



**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
REDE DE ENSINO DOCTUM**



WARLEY GOMES FERNANDES

**COMPLEXIDADES ACERCA DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO POR ABANDONO
DO LAR**

**João Monlevade
2016**

WARLEY GOMES FERNANDES

**COMPLEXIDADES ACERCA DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO POR ABANDONO
DO LAR**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

**Área de concentração: Direito das
coisas**

Orientador: Msc.Hugo Lázaro Martins

**João Monlevade
2016**

WARLEY GOMES FERNANDES

**COMPLEXIDADES A CERTA DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO POR ABANDONO
DO LAR**

**Este Trabalho de Conclusão de Curso
foi julgado e aprovado, como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito, na Faculdade
Doctum de João Monlevade - Rede de
Ensino Doctum, em 2016.**

Média final: _____

João Monlevade, de _____ de 2016.

.....
Msc.Hugo Lázaro Martins
Prof. Orientador

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Prof^a TCC II

.....
Prof.Avaliador (a)

.....
Prof. Avaliador (a)

**Dedicoa minha esposa, pais e irmãos,
pelo apoio incondicional. E a Deus, por
sempre iluminar meu caminho.**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por permitir que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitário, mas em todos os momentos, pois Ele é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A esta Instituição, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Ao meu orientador, Hugo Lázaro Martins, pelo empenho dedicado à elaboração deste trabalho.

A minha esposa e meu pai, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, que apesar de todas as dificuldades fortaleceram-me, sendo ambos muito importante para alcançar esse enorme objetivo.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O objetivo desse trabalho é estudar a recente modalidade de aquisição da propriedade através da posse mansa e pacífica prolongada no tempo tipificada pela Lei 12.424/2011, nomeada usucapião familiar. Desta feita, serão demonstrados suas características tais quais, o curto prazo de dois anos e o abandono do lar conjugal pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro. Ressalta dizer que a lei 12.424/2011, teve como objetivo inovar o ordenamento jurídico brasileiro, revelando-se como instrumento de efetivação do direito à moradia e proteção da família. Assim, analisou se os aspectos gerais comuns a todas as modalidades de usucapião previstas no ordenamento jurídico, na qual, também encontram aplicação na referida lei. Após, passou-se ao estudo primário dos requisitos da usucapião familiar, bem como aos seus elementos materiais e processuais. Por fim, analisou se a constitucionalidade da lei no ordenamento jurídico buscando verificar os parâmetros para a interpretação e aplicação da recente usucapião familiar nos casos concretos.

Palavras-chave: Usucapião Familiar. Abandono do lar. Ex-cônjuge. Ex-companheiro.

ABSTRACT

The objective of this work is to study the recent modality of acquisition of property through the peaceful possession and prolonged possession in the time typified by Law 12.424 / 2011, named familiar usucapião. This will demonstrate their characteristics such as the short term of two years and the abandonment of the conjugal home by the former spouse or former partner. It should be noted that Law 12,424 / 2011, aimed at innovating the Brazilian legal system, revealing itself as an instrument for the realization of the right to housing and protection of the family. Thus, it analyzed the general aspects common to all the modalities of usucapião contemplated in the legal order, in which, also, they are applied in said law. Afterwards, the primary study of the requirements of family cancellation, as well as its material and procedural elements, was carried out. Finally, it analyzed the constitutionality of the law in the legal order seeking to verify the parameters for the interpretation and application of the recent family cancellation in concrete cases.

Keywords: Family Adverse Possession. House Abandonment. Former Spouse. Former Partner.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8	
2 AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE AO LONGO DO TEMPO.....	10	
2.1 As modalidades de usucapião	12	
2.1.1 Usucapião ordinária.....	12	
2.1.2 Usucapião extraordinária.....	14	
2.1.3 Usucapião especial rural	16	
2.1.4 Usucapião especial urbana	16	
3 REFERÊNCIAS À LEI 12.424-2011.....	19	
4 REQUISITOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR	25	
4.1 Elementos materiais.....	25	
4.1.1 Prazo Bienal	25	
4.1.2 O abandono do lar.....	26	
4.1.3 Benefício Único	31	
4.2	Elementos	Processuais
.....	31	
4.2.1 Competência		31
4.2.2 Procedimento		32
4.2.3 Natureza		33
4.2.4 Custas		33
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	37	
REFERÊNCIAS.....	40	

1 INTRODUÇÃO

A lei 12.424/2011, efetiva ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de resguardar o direito do indivíduo a moradia e suas entidades familiares. Sendo essa denominada de usucapião Familiar ou usucapião por abandono do lar, estando assim, tipificada no artigo 1240 –A do código civil.

Sua redação regula a possibilidade do ex – conjugue que permaneceu com a posse do imóvel comum ao casal, após a separação de fato, utilizando o para sua moradia ou de outra família, usucapir a parte daquele eu abandonou o imóvel.

Instituída no âmbito do Programa do Governo Federal Minha Casa Minha Vida destinada a famílias de baixa renda, a nova espécie de usucapião apresentou requisitos polêmicos como o reduzido prazo de dois anos e o abandono do lar, gerando, como consequência, intensa discussão na doutrina, sobretudo acerca da eventual reintrodução da culpa no Direito de Família, já extinta com a Emenda Constitucional nº 66/2010.

O estudo tem como objetivo analisar os impactos causados pela usucapião familiar no Direito Civil brasileiro, com enfoque constitucional, verificando-se os avanços ou eventuais retrocessos trazidos pela nova legislação.

Sendo assim, foram estudados os aspectos gerais e comuns a todas as modalidades de usucapião previstas no sistema jurídico brasileiro-igualmente aplicáveis à usucapião familiar – ressaltando-se a função social, tanto da propriedade como da posse, presente no instituto.

A análise dos requisitos específicos previstos no art. 1.240-A, do Código Civil, bem como a análise das questões processuais, como rito e competência, envolvendo a usucapião familiar, além dos aspectos formais.

Por fim, analisadas as questões acima mencionadas será debatida a constitucionalidade do instituto da usucapião familiar apresentando uma

interpretação conforme a Constituição à nova modalidade de usucapião, proporcionando parâmetros, através da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, para a aplicação ponderada da recente usucapião familiar nos casos concretos.

2 AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE AO LONGO DO TEMPO

A etimologia da palavra usucapião tem sua origem no latim, *usucapio* que denota adquirir por prescrição, além disso, *usucapere*, que significa adquirir pelo uso, ou seja, pela posse. Destaca-se observar, que há um questionamento acerca do gênero da palavra usucapião. Sendo que tal feito não modifica seu significado uma vez em que é possível a utilização de ambas as expressões podendo ser utilizado tanto o prefixo a ou o (“o usucapião” “a usucapião”).

A aquisição da propriedade é uma das necessidades do homem durante todo o tempo, sendo que a usucapião era um modo aquisitivo utilizada no direito romano para a concessão da posse, sendo um instituto anterior a Lei das XII Tábuas, na qual, a posse durante determinado tempo era requisito essencial para se tornar dono. Conforme explana Farias e Rosenvald (2012, p.395):

Só poderia ser utilizada pelo cidadão romano, eis que os estrangeiros não gozavam dos direitos preceituados nos *ius civile*. Desta forma, os romanos mantinham seus bens perante os peregrinos e podiam reivindicá-los quando bem entendessem.

