

O EXERCÍCIO DA POSSE DIRETA E O ABANDONO DE LAR COMO REQUISITOS CONTROVERSOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Carla Beatriz de Oliveira¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo o estudo do artigo 1.240-A, introduzido no Código Civil através da Lei nº. 12.424, de 16 de junho de 2011, que criou a denominada usucapião familiar. Por seu intermédio, é possível que o ex-cônjuge ou ex-companheiro obtenha a exclusiva propriedade do imóvel outrora pertencente a ambos os consortes. Este trabalho limitou-se em apreciar as expressões “posse direta” e “abandonou o lar”, referidas pelo legislador no texto do dispositivo legal. Ambas são objeto de controvérsia na busca por uma interpretação que as contextualize de forma sistemática e lhes confira um significado plausível, frente aos avanços alcançados pelo ordenamento jurídico vigente, na busca por cumprir a função social da norma.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião Familiar. Posse direta. Abandono de lar. Culpa.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breves considerações a respeito da usucapião familiar. 3 Dos requisitos para aquisição do direito. 3.1 Lapso temporal. 3.2 Bem condominial. 3.3 Posse direta. 3.4 Abandono do lar. 4 Abandono de lar: a conduta culposa como motivadora do rompimento do matrimônio. 5 A emenda constitucional nº. 66/2010 e a desnecessidade de imputação da culpa: o fim da noção de abandono de lar. 6 A expressão “abandonou o lar” em relação ao instituto da culpa: necessária laicização das relações familiares. 7 Considerações finais. 8 Referências.

¹Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio/SP (2018). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel/RS (2015).

1 INTRODUÇÃO

A lei nº. 12.424/2011 criou outra espécie de usucapião, disposta no artigo 1.240-A do Código Civil, sendo denominada de usucapião familiar. A modalidade permite ao ex-cônjuge ou ex-companheiro a aquisição da exclusiva propriedade de um bem imóvel, até então compartilhada entre o casal, desde que preenchidos alguns requisitos.

Através do projeto de lei de conversão nº. 10/2011, a lei nº. 12.424/2011 originou-se da medida provisória nº. 514/2010, a qual dispunha sobre a alteração na legislação pertinente ao programa de habitações “Minha Casa, Minha Vida”, do Governo Federal (PMCMV – Lei nº. 11.977/2009), a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, bem como outras leis esparsas.

Em razão da celeridade em sua tramitação (apresentada em 02/12/2010, sendo que na data de 03/05/2011 fora transformada em projeto de conversão, com sancionamento em junho do ano de 2011), a redação inicial, sem efetiva participação da comunidade acadêmica na busca por atenuar possíveis falhas, foi aprovada².

O texto da medida provisória não trazia em si o artigo 9º, cuja redação cuidou de acrescentar a usucapião familiar no conteúdo da lei nº. 12.424/2011, tampouco constam na ementa da norma comentários a respeito, sendo a exposição de motivos do projeto de conversão idêntica àquela da medida provisória, visto que a inclusão ocorrera apenas na Câmara dos Deputados³.

Diante desse cenário, há algumas indagações que permeiam o instituto, as quais se mostram como objeto de polêmica e controvérsia entre os civilistas pátrios, reforçando a pertinência do debate jurídico⁴.

Citam-se as expressões “posse direta” e “abandonou o lar”, utilizadas pelo legislador na redação do dispositivo, cujos sentidos mais adequados são assunto na busca por um consenso para aplicação do artigo na resolução de casos concretos.

² WESENDONCK, Tula. **Usucapião familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

³ FREITAS, Douglas Phillips. **Usucapião e Direito de Família: Comentário aos art. 1240-A**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁴ Em que pese a existência de opiniões divergentes, o presente artigo tenciona salvaguardar o instituto da usucapião familiar, através de apreciações que o adequem à interpretação jurídica coerente com o direito pátrio, especialmente no que tange as atuais ideias sedimentadas no âmbito do Direito de Família.

Nessa ordem de ideias, enfocando-se na redação controvertida do texto legal, a análise debruça-se na atribuição de sentidos que estejam de acordo com o panorama atual do ordenamento jurídico interno, concernente à impossibilidade do possuidor direto valer-se da usucapião, bem como ao descabimento do abandono de lar, requisitado pelo dispositivo legal, retomar a necessidade de imputação da culpa pelo término do matrimônio a um dos consortes, especialmente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 66 de 2010.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Antes de apresentar as discussões efetivas acerca dos requisitos considerados duvidosos com relação ao instituto jurídico, importa analisar a literalidade da disposição normativa. Reportando-se ao dispositivo legal, temos:

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.

