



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

VITÓRIA LANE DE OLIVEIRA SANTOS

USUCAPIÃO FAMILIAR E SUAS VICISSITUDES

SÃO CRISTÓVÃO

2023

VITÓRIA LANE DE OLIVEIRA SANTOS

USUCAPIÃO FAMILIAR E SUAS VICISSITUDES

Trabalho de conclusão de curso à Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharelado em Direito pelo Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe.

Orientador: Professor Dr. João Hora Neto

Aprovado em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador Dr. João Hora Neto

Universidade Federal de Sergipe

Dra. Carolina, d'Avila Melo Brugni

Examinadora externa – Defensora Pública do Estado de Sergipe

Prof. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias

Universidade Federal de Sergipe

Dedico este trabalho à minha família, sobretudo aos meus pais, pessoas honradas e batalhadoras, que sempre me inspiraram a estudar e alcançar todos os meus objetivos, mostrando em seus atos a forma mais linda e leal de conduzir-me ao melhor caminho.

AGRADECIMENTOS

Durante todo o curso, não foram poucas as pessoas que passaram em minha vida e foram capazes de enriquecer a minha emergente carreira profissional.

É imprescindível agradecer, primeiramente, a Deus, pois minha fé Nele foi capaz de me guiar e me permitir alcançar, finalmente, o último passo dessa árdua jornada no curso de graduação em Direito. E sei que esse será o fim de um capítulo de uma enorme e brilhante história.

Agradeço aos meus pais, Vivecanando e Giselda. Ao meu pai, Vivecanando, por sempre me ensinar como a disciplina, a honra e a humildade são capazes de nos tornar pessoas firmes, determinadas e empáticas, características essenciais para uma operadora do direito. À minha mãe, Giselda, pela sua garra e força de vontade, que são nitidamente inspiradoras e sempre foram meu espelho de vida e profissional, àquela que me inspirou a traçar esse caminho e seguir nele até então.

À minha irmã, Eloise, que sempre vibrou por todas as minhas conquistas durante a faculdade e ficou noites acordadas comigo, fazendo companhia enquanto eu terminava os meus trabalhos e, inclusive, esta pesquisa.

Ao meu orientador, Professor João Hora Neto, com quem tive o imenso prazer de ser sua aluna em diversas disciplinas ao longo da graduação e aceitou, sem ressalvas, me orientar. Agradeço pela sua dedicação e paciência, mas, principalmente, por seu carinho e por sua amizade. Sempre será um dos meus maiores exemplos de profissional e o responsável por despertar em mim a vontade de lutar pelo bom direito.

Aos amigos que fiz durante a graduação, os quais dividiram comigo muitas risadas, trocas de experiências, trabalhos em grupo e palavras de conforto. Com certeza, foram pessoas enriquecedoras para a minha formação como pessoa e como profissional.

Por fim, não poderia deixar de agradecer aos profissionais que passaram pela minha carreira profissional, ainda na graduação. Ao Coronel Chaves, Juliane, Vitor Corbal, Antônio Nazário, Secretário Cristiano e Bia, que estiveram comigo no estágio na Secretária de Estado da Justiça, do Trabalho e de Defesa do Consumidor (SEJUC). À Alan Sales e Ana Moura, que estiveram comigo no escritório Sales e Moura Firma de Advocacia. À Hermes Alencar, Jaqueline, Marcos, Carla, Dra

Patrícia, Dra. Roberta, obrigada por todos os ensinamentos durante o estágio no 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Aracaju/SE.