Desta feita, apenas o cidadão do império romano era titular do direito de usucapir entre outros, sendo que aos estrangeiros não eram reconhecidos como pessoas de direitos. Logo com a evolução sistemática da sociedade, o direito romano passou a reconhecer aos estrangeiros alguns direitos dentre esses o de fazer uso e gozo do instituto da usucapião. Conforme explica Farias e Rosenvald (2012, p.395)

Com o tempo, expandem-se as fronteiras do império, concedendo-se ao possuidor peregrino que não tinha acesso à usucapião, uma espécie de prescrição, como forma de exceção fundada na posse por longo tempo das coisas, nos prazos de 10 e 20 anos, servindo de defesa contra ações reivindicatórias. 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.

Embora o estrangeiro pudesse fazer uso da usucapião mantendo-se na posse do bem por determinado tempo a eles, não era concedido o direito de se tornar dono.

Averigua-se que durante esse período, o prazo era de dois anos para a aquisição de bens imóveis em contra partida tinha se o período de um ano para aquisição de bens móveis e mulheres, também foi uma das formas de matrimônio no império

romano. Com a evolução da sociedade, o direito romano melhorou o instituto da usucapião, instituindo os elementos caracterizadores que rege a normativa vigente.

Atualmente, a usucapião pode ser conceituada como a aquisição da propriedade ou outro direito real, sendo resultante do lapso temporal definida pela doutrina como a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e desde que estejam presentes os requisitos legais.

Neste sentido, pode-se entender a usucapião como uma maneira de obtenção de propriedades por meio da posse mansa e pacífica prolongada no tempo, estendendo-se a demais direitos como o direito ao usufruto da propriedade, superfície e servidões. Sendo necessária ainda, para sua caracterização a adição entre a posse prolongada sendo essa o elemento objetivo e a vontade do sujeito em tornar-se dono sendo essa por sua vez o elemento subjetivo.

Por este prisma, Oliveira (2002, p. 10.) entende o instituto como:

A usucapião é instituto bastante antigo, já existindo na antiga Roma e é conceituado como a aquisição do domínio pela posse durante certo tempo. É forma originária de aquisição de propriedade, porque não deflui de outra propriedade, nem há sua transferência voluntária.

Nesta linha de entendimento, Pereira (2007, p. 138) define o usucapião como:

Usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei. Mais simplificadamente, tendo em vista ser a posse que, no decurso do tempo e associada às outras exigências, se converte em domínio, podemos repetir, embora com a cautela de atentar para a circunstância de que não é qualquer posse senão a qualificada: Usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada.

Não obstante, podemos entender que a usucapião é uma forma de garantir àquele que possui um bem ao longo do tempo, a sua propriedade. Conforme explica Gonçalves (2011, p. 258):

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

A normativa jurídica do Brasil, por meio dos artigos 1.208 e 1.224, do Código Civil estabelecem à função social da posse. Compreendendo que a usucapião faz valer o princípio da função social, dando uma destinação à propriedade que foi abandonada pelo dono. Sendo esse penalizado pela inobservância da função social de sua propriedade.

Através de um estudo aprofundado sobre as modalidades de usucapião existentes em nosso ordenamento jurídico o trabalho apresentado objetiva conseguir melhor entendimento, por meio das análises desenvolvidas.

2.1 As modalidades de usucapião

Por existir no ordenamento jurídico brasileiro diversas espécies de usucapião, este capítulo busca determinar cada uma apresentando suas características, primeiramente a usucapião ordinária, passando em seguida para a modalidade extraordinária finalizando com as modalidades especiais rural e urbana.

2.1.1 Usucapião ordinária

Nesta usucapião, além de ser necessária a posse mansa e pacífica, sem oposição e de forma prolongada, deve se acrescentar ainda, os elementos da boa-fé do possuidor e o justo título. Nesta modalidade entende-se a boa fé na sua acepção subjetiva, ou seja, é o estado de ignorância na qual o indivíduo desconhece o vício que não permite de apanhar o direito. O vício poderá ser de fato ou de direito, devendo a boa-fé estar presente durante todo o processo aquisitivo. Relata Farias e Rosenvald. (2012,p.428):

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.

Observa-se, que se faz necessária a incidência do justo título e boa Fé no caso concreto uma vez que na falta de um a ação é carecedora do pressuposto formal. Desta feita, não se confunde o justo título com boa fé, uma vez que são requisitos distintos sendo indispensável para a propositura da ação ordinária.

Tem se por justo título todo o documento capaz de causar o efeito translativo do domínio. Sobre o assunto, 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.

O justo título apresenta quesitos como: ser escrito e ser competente para transferir o direito demandado. Dos vícios do título são cabíveis a nulidade. Gomes(2005), classifica a ineficácia do título por:

- a) a *aquisição a non domino*, é quando aquele em que transferiu a posse não era dono da coisa;
- b) a *aquisição a domino*, ou seja, aquele que transmitiu não continha o direito de fazê-lo, transferindo por ato nulo de pleno direito;
- c) *erro no modo de aquisição*, como no caso de quem adquire por instrumento particular bem cuja transmissão requer escritura pública . De acordo com o jurista, o título deve ser certo e real, sendo que a existência de boa-fé sem justo título não possibilita a invocação da usucapião ordinária.

Sua previsão se encontra tipificado no art. 1242, do Código Civil, na qual reza ser necessários dez anos de posse contínua, somados à boa-fé e ao justo título para que se haja a aquisição da propriedade. Ocorre que, conforme previsão do parágrafo único do mencionado dispositivo legal, o prazo pode ser reduzido para cinco anos caso o usucapiente tenha adquirido o bem com base em aquisição onerosa levada a registro, o qual venha a ser posteriormente cancelado por razões alheias à formação do título. Nestas situações, faz-se necessário também que o possuidor tenha estabelecido moradia no imóvel e nele tenha realizado investimentos que atentem à função social da propriedade.

Prontamente, conclui-se que justo título e boa-fé são requisitos autônomos e indispensáveis na ação de usucapião ordinária.

2.1.2 Usucapião extraordinária

A extraordinária é aquela em que o indivíduo possui a posse do bem por um tempo de quinze anos ou mais, sem interrupção, nem oposição, sem a necessidade de justo título, tendo o bem como seu, adquirindo a propriedade, está descrito no *artigo 1238 em verbis*:

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

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. (VADE MECUM, 2016, p.236)

Nota-se que o tempo é maior para que o bem seja usucapido, sendo, entretanto, devido ao lapso temporal dispensada os requisitos de boa fé e justo título. Conforme o próprio entendimento de Gomes (2005, p.192) que afirma:“A usucapião extraordinária caracteriza-se pela maior duração da posse e por dispensar o justo título e a boa-fé.”

Sendo que nesta modalidade o requisito que da efetividade ao ato de tornar a posse em propriedade é a conclusão do tempo estabelecido em lei. Sendo que, sem este não existe a probabilidade de aquisição do bem.

Farias e Rosenthal(2012, p. 416) afirmam que o além da posse o fator do tempo deve estar presente tendo a mesma importância que os demais requisitos, Além disso, argumentam que a simples detenção do bem não gera o direito de usucapi-lo, sendo este, carecedor de legitimidade e interesse para figurar no pólo ativo de uma ação de usucapião.