§ 2º. (vetado)⁵.

O artigo supramencionado incumbiu-se de acrescentar uma modalidade de usucapião ao ordenamento jurídico vigente, recebendo diversas denominações por escritores que tratam do assunto, como “usucapião especial urbana por abandono de lar conjugal”, “usucapião entre ex-casal”, “usucapião pró-família”, “usucapião especial familiar”, “usucapião do lar”, “usucapião conjugal” e “usucapião familiar” (optou-se por adotar esta última nomenclatura no presente trabalho).

A modalidade permite àqueles que estejam separados de fato, outrora casados ou conviventes em uma união estável, a aquisição da exclusiva propriedade, até então compartilhada entre o casal, frente ao abandono do imóvel pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, desde que preenchidos alguns requisitos.

Criada no âmbito do “Programa Minha Casa, Minha Vida”, é plausível concluir que a usucapião familiar objetiva viabilizar o direito constitucional à moradia,

⁵ 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/l10406.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

consagrada no artigo 6º da Constituição Federal⁶, assim como proteger o bem estar familiar, direcionando-se, em princípio, à população com poder aquisitivo diminuto, sem condições financeiras de adquirir a propriedade residencial⁷.

O artigo 183, *caput*, da Constituição da República, prevê a denominada usucapião especial, que também se encontra disciplinada no artigo 1.240, *caput*, do Código Civil, elencando diversos pressupostos comuns com a usucapião familiar. Não obstante tais semelhanças imporem requisitos que devam ser preenchidos pelo usucapiente, elas traduzem o caráter social da atenção dispensada pelo legislador às camadas da população com baixo poder aquisitivo, que encontram sérias dificuldades na busca pelo exercício do direito à moradia.

Estabeleceu-se nas previsões normativas já existentes, e com a introdução de mais uma modalidade, balizadores de uma ideal política urbana em locais citadinos inutilizados, atentando à minoração das desigualdades sociais e ao cumprimento da função econômica e social da propriedade⁸.

3 DOS REQUISITOS PARA AQUISIÇÃO DO DIREITO

Para que se adquira a usucapião, na modalidade familiar, são necessários alguns requisitos especiais. Os elementos – coisa hábil, posse e lapso temporal – imprescindíveis a todas as espécies de usucapião, por óbvio, também são aqui exigidos.

Ainda assim, a usucapião familiar traz em seu cerne disposições próprias, sendo-lhe particular um exíguo lapso temporal de exercício possessório, assim como a necessidade do usucapiente encontrar-se na posse direta do imóvel, dividindo a copropriedade do bem com ex- cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar.

3.1 LAPSO TEMPORAL

⁶ CRFB/88, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁷ Embora se possa discutir acerca da possibilidade jurídica de usucapião – modalidade originária de aquisição proprietária – no ambiente de uma dívida bancária constituída, com finalidade social e pendendo garantia fiduciária, toma-se para fins argumentativos, as prováveis motivações desta alteração legislativa.

⁸ PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A nova usucapião especial por abandono de lar e a função social da propriedade**. Revista Síntese Direito de Família. vol. 14. n. 71. abr./maio 2012. p.22.

O prazo previsto pelo legislador, na modalidade em tela, é consideravelmente reduzido quando comparado às demais prescrições aquisitivas previstas no Código Civil Brasileiro. Os 02 (dois) anos exigidos em lei para a usucapião familiar são inferiores, inclusive, ao caso de aquisição de bens móveis, cuja prescrição ocorre em três anos, na presença de justo título e boa-fé, ou, ausentes estes elementos, em cinco anos.

Insta observar a divergência de opiniões entre os autores, originada pela brevidade do lapso temporal fixado em lei para a implementação do instituto. O artigo produzido por Vilardo compendiou ambas as visões:

Observa-se que o tempo de 2 anos é curto em meio às dificuldades próprias de uma separação e suas consequências com relação à questão financeira e filhos. [...] Todavia, observando-se pelo lado daquele que fica no imóvel cuidando dos filhos com o outro genitor tendo abandonado o cuidado da família, aguardar dois anos para somente aí poder desembaraçar o imóvel não seria pouco tempo. Até porque há o tempo de duração do processo para que a titularidade possa ser transferida, e só depois da sentença com trânsito em julgado terá a plena disponibilidade sobre o imóvel, o que pode levar pelo menos mais um ou dois anos⁹.

