usucapião ordinário, prazo de dez anos, e a usucapião especial, seja ele urbano ou rural, que exige o prazo de cinco anos.

No que concerne ao início da contagem do tempo de dois anos para aquisição da propriedade a V Jornada de Direito Civil⁸ entendeu que deve ser contado a partir da entrada em vigor da lei.

Neste sentido foi o julgado o processo da 3ª vara de família de Belo Horizonte⁹:

Uma mulher divorciada ganhou na Justiça o direito ao domínio total e exclusivo de um imóvel registrado em nome dela e do ex-marido, que se encontra em local incerto e não sabido. A decisão do juiz Geraldo Claret de Arantes, em cooperação na 3ª Vara de Família de Belo Horizonte, tomou como base a Lei 12.424/2011, que regulamenta o programa Minha Casa Minha Vida e inseriu no Código Civil a previsão daquilo que se convencionou chamar de "usucapião familiar", "usucapião conjugal" ou, ainda, "usucapião pró-moradia". Com a decisão, a mulher está livre para dar o destino que achar conveniente ao imóvel, que era registrado em nome do ex-casal. Esse novo dispositivo inserido no Código Civil prevê "a declaração de domínio pleno de imóvel ao cônjuge que exercer, por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar". Foram juntados ao processo documentos que provaram o antigo casamento, o divórcio e o registro do imóvel em nome do ex-casal. A localização, o tamanho e o tempo de uso da casa pela mulher também foram observados pelo magistrado.

⁸ Considerando as divergências sobre o prazo da usucapião familiar, foram aprovados os seguintes Enunciados na V Jornada de Direito Civil: 497 – O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor. 498 – A fluência do prazo de 2 (dois) 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.

⁹ Notícia divulgada no site da Editora Magister, Disponível em: http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=54777&page=1, (Acesso em 14 de Fevereiro de 2015).

Note-se que nenhuma modalidade de usucapião possui um prazo tão exíguo, como o previsto na usucapião familiar e, por tratar especialmente de relações familiares (relações privadas), o legislador deixou de agir com cautela, inobservando os ditames constitucionais, e desconsiderando o fato de que, na maioria das vezes as relações afetivas quando se dissolvem, envolve também amor, ódio, rancor, e, por isso, o abandono do lar, não poderá ser utilizado em desfavor do cônjuge, sendo tal medida considerada como verdadeira punição.

4.2 A necessidade do requisito da boa-fé para usucapião familiar

Na usucapião ordinária, o legislador exige a comprovação da boa-fé como requisito indispensável para se adquirir a propriedade, por sua vez, na usucapião extraordinária, como demonstrado alhures, o prazo é de 15 anos, sendo nesse caso, dado ao extenso prazo, o legislador prescinde a comprovação da boa-fé.

Nessa perspectiva, observa-se que erra o legislador ao não exigir a boa-fé, como requisito para obtenção do imóvel. Isso porque, se por um lado o cônjuge que abandonou o lar está sendo punido, considerado culpado pelo fim do relacionamento, por outro, deveria ser dado a esse mesmo cônjuge a oportunidade de comprovar suas razões pelas quais decidiu sair de sua propriedade.

O direito fundamental ao contraditório e ampla defesa, dispostos na Carta Magna de 1988, devem ser primados também nas relações familiares existenciais, inclusive em processos como o da usucapião, que busca extinguir um direito fundamental da propriedade, além de interferir diretamente nas relações privadas.

Com efeito, não se trata no presente artigo, de relatar situações familiares de culpa do homem ou da mulher, o que se defende aqui a possibilidade de produção de prova em sentido contrário, propiciando o contraditório, a ampla defesa, já que infelizmente é comum nos relacionamento que estão condenados ao fim, a ocorrência de agressões tanto física quanto morais, o que nesse caso, torna-se insuportável a vida a dois.