Conectado ao requisito formal do tempo, necessita verificar a presença do requisito posse, pois só é possível usucapir o bem quando se verifica a presença destes requisitos. Conforme explica Farias e Rosenvald (2012, p. 417):

A posse necessariamente será acompanhada do *animus domini*. Consiste no propósito de o usucapiente possuir a coisa como se esta lhe pertencesse. O possuidor que conta com *animus domini* sabe que a coisa não lhe pertence, porém atua como o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular. Em virtude da causa originária da posse, excluem-se da usucapião os possuidores que exercem temporariamente a *posse direta* por força de obrigação ou de direito (art. 1.197 do CC). Pessoas como os locatários, os comodatários e os usufrutuários recebem a posse em virtude de uma relação jurídica de caráter temporário, que, ao seu final, exigirá a devolução da coisa. Portanto, durante todo o período em que exerçam a posse direta, não afastam a concomitância da posse indireta daqueles de quem obtiveram a coisa.

Desta feita, conclui-se que os requisitos acima mencionados, são tão somente a posse em determinado lapso temporal, ou seja, para adquirir um bem através dessa modalidade, não precisam estar presentes o justo título, muito menos a boa-fé.

Sobre a exclusão daqueles que exercem a posse direta por força de obrigação ou de direito, dispõe o artigo 1.197 do Código Civil. “A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.” (BRASIL, 2002).

O *animus domini* é outro 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.

Na usucapião extraordinária, para obter a titularidade de proprietário de um imóvel, o decurso temporal tem de ser de no mínimo quinze anos, já para ser titular de um bem móvel através desta mesma modalidade o prazo cai para cinco anos.

O justo título e a boa-fé são presumidos, eis que, alguém que exerce a posse de um referido bem por tão longo prazo, seja de um bem imóvel ou móvel, e ainda, seja essa posse ininterrupta e sem oposição, plasmado está aí o *animus domini*, e ainda, a gritante negligência do antigo proprietário.

2.1.3 Usucapião especial rural

Sobre este instituto Gonçalves explana (2011, p. 261-262):

A usucapião especial rural ou pro labore surgiu no direito brasileiro, com a Constituição Federal de 1934, sendo conservada na Carta outorgada de 1937 e na Constituição de 1946. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 não repetiram o texto das anteriores, mas a última consignou os seus requisitos básicos, remetendo a sua disciplina à lei ordinária. (2011, p. 261-262)

Nesse período era aplicada como subsídios em lei ordinária que versava sobre a matéria, sobre isso Gonçalves (2012, p. 262)conclui que:

Enquanto não regulamentada, aplicou-se a Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, denominada Estatuto da Terra, até o advento da Lei n. 6.969 de 10 de dezembro de 1981, elaborada especialmente para regulamentar a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais.

Contudo com o advento do no código Civil de 2002, o legislador em seu artigo 1.239, introduziu o instituto de tal forma:

Art. 1.239. 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”.(BRASIL, 2002)

A usucapião rural ou usucapião pro labore, foi introduzida com a finalidade de manter o homem no campo, na qual deve transformar a terra ocupada em produtiva, sendo necessário portanto, morar e trabalhar no imóvel a ser usucapido. Sendo esse instituto regulado pela lei 6.969/81.

Afirmam também, Farias e Rosenvald (2012, p.456) que:

Aqui a função social da posse é mais intensa do que na modalidade da usucapião urbana. A simples personalidade da posse pela moradia não conduz à aquisição da propriedade, se não acompanhada do exercício de uma atividade econômica, seja ela rural, industrial ou de mera subsistência da entidade familiar. O objetivo da desta usucapião é a consecução de uma política agrícola, promovendo-se a ocupação de vastas áreas subaproveitadas, tornando a terra útil produtiva [...]Destacou-se.

Assim, observa se que a função principal desta modalidade é transformar a posse, vinculada ao cultivo do solo, em propriedade oriunda do trabalho

2.1.4 Usucapião especial urbana

A usucapião especial na modalidade urbana, como o nome pressupõe, é um desdobramento da modalidade especial que permite aquisição de imóvel, em um lapso de tempo reduzido, em área urbana, desde que o usucapi ente utilize o imóvel como local de sua moradia e/ou de sua família.

Conforme Gonçalves (2011, p. 264):

A usucapião especial urbana constitui inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, estando regulamentada em seu art. 183, verbis: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para a sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Esta modalidade representa uma inovação dentre as modalidades de usucapir, por ter como um dos requisitos um lapso temporal, na posse, reduzido.

Na mesma linha, assinalam Farias e Rosenvald (2012, p. 435) que a usucapião urbana abarca a posse de imóvel de até 250m², em área urbana, cumulada com a ocupação durante cinco anos ininterruptos, com intenção de tornar-se dono da coisa, e ainda que utilize o imóvel para moradia do ocupante e de sua família, desde que não possua outro imóvel urbano ou rural.

Então, os requisitos para usucapir imóvel através da modalidade especial urbana são: ocupar imóvel urbano com intenção de tornar-se dono, utilizando o bem para sua moradia e/ou de sua família, desde que não possua outro bem urbano/rural.

O art. 1.240 do Código Civil inseriu a usucapião na modalidade urbana, sem qualquer alteração com relação ao texto constitucional. Aliás, nem poderia, pois cumpre o legislador subalterno respeitar a ordem superior, trabalhando dentro dos parâmetros traçados pela carta de 1988. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 436).

Não poderia a legislação infraconstitucional ir de encontro ao que reza a Carta Magna, por isso o art. 1.240 retrata literalmente o artigo 183 da Constituição Federal de 1988.

Conforme doutrina Farias e Rosenthal (2012, p. 436), a usucapião especial foge as tradicionais formas de aquisição de propriedade pelo decurso temporal onde são exigidos prazos mais extensos, e ainda, não são colocados limites quanto à extensão do tamanho dos imóveis a serem usucapidos, finalidade da posse e ainda, o requisito de não possuir o usucapi ente outro imóvel.

Denomina-se especial justamente por, seus requisitos serem diferenciados: o decurso do tempo inferior às demais modalidades de usucapião, e ainda, requisito ímpar, é a de o usucapi ente dar ao imóvel a finalidade da moradia.

3 REFERÊNCIAS À LEI 12.424-2011

No código civil de 1916 o conceito de família era pautado pela união matrimonial na qual regia as relações pelo pater famílias com respaldo na tríade formada pelo liberalismo, individualismo e patrimonialismo.

Esse conceito sofreu uma considerável mudança especialmente na década de 70 com a concepção da nova legislação civil, nomeada por alguns autores com a concepção eudemonista da família.

Segundo esta concepção o instituto da família não se define mais em si mesma, como instituição, devendo ser entendida agora, como um mecanismo para amparar as relações entre os indivíduos, não renunciando seu aspecto patrimonial, mas dando ênfase as relações extra patrimoniais de cada indivíduo.

Entretanto porém foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o conceito de família se aprofundou distanciando-se dos conceitos antes observados de 1916, agregando valores como a igualdade entre gêneros e entre filhos, o reconhecimento da natureza sócio-afetiva da filiação como gênero e a proteção do Estado alcançando qualquer entidade familiar. Sobre esse tema Fachin (2003, p. 444-445) relata:

Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.

Apesar das mudanças o direito de família deve ser interpretado numa perspectiva ampla na qual a racionalidade emancipatória da pessoa humana não se restrinja apenas às normas expressas.