Nessa esteira, além da usucapião familiar fomentar o instituto da função social da propriedade, resguardando o direito à moradia, alguns civilistas julgam que, concomitantemente, também pretende proteger a família, em especial o patrimônio do cônjuge ou companheiro ainda residente no lar, após a separação fática, presumindo-se uma debilidade financeira condizente ao gerenciamento residencial, de forma autônoma, incluindo-se despesas ainda mais acentuadas caso existam filhos economicamente dependentes.

Calha trazer à baila o enunciado nº. 501, aprovado na V Jornada de Direito Civil de 2011, orientando que “as expressões ‘ex-cônjuge’ e ‘ex-companheiro’, contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio”.

No direito brasileiro, a separação de fato, ocasionada pelo fim da convivência e do afeto entre o casal, é causa de dissolução da sociedade conjugal, encerrando o regime de bens. Os bens adquiridos pelos cônjuges, durante esse período, não serão passíveis de meação, com o fito de evitar o locupletamento ilícito, interrompendo-se, dessa maneira, os efeitos do regime de bens e, consequentemente, a prescrição volta a correr entre os cônjuges na constância da

⁹ VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião Especial e Abandono de Lar – Usucapião entre Ex-Casal**. Disponível em <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com/2016/05/usucapiao-especial-e-abandon-o-de-lar.html>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

sociedade conjugal, tornando-se, pois, o ponto inicial da contagem do prazo prescricional para a presente modalidade.

3.2 BEM CONDOMINIAL

O artigo postula a divisão da propriedade do imóvel entre o ex-casal, independente do bem pertencer a ambos por comunhão ou simples condomínio. Em linhas gerais, este consiste no domínio da coisa por mais de uma pessoa, enquanto aquela – na qual diversos sujeitos exercem a titularidade sobre um direito real – pode surgir com o casamento ou a união estável (hétero ou homossexual).

A possibilidade de ocorrência da usucapião deve observar o regime de bens adotado, sendo pertinente Simão quando enfatiza que:

Se o casal for casado pelo regime da separação total de bens e ambos adquiriram o bem, não há comunhão, mas sim condomínio e o bem poderá ser usucapido. Também, se o marido ou a mulher, companheiro ou companheira, cujo regime seja o da comunhão parcial de bens compra um imóvel após o casamento ou início da união, este bem será comum (comunhão do aqwesto) e poderá ser usucapido por um deles. Ainda, se casados pelo regime da comunhão universal de bens, os bens anteriores e posteriores ao casamento, adquiridos a qualquer título, são considerados comuns e portanto, podem ser usucapidos nesta nova modalidade¹⁰.

Derradeiramente, os bens particulares do ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar quedam-se afastados da possibilidade de usucapião prevista no art. 1.240-A, posto que o texto legal é claro ao exigir um imóvel cuja propriedade pertença ao casal, oportunidade em que o usucapiente, já dono de uma parte do bem, busca o domínio integral do imóvel.

De outro lado, questões podem surgir acerca de alguém que já tenha a propriedade condominial, usucapindo a meação. De fato, no condomínio, há uma fração ideal de cada um dos condôminos, ou seja, o que poderia ser objeto de usucapião seria a fração ideal do outro.

3.3 POSSE DIRETA

A posse na usucapião familiar segue as características gerais de continuidade, mansidão e pacificidade exigidas para as demais classificações do instituto,

¹⁰ SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?**. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>. Acesso em: 01 ago. 2018.

inovando somente na exigência de posse direta pelo cônjuge ou companheiro que permaneceu no lar.

O exercício da posse direta, como condição exigida do cônjuge ou companheiro que permaneceu no imóvel de propriedade pertencente ao casal, revela, em verdade, atecnia na redação do dispositivo.

Em outras palavras, a saída do lar empreendida por um dos coproprietários não faz surgir uma relação jurídica de natureza real ou pessoal entre ambos, a ponto da posse desmembrar-se em direta e indireta. Isso, no tocante ao sistema de proteção relacionado aos bens.

Por ora, a interpretação mais plausível é considerar o desejo do legislador em enfatizar a necessidade do indivíduo que permaneceu no lar ser, a princípio, além de um dos proprietários, também o possuidor exclusivo do imóvel, exercendo posse efetiva ao utilizá-lo para moradia própria ou da família, não devendo ceder a terceiros nenhuma das faculdades do domínio que exerce, culminando como titular único da propriedade quando reunir, durante o biênio, os demais requisitos impostos cumulativamente na lei.

