

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

DIREITO CIVIL, DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA RODRIGUES VIEIRA

IGNACIO DURBÁN MARTÍN

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito civil, de família e constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Ignacio Durbán Martín; Valéria Silva Galdino Cardin; Tereza Rodrigues Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-001-5

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

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO CIVIL, DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL

Apresentação

O GT Direito Civil, de Família e Constitucional, coordenado por Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR e UEM), Ignacio Durbán Martín (Universitat de València) e Tereza Rodrigues Vieira (Universidade Paranaense) contou com quorum satisfatório e apresentou questões significativas e relevantes no X Encontro Internacional do CONPEDI Valência (Espanha) cujo tema central foi Crise do Estado Social, realizado de 4 a 6 de setembro de 2019, nas dependências do campus de Direito.

O evento reuniu pesquisadores brasileiros e da Universidade de Valência, incentivando o intercâmbio da produção científica dos participantes por meio de apresentação oral e discussão de temas relevantes e emergentes, além de fomentar as relações profissionais para futuros encontros, palestras, bancas, publicações conjuntas etc. Esse acontecimento estimula professores e estudantes dos cursos de pós-graduação na área jurídica a desenvolver e divulgar pesquisas e a apresentar investigações científicas já concluídas ou em andamento.

As apresentações orais do GT Direito Civil, de Família e Constitucional provocaram debates elogiáveis e profícuos entre os locutores. A professora Fabíola Meco, presente na plateia, docente de Direito Civil na Universidade de Valência também contribuiu efetuando algumas considerações concernentes ao direito espanhol ou valenciano, quando era o caso.

A constitucionalização do direito de família foi analisada por Fernanda Hanemann Coimbra, a qual leva em consideração as mudanças das normas estabelecidas ao longo do tempo, além da incidência cada vez maior dos princípios e direitos fundamentais no âmbito privado.

O direito ao esquecimento foi exposto em dois trabalhos, sendo sua aplicação frente aos meios coletivos à informação apresentado por Josyane Mansano e Daniel Barile da Silveira, os quais retrataram o impasse entre interesse público e memória coletiva versus interesse particular e memória individual. Argumentam que há afronta à dignidade da pessoa humana quando há manipulação da memória coletiva no que tange ao esquecimento. Por sua vez, Eugênio Facchini Neto e Karine Silva Demoliner, considerando que no mundo digital não existe mais passado nem locais distantes, pois tudo se torna presente e ao alcance de nossos dedos, questionam se devemos ser implacavelmente perseguidos pelo nosso passado, mesmo quando inexista interesse público envolvido.

O emblemático caso Geysel Arruda é apresentado no artigo da lavra de Fabrício Veiga Costa e Alisson Thiago de Assis Campos ao se discutir os critérios de quantificação do dano moral e descumprimento de contrato de prestação de serviço educacional no ensino superior privado, o qual possui cláusulas e obrigações específicas para docentes, discentes e para a instituição de ensino. O trabalho demonstra a possibilidade de dano moral decorrente da ofensa à honra objetiva e subjetiva da vítima.

Discussões polêmicas foram levantadas pelas docentes Valéria Silva Galdino Cardin e Tereza Rodrigues Vieira ao discutirem os aspectos controvertidos da reprodução humana assistida post mortem nas famílias monoparentais. Entendem as apresentadoras que tal método não deva ser autorizado. Contudo, caso venha a ocorrer, como o direito à filiação se sobrepõe ao direito de procriação, deve ser deferido o reconhecimento da paternidade e assegurado o direito sucessório por meio da ação de petição de herança, bem como a utilização da analogia para solucionar as lacunas existentes conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse do menor, do planejamento familiar e da paternidade responsável.

A função social e solidária da empresa e o meio urbano com enfoque na incorporação imobiliária foi retratada por Regis Canale dos Santos que deu ênfase à atividade empresarial do incorporador e ao cumprimento da função social por meio das cláusulas contratuais e da função solidária por meio do estudo de impacto da vizinhança.

Guilherme Henrique Lima Reinig e Sabrina Jiukoski da Silva apresentam o estudo de caso do Navio Vicuña a partir da análise do estudo do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu o REsp 1.602.106/PR. O caso envolvia a responsabilização ou não de adquirentes de metanol por acidente ambiental ocorrido durante o transporte da carga. Conclui-se que os critérios adotados no julgado não representam soluções que dizem respeito ao nexo de causalidade e o enfoque na teoria da causalidade adequada prejudicou a fundamentação da decisão.

As professoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Iana Soares de Oliveira Penna defenderam a existência de um direito à identidade como concretização e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que possibilita a realização do projeto existencial de cada um, enquadrando-o como um direito da personalidade. Pugnam pela adoção de um conceito mais amplo capaz de abarcar a ideia da “verdade do ser”.