Considerando esses e demais fatores envolvidos nas relações privadas, equivocou-se o legislador ao deixar de oportunizar àquele que deixou o lar para seguir sua vida, a oportunidade de comprovar os verdadeiros elementos que lhe fizeram romper com o relacionamento conjugal, ou seja, entende-se patente a necessidade de se comprovar a boa-fé tanto de quem acabou deixando sua propriedade, como também daquele que permaneceu no imóvel.

Destarte, a simples saída do imóvel, não pode ser entendida como abandono, sendo que, mesmo fora, poderá sim haver uma continuidade do cumprimento de determinadas obrigações concernentes ao imóvel, como o pagamento dos respectivos impostos e outras despesas inerentes, pelo cônjuge ou companheiro que deixou o referido bem.

4.3 A violação ao princípio da liberdade

Outro aspecto importante a ser abordado, é que o artigo 1.240-A do CC/02 lesa, flagrantemente, o princípio da liberdade insculpido no caput artigo 5º da CF/88, como uma das garantias constitucionais.

O referido artigo ao impor uma sanção patrimonial àquele cônjuge que não mais pretende continuar o enlace conjugal mostra-se como um obstáculo para que os indivíduos exerçam seu direito a liberdade, sobretudo, considerando a eminente possibilidade de perder seus direitos patrimoniais. Nesse caso, o cônjuge poderá acabar por preferir manter uma relação de insuportabilidade com o outro, o que acaba por evidenciar a interferência do Estado na vida íntima dos particulares.

Com efeito, a inserção do direito a liberdade como garantia constitucional é uma forma de limitar a ingerência do Estado nas relações onde predominam o interesse particular, a saber, o matrimônio.

Acerca da necessidade de limitar a ingerência do Estado nas relações internas de uma família, assevera Mônica Guazzelli (2005, p. 105):

Por certo que o Estado deve participar da família, especialmente para garantir justamente a observância dos princípios constitucionais, como o da igualdade. Mas não podemos olvidar que essa ingerência tem um limite, e esse limite se encontra na pessoa, na sua intimidade e autonomia de vontade do sujeito.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 111) conceituam o direito a liberdade como a essência dos direitos fundamentais de primeira geração. Este direito visa assegurar o direito de atuação do indivíduo perante o Estado. Pontuam ainda que, a liberdade assegurada no caput no artigo 5º da CF/88, perpassa a liberdade física, de locomoção, mas contempla também a liberdade de crença, convicções, de expressão, de pensamento, de associação, dentre outras.

Destarte, o legislador, não se atentou à limitação imposta ao Estado pelo princípio da liberdade assegurado aos indivíduos através do texto do artigo 5º da C.R./88, em seu caput,

editando norma que fere a liberdade de escolher estar casado e/ou solteiro. Pois, tentar aprisionar duas pessoas num relacionamento falido sob pena de imputação de sanção patrimonial caracteriza gritante lesão ao princípio da liberdade do cidadão, inibindo-o de deixar o enlace conjugal para somente evitar as já ditas sanções.

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABANDONO DO LAR E A EMENDA CONSTITUCIONAL 66 DE 2010.

Dentre todas as questões explanadas, o ponto mais controverso é o abandono do lar¹⁰. Nas palavras de Maria Berenice Dias, (2012) muitos são questionamentos que ele enseja:

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? Também surgem questionamentos de natureza processual. A quem cabe alegar a causa do afastamento? A oposição há que ser manifestada de que forma? De quem é o ônus da prova? Pelo jeito a ação de usucapião terá mais um fundamento como pressuposto constitutivo do direito do autor.

Conforme destacado alhures, a partir da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, o legislador decretou o fim da separação judicial, superando, com isso, a discussão sobre o abandono do lar, instituto que entrava em conflito com os direitos fundamentais, principalmente, a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade do casal. Atenta-se contra o princípio da reserva, que garante o direito à intimidade da comunhão de vida.

Outrossim, revela-se ultrapassado indagar quem é culpado pelo desamor, restando fixar a impossibilidade da vida conjugal na ruptura da vida em comum.