Ressalta-se que a defesa dos requisitos desta modalidade é uma tentativa de estender efeitos ao instituto que, em tese, pode ser questionado tecnicamente.

A proibição encontrada pelos possuidores diretos, concernente à impossibilidade de se valerem do instituto da usucapião, tem guarida na presença do negócio jurídico travado entre os sujeitos que possuem de forma mediata e imediata, afastando um possível estado de negligência do dono com sua propriedade e, concomitantemente, obstando a conquista do domínio, considerando-se que a bifurcação possessória aconteceu apenas pela aceitação do proprietário, bem como por se mostrarem incabíveis as alegações que tentam fazer crer a existência do ânimo pelo possuidor direto em ter a coisa para si.

Logo, mais razoável é interpretar a posse direta, mencionada no artigo 1.240-A, como a praticada efetivamente no imóvel de copropriedade do casal, todavia agora constituindo moradia somente ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que remanesceu no bem com ou sem a prole.

Outrossim, mesmo que silente o legislador sobre a necessidade de posse com *animus domini* para a usucapião familiar – rompendo com um dos componentes qualificadores de todas as outras modalidades do instituto – e caso a expressão “posse direta” houvesse sido aplicada na modalidade no sentido que a bifurcação

lhe confere (desde que, então, fosse baseada em um contrato), igualmente inconcebível seria a aquisição da propriedade, equivocando-se os entendimentos nesse sentido, em atenção à incompatibilidade de quem possui, com base em relação contratual, ter a coisa como sua, bem como devido à insegurança jurídica ocasionada se o sujeito que deveria restituir o bem pudesse usucapi-lo, conforme há muito defendido pelos civilistas e a jurisprudência pátria em razão da razoabilidade do argumento.

Não bastasse a atecnia, o legislador, *data venia*, também omitiu a necessidade da conduta do usucapiente manifestar ânimo de dono, consoante é habitual nas demais espécies do instituto.

No entanto, tendo em vista que o cônjuge/companheiro residente no imóvel é dono pela co-titularização da propriedade – além da dificuldade prática, no que tange à demonstração do elemento psíquico –, é provável que a condição de único proprietário seja alcançada se demonstrada a inércia manifestada pelo outro condômino no trato com o imóvel, bem como sendo suficiente que o possuidor, tendo conduta compatível com a do proprietário (ao evidenciar que lhe restou todo o cuidado com o lar, incluindo a quitação das despesas, além de outras atitudes zelosas típicas de dono ou de quem aspira a tal condição), exerça posse qualificada pelos elementos prescritos em lei.

Não obstante entendimentos doutrinários divergentes, moldados perante a inexistência de posição pacífica a respeito do tema, a lição trazida por Farias e Rosenvald coaduna-se com as ideias ora defendidas:

Ademais, ao se valer da expressão “posse direta” para descrever a situação jurídica do cônjuge que permanece no lar comum o legislador não se importou com a boa técnica, pois inexistente relação de direito obrigacional ou real entre o ex-convivente que sai do lar comum e aquele que fica. O correto é entender que um dos compossuidores se converte em possuidor exclusivo e, posteriormente, no concurso de todos os requisitos legais, único proprietário¹¹.

Em seus argumentos, Monteiro confere a mesma abordagem:

Para a outorga dos benefícios assegurados pelo artigo em tela, impõem-se o exercício da posse direta e efetiva sobre o imóvel que deve necessariamente, portanto, servir realmente de residência ao ex-cônjuge ou ex-companheiro e/ou também a seus familiares. Ou seja, a posse deve ser exercida diretamente pelo adquirente do domínio, mantendo-se ininterrupta, ademais, pelo prazo de dois anos. Excluiu o legislador, destarte, a posse

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. vol. 5. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 466.

denominada indireta em virtude da qual o proprietário se demite de um dos direitos inerentes ao domínio, cedendo a outrem o seu exercício¹².

Por fim, o enunciado nº. 502, aprovado na V Jornada de Direito Civil, ocorrida no ano de 2011, estabeleceu que “o conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art 1.197 do mesmo Código”, demonstrando que a interpretação mais próxima da pretensão legislativa clama pelo entendimento da posse exercida de forma pessoal e exclusiva.

3.4 ABANDONO DO LAR

Gerador de polêmica e divergência de opiniões entre os estudiosos, especialmente pelo marco da prescrição aquisitiva, nas demais espécies do instituto, ser a negligência ocorrida no trato com a propriedade, enquanto na usucapião familiar é o próprio abandono de lar que fixa o prazo, acabando por configurar ingerência estatal nas relações familiares.