Agradeço à minha chefe, Dra. Carolina D'Ávila, defensora pública que me orientou e se tornou uma amiga, por ter me ensinado tanto no estágio na Defensoria Pública do Estado de Sergipe com lotação na 26ª Vara de Família e Sucessões, assim como os defensores Dr. Matheus Pacheco, Dra. Aline Teixeira e Dra. Letícia Neves. Não poderia deixar de agradecer a Augusto, Fernanda e Fabíola, além dos estagiários que trocaram tantas experiências comigo. Ao final, agradeço aos defensores Dr. Marcelo Mesquita e Dr. Eric Martins, que me orientaram e tanto me ensinaram no estágio na Defensoria Pública com lotação nas 1ª e 5ª Defensorias Públicas Criminais do Estado de Sergipe, e às minhas amigas e companheiras de todas as manhãs, Laura, Clara e Alane. Todos vocês foram imprescindíveis, obrigada por tudo.

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo analisar o instituto da usucapião familiar, apresentando suas vicissitudes no direito civil brasileiro. Apesar de ser um mecanismo de aquisição da propriedade em razão do abandono do lar pelo fim do vínculo conjugal, a usucapião familiar está imersa de atecnias jurídicas, o que impera nítidas contradições diante da legislação civil pátria. Ao estudar detidamente a origem da figura jurídica até o momento da sua aplicação pelos tribunais, percebemos que é um instituto pouco utilizado, com baixa aplicabilidade, além de que sua discussão entre os civilistas é escassa. Nesse sentido, o instituto foi criado pelos legisladores de forma equivocada, com caráter meramente social e político, com o objetivo de resguardar o direito de moradia ao cônjuge que permaneceu no bem, deixando de lado direitos e garantias fundamentais daquele que saiu do imóvel, por razões que não são discutidas no momento da concessão da usucapião familiar.

Palavras-chave: Abandono do lar. Direitos fundamentais. Ex-cônjuges. Usucapião. Usucapião Familiar. Vicissitudes.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the institute of family adverse possession, presenting its vicissitudes in Brazilian civil law. Despite being a mechanism for acquiring property due to the abandonment of the home due to the end of the marital bond, family usucaption is immersed in legal techniques, which prevails in clear contradictions in the face of the civil legislation of the country. By carefully studying the origin of the legal figure until the moment of its application by the courts, we realize that it is an institute that is little used, with low applicability, in addition to the fact that its discussion among civil lawyers is scarce. In this sense, the institute was mistakenly created by legislators, with a purely social and political character, with the objective of safeguarding the right of housing to the spouse who remained in the property, leaving aside fundamental rights and guarantees of the one who left the property, for reasons that are not discussed at the time of granting family adverse possession.

Keywords: Abandonment of the home. Ex-spouses. Family Usucaption. Fundamental rights. Usucaption. Vicissitudes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2. ORIGEM DA USUCAPIÃO.....	11
2.1. O direito à propriedade.....	11
2.2. Aspectos históricos.....	14
2.3. Conceito.....	16
3. ESPÉCIES DE USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS.....	19
3.1. Usucapião extraordinária.....	19
3.2. Usucapião especial rural.....	20
3.3. Usucapião especial urbana.....	21
3.4. Usucapião ordinária.....	22
3.5. Usucapião tabular.....	24
3.6. Usucapião especial coletiva.....	25
3.7. Usucapião familiar.....	25
4. USUCAPIÃO FAMILIAR E SEUS REQUISITOS.....	25
4.1. O exíguo prazo.....	25
4.2. A posse direta e exclusiva.....	28
4.3. A restrição aos imóveis urbanos.....	30
4.4. O abandono do lar.....	33
4.5. O único bem imóvel para moradia.....	37
5. VICISSITUDES DA USUCAPIÃO FAMILIAR.....	38
5.1. Inconstitucionalidade formal da norma.....	39
5.2. Afronta à autonomia privada no regime de bens.....	44
5.3. Incongruências no direito sucessório.....	53
5.4. Necessidade do requisito da boa-fé.....	56
5.5. Juízo competente para processar e julgar a demanda.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê uma série de medidas para que reste possível a aquisição da propriedade por parte dos cidadãos, como é a usucapião. Nesse sentido, a usucapião é tida como uma prerrogativa que possibilita que uma pessoa se torne proprietária de um bem móvel ou imóvel, ao usufruí-lo por um determinado período de tempo.