Após explanada essa análise histórica do conceito de família, ao analisamos esse novo instituto de usucapião, percebe-se que há na doutrina um desacordo sobre qual a nomenclatura utilizar. *Tartuce* defende a utilização da nomenclatura usucapião especial urbana por abandono do lar, segundo seu entendimento essa

terminologia seria adequada na medida em que diferencia o novo instituto das categorias da usucapião especial rural na qual possui uma conotação familiar, da usucapião ordinária, da usucapião extraordinária.

Pensamento este diverso ao de Simão (2016, p. 01): “Creio ser 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.”

Desta forma, por não haver consenso na doutrina sobre a nomenclatura o termo adotado por essa pesquisa será “usucapião familiar” utilizado por Simão, uma vez em que entendemos que esse alcança o modo mais expressivo do objetivo do novo instituto: a efetivação do direito à moradia e a proteção das diversas modalidades de entidades familiares presentes no ordenamento jurídico brasileiro

O instituto originou-se da Medida Provisória nº 514 de 2010, sendo posteriormente Confirmada pela na Câmara dos Deputados e, em seguida, encaminhado ao Senado Federal, onde foi aprovado em 10 de maio de 2011.

Desta feita, restou ao presidente após vetar do §2º74 do novo artigo a ser incluído na legislação civil, sancionar o Projeto em 16 de junho de 2011, o qual foi convertido na Lei 12.424 de 2011, passando a usucapião familiar figurar no artigo 1.240-A, do Código Civil

Conforme mencionado, a Medida Provisória nº 514 de 2010 alterou especialmente a Lei 11.977/2009 que instituiu o programa Minha Casa, Minha Vida e os subprogramas Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) e Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR). Conforme disposto nos artigos 1º, 4º e 11 da mencionada legislação, o PMCMV têm como objetivo traçar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650 (quatro mil seiscentos e cinquenta reais), enquanto o PNHU tem por objetivo promover a produção ou aquisição de novas unidades habitacionais ou a requalificação de imóveis urbanos, e o PNHR, por sua vez, tem

por finalidade subsidiar a produção ou reforma de imóveis aos agricultores familiares e trabalhadores rurais, por intermédio de operações de repasse de recursos do orçamento geral da União ou de financiamento habitacional com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviços (FGTS).

Assim, conclui-se que, embora a usucapião familiar almeje igualmente à regulamentação fundiária de imóveis urbanos, seus efeitos acabam não coincidindo com as premissas traçadas pelo mencionado projeto social, uma vez que os requisitos indicados pelo legislador, sobretudo a metragem limite de 250 m² do imóvel a ser usucapido, não protege exclusivamente as famílias de baixa renda, as quais são as principais destinatárias dos programas instituídos pela Lei 11.977/2009.

Embora o Programa Minha Casa Minha Vida também apresente como objetivo a produção ou reforma de habitações rurais, a nova modalidade de usucapião limitou-se a possibilitar a aquisição do domínio apenas de imóveis urbanos, nada dispondo acerca da propriedade rural.

Ressalte-se, ademais, que uma das razões para as alterações da Lei 11.977/2009 propostas pela Medida Provisória nº 514 de 2010 era o beneficiamento das mulheres que figuram como responsáveis pela unidade familiar⁷⁹, o que da mesma forma não encontra correspondência com a criação da usucapião familiar, tendo em vista que não há (e nem poderia ter, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da igualdade insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal) distinção de gênero para aquele que pretenda figurar no pólo ativo numa demanda fundada no artigo 1240-A, do Código Civil.

Questiona-se sobre a inserção de nova modalidade de usucapião no ordenamento jurídico brasileiro através de medida provisória e não por procedimento legislativo ordinário. Sobre os requisitos de relevância e urgência, de acordo com Bandeira de Mello (2012, p. 136-137.):

Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para a irrupção da aludida competência. É dizer: sem eles inexistirá poder para editá-las. Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora destas hipótese, não haveria condicionado sua expedição à pré-ocorrência destes supostos normativos. Segue-se

quetêm de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. Com efeito, se “relevância e urgência” fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontestável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreriam da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teriam o âmbito que o Chefe do Executivo quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decidiria sua própria esfera competencial da matéria, ideia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito.

Neste contexto, entende-se que os pressupostos de relevância e urgência devem ser cumulativos, não sendo possível propor uma medida provisória sem a presença de ambos.

É clara a importância relevante desse novo instituto, na medida em que ele atua como uma ferramenta para a efetivação ao direito de moradia, resguardado pelo artigo 6º da CR.

Contudo, o mesmo não ocorre quando analisamos o suposto normativo da urgência, tendo em vista que, conforme assevera Mello(2012, p. 135):

[...]só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora.

Em entendimento semelhante argumentam Paulo e Alexandrino¹:

Matéria objeto de grande controvérsia na doutrina e, mesmo na jurisprudência, diz respeito à competência para aferição dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância, justificadores da edição de medida provisória. Questiona-se se essa competência estaria no âmbito da esfera de discricionariedade do Presidente da República, ou se, diversamente, poderiam os poderes Legislativo e Judiciário fiscalizar a presença de tais pressupostos. A questão foi objeto de grande discussão também no âmbito do STF, tendo a Corte firmado orientação de que a aferição dos pressupostos de relevância e urgência têm caráter político, ficando sua apreciação, em princípio, por conta do Chefe do Executivo (no momento da adoção da medida) e do Poder Legislativo (no momento da apreciação da medida).

Antes da edição da Lei 12.424/2011, o cônjuge que permanecesse no imóvel após a separação de fato poderia adquirir o domínio do bem pertencente ao casal ou de propriedade exclusiva daquele que se ausentou do lar valendo-se das regras

¹PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2009. p. 516.

específicas da usucapião extraordinária, ordinária ou especial, a depender da situação. Na lição de Freitas (2012, p. 13-14.):

A usucapião relacionada a questões de família, portanto, embora não seja prática jurídica usual, é juridicamente possível, como visto nos julgados anteriores, desde que presentes – e comprovados – os elementos exigidos por lei, em especial, o *animus domini*, sobre a integralidade do bem condominial, que se desnatura com a existência de ações de inventário, fixação de alugueres, comodato, participação no pagamento de despesas, alimentos in natura, divórcio, dissolução de união estável, enfim, medidas que colocam o imóvel à disposição ou em benefício de todos os condôminos e, não na exclusividade de apenas um coproprietário, em relação a todos seus bônus e ônus.

Desta forma, embora de extrema relevância a criação da nova modalidade de usucapião, não havia urgência na sua inserção no sistema jurídico brasileiro através de medida provisória, tendo em vista já existir a possibilidade de reconhecimento de usucapião entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, ainda que com prazo maior do que o bienal previsto no art. 1240-A, do Código Civil.

Salienta-se, ainda, que a urgência prevista no art. 62, da Constituição Federal deve corresponder não apenas à adoção da norma editada (vigência), como, igual, à sua incidência (aplicação), razão pela qual, segundo a melhor doutrina, é inadmissível a utilização de medida provisória para produzir efeitos após determinado lapso temporal o que reforçaria a inconsistência da criação da usucapião familiar através deste mecanismo legislativo.

O procedimento de conversão de lei não se confunde com o ordinário de produção legislativa, não podendo a lei de conversão ser considerada um modo normal de manifestação do Congresso Nacional. Conclui-se, portanto, que caso a usucapião familiar tivesse sido objeto de projeto de lei, com tramitação pela via ordinária e aliada à verdadeira discussão nas duas Casas do Congresso Nacional, inúmeras incoerências oriundas da redação do dispositivo 1240-A, do Código Civil, poderiam ser evitadas.