Eduardo Augusto Gonçalves Dahas e Marcelo Santoro Drummond analisam o advento da lei 13.786/18 que disciplina a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano e o possível conflito aparente de normas com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça.

A seu turno, Karina Pinheiro de Castro, apresenta o paradoxo existente entre o art. 1.240-A do Código Civil de 2002 que regulamenta a usucapião familiar e o instituto da prescrição, à luz dos princípios constitucionais. Concluiu-se pelo retrocesso da lei que instituiu a usucapião familiar em relação às normas constitucionais do Direito das Famílias.

Adriano da Silva Ribeiro e Kathia França Silva discorrem sobre instituto da propriedade e suas bases políticas e filosóficas no constitucionalismo moderno. O artigo demonstra que, consolidado o novo conceito de propriedade, a função social passa a compor a estrutura normativa do direito de propriedade, impingindo assim o atendimento desse encargo para sua legitimação.

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior apresenta o artigo sobre as variantes surgidas com a Lei 13.777/2018, que disciplina a multipropriedade, denominada nos meios negociais como “time sharing”. Muitas ainda são as dúvidas acerca da sua constituição, limitações, prerrogativas e deveres dos titulares das “frações de tempo”.

Jayro Boy de Vasconcellos Junior e Elcio Nacur Rezende demonstram que o instituto da posse, com foco na função socioambiental, enquanto promotor de atitudes proativas e obstativas de violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da preservação do meio ambiente hígido, poderá contribuir com a responsabilização, não só do possuidor, mas de todos aqueles que, de qualquer modo, contribuirão para o não atendimento do princípio da universalização dos serviços de saneamento básico.

Considerando que a tecnologia tem gerado significativas mudanças e desafios à sociedade da informação Juliana Falci Sousa Rocha Cunha lembra que, as pessoas naturais possuem cada vez mais ativos digitais, os quais, com o seu falecimento podem gerar discussões sobre a sua sucessão, especialmente caso o “de cujus” não tenha deixado disposição de última vontade com relação a tais bens. Em suma, é importante a disposição de última vontade da pessoa natural, especialmente com relação ao acervo digital, devendo ser respeitado não somente o ordenamento jurídico, mas também os Termos de Uso firmados pelo falecido. Conclui-se que o bem digital considerado existencial será intransmissível, enquanto que o acervo digital patrimonial é transmissível. Em havendo dúvida quanto à classificação do acervo patrimonial

digital do falecido, a autora defende que ele seja considerado como existencial visando à proteção dos seus interesses. Ademais, julga que deve ser respeitado o direito ao segredo de correspondência e o direito autoral no que concerne à sucessão do patrimônio digital.

Em suma, o objetivo das apresentações e debates foram alcançados, uma vez que ouviu-se novas ideias, criou-se novos conhecimentos, tirou-se novas conclusões acerca de temas emergentes e persistentes nesta ocasião de grande aprendizado.

Prof. Dr. Ignacio Durbán Martín - UV

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM / UNICESUMAR

Profa. Dra. Tereza Rodrigues Vieira - UNIPAR

**O REGRAMENTO PARADOXAL DA USUCAPIÃO FAMILIAR EM FACE DO
INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
NORTEADORES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS**

**THE PARADOXAL REGULATION OF THE FAMILY USUCATION IN FACE OF
THE INSTITUTE OF PRESCRIPTION AND THE CONSTITUTIONAL
PRINCIPLES OF NORTEADORES OF FAMILY LAW**

Karina Pinheiro de Castro

Resumo

O escopo do trabalho é apresentar o paradoxo existente entre o art. 1.240-A do Código Civil de 2002 que regulamenta a usucapião familiar e o instituto da prescrição, à luz dos princípios constitucionais. Utilizaram-se como métodos de pesquisa científica a análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Abordaram-se os aspectos legais da usucapião, o instituto da prescrição e os princípios constitucionais. Por fim, conclui-se pelo retrocesso da lei que instituiu a usucapião familiar em relação às normas constitucionais do Direito das Famílias.

Palavras-chave: Usucapião familiar, Prescrição, divórcio, Direito das famílias

Abstract/Resumen/Résumé

This current paper has the objective of showing the paradox of this provision in Article 1240-A of the Civil Code of 2002 what regulates the family usucaption and the prescription institute based in constitutional principles in the family relationships. For this purpose, a bibliographic and jurisprudential analysis was used as method of scientific research and the framework of constitutional principles as argumentative technique. Legal aspects of prescription, the usucaption regiment and its main characteristics were discussed. Finally, we concluded retraction of the law who created the family usucaption in relation to the regulatory rules the contemporary right of families.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family usucaption, Prescription institute, Divorce, Family law

1. Introdução

O escopo do presente estudo é a análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial acerca da usucapião familiar, notadamente dos requisitos para sua configuração, eis que dissonantes da dogmática relativa à prescrição, bem como dos princípios norteadores do Direito Civil-Constitucional.