Neste sentido, importante enfrentar o tema, a partir das contemporâneas discussões do Direito de Família, motivo pelo qual, os itens que seguem são complementares e reflexivos sobre este ponto.

4 ABANDONO DE LAR: A CONDUTA CULPOSA COMO MOTIVADORA DO ROMPIMENTO DO MATRIMÔNIO

A Igreja Católica sempre exerceu forte influência nas decisões estatais ao longo da história do país, inclusive em matéria atinente ao casamento. No período compreendido entre a colonização brasileira por Portugal até o ano de 1977 (com o advento da “lei do divórcio”), o casamento foi mantido indissolúvel por razões divinas, independente da vontade dos consortes em findar o enlace.

Após sucessivos avanços ocorridos paulatinamente, os quais encontravam respaldo nos anseios de divorcistas, todavia, forte objeção pela parcela da sociedade arraigada nas tradições religiosas de preservação familiar, a Constituição Federal de 1988, atentando a ambos os setores sociais, possibilitou (art. 226, § 6º) a prática de um sistema dual de dissolução do matrimônio, ante a coexistência do divórcio direto e da separação (antigo desquite) no ordenamento jurídico pátrio.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. vol. 3. 43. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

Nesse momento, o casal poderia optar em apenas separar-se ou, após um ano do trânsito em julgado da separação judicial, convertê-la em divórcio, além de, diretamente, divorciar-se, caso decorrido mais de dois anos de separação fática.

A diferença básica entre ambos os institutos consiste na capacidade da separação judicial desfazer a sociedade conjugal (ou seja, a vida em comum estabelecida pelo casal) – ao findar com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca, além de por fim ao regime de bens, possibilitando posterior restabelecimento da sociedade em caso de vontade dos cônjuges –, enquanto o divórcio finda com o vínculo conjugal constituído mediante ato solene imposto pelo Estado, permitindo aos cônjuges que realizem novo matrimônio.

No entanto, quando um cônjuge optava por ajuizar separação judicial litigiosa como sanção (uma vez que os avanços constitucionais não foram observados pela atual codificação civilista), era necessário imputar ao outro a grave violação de um dos deveres inerentes ao casamento (artigo 1.566, do CC, a saber: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos), demonstrando o quanto insuportável tornava-se a comunhão de vida (e os motivos para tanto vêm elencados no artigo 1.573, do CC: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante; conduta desonrosa; outros fatores valorados pelo juiz).

Em sede judicial, ao culpado eram dispensadas algumas sanções consistentes na perda dos direitos de guarda dos filhos, de manutenção do sobrenome (advindo com o casamento, por parte da esposa), assim como do pedido de alimentos.

5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66/2010 E A DESNECESSIDADE DE IMPUTAÇÃO DA CULPA: O FIM DA NOÇÃO DE ABANDONO DE LAR

O princípio da afetividade¹³ e da intervenção mínima estatal, ambos peculiares do Direito de Família, refletem os anseios da atual sociedade na busca por balizar suas relações familiares através dos laços de afeto, dirimindo a ingerência estatal no

¹³ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 273-313.

âmbito do planejamento familiar, que deve ocorrer apenas em caso de violações dos direitos e garantias previstas juridicamente.

Nesse contexto social dinâmico, juristas do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) propuseram emenda ao texto constitucional, logrando, no ano de 2010, mediante a conhecida “PEC do amor” ou “PEC do divórcio” (de número 66) alterar o artigo 226, § 6º. Com a novidade, implementou-se o entendimento, pacífico e majoritário, de término da separação judicial (com revogação tácita dos artigos do atual Código Civil que ainda a referem) e a conseqüente desnecessidade de prazo mínimo ou imputação de causas para dissolver-se o vínculo conjugal.

Em relação ao momento histórico descrito, Birchall pontua que:

Esta evolução também se deveu às mudanças de comportamento da sociedade, que percebeu que a separação e o divórcio não traziam os males previstos, mas, ao contrário, possibilitam, por muitas vezes, que pessoas infelizes em suas relações afetivas tenham uma nova oportunidade de serem felizes, solteiras ou na companhia de outrem e os filhos não desejam conviver com pais infelizes que brigam ou são indiferentes entre si. A própria sociedade passou a respeitar as mulheres separadas e divorciadas e parou de repudiar as crianças filhas de pais separados. [...] O desamor passou a ser uma das causas possíveis para se sustentar o pedido de separação e de divórcio¹⁴.