Neste sentido tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹¹:

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

¹⁰ Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil: 499 – 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.

¹¹ STJ. EREsp 466329 (2004/0166475-2). Rel.: Min. Barros Monteiro. DJ 01/12/2006.

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.

A V Jornada de direito Civil demonstrou essa mesma preocupação ao descrever a necessidade de se observar com cautela a expressão abandono do lar, visto que sua contextualização deveria levar em consideração também um abandono não só físico como afetivo e até mesmo econômico, pois na entidade familiar deve se entender que tais obrigações são comuns ao casal, portanto a expressão abandono de lar é muito mais ampla do que um afastamento físico do indivíduo.

O abandono¹² do lar por parte de um dos conviventes – certamente é o requisito mais polêmico da usucapião pro família. Afinal, a EC n. 66/10 revogou todas as disposições contidas em normas infraconstitucionais alusivas à separação e às causas da separação, como por exemplo, o artigo 1573 do Código Civil que elencava dentre os motivos caracterizadores da impossibilidade de comunhão de vida, “o abandono voluntário do lar conjugal” (inciso IV).

Com a nova redação conferida ao art. 226, par. 6º, da CF – “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”-, não apenas são superados os prazos estabelecidos para o divórcio, como é acolhido o princípio da ruptura em substituição ao princípio da culpa, preservando-se a vida privada do casal. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 465).

Além de acirrar indevidamente os ânimos, já abalados com o fim do vínculo afetivo socioconjugal, o final de um relacionamento terá repercussões patrimoniais diretas e servirá, tão somente, para dificultar e burocratizar os procedimentos de composição de conflitos familiares, que, nos últimos anos, vêm sendo cada vez mais simplificados, pela permissão da separação em cartório extrajudicial, e, principalmente, pelo advento da EC 66, que autoriza o divórcio direto e livre de prazos, sem necessidade de imputação de culpa ou responsabilização pelo término da relação.

Maria Berenice Dias brilhantemente esclarece que:

A averiguação, identificação e apenação de um culpado só têm significado quando o agir de alguém coloca em risco a vida ou integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outra ou de outras pessoas, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito. Fora disso, não se encontram motivos que levem o Estado a perseguir culpados, e muito menos, tentar puni-los. A culpa sempre dispôs de espaço próprio no âmbito do direito penal. No direito comercial e no direito civil, cabe ser

¹² Abandono segundo o Novo Dicionário Aurélio: Abandonar: 1. Deixar, largar; 2. Deixar só, desamparar; 3. Renunciar a, desistir de; 4. Não se interessar por, não cuidar de; 5. Desprezar, menosprezar, desdenhar.

perquirida tão só na órbita obrigacional e contratual, em que o agir está ligado a um ato de vontade. (DIAS, 2011, p. 112)

Conforme ensinam Gagliano e Pamplona Filho: “(...) Se o único fundamento para a decretação do divórcio é a falência afetiva da relação, afigura-se inteiramente desnecessária a aferição da culpa.” (2012, p. 94).

Assim, tem-se que o abandono do lar como requisito para usucapir um imóvel, mostra-se em desconformidade com a C.R./88, uma vez que a imputação da culpa àquele que ensejou a dissolução do casamento/união estável já foi superada através da Emenda Constitucional n. 66 de 2010. O instituto aparece na contramão da evolução do Direito de Família brasileiro, não se contextualizando com os princípios que o regem, uma vez que a apuração da culpa deve ser evitada para a fixação de quaisquer efeitos jurídicos.

Seguindo essa esteira de raciocínio, os juristas Stolze e Gagliano (2012, p. 90) aduzem que “a tendência observada no moderno Direito de Família tem sido, tanto quanto possível, o banimento da exigência da culpa para o fim de se extraírem determinados efeitos jurídicos pessoais ou patrimoniais”.