Em uma análise sistêmica, refuta-se o critério “abandono do lar” como forma de caracterização dessa modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil de 2002, inserida pela Lei 12.424/2011.

A intenção legislativa é conferir ao cônjuge ou companheiro abandonado a possibilidade de usucapir a meação pertencente ao seu consorte em relação a um bem comum do casal, possibilitando-o, assim, tornar-se proprietário da integralidade do bem para todos os efeitos legais.

Não se procura rechaçar a modalidade de usucapião em comento, eis que seu propósito é indiscutível. Mas sim, o critério “abandono do lar” como um dos seus elementos caracterizadores, seja em relação à prescrição, como também em relação às formas de dissolução da sociedade conjugal.

Dentro de uma interpretação lógico-sistemática do diploma civil, sobretudo em relação aos institutos da prescrição e das espécies de dissolução da sociedade conjugal, verifica-se um descompasso da lei com as teorias e princípios contemporâneos que permeiam o Direito Civil-Constitucional.

Exatamente neste ponto é que reside uma crítica doutrinária irrefutável de que a usucapião familiar constitui um verdadeiro retrocesso legislativo, razão pela qual propõe-se uma releitura da regra à luz dos preceitos constitucionais e dos demais dispositivos legais como forma de adequá-la tecnicamente e de se concretizar os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como lastros indissociáveis do Direito das Famílias.

Foram abordados os institutos jurídicos da usucapião, da prescrição e das formas de dissolução da sociedade conjugal. Para tanto, buscou-se uma análise hermenêutica, principiológica, bibliográfica e jurisprudencial, como métodos de pesquisa científica, visando-se, assim, a perquirir fundamentos fáticos e jurídicos críticos ao art. 1.240-A do Código Civil, para que referido dispositivo legal seja interpretado com abstração de seu subjetivismo exacerbado, sob pena de esvaziamento da norma.

2. Da usucapião

2.1. Conceito e características

O instituto da usucapião tem origem no direito romano, na Lei das Doze Tábuas e, não obstante sua existência tão remota consolidou-se ao longo dos anos, rompendo fronteiras e consagrando-se no ordenamento jurídico dos países do mundo inteiro.

O vocábulo usucapião é oriundo do latim *usu capio* que significa tomar a coisa pelo uso.

No sistema jurídico brasileiro, a usucapião é considerada uma forma de aquisição originária da propriedade móvel ou imóvel, por meio do exercício incontestado e prolongado da posse durante um lapso temporal determinado em lei. Constitui, assim, um prêmio ao possuidor ao contemplá-lo com a aquisição do bem pelo mero exercício de fato da posse e, ao mesmo tempo, uma sanção ao proprietário inerte pela perda desse bem.

O regramento dogmático do instituto da usucapião encontra-se disposto nos artigos 1.238 a 1.244 do Código Civil/02 nos quais se verificam as diversas modalidades de usucapião, bem como regras concernentes à soma de posses e à prescrição aquisitiva.

Independentemente da modalidade de usucapião aplicável ao caso concreto, é indispensável que a posse seja revestida das características *ad usucapionem*, caso contrário, não se configura a aquisição pela usucapião.

Dentre os requisitos da posse *ad usucapionem*, destacam-se os requisitos formais indispensáveis ao objetivo do presente trabalho, quais sejam: a pacificidade da posse, a continuidade do seu exercício e o *animus domini*.

A posse deve ser mansa e pacífica durante todo o tempo exigido pela lei que varia conforme a modalidade de usucapião. Portanto, o seu exercício não pode ser contestado pelo proprietário ou por quem tenha posse legítima respaldada em um título oriundo de uma relação de direito real ou obrigacional.

Ressalte-se que para se descaracterizar a posse mansa e pacífica, o proprietário ou titular de um direito real deve-se valer dos meios judiciais, quais sejam, a ação de reintegração de posse ou ação reivindicatória, conforme o caso. Além disso, tais ações devem ser propostas no prazo prescricional aquisitivo e que seus autores obtenham êxito na demanda. Se, ao revés, forem julgadas improcedentes, não terão o condão de descaracterizar a pacificidade e mansidão que prevalecem a favor do possuidor.

A continuidade, por sua vez, manifesta-se pelo exercício ininterrupto da posse, podendo ser descaracterizada por atos de despojamento fático do bem com a intenção de não mais ser o dono, atrelado à ausência de pagamento de impostos incidentes sobre o imóvel e demais taxas de consumo a ele relacionadas.

E, por fim, o *animus domini* (ânimo de dono). Tal requisito tem um caráter subjetivo, interno, ligado à intenção do possuidor. E tal intenção é perscrutada por atos exteriores que revelam sua vontade de se tornar o proprietário do bem.