Dessa feita, o Estado, não mais intervindo na autonomia do casal, deixa de impor motivos que julga impossibilitarem a vida em comum, concedendo aos cônjuges a decisão de por término ao vínculo que os unia maritalmente, sem necessidade de perscrutar o que teria ocasionado a falta do amor, do afeto, da harmonia e dos planos de vida em comum. Outro não é o entendimento de Dias, insigne civilista e Vice-Presidente Nacional do IBDFAM:

[...] o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim¹⁵.

A autonomia de vontade propicia aos consortes que a falência da expectativa de vida em comum não gere frustrações ainda maiores, quando optem pela tutela jurisdicional que lhes permite por fim ao casamento, considerando-se que agora não

¹⁴ BIRCHALL, A. S.; Paula, Adriano Perácio de; Dias, Maria Berenice; Veloso, Zeno; Barbosa, Âguida Arruda. **A culpa, seu valor jurídico e efeitos para o Direito de Família e Sucessões**. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Direitos das Famílias*. 1ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, v. 1, p. 127-145.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja(1).pdf)>. Acesso em: 03 ago. 2018.

mais necessitam expor suas intimidades frente ao poder judiciário, sequer apontar um ao outro como culpados pelo desamor, prevalecendo, assim, a igualdade entre ambos.

Da mesma forma, por vezes, a imputação da culpa apenas a um dos cônjuges, pelo término da união, mostrava-se desarrazoada. Ainda, evita-se a tramitação de mais de um processo judicial, representando economia temporal e financeira, além de ser oportunizada aos consortes a faculdade de, contratando novo casamento, encontrar a felicidade na constituição de outro núcleo familiar.

Rodrigo da Cunha Pereira, Presidente Nacional do IBDFAM, menciona em acertada síntese que “a necessidade da separação dos cônjuges, seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio apenas protraí a solução definitiva de um casamento malsucedido”¹⁶.

Em suma, com os motivos acima elencados, é plausível concluir que o retrocesso estabelecido pelo Código Civil de 2002, quando não extirpou de seu conjunto de artigos o instituto da culpa, guarda incoerência com os anseios que a sociedade atual reclama do Direito de Família.

6 A EXPRESSÃO “ABANDONOU O LAR” EM RELAÇÃO AO INSTITUTO DA CULPA: NECESSÁRIA LAICIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, que divida a propriedade do imóvel com o ora usucapiente, constitui requisito fundamental exigido pela modalidade da usucapião familiar, tendo em vista que o prazo de exercício possessório tem início com seu implemento.

A expressão causou divergências entre os doutrinadores da área, dividindo opiniões sobre a hipótese de a modalidade haver (ou não) regredido ao instituto da culpa, em desuso no atual Direito de Família. Isso decorre porque o abandono do lar, de forma voluntária e injustificada, era tradicionalmente elencado como causa culposa apta a ensejar a separação judicial se imputada ao outro cônjuge, posição esta mantida pelo atual Código Civil em seus artigos 1.572 e 1.573, inciso IV.

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal.** Disponível em <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2010/07/artigo-de-rodriogo-da-cunha-pereira.html>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

Nesse contexto, muitos estudiosos acusam a usucapião familiar como ocasionadora de um retrocesso, pois o termo escolhido pelo legislador remeteria à necessidade de suscitar o culpado pelo término do afeto, em evidente desrespeito ao afastamento da teoria da culpa efetuado com a Emenda Constitucional nº. 66 de 2010. Outros, na tentativa de encontrar alguma aplicabilidade e coerência no instituto, em face dos valores e princípios constitucionais, tentam realizar uma leitura constitucionalizada do tema.

Embora o objetivo da lei seja proteger o patrimônio do consorte que permaneceu residindo no lar conjugal, a redação aplicada pelo legislador mostra-se passível de incutir dúvida sobre a real interpretação que se almejou conferir à norma. Por tal motivo, a fim de afastar qualquer possibilidade de retrocesso das previsões do atual Direito de Família, o instituto reclama uma interpretação consoante os avanços sociais encontrados no âmbito das relações familiares.

Assim, assiste razão àqueles doutrinadores que, em nome do princípio da vedação ao retrocesso, afastam a norma de Direito Real da conduta culposa de abandono do lar, outrora utilizada no Direito de Família. Nessa toada, Freitas entende que “o processo hermenêutico exige, à luz do próprio princípio de vedação ao retrocesso, que a aplicação prática da norma se dê de forma atual, contextualizada e, sobretudo, sistematizada”¹⁷.