Poderá agora o Judiciário realizar efetivo controle de constitucionalidade visando evitar maiores prejuízos decorrentes de vícios constantes na atividade legislativa.

Acerca do assunto, assevera Cleve(2010, p. 180):

Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes.

Tem-se, portanto, que, embora não estejam presentes os requisitos de pertinência temática nem a cumulação dos elementos de relevância e urgência, a Medida Provisória nº 514/2010 foi convertida na Lei 12.424/2011, cabendo à doutrina e à jurisprudência conferirem interpretação constitucional ao instituto, visando minimizar os prejuízos da ausência da técnica legislativa do procedimento que implicou na criação de nova modalidade de usucapião no direito brasileiro.

4 REQUISITOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR

A despeito de apresentar alguns elementos comuns a outras modalidades de usucapião previstas no ordenamento jurídico brasileiro, como a posse contínua, mansa, pacífica e com animus domini, além da metragem de 250m² - necessária também para a caracterização da usucapião especial urbana, a usucapião familiar exige novos requisitos para sua configuração, os quais serão analisados a seguir.

Conforme dispõe o art. 1.240-A, do Código Civil:

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. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. (BRASIL,2012)

4.1 Elementos materiais

O estudo analisa os elementos materiais do instituto da usucapião familiar oriunda da lei 12.424/2011 em seu artigo 1240-A. O presente estudo apresenta o prazo bienal, o abandono do lar e a característica de benefício único a fim entender tais elementos.

4.1.1 Prazo Bienal

O prazo de dois anos para que o ex conjugue possa utilizar-se do artigo 1240 A, ou seja, para esta modalidade de usucapião observa-se um menor tempo em relação as outras modalidades.

A esse respeito alguns doutrinadores entendem que esse prazo reduzido é mais um elemento que visa a dificultar a relação entre os indivíduos que estão envolvidos no rompimento do vínculo conjugal. Nesse entendimento *Wesendonck*(2012, p. 05)

leciona:

É preciso examinar esse exíguo prazo de afastamento do lar como causa de perda da propriedade em conjunto com a disposição constitucional do art. 5º, LIV, segundo o qual ninguém será privado de seus bens sem o

devido processo legal, pois a complexidade das relações familiares não permite efeitos tão fortes pelo simples decurso do tempo. Veja-se, por exemplo, que esse período de dois anos pode ser o prazo no qual as partes estão definindo se devem dar mais uma chance ao relacionamento ou devem por fim ao mesmo.

Desta feita, o simples decurso do prazo bienal após o abandono do lar não gera a aquisição da propriedade pelo ex cônjuge observada a interpretação literal do art. 1.240-A, há necessidade por tanto da cumulação de outros requisitos impostos pelo legislador, sendo assim, as críticas sobre o biênio aquisitivo não prosperam.

Segundo o enunciado 498 da V Jornada de Direito Civil, o prazo de 2 anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contempla o início da entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011. Resguardando a proteção do direito adquirido, oriunda do art. 5º, XXXVI, da Constituição e do art. 6º da Lei de Introdução

Já no enunciado 499 da mesma jornada, ressalta que aplicável às demais modalidades de usucapião, o prazo de dois anos deve ser verificado antes do ajuizamento da ação em decorrência das peculiaridades do novo instituto, sob pena de extinção do processo por ausência de uma de suas condições. A igualmente não é possível que, no curso de ações de outras espécies de aquisições de domínio pelo decurso do tempo, pretenda o autor modificar a causa de pedir para usucapião familiar, alegando ter completado o biênio durante o transcurso da demanda, vez que tal ato importaria novamente em surpresa para o réu.

E necessário ressaltar, que o prazo de dois anos deve estar acompanhado da posse mansa, pacífica, exclusiva, ininterrupta e direta, não havendo que se falar em usucapião familiar em caso de oposição oferecida pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, seja ela judicial ou extrajudicial.

4.1.2 O abandono do lar

O abandono do lar, durante um determinado período, foi um ato que contribuiu para a impossibilidade da vida em comum.

Contudo, o instituto do abandono do lar, introduziu no ordenamento jurídico uma problemática a respeito da reinserção da culpa nas relações conjugais, questão essa que havia sido sanada pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

Tradicionalmente, o abandono do lar esteve vinculado ao dever de coabitação previsto no art. 1.566, inc. II, do Código Civil, o qual dispõe que são deveres de ambos os cônjuges a vida em comum, no domicílio conjugal. Segundo a doutrina majoritária, a simples ausência de um dos consortes injustificadamente no lar conjugal não é suficiente para caracterizar o abandono, sendo necessário, ainda, a espontaneidade, voluntariedade e a intenção de verdadeiramente deixar o domicílio conjugal com propósito definitivo. *Cahali* (2005, p352) explica:

[...]

a doutrina e a jurisprudência se bifurcam na interpretação do conceito de abandono como causa de separação matrimonial. Uns sustentam que consiste no afastamento do lar conjugal, na deserção absoluta, caracterizada por um ato conscientemente livre, atestando, de modo inabalável e definitivo, a recusa dos deveres de coabitação e assistência, impostos legalmente pelo art. 231 do CC (art. 1.566 do CC/2002). Outros, considerando que o abandono não consiste no fato material da ausência, advogam o entendimento de que se evidencia em fatos que implicam a manifestação inequívoca, evidente e reiterada do propósito de alhear-se à comunidade marital.

Para caracterizar o abandono do lar o mesmo deve ocorrer de maneira imotivada pela parte. Sendo o entendimento de Loureiro (2012 p. 777.):

Tome-se como exemplo a ex-esposa ou ex-companheira que se vê ameaçada ou agredida pelo consorte, ou mesmo do marido ou companheiro que resolve deixar o lar comum para evitar o agravamento da crise conjugal ou preservar as relações familiares e os filhos de desentendimentos ou trocas constantes de ofensas verbais. Abandono houve, mas fundado em razões lícitas e justificáveis, insuscetível de gerar a grave consequência da perda da parte ideal sobre o imóvel comum.

O novo código Civil determina em seu art. 1.573, inc. IV, que é causa apta a tornar impossível a vida em comum a ocorrência do abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano consecutivo.

Desta feita, conclui-se que no Direito de Família o abandono do lar apenas ocorre após transcorrido na lei ou seja, depois do decurso de um ano, em contra partida, o art. 1240-A amplia o prazo para mais um ano para que o cônjuge tenha a possibilidade de usucapir a meação daquele que deixou o bem do casal.

Assim, entende-se que o abandono do lar é elemento subjetivo da norma trazida no art. 1.240-A, do Código Civil, tendo em vista, que para sua caracterização é necessário advir da vontade, da intenção do sujeito.

Após a vigência da Lei 12.424/2011, os doutrinadores se dividiram entre os que reconheciam o instituto e aqueles que eram contrários ao mesmo.

Aqueles que discordaram, argumentaram que o instituto da usucapião familiar trouxe ao ordenamento jurídico o desenho da culpa no fim das sociedades matrimoniais ou mesmo por tê-la inserido no caso de dissolução de união estável, onde nunca se cogitou a verificação de culpa para sua extinção. Dias (2011, p.01) menciona:

De forma para lá de desarrazoada, a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. A medida foi das mais salutares, pois evita que mágoas e ressentimentos – que sempre sobram quando o amor acaba – sejam trazidas para o Judiciário. Afinal, a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do vínculo que nasceu para ser eterno e feneceu.