Contudo, o que se constata, ao longo da história do direito das famílias, é a falta de sensibilidade do legislador com as especialidades da matéria familiar, ignorando que o bem jurídico tutelado é a dignidade das pessoas que compõem a família. Caso isso fosse levado em conta não teria criado uma espécie de usucapião que acaba trazer de volta a culpa pelo fim da sociedade conjugal, criando mais um motivo de conflito em um momento tão delicado da vida das pessoas.

Essa postura punitiva inserida na usucapião familiar conta com um dado de ordem psicológica consubstanciado na enorme dificuldade de qualquer pessoa de romper um vínculo que, a princípio, foi estabelecido para ser eterno. Não se pode olvidar que a separação abala a própria identidade da pessoa, porquanto difícil aceitar o fim de uma união sem ceder à tentação de culpar e tentar punir quem tomou a iniciativa de, finalmente, pôr fim à infelicidade.

No mesmo sentido, leciona Barros (2009, p. 111):

Essa tendência do direito de família está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), evitando uma devida intromissão estatal na vida privada das partes litigantes e o desgaste sentimental.

Dessa forma, o fato de um cônjuge demonstrar que não há mais interesse em continuar convivendo com o outro, não deve ser usado para penalizá-lo na sua esfera patrimonial, pois o seu direito de propriedade não pode ser afetado quando deixa de existir o objetivo de vida em comum entre o casal, o afeto.

Conclui-se, pois, que a usucapião familiar acabou por ocasionar uma forma de punir o consorte que saiu do imóvel adquirido pelo casal, estabelecendo, erroneamente, que o abandono de lar pode resultar numa posterior punição para aquele que não mais pretende manter a união, influenciando, assim, no seu direito de propriedade, independente do regime adotado no casamento e das regras de partilha de bens.

Nesse sentido, observa Ehrhardt (2011):

Considerando que não corre a prescrição na constância da sociedade conjugal (art. 197, inciso I), com a separação de fato (=abandono) iniciaria o prazo bienal para aquisição da propriedade pelo cônjuge que permanecesse no imóvel, afastando as regras da partilha de bens previstas no direito das famílias se os demais requisitos do dispositivo se configurassem.

Registre-se, por fim, que a norma deve ser analisada com certa cautela, verificando todos os requisitos nele exigidos, uma vez que traz embutida em seu bojo o questionamento da culpa nas relações familiares, o que leva a um retrocesso legislativo e social.

6 CONCLUSÃO

Pretendeu-se analisar, com base na doutrina e jurisprudência pátria, a compatibilidade do artigo 1.240-A com ordenamento jurídico brasileiro.

Restou demonstrado no presente estudo que a usucapião familiar merece especial atenção, por parte da doutrina e dos magistrados, mormente, porque vai de encontro ao moderno Direito de Família, promovendo o ressurgimento da discussão acerca da culpa pela dissolução do vínculo afetivo, e, com isso, embarca na contramão da evolução social.

O artigo 1.240-A do Código Civil Brasileiro de 2002, quando elencou o requisito do abandono do lar, fez renascer a discussão da culpa quando da extinção da conjugalidade, ferindo assim, o direito a liberdade dos conviventes, que para não perder o imóvel poderão permanecer em relacionamentos fadados à infelicidade. Tal postura é contrária à filosofia eudemonista da busca da felicidade pelo afeto.

Assim, não há dúvidas de que rememorar o tormento da culpa para a indicação de reflexos patrimoniais, acaba desvirtuando o próprio objetivo do legislador, o qual pretendeu

garantir o direito de moradia, assegurado constitucionalmente, buscando a justiça social às famílias de baixa renda.

Dessa forma, entende-se que a imputação de qualquer fator subjetivo para a atribuição do direito de propriedade ao consorte que permaneceu na residência do casal, levaria o Direito de Família brasileiro a um verdadeiro retrocesso legislativo e social.