2.2 Pressupostos legais da usucapião familiar

Dentre as várias espécies de usucapião, cinge-se o presente trabalho a análise da usucapião familiar - denominada também como usucapião pró-família e usucapião conjugal - prevista no artigo 1.240-A CC/02 inserida pela Lei 12.424/2011, ora transcrito:

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. (BRASIL, 2002).

Trata-se de uma subespécie da usucapião constitucional especial urbana ou “pro misero” criada pela CF/88 como forma de garantia do direito social à moradia, consagrado no art. 6º do texto constitucional àqueles que, via de regra, são considerados de baixa renda e não possuem outro imóvel urbano ou rural.

Criada originariamente no art. 183 da Carta Magna, foi regulamentada pelo CC/02 no art. 1.240 que trata da usucapião constitucional especial urbana e prevê como requisitos a posse *ad usucapionem* por cinco anos pelo possuidor de baixa renda que estabelece sua moradia e de sua família em área não superior a 250 m².

Nove anos mais tarde, a Lei 11.424 de 2011 inseriu essa modalidade de usucapião, denominada familiar, acrescentando o art. 1.240-A no diploma civil. Seus requisitos, além da restrição à área de 250 m² em terreno urbano, são posse direta por dois anos, utilização para fins de moradia como forma de função social, não ser o usucapiente proprietário de outro imóvel urbano ou rural, e que o imóvel usucapiendo seja originalmente de propriedade do

casal, possibilitando ao possuidor “abandonado” a aquisição da meação pertencente ao seu cônjuge ou companheiro que saiu do lar.

Observa-se que a utilização para fins de moradia é um requisito concernente ao cumprimento da função social em observância a um princípio basilar do Código Civil, o da socialidade.

O princípio da socialidade é uma das manifestações da constitucionalização do Direito Civil e a usucapião familiar, lastreada no texto constitucional, representa uma forma de garantia do direito fundamental à moradia para a promoção de uma igualdade formal e material a possuidores de áreas consideradas pequenas.

Sob uma análise crítica, a expressão “posse direta” não deve ser aplicada na sua literalidade como requisito da usucapião familiar.

O desdobramento da posse em direta e indireta, a teor do que dispõe o art. 1.197 CC/02, ocorre quando o proprietário cede o atributo do uso (ou do uso e fruição) a um terceiro, em virtude de uma relação jurídica de direito real ou obrigacional, de forma temporária. Como exemplos, citam-se os negócios jurídicos mais comuns, tais como a locação, o comodato e o usufruto por meio dos quais o proprietário mantém consigo a posse indireta e o terceiro assume a qualidade de possuidor direto.

Nesse viés intelectual, trata-se a exigência de posse direta ao cônjuge ou companheiro que permanece no imóvel de uma irrefutável atecnia normativa.

Percebe-se que, a intenção legislativa é que nos dois anos do prazo prescricional aquisitivo, o cônjuge e companheiro “abandonado” devam permanecer no imóvel sem cedê-lo a terceiros, seja a que título for. O que também padece de respaldo legal, pois uma das formas de manifestação da propriedade é por meio do exercício dos poderes a ela inerentes, passíveis de fragmentação por meio da cessão do uso e fruição.

Importante ressaltar que a modalidade de usucapião em análise pressupõe, ainda, que o imóvel seja de propriedade do casal como meação oriunda do regime da comunhão parcial ou universal, conforme o caso, ambos passíveis de eficácia tanto no casamento como na união estável.

3. Da prescrição

Instituto de larga incidência, seu conceito e natureza jurídica por vezes são permeados por indefinições e zonas cinzentas pelos operadores do Direito.

Pautada na máxima “*dormientibus non succurrit ius*”, ou seja, “o direito não socorre aos que dormem”, a prescrição corrobora a expressão de que o tempo é, realmente, inexorável.

Trata-se da perda da pretensão, pelo seu não exercício no prazo legal, da exigibilidade de direitos subjetivos patrimoniais violados pelo inadimplemento do devedor.

Pontua Flávio Tartuce:

A prescrição extintiva, fato jurídico em sentido estrito, é nesse contexto, uma sanção ao titular do direito violado, que extingue tanto a pretensão positiva quanto a negativa (exceção ou defesa). Trata-se de um fato jurídico *stricto sensu* justamente pela ausência de vontade humana, prevendo a lei efeitos naturais, relacionados com a extinção da pretensão. A sua origem está no decurso do tempo, exemplo típico de fato natural. (TARTUCE, p.466)

Tal conceito é extraído da dicção do art. 189 do Código Civil de 2002, abaixo transcrito, em contraponto ao entendimento de Clóvis Beviláqua segundo o qual a prescrição é a extinção do direito de ação:

Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. (BRASIL, 2002)

A natureza jurídica da prescrição é a de um fato jurídico *stricto sensu*, ou seja, um fenômeno natural que ocorre pelo decurso do tempo e que acarreta o perecimento de uma pretensão, vale dizer, da exigibilidade de um direito negligentemente abandonado pelo seu sujeito.