Ocorre, no entanto, que embora o termo “abandono do lar” inserido pelo legislador na redação do art. 1.240-A seja passível de severas críticas, é necessário que sua interpretação seja tomada a partir da Constituição Federal, vez que o processo hermenêutico exige, à luz do próprio princípio de vedação ao retrocesso, que a aplicação da norma se dê de forma atual, contextualizada e, sobretudo, sistematizada.

A necessidade de voltar a discutir a culpa pela separação de fato seria, sem dúvidas, um retrocesso jurídico, já que encontra-se superada esta questão pela jurisprudência, e conseqüente atentado a direitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e o direito à proteção do patrimônio.

O requisito abandono do lar inserido na redação do dispositivo ora em comento deve ser entendido como abandono possessório, deixando o coproprietário de exercer os atos que lhe são inerentes como o uso, gozo, disposição ou reivindicação.

Conforme dispõe o art. 1.228, do Código Civil¹²⁹; além de abandono da família, deixando-lhe de prestar assistência material e moral. Veja-se, neste sentido, o

Enunciado 498 da V Jornada de Direito Civil que procurou dar melhor interpretação à expressão abandono do lar:

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.

O instituto revela-se como proteção à família e efetivação do direito constitucional de moradia e deve ser interpretado conforme a Constituição, visando evitar, justamente, o retrocesso tão discutido atualmente pela doutrina.

Como já mencionado, a família deve ser compreendida como de maneira ampla a possibilitar a realização da dignidade da pessoa humana, respaldada pela Constituição Federal.

A usucapião familiar almeja possibilitar a moradia daquelas entidades familiares que se vêem prejudicadas, inclusive financeiramente, pela ausência de um dos cônjuges e que necessitam regularizar a situação do imóvel em que residem.

Os inúmeros requisitos impostos pelo legislador para a caracterização da usucapião familiar certamente irão impedir que esta seja utilizada como punição pela violação de um dever matrimonial que não tem mais relevância no direito de família. Seu campo típico de incidência será a situação para a qual foi pensada a figura, qual seja, o da regularização fundiária de imóveis populares e que, durante o período de financiamento, um dos cônjuges companheiros desaparece, sem deixar paradeiro conhecido

É neste sentido, que o instituto deve ser pensado, sendo certo que a figura da culpa, extinta com a Emenda nº 66/2010, não foi reinserida no ordenamento jurídico através da Lei 12.424/2011, a qual igualmente não violou o princípio da vedação ao retrocesso, como sustentado por alguns autores.

Sendo o entendimento de *Wesendonck* (2012, p.22):

Conseqüentemente, decorre a necessidade de se objetar a uma exegese meramente literal do dispositivo legal, que deverá ser interpretado de acordo com os princípios e demais regras do Direito de Família atual, sem deixar de considerar as modificações evolutivas que sofreu e também em decorrência dos requisitos estabelecidos para o reconhecimento de usucapião no Direito das Coisas.

Incumbirá, entretanto, a doutrina e jurisprudência definir a melhor interpretação ao termo: abandono do lar, redigida pelo legislador nocauput do art. 1.240-A, para que, o instituto atinja seu objetivo primário, qual seja, a efetivação do direito fundamental à moradia e a proteção dos núcleos familiares.

Sublinhe-se, por fim, que a usucapião familiar, embora exija o desaparecimento do consorte para sua configuração, não guarda relação com o instituto da ausência, previsto no art. 22 ao art. 39, do Código Civil. Conforme aduz Francisco Amaral, a ausência pode ser entendida como situação jurídica especial ou como modo de extinção presuntiva da personalidade humana, sendo que para que alguém seja considerado ausente é preciso que: a) tenha desaparecido do seu domicílio; b) haja dúvida sobre sua existência; e c) haja sentença declaratória do juiz (CC. art. 22) (CPC, art. 1.159)

Neste sentido, que enquanto a ausência se presta a tutelar os interesses do ausente e de terceiros, sobretudo acerca das questões patrimoniais e aquelas referentes ao direito de família (como a guarda dos filhos e dissolução matrimonial, por exemplo), a usucapião familiar pretende apenas viabilizar a aquisição do domínio do bem comum do casal, sobretudo no período de financiamento do imóvel, nos casos em que um dos consortes desaparece voluntariamente do lar conjugal, apresentando, para tanto, requisitos e prazos muito menos complexos do que aqueles previstos para a configuração da ausência

Da leitura dos art. 22 e seguintes, do Código Civil, verifica-se que as conseqüências da declaração da ausência, para além de serem mais amplas, são muito mais rígidas do que aquelas decorrentes da declaração da usucapião familiar, onde o principal resultado é a perda da propriedade do imóvel comum do casal por aquele

que abandona o lar conjugal, não se denotam razões, portanto, para confusão entre os institutos.

4.1.3 Benefício Único

A ressalva inserida no §1º, do art. 1.240-A, do Código Civil pelo legislador no sentido de que o direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Conforme entende Carlos Eduardo de Castro Palermo, a limitação prevista no §1º do art. 1.240-A revela o objetivo social do dispositivo, sendo não é somente satisfazer o interesse do dono, mas também o da sociedade em geral. A propriedade, hoje, além das faculdades (usar, gozar, dispor, reivindicar) deve respeitar o interesse geral.

4.2 Elementos Processuais

A discussão acerca do instituto da usucapião não está atrelada somente no campo material. No campo processual a doutrina diverge, no quesito competência. Quem seria competente para julgar as demandas que pregoam os requisitos do a art. 1.240-A, do Código Civil?

4.2.1 Competência

Alguns autores ao se falar em competência argumentam que será necessário realizar prova da separação de fato e discutir questões envolvendo a partilha dos bens do casal para concluir que a competência pertence ao juízo apontado, na lei de organização judiciária do estado-membro ou do Distrito Federal, como competente para conhecer da dissolução do casamento ou união estável e da partilha de bens, evitando a remessa à vara cível de questões que lhe são estranhas.

Entretanto, Loureiro (2012, p. 779) diz:

[...]

embora a ação seja privativa de ex-cônjuges ou ex-companheiros e tenha por objeto imóvel residencial comum, a competência para processar a ação é das varas cíveis, e não das varas de família. Nas comarcas em que

existirem varas especializadas de registros públicos, como é o caso da Capital de São Paulo, a competência é delas privativa, em razão da matéria e leis locais de organização judiciária.

Ou seja, segundo o argumento de Loureiro a função principal da usucapião é a garantia do direito à moradia, entende que é da competência das Varas Cíveis ou de Registros Públicos processar e julgar ações de usucapião familiar sendo este ao nosso ver o entendimento mais correto sobre o assunto. Até porque, quando a usucapião familiar é alegada como matéria de defesa em processo envolvendo a partilha dos bens, conforme orientação da Súmula 237, do STJ, o processo deverá ser sobrestado e a questão remetida à Vara Cível apta para processamento e julgamento da demanda fundada no art. 1.240-A, do Código Civil, para, somente após, se proceder à partilha do patrimônio amealhado no curso da sociedade conjugal.