Em verdade, o abandono suscitado pelo artigo 1.240-A deve ser interpretado à luz da função social que permeia todas as espécies de usucapião, aliado à análise objetiva do modo pelo qual o cônjuge, que permaneceu no imóvel, o utilizou, demonstrando a realização de atos compatíveis com a conduta de único proprietário do bem, em face ao abandono do imóvel perpetrado pelo consorte desidioso.

Nesse sentido é o enunciado nº. 499 da V Jornada de Direito Civil:

[...] 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.

¹⁷ FREITAS, Douglas Phillips. **Usucapião e Direito de Família: Comentário aos art. 1240-A**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

Todavia, ambas as interpretações mostram-se desvantajosas, pois exigem dos cônjuges preocupações, em um viés patrimonialista, ao fim da afetividade, em um exíguo prazo de dois anos, no qual, juntamente com a fragilidade emocional que os acomete, a regularização deverá, por meio da partilha de bens, assegurar que a propriedade continue pertencente aos dois ex-consortes. De fato, a experiência nas lides de família demonstra ser nesse prazo que, nas relações tumultuosas, inicia-se o abandono dos atos passionais e da construção de alguma racionalidade na continuidade de vida.

Dessa forma, interpretar que o abandono seja do imóvel é a medida mais plausível aos anseios da sociedade contemporânea, pois a intervenção estatal na perquirição de um único culpado pelo término da vida em comum é irrelevante e apenas posterga os conflitos familiares, ocasionando ingerência na intimidade dos envolvidos, além de acentuar as magoas naturalmente decorrentes do período.

Diante de tantas lacunas do dispositivo, a jurisprudência está, paulatinamente, complementando a interpretação nos casos concretos que lhe são submetidos¹⁸.

¹⁸ APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DE IMÓVEL. CÔNJUGES. USUCAPÃO FAMILIAR. ART. 1.240-A CC/02 . ABANDONO DO LAR. FLUÊNCIA PRAZO BIENAL. 1. O prazo aquisitivo bienal da usucapião familiar (art. 1.240-A do CC/02) flui a partir da vigência do novo instituto, introduzida pela Lei 12.424 /2011 (16/06/2011), para não incorrer em vedada retroatividade da norma e surpreender o ex-cônjuge ou ex-companheiro com a perda da sua parte ideal sobre o imóvel comum. 2. O requisito de abandono do lar do art. 1.240-A do CC/02 insere-se no âmbito patrimonial, no sentido do não-exercício de atos possessórios (uso, gozo, disposição ou reivindicação) sobre determinado bem. Não basta a saída de um dos cônjuges do ambiente físico familiar, pela inviabilidade de convivência sob mesmo teto, nem alheamento afetivo. Com a abolição do conceito de culpa no âmbito do Direito de Família, pelo advento da EC nº 66 /2010 que deu nova redação ao art. 226 da CF/88 , o pressuposto da usucapião familiar não se confunde com o abandono voluntário do lar conjugal do art. 1.573 , IV do CC , causa de infração de dever matrimonial e consequente culpabilidade pelo fim do casamento. 3. Apelo desprovido. (TJ-DF - APC: 20130910222452, Relator: Maria de Lourdes Abreu, Data de Julgamento: 18/06/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/08/2015. Pág.: 199).

APELAÇÃO. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. USUCAPÃO FAMILIAR. REQUISITOS LEGAIS. I - Os requisitos da usucapião familiar, art. 1.240-A do CC , são o abandono do lar; a posse direta ininterruptamente com exclusividade e sem oposição, pelo período de dois anos; a utilização do imóvel para moradia do cônjuge abandonado ou da família e ser imóvel urbano, e inexistência de outra propriedade urbana ou rural, metragem total do imóvel com a área de até 250m². II - Na demanda, o pedido de declaração de usucapião familiar deve ser reconhecido, uma vez que se verificam, na hipótese dos autos, os requisitos legais apontados. Conforme registrado na r. sentença de reconhecimento e dissolução de união estável, o abandono de lar pelo ex-companheiro da autora ocorreu em 1980 e, desde essa época, ela não tem mais notícias do réu. III - Apelação desprovida. (TJ-DF 20140110520315 0012450-15.2014.8.07.0001, Relator: Vera Lucia Andrighi, Data de Julgamento: 01/06/2016, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/06/2016. Pág.: 455/494).