A prescrição não fulmina o direito patrimonial, mas a sua exigibilidade, a despeito de não tolher o direito subjetivo de ação. Até porque a prescrição será alegada em juízo.

O tratamento do Código Civil de 2002 foi o de simplificar o regramento acerca da prescrição ao concentrar os prazos prescricionais extintivos em dois dispositivos (arts. 205 e 206); manifestação inegável de um dos seus princípios basilares: o da operabilidade que se desdobra na simplicidade e efetividade das normas de direito privado.

Merece destaque a afirmação do ilustre professor paraibano, Agnelo Amorim Filho, citando Friedrich Carl Von Savigny, contida em seu famoso trabalho científico dedicado ao estudo da prescrição e decadência:

Durante muito tempo, a prescrição foi um instituto completamente estranho ao direito romano, mas, ao surgir o direito pretoriano, passou a constituir uma exceção à antiga regra da duração perpétua das ações.” (FILHO, 1961).

Com efeito, nos primórdios do direito romano, alguns direitos eram exercidos em prazos pré-escritos, ou seja, colocados antes pelos pretores, o que confirma a origem etimológica da expressão *praescriptio*.

Ainda segundo o jurista alemão SAVIGNY, “o principal fundamento da prescrição é a necessidade de serem fixadas as relações jurídicas incertas, suscetíveis de dúvidas e controvérsias, encerrando-se dita incerteza em um lapso determinado de tempo” (FILHO, 1961).

E continua ao afirmar que, conforme ensina PONTES DE MIRANDA, “o instituto da prescrição ‘serve à segurança e à paz públicas’” e que ainda há autores que fundamentam a prescrição como o “castigo à negligência, a aplicação do princípio *dormientibus non succurrit ius*” (FILHO, 1961).

De tais assertivas, pode-se inferir que o instituto da prescrição visa à segurança jurídica, não dos titulares dos direitos lesados, mas daqueles que os violaram, dos devedores da relação obrigacional, conferindo-lhes a certeza de que, uma vez alcançado o prazo prescricional legal, não lhes poderão ser exigidas as obrigações das quais tais direitos decorrem.

3.1 Prescrição aquisitiva

No que tange à usucapião, cumpre ressaltar que a prescrição não é extintiva, ou seja, entendida como a perda da pretensão, mas aquisitiva a favor do possuidor usucapiente em detrimento do proprietário inerte e desidioso.

Por prescrição aquisitiva, portanto, entende-se uma forma de aquisição de um direito real pelo decurso do tempo nos prazos legais a favor daquele que exerce o poder de fato sobre o bem, de forma contínua, incontestada e com ânimo de dono.

Nesse sentido, notabiliza-se o entendimento do ilustre e clássico civilista, professor Caio Mário da Silva Pereira:

A prescrição aquisitiva não é apenas função do tempo, conforme salientado. Podem vir outros fatores. Dois, contudo, são fundamentais na prescrição aquisitiva: o tempo e a posse. Irrecusavelmente um efeito deles, já que o decurso do primeiro é imprescindível, porque opera a criação de uma situação jurídica, convertendo a segunda de um estado de fato em uma

relação de direito, ou consolida aquela que poderia sofrer ataque, pondo o respectivo titular a cavaleiro de toda contestação. (PEREIRA, p. 571)

3.2 Das causas que obstam e suspendem a prescrição

Conforme dispõe o art. 197, I do Código Civil/02, não corre a prescrição entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal. Interpreta-se tal regra de forma extensiva aos companheiros, seja a união homoafetiva ou heteroafetiva, indistintamente.

Impende ressaltar que referido dispositivo padece de omissão legislativa ao não incluir tal regra obstativa e suspensiva da prescrição em relação aos companheiros durante a união estável, entidade familiar já devidamente reconhecida desde a promulgação da CF/88, conforme seu art. 226 §6º.

Sob tal fato inquestionável, transcreve-se o Enunciado 269 da IV Jornada de Direito Civil que assim preleciona:

Não corre a prescrição entre os companheiros, na constância da união estável.
(CONSELHO, 2012)

Ademais, releva mencionar que as hipóteses elencadas nos arts. 197 e 198 do CC/02 vinculam aspectos subjetivos, ou seja, relacionados às partes e, como enfoque do presente trabalho, os cônjuges e companheiros.