4.2.2 Procedimento

Conforme mencionado, a usucapião familiar é uma das modalidades de usucapião especial urbana, assemelhando-se a ela em relação a diversos requisitos, como localização e área máxima, o rito a ser observado é o mesmo sumário previsto no art. 14, do Estatuto da Cidade. Nada impede, no entanto, que o magistrado, ao verificar razões objetivas que prejudiquem o bom e célere desenvolvimento da demanda, converta o feito para o rito ordinário. Destaca-se, que deverá ser citados os *litisconsortes* necessários, terceiros interessados, confrontantes e a Fazenda Pública. Assim, explana Gouveia (2011. p, 4 -5):

[...]

o rito especial, com toda a sua complexidade, tem uma função particularmente clara, que é a de formalizar uma relação processual que se dá contra todos, para a declaração de que foi adquirido o direito real, cujo exercício se dá erga omnes. A especialidade de tal procedimento está no edital convocatório dos réus hipotéticos, fixado no art. 942 do CPC. Trata-se de uma técnica de sumariedade de cunho pré-processual. Como, de acordo com o exposto acima, não há réus hipotéticos em tal ação, o procedimento especial não tem o menor sentido. Na nova modalidade de usucapião, este aspecto deixa de ter relevância. Se os cônjuges precisam ser titulares em conjunto do domínio sobre o bem, não há como ferir interesses de terceiros. Nem mesmo os confinantes poderão ser prejudicados, pois o pedido deve se restringir à declaração da aquisição da meação do cônjuge condômino no imóvel, nos estritos limites do direito previamente reconhecido. Por isso, o interesse em contestar a demanda pertence exclusivamente ao cônjuge que se retira do lar, sendo desnecessária a citação dos demais.

Não inobstante exista entendimento contrário no sentido de que, se os cônjuges precisam ser titulares em conjunto do domínio sobre o bem, não haveria como ferir interesse de terceiros.

4.2.3 Natureza

Assim como nas demais modalidades de aquisição do domínio pela posse prolongada no tempo, a natureza da sentença da usucapião familiar é declaratória, produzindo efeitos retroativos à data da consumação do prazo bienal aquisitivo.

Além disso, deve a sentença declaratória ser anotada no registro imobiliário, não havendo necessidade, via de regra, de descerramento de uma nova matrícula, uma vez que a usucapião terá por objeto tão somente a parte ideal da propriedade do ex-cônjuge, enquanto a parte ideal que já pertencia ao usucapi ente manterá a sua origem derivada.

4.2.4 Custas

Sobre custas no processo, constata se que no art 1240- A em seu §2º a presidência da república o vetou, isso ocorreu devido argumento de que o dispositivo fere o pacto federativo ao interferir na competência tributária dos Estados extrapolando o disposto no §2º, do art. 236, da Constituição.

Entretanto, a jurisprudência do STJ, entende no sentido de conceder aos beneficiários da assistência judiciária gratuita também a isenção do pagamento das custas e emolumentos do registro imobiliário, desde que do mandado judicial conste tal particularidade

5 CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Após a edição da Lei 12.424 de 2011, muito se discutiu acerca da constitucionalidade material da usucapião familiar. De acordo com a maioria da doutrina, o instituto se apresenta na contramão dos avanços do direito contemporâneo, vez que reintroduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da culpa na dissolução da sociedade conjugal, extirpada com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, a qual admitiu o divórcio como direito potestativo. Neste sentido, é o posicionamento de Guazzelli (2007. p 107):

Enfim, a nova regra legal ora sob estudo, acaba por fazer renascer uma discussão que já estava praticamente banida do sistema e, neste aspecto, representa verdadeiro retrocesso legislativo, até porque pune patrimonialmente o cônjuge/companheiro que se afastou do lar, muitas vezes justamente e por necessidade quiçá até de preservação (sua ou da família); e, por outro lado, premia o cônjuge/companheiro que, em tese, teria sido “injustamente” abandonado, com a aquisição da propriedade da metade do imóvel residencial que pertence ao outro. Reinsere a discussão da culpa no sistema, dando relevo ao abandono do lar conjugal, sobretudo “punindo” aquele que sai e “premiando” o cônjuge que fica, pode redundar em grave injustiça, e reforça a arraigada ideia de que aquele que sai, perde todos os seus direitos.

Farias e Rosenvald apresenta pensamento idêntico ao afirmar:

Via de consequência, ao inserir dentre os requisitos da usucapião o abandono voluntário e injustificado do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros, a Lei n. 12.424/11, resgata a discussão da infração dos deveres do casamento ou união estável. Vale dizer, em detrimento de da constatação do fim da afetividade, avalia-se a culpa e a causa da separação, temáticas que haviam sido abolidas pela referida EC, cuja eficácia é imediata e direta, não reclamando a edição de qualquer norma infraconstitucional. Se as normas anteriores a EC n. 66/10 não foram mais recepcionadas pelo ordenamento, certamente as posteriores – como a que ora se discute – podem ser reputadas como ineficazes perante a ordem constitucional.

Contudo, não se mostra razoável afirmar a inconstitucionalidade do novel instituto. A um porque, para aqueles que entendem ainda existir a figura da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo após a EC nº 66/2010, a culpa continua ocupando um relevante papel nas relações matrimoniais. Há dois porquês, conforme assevera Francisco Eduardo Loureiro, o objetivo a ser alcançado, a razão de ser da norma, não é propriamente o de sancionar o ex-cônjuge ou o ex-companheiro culpados, mas sim o de proporcionar, em determinadas situações, a regularização da propriedade fundiária em nome daquele que permaneceu de posse do imóvel, e

não conseguiria fazê-lo pela forma derivada de uma partilha. Garantese o direito à moradia, de estatura também constitucional (art. 6º, da CF), pela via originária da usucapião.

O direito à moradia revela-se a principal finalidade da usucapião familiar, além de privilegiar aquele que permanece na posse do imóvel, conferindo-lhe uma função social. Inegável, também, que a norma apresenta efetiva solução para os casos em que o cônjuge/companheiro(a) se ausenta do lar conjugal, impossibilitando, quiçá para sempre, a localização de seu paradeiro, restando àquele que fica arcar individualmente com os ônus, inclusive tributários (não raro de custo elevado), para a manutenção do imóvel. Cite-se, aqui, o posicionamento de *Wesendonck* (2013,p.12):

Assim, não é viável que o cônjuge se separe, abandone a família, deixe o outro criando os filhos sozinho, amealhando patrimônio com seu esforço, e depois, pretenda a partilha dos bens adquiridos durante a separação de fato. Ou ainda, que o cônjuge que abandona a família e a posse dos bens comuns, deixe os bens sob encargo de administração exclusiva do outro (o que importa em despesa e trabalho) e depois venha a pretender a divisão desses bens.

Neste sentido, inclusive, o instituto se mostra como poderoso instrumento para a proteção da família no ordenamento jurídico brasileiro, o que corrobora com a sua constitucionalidade.

Conforme entende Cavalheiro (2016. p15-16):

Não é possível perder de vista o direito à moradia como principal aspecto a ser protegido pela nova modalidade de usucapião. Se este direito fundamental encontra incidência nas relações familiares, evidencia-se uma alteração na tutela patrimonial da família. Esta, pensada em sua clássica concepção, inclinava o legislador a tutelar a propriedade da família. Para tanto, o Estado interferia nas relações mais íntimas do casal, interditando o reconhecimento de filhos nascidos fora do casamento, o que poderia significar uma dissipação do patrimônio familiar.