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. USUCAPÃO FAMILIAR. (...) 3. Considerando que não restou cabalmente comprovado o abandono do lar pelo réu, que pela prova produzida nos autos, manteve o seu interesse sobre o imóvel arrendado, não se aplica o disposto art. 1.240-A do Código Civil ao caso, sendo inviável o reconhecimento da usucapião especial. (...).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, é evidente o prejuízo trazido pela norma à seara do Direito de Família, acentuando-se pelas preocupações patrimoniais geradas, posto que, no curto lapso temporal de dois anos, em meio a ressentimentos, o ex-casal deverá formalizar o fim da união, assim como partilhar os bens, caso desejem evitar a implementação dos requisitos da modalidade de usucapião ora tratada.

Além das divergências no que tange à caracterização do abandono, a aquisição originária da propriedade implica imensas dificuldades.

É possível efetuar uma leitura constitucional do instituto? Talvez. Todavia, essa situação necessita de um esforço intelectual do intérprete, que deve ter em mente as seguintes premissas: natureza normativa da Constituição, unidade e complexidade do ordenamento jurídico e interpretação jurídica com fins aplicativos¹⁹. E mais, defende-se também a necessária incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas²⁰.

Assim, interpretada de forma atual e plausível ao modo como se encontra estruturado o ordenamento jurídico pátrio, a usucapião familiar cumpre os objetivos de justiça e função social a que se destina.

(Apelação Cível Nº 70068926815, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/06/2016).

CIVIL. PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR DE INTERESSE DE AGIR REJEITADA. USUCAPIÃO FAMILIAR. INCORRÊNCIA. VALOR DOS ALUGUÉIS DENTRO DA REALIDADE IMOBILIÁRIA. RECURSO DESPROVIDO. (...) 2. Não se constatando a presença dos requisitos exigidos pelo art. 1.240-A do Código Civil, impossível se mostra o reconhecimento da usucapião familiar, principalmente, porque resta evidente que o cônjuge varão não abandonou voluntariamente o lar e que, ainda que o cônjuge virago tenha exercido a posse do imóvel por prazo superior a dois anos, esta não ocorreu sem resistência do ex-consorte e coproprietário do imóvel. Ademais, o requisito do abandono do lar deve ser interpretado de forma bastante parcimoniosa, de maneira que esse abandono represente também o descumprimento de outros deveres conjugais, representando para o cônjuge que ficou no imóvel uma sobrecarga com a manutenção da prole. (...). Recurso desprovido. TJ-DF 20150910273954 DF 0026817-83.2015.8.07.0009, Relator: Gilberto Pereira de Oliveira, Data de Julgamento: 02/08/2017, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/08/2017. Pág.: 197/206).

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. Revista Trimestral de Direito Civil. ano 12, vol 48, Rio de Janeiro: Padma, outubro a dezembro de 2011, p. 3-26.

²⁰ SARLET, Ingo. **Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. *Civilistica.com*, Ano 1. Número 1. 2012. p. 1-31.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

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/l10406.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BIRCHAL, A. S.; Paula, Adriano Perácio de; Dias, Maria Berenice; Veloso, Zeno; Barbosa, Âguida Arruda. **A culpa, seu valor jurídico e efeitos para o Direito de Família e Sucessões**. In: Maria Berenice Dias. (Org.). Direitos das Famílias. 1ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, v. 1, p. 127-145.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 273-313.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**. Disponível em < [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja(1).pdf) >. Acesso em: 03 ago. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. vol. 5. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FREITAS, Douglas Phillips. **Usucapião e Direito de Família: Comentário aos art. 1240-A**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. vol. 3. 43. ed. Rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A nova usucapião especial por abandono de lar e a função social da propriedade**. Revista Síntese Direito de Família. vol. 14. n. 71. abr./maio 2012. p.19.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal**. Disponível em <<http://professorflavioartuce.blogspot.com.br/2010/07/artigo-de-rodrigo-da-cunha-pereira.html>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

SARLET, Ingo. **Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. *Civilistica.com*. Ano 1. Número 1. 2012. p. 1-31.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. Revista Trimestral de Direito Civil. ano 12, vol 48, Rio de Janeiro: Padma, outubro a dezembro de 2011, p. 3-26.

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?**. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>. Acesso em: 01 ago. 2018.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião Especial e Abandono de Lar – Usucapião entre Ex-Casal**. Disponível em <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com/2016/05/usucapiao-especial-e-abandono-de-lar.html>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

WESENDONCK, Tula. **Usucapião familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em: 30 jul. 2018.