Exatamente nessa linha de inteligência, é que reside a crítica irrefutável de que o “abandono do lar”, como um dos pressupostos da usucapião familiar, não poderia considerado um marco inicial do prazo prescricional aquisitivo a favor do cônjuge ou companheiro que permanece no imóvel, pois desde a Emenda Constitucional número 66 de 2010, não mais se discute a culpa na dissolução da sociedade conjugal.

No que pertine à prescrição aquisitiva da usucapião, vale ressaltar que, nos termos do art. 1.244 do Código Civil, aplicam-se à usucapião as causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição.

Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião. (BRASIL, 2002).

Pelas causas impeditivas, o prazo prescricional nem começa a correr, enquanto que pelas causas suspensivas o prazo já iniciado será paralisado, voltando a correr uma vez cessados os motivos que determinaram a suspensão.

As causas interruptivas, por sua vez, previstas nos arts. 202 a 204 do CC/02, relacionam-se a aspectos objetivos. Ocorrem por meio de atos que fazem com que a contagem já iniciada recomece do zero.

Portanto, em relação ao casamento e à união estável, serão tratadas as causas impeditivas e suspensivas, por se referirem, conforme mencionado, a aspectos subjetivos das partes: cônjuges e companheiros.

Assim, não corre a prescrição aquisitiva da usucapião, quaisquer que sejam suas modalidades, inclusive a usucapião familiar, entre cônjuges e companheiros na constância da sociedade conjugal.

Nesse aspecto, retomam-se aqui os fundamentos que respaldam as relações familiares, baseadas, sobretudo, no princípio da afetividade. Em vista disso, cumpre mencionar que os fundamentos ensejadores do reconhecimento das diversas entidades familiares pela própria Constituição Federal em seu art. 226 § 6º, são os mesmos que possibilitaram, com a EC 66/2010, a supressão da culpa e de qualquer motivo que justificasse o fim de uma sociedade conjugal, seja ela oriunda de casamento ou de união estável.

4. Dos princípios constitucionais do Direito das Famílias

Conforme irretocável ilação de Ronald Dworkin, os princípios são considerados como “a razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular”. (DWORKIN, p. 41)

O que o ilustre filósofo nos ensina é que os princípios visam a uma decisão adequada e casuística, eis que se tratam de normas jurídicas que comportam uma interpretação e aplicabilidade conforme o caso concreto.

Assim deve ser considerado o princípio da afetividade, um dos inúmeros desdobramentos do princípio macro da dignidade da pessoa humana que perpassa por todo o rol dos direitos fundamentais individuais, além de ser o fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III da CF/88.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da afetividade

O afeto é a razão pela qual duas pessoas se unem, e uma vez revelado por meios de atos de que demonstrem o objetivo de constituição de família, passa a ser considerado com um requisito indissociável do casamento e da união estável.

Nos dizeres do nobre professor Walsir Edson Rodrigues Júnior:

A afetividade se apresenta como a grande justificativa dos ambientes familiares espontaneamente instaurados, principalmente os que não contam com a concorrência de recursos jurídicos constitutivos – a dizer, situações não matrimoniais. (RODRIGUES JÚNIOR; ALMEIDA, 2012, p. 42)

Merecem destaque, ainda, as palavras do insigne civilista Rolf Madaleno:

[O] afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. (MADALENO, 2008, p. 66)

Substrato norteador das relações intersubjetivas existenciais, o princípio da afetividade deve reger o casamento e a união estável de modo a configurar sua existência e, do mesmo modo, a sua dissolução.

De fato, uma vez caracterizadas pelo afeto e, portanto, aptas à produção dos efeitos que lhe são próprios, as entidades familiares constituídas pelo casamento e pela união estável só se justificam enquanto ele existir.

O término do amor e do afeto acarreta indiscutivelmente a ruptura do casamento e da união estável, sem que isso deva ser revelado nas variadas formas de dissolução da sociedade conjugal. A simples vontade de não mais manter determinado relacionamento é motivo íntimo e suficiente para tanto.

Com base nessa dialética, a separação judicial e o divórcio passaram a não mais se submeter aos prazos previstos nos arts. 1.572 e 1.580, ambos do CC/02, a partir da edição da EC 66 de 2010.

5. A dissolubilidade do casamento pelo divórcio

Ao longo da história, o casamento no Brasil passou por profundas transformações. Única instituição familiar reconhecida pelo Estado e digna de tutela e diante da forte carga religiosa, sobretudo o catolicismo, o casamento era indissolúvel até 1.977, quando entrou em vigor a Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio).

Na vigência da referida lei, a despeito de não querer mais o casal se manter casado, o Estado, por meio da imposição legal obrigava-o a se manter unido pelo vínculo matrimonial por um período mínimo de tempo na evidente tentativa de reconciliação nesse interregno.