Nessa perspectiva, muito embora tenha o legislador inserido a nova modalidade de usucapir com intuito de proteger aquele que ficou no imóvel, após o término do afeto conjugal, não é razoável delegar para o aplicador do direito o múnus de fazer uma cognição sumária e generalizada dos motivos que ensejaram o fim de cada relacionamento, imputando àquele que se sabe lá por quais motivos, deixou o imóvel, uma sanção patrimonial, sem saber de veras quais foram estes motivos.

Após muito pesquisar, chega-se à conclusão de que requisito abandono do lar não pode ser encarado apenas como a ausência física do imóvel, mas sim, como o descumprimento de obrigações com ele relacionadas. Dever ser pontuado quando aquele que saiu de casa era mantenedor da casa, e parou de cobrir as despesas, do lar, dos filhos. Ou, quando parou de adimplir com sua quota nas parcelas das despesas do imóvel.

Isso porque não são raras as ocasiões em que um dos cônjuges sai do lar, não com o intuito de abandoná-lo, mas sim para garantir a integridade física e moral dele e do outro, diante de uma relação conjugal de convívio impraticável. É mais comum do que se possa imaginar os casos em que uma mulher sai de casa por ser vítima de sevícia constante de seu companheiro. E, nestes casos, que no calor das emoções, sair de casa se mostra a maneira mais viável de se livrar das reincidentes agressões.

Conclui-se, pois, que a usucapião familiar deve ser aplicada pelos Magistrados com certa cautela, porquanto imprescindível sopesar os motivos da saída do lar, a fim de buscar a efetividade da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, sem, contudo, pretender acirrar o fim da sociedade conjugal. Trata-se de tarefa árdua, a qual o judiciário não poderá se esquivar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 26 de Fevereiro de 2015.

_____. Código Civil Brasileiro. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 466329 (2004/0166475-2). Rel.: Min. Barros Monteiro. DJ 01/12/2006.

CARBONERA, Silvana. Guarda de filhos na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000. DIAS, 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 14 de fevereiro de 2015.

DIAS, 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 14 de fevereiro de 2015.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Código civil comentado: direito de família, casamento: arts. 1.511 a 1.590, volume XV. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). Código civil comentado. São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, ORLANDO. O novo direito de família. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1977. Jornada de Direito Civil - V - Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal. Brasília 2011. Disponível em: www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil--enunciados-aprovados. Acesso em 26 de Março de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos unilaterais. 6. Ed. São Paulo. Saraiva. 2009.

GUAZZELLI, M., Usucapião por abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família, Revista IBDFAM, nº 28, junho-julho/2012, p. 105.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2005.

MAGISTER, Editora. Notícia Divulgada. Disponível em:
http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=54777&page=1. Acesso em 14 de Fevereiro de 2015.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família Democrática. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). A família e a dignidade humana. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família, São Paulo: IOB Thomson, 2006. 613 – 640.

MICHEL, Andrée. Modeles sociologiques de la famille dans lês sociétés contemporaines. Archives de Philosophie du Droit, 131, 1975.

NOVAIS, Jorge Reis. Trunfo contra a maioria. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

NETO, A.L.B. A nova usucapião e o abandono do lar. JusNavigandi, Teresina, ano 16, n.2948, jul., 2011, Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19661> Acesso em: 28 ago. 2015.

PERROT, M. Reflexões para o Futuro. Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Ed. Abril, s. d., p. 81.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Direito de família (Direito matrimonial). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

SANTOS, Luciana Santos. Uma nova afronta à carta constitucional. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família -IBDFAN, Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Luciana.pdf .Acesso 12 de fevereiro de 2015.

SARACENO apud CARBONERA, S. M. Reserva da intimidade: uma possível tutela de dignidade no espaço relacional de conjugalidade. 2002. 293 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2002.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. A emenda constitucional do divórcio. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIMÃO, Jose Fernando. Usucapião familiar: problema ou solução? Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/598/>. Acesso em 13 de fevereiro de 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. Monografia. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.