Na medida em que a família passa a existir para o indivíduo, trazendo para o primeiro plano o livre desenvolvimento da pessoa, busca-se tutelar seus direitos fundamentais. Desponta a moradia como centro de uma tutela informada pela eficácia horizontal deste direito. No âmbito da amplitude da impenhorabilidade do bem de família, a tutela da moradia significou um alargamento do conceito de família, abarcando o devedor solteiro, ao suscitar uma família unipessoal. Agora, a tutela patrimonial da entidade familiar encontra amparo na moradia, delineando-se uma nova modalidade de usucapião.

Trata-se de uma tutela patrimonial da família ancorada em direitos fundamentais das pessoas que a compõem. Para tanto, o direito à moradia encerra sua eficácia nas relações familiares, tecendo um espaço privilegiado de realização daqueles direitos.

Desta forma, a usucapião familiar deve ser lida conforme sua função primordial, procurando minimizar o aspecto sancionatório ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonaram o imóvel comum do casal. Caberá ao Poder Judiciário, portanto, a aplicação ponderada do instituto, visando privilegiar as boas motivações do legislador ao criar a nova modalidade de aquisição do domínio, abandonando-se a interpretação literal do dispositivo e os efeitos negativos daí decorrentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, enquanto instituição basilar da sociedade brasileira, tem demandado maior atenção e proteção por parte do legislador infraconstitucional, sendo exemplo disso a nova modalidade de aquisição do domínio criada através da Lei 12.424/2011 e denominada usucapião familiar.

Inobstante à primeira vista e pela leitura literal do art. 1.240-A do Código Civil pudesse argumentar que o novo instituto reintroduziu questões já extirpadas no Direito Civil brasileiro, como é o caso da culpa na dissolução da sociedade conjugal, por exemplo, por intermédio do presente estudo foi possível concluir que a usucapião familiar representa, em verdade, importante instrumento para efetivação do direito constitucional à moradia, bem como ferramenta de proteção à família, vez que, através da cumulação de vários requisitos, tornou-se possível a aquisição da propriedade por aquele que permanece no imóvel comum do casal arcando sozinho com os ônus daí decorrentes e sustentando, moral e materialmente, a entidade familiar, após o abandono possessório do lar conjugal pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro.

A atuação positiva do Estado para concretização e garantia do direito à moradia, sobretudo às famílias de baixa renda, através da criação desta espécie de aquisição do domínio demonstra a constitucionalidade do instituto, ainda que sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro tenha se dado sem a técnica legislativa necessária. Além disso, a usucapião familiar deve ser interpretada de maneira sistematizada e, sobretudo, de acordo com a Constituição Federal, sendo certo que o polêmico elemento do abandono do lar mencionado pelo legislador não deve ser entendido como sanção àquele que se ausenta do lar conjugal e descumpre um dos deveres matrimoniais que é a coabitação.

Isso porque, há muito a doutrina e a jurisprudência vinham afirmando a desnecessidade de perquirição da culpa no momento da dissolução da sociedade conjugal, sendo tal entendimento positivado através da edição da Emenda Constitucional nº 66/2010 que tornou o divórcio direito potestativo do consorte.

Desta maneira, verifica-se que não é possível sustentar que a usucapião familiar representou retrocesso na medida em que teria reintroduzido no ordenamento jurídico a questão da culpa, tendo em vista que o termo “que abandonou o lar” mencionado no art. 1.240-A do Código Civil deve ser interpretado como abandono possessório do imóvel comum – com a ausência de exercício dos poderes inerentes ao proprietário, e como abandono familiar, material e moral. A partir daí teremos a incidência do instituto tão somente naquela situação para o qual foi efetivamente pensado, qual seja, a regularização fundiária de imóveis populares de onde, durante o período de financiamento em especial, um dos consortes desaparece, sem deixar paradeiro conhecido.

Ademais, em que pese alguns autores tenham tecido críticas ao exíguo prazo de dois anos imposto pelo legislador para configuração da usucapião familiar, depreende-se que o biênio aquisitivo, somado aos demais elementos, se mostra como prazo suficiente e razoável para que o cônjuge ou companheiro que permaneceu no bem comum possa se tornar titular da meação/cota parte pertencente àquele que se ausentou do lar conjugal e regularizar a situação do imóvel, visando reconstruir justificadamente sua vida e de sua família.

Tem-se, assim, que a cumulação de tantos requisitos impostos pelo legislador e a dificuldade de comprová-los na prática, como, muitas vezes, será o caso da condição do abandono do lar, impedirá que a usucapião familiar seja utilizada de maneira a reintroduzir questões já ultrapassadas no Direito de Família brasileiro ou mesmo como espécie de sanção patrimonial àquele que abandona a propriedade comum e impossibilita a localização de seu paradeiro.

A novidade do instituto impede, por ora, a verificação mais profunda dos impactos que a usucapião familiar causará no Direito Civil brasileiro, máxime pelo fato de sua aplicação ter sido possível somente após o mês de junho de 2013, sendo tema igualmente recente na jurisprudência. Caberá, portanto, aos juristas a tarefa de interpretar a nova modalidade de aquisição de domínio conforme os ditames constitucionais, evitando que a interpretação literal do dispositivo 1.240-A, do Código Civil impeça que o instituto cumpra com sua real e louvável função que é a efetivação

do direito constitucional à moradia e a proteção da entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: Vade Mecum, 14.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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>, [2011]. Acesso em 09/09/2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse a propriedade contemporânea** (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: reais**, 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2012.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Considerações sobre o artigo 1.240-A: Atos normativos e novidades legislativas**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, v. 23, ago/set 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. Usucapião e Direito de Família: Comentários ao art. 1.240-A do Código Civil. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 14, n. 71, abril/maio 2012.

GALLON, Leandro Ramos. **Reflexões sobre a inconstitucional usucapião instituída com as alterações do Programa “Minha Casa, Minha Vida”**. 2012. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/21136/reflexoes-sobre-a-inconstitucional-usucapiao-instituida-com-as-alteracoes-do-programa-minha-casa-minha-vida>>. Acesso em 27/11/2016.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das coisas**. 6. ed. 2. tiragem, v. 5, São Paulo: Saraiva, 2011.

GUAZZELLI, M. Usucapião por abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. . **Revista Brasileira de Direito das Famílias**,v.28,Porto Alegre; Belo Horizonte; IBDFAM, 2012. Bimestral.

_____. Usucapião por Abandono do Lar conjugal: Repercussões no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre; Belo Horizonte; IBDFAM, 2007. Bimestral.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed.rev., atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Brandão. **O abandono do lar conjugal como causa de dissolução matrimonial**.11. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A polêmica usucapião familiar do art. 1.240-A do Código Civil**. Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. Renan Lotufo; Giovani Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins, coordenadores. São Paulo : Atlas, 2012.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "**Novas**" entidades familiares. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: RT,2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. V. IV,19. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das coisas**. 28 ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v.5.

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?** 2011. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informação/artigos/usucapiao-familiar-problema-ousolucao/598/>>. Acesso em 27/09/2016.

TARTUCE, FLÁVIO. A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal.**Revista Síntese Direito de Família**, v. 14, n. 71, abr/maio 2012, p. 16
TARTUCE, FLÁVIO. AUsucapião Especial Urbana por Abandono do Lar Conjugal. **Revista Síntese Direito de Família**, V. 14, n. 71, abr/maio 2012. 65

TARTUCE, Flávio. **A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal.** Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201108010921370.Tartuce_novausucapião.doc>. Acesso em 30/09/2016.

WESENDONCK, Tula. **Usucapião Familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?** 2016. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em 09/10/2016.