A evolução legislativa passou por inúmeros avanços com o objetivo de, cada vez mais, concretizar a subsunção dos fatos sociais às normas, bem como atender aos anseios de um bem-estar nas relações afetivas.

E, diante desse contexto normativo superado, foi editada a EC 66/2010 que inseriu no texto constitucional o §6º ao art. 226 que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por no mínimo um ano contado da data do casamento ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Ressalte-se que a supressão do requisito temporal não sucumbiu a possibilidade dos cônjuges se separarem judicialmente. Neste sentido, transcreve-se a ementa do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL Nº 1431370 / SP - RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO TEMPORAL. EXTINÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. COEXISTÊNCIA. INSTITUTOS INSTINTOS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. PRESERVAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA. (BRASIL, 2017)

5.1 A supressão da culpa e do requisito temporal pela EC 66/2010

Muito se discutiu acerca da supressão ou manutenção da culpa como requisito para a concessão da separação judicial e do divórcio. Mas, apesar de posicionamentos díspares na doutrina quando do advento da PEC do divórcio, resta pacificada a discussão no sentido de se não mais perquirir a culpa como justificativa para a dissolução da sociedade conjugal.

Com base em um ideal eudemonista, o divórcio passou a ser um direito potestativo de qualquer pessoa casada, sem se submeter a prazos ou motivos para tanto.

De fato, com base em uma interpretação constitucional pautada nos princípios da afetividade e do livre desenvolvimento da personalidade, deve ser livre a escolha de casar ou constituir união estável, com quem quer que seja, bem como, livre a opção em desconstituí-las.

Esse também é o entendimento dos ilustres professores Walsir Júnior e Renata Barbosa:

A convivência entre os cônjuges não pode significar sacrifício para nenhuma das partes, pois assim se estariam desrespeitando e até mesmo anulando aspectos importantes da personalidade dos integrantes dessa relação familiar. Isso contraria o pressuposto de que a família deve servir para promover os familiares. É em função e nos limites desse propósito que ela há de ser mantida e protegida. (RODRIGUES JÚNIOR; ALMEIDA, 2012, p. 257)

Dessa forma, os motivos pelos quais se justificam a manutenção de um relacionamento conjugal são o afeto, o amor e a livre escolha do parceiro com quem pretende constituir família baseada na comunhão plena de vida.

Os Tribunais passaram a acolher a Teoria do Desamor suprimindo a culpa nas causas e discussões relativas ao fim da relação conjugal. E a legislação, sobretudo a que regulamenta a usucapião familiar, deve seguir o mesmo caminho.

Portanto, a EC 66/2010 é corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima do Estado e da solidariedade familiar que tutela a facilitação do fim do casamento, seja no seu aspecto íntimo, na sua liberdade, bem como na sua autonomia privada, todos eles bases de um Estado Democrático de Direito.

6. O retrocesso legislativo da usucapião familiar face às regras da prescrição e aos princípios constitucionais

A questão crucial do presente trabalho reside na crítica aos requisitos legais que permeiam a usucapião familiar, analisados à luz do instituto da prescrição e dos princípios constitucionais sobre os quais se baseiam as relações familiares.

Como dito, tal modalidade de usucapião foi criada pela Lei 11.424 de 2011, portanto, logo após a edição da EC 66/2010.

Pois bem, no âmbito da dogmática da usucapião familiar, indaga-se se o prazo prescricional aquisitivo de dois anos inicia-se do divórcio ou do abandono. Pela inteligência do art. 1.240-A percebe-se, pois, que a contagem se inicia a partir do abandono do lar.

A razão da indagação se justifica pelo fato de que para ser “ex” cônjuge ou “ex” companheiro – expressões constantes do referido dispositivo legal - deve ser por divórcio ou viuvez.

Assim, considerando o início da contagem a partir do mero abandono, significa admitir que o prazo prescricional aquisitivo corre durante a sociedade conjugal em total contraponto ao disposto no art. 197, I do CC/02 que, repita-se, determina que durante a sociedade conjugal não corre a prescrição.

Sob outro prisma, o abandono está atrelado à culpa, elemento não mais caracterizador da dissolução do vínculo conjugal, o que vai de encontro aos preceitos constitucionais que regem as relações familiares.

Verifica-se, portanto, que a saída do cônjuge do lar pela simples manifestação de sua própria vontade como lhe permite a norma constitucional pode caracterizar um abandono e, assim, a possível perda da sua meação sobre um bem comum do casal pela modalidade da usucapião familiar.

Nesse ponto, há de ser suscitada uma questão de relevância inquestionável. Trata-se da medida cautelar de separação de corpos cujo objeto é a suspensão do dever conjugal de coabitação.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, as medidas cautelares típicas foram extintas, dentre elas, a cautelar de separação de corpos, matendo-se, no entanto, a medida cautelar geral.

Some-se a isso, a possibilidade do cônjuge se retirar do lar pela mera e livre vontade, a partir da EC 66/2010, perdendo sentido e aplicabilidade a medida cautelar de separação de corpos.

No entanto, para se evitar o início da contagem do prazo prescricional aquisitivo e a consequente consumação da usucapião familiar, inevitável se concluir que, em determinadas situações, o cônjuge terá um evidente interesse jurídico em intentar tal medida cautelar.

De fato, com base no Direito Civil contemporâneo, a medida cautelar de separação de corpos justifica-se apenas em casos de violência doméstica a fim de afastar coercitivamente o agressor do lar conjugal.

Contudo, conforme exposto, a despeito da possibilidade de não mais querer se manter unido ao consorte, terá o cônjuge que recorrer ao Judiciário para propor a ação cautelar de separação de corpos, a fim de que sua retirada do lar não configure o abandono. Um verdadeiro retrocesso legislativo da Lei 11.424/11 em relação à EC 66/2010.

7. Conclusão

De todo o exposto, infere-se, conseqüentemente, que o regramento da usucapião familiar prevista no art. 1.240-A, inserido pela Lei 11.424/2011, apresenta uma série de atecnias legislativas e antinomias em relação ao instituto da prescrição e dos princípios que norteiam o Direito das Famílias.

Por conseguinte, em uma concepção contemporânea, lastreada no Direito Civil-constitucional, seus requisitos não são aptos e suficientes para regulamentá-lo.

A prevalecer a literalidade de seu regramento, notadamente no que pertine às questões de natureza familiar, é irrazoável e paradoxal às premissas contemporâneas de uma sociedade pluralista e aos objetivos precípuos de um Estado Democrático de Direito. Ademais, vai de encontro às normas relativas à prescrição.

Esse é o pressuposto do qual se propõe a releitura do art. 1.240-A do Código Civil de 2002.

Defende-se, portanto, a abdicação da aplicação literal do referido dispositivo legal para que seja o abandono do lar substituído pela mera separação de fato do casal que, de um modo geral, põe fim aos efeitos do casamento e obviamente da própria união estável como uma situação de fato.

Dentre todos os efeitos do casamento e da união estável que são extintos pela mera separação de fato baseada na simples vontade em não mais se manter o relacionamento, inclui-se o dever de coabitação. Dessa forma, permitiria-se a retirada do lar por livre vontade, devendo o cônjuge dissidente se valer dos meios legais e judiciais cabíveis, como ocorreria com qualquer outra modalidade de usucapião, a fim de evitá-la e não mais com a medida cautelar de separação de corpos.

Registre-se que não se propõe a inaplicabilidade da modalidade de usucapião familiar, mas uma adequação legislativa de seus requisitos há muito tempo superada.

Nesse sentido, a contagem do prazo prescricional aquisitivo terá início com o mero rompimento da relação conjugal, independentemente dos motivos que a ensejaram, e não correrá durante a sua constância, em atendimento à vedação imposta pelo art. 197, I CC/02.

Além disso, a expressão “posse direta” também merece ser desconsiderada do texto normativo, pois trata-se de um preceito não permissivo ao exercício dos poderes inerentes ao proprietário concernente à possibilidade de usar e fruir do bem conforme sua vontade.

Utilizando-se de tal raciocínio, relevante ressaltar que essa proposta de adequação legislativa, já respaldada pela doutrina nos Enunciados 498, 499, 500 e 501 aprovados na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, permite uma maior consecução dos fins pretendidos pelo texto constitucional.

Assim, além de uma interpretação adequada, propõe-se uma literal adequação legislativa do art. 1.240-A, como meio de garantia aos valores constitucionais cujos princípios se sobreporam às normas positivadas, fazendo-se prevalecer o bem-estar, os laços afetivos, a intimidade e a autonomia privada, enfim, a dignidade do cônjuge e companheiro.

Dessa forma, vale a premissa de que “onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito”.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil - Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. 1 v. Posse, propriedade, direitos autoraes, direitos reaes de gozo sobre coisas alheias. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

BRASIL. **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>. Acesso em: 03 maio.2019.

BRASIL. **Lei nº. 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 set.2017.

BRASIL. **Lei nº. 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10 mar.2016.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 18 de jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1431370 / SP**. Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. 15/08/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201400141695.REG>>. Acesso em: 06 fevereiro.2019.

CONSELHO de Justiça Federal. **Enunciado 269**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/269>>. Acesso em: 04 maio.2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILHO, Agnelo Amorim. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual**. São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun.1961.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 14 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 5. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Tomo x, Direito das Coisas: Posse**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes – Parte Geral. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das coisas, volume 5**, 28 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 6, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1**. 11 ed. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Coisas**. 7 ed., São Paulo: Editora Gen, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direitos Reais**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.