À luz do que proporciona o direito brasileiro, observa-se diferentes circunstâncias que possibilitam a concessão da usucapião. Entre os conflitos que podem desencadear a aplicação da medida, surge uma nova modalidade: a usucapião familiar.

Para compreender melhor o que é o instituto, por meio do presente estudo será realizada uma abordagem conceitual diante dos aspectos históricos relacionados com o direito de propriedade, bem como a sua evolução, que perpassa desde a Idade Romana até a nossa época contemporânea, com a formulação de modalidades de aquisição da propriedade, em recorte temático, voltada aos bens imóveis e suas subespécies.

Com base na perspectiva metodológica, será feita uma pesquisa bibliográfica, documental e até mesmo comparativa, se houver a necessidade de se fazer uma pesquisa de campo voltada aos julgados dos Tribunais Superiores defronte a concessão da usucapião familiar. A pesquisa bibliográfica utilizará livros, artigos científicos, teses e dissertações que possibilitem uma compreensão mais aprofundada quanto a usucapião familiar, em especial os aspectos contrapostos da norma e suas vicissitudes emergentes no ordenamento jurídico pátrio.

A questão relativa à aquisição da propriedade, em especial, a imobiliária, por meio da usucapião é antiquíssima, pois o instituto foi criado pelos romanos e chegou ao Brasil através das Ordenações do Reino. Com a posterior entrada em vigor do Novo Código Civil, no ano de 2002, mudanças importantes foram formuladas.

Com o passar dos capítulos, serão discutidas as principais espécies de usucapião de bens imóveis, com debates acerca dos seus requisitos e hipóteses de aplicabilidade, como a usucapião ordinária, usucapião extraordinária, usucapião tabular, usucapião especial rural e especial urbana, usucapião especial coletiva e, por fim, a usucapião familiar ou pró-família.

O foco do presente trabalho está voltado para uma das espécies da usucapião, sendo esta a usucapião familiar, que se dá por meio do abandono do lar em virtude do fim do vínculo conjugal. Tal figura jurídica padece de vícios de inconstitucionalidade sob o ponto de vista formal, além de não se harmonizar com as normas estruturais da legislação civil, que tratam dos regimes de bens, dos aspectos e consequências patrimoniais do casamento ou união estável e dos direitos dos herdeiros no âmbito do direito sucessório, além de sua parte geral.

Com o estudo, analisaremos os principais requisitos para aplicação da medida, trazidos no art. 1.240-A do Código Civil, tais como o prazo para usucapir o bem, a restrição aos imóveis urbanos de metragem preestabelecida, a posse direta e exclusiva do bem e a necessidade de ser o único imóvel do ex-casal a ser usucapido.

Será tratado, ainda, do raio de aplicação do termo “abandono do lar” e as consequências jurídicas da culpa na dissolução das relações familiares entre cônjuges, empreendendo retrospectiva histórica de sua mitigação ao longo do século XX, considerando que, a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, sua discussão foi abolida do ordenamento jurídico brasileiro.

Mutatis mutandi, o presente estudo também discorrerá sobre o processo legislativo constitucional, focalizando na Lei nº 12.424/2011, responsável pela introdução do artigo 1.240-A no Código Civil Brasileiro, tratando da figura jurídica da usucapião familiar.

Dentre as principais vicissitudes atribuídas ao instituto da usucapião familiar, além da inconstitucional formal da norma, haverá um foco no regime de bens adotado pelos nubentes ou companheiros no momento da formalização, ou não, em se tratando de união estável sem a utilização de elemento formal para a sua constitucionalização, bem como aspectos contrapostos à legislação civil e extravagante, como o direito à herança e a boa-fé.

Haverá, mormente, uma discussão voltada à análise do juízo que será competente para processar e julgar a demanda da usucapião familiar, já que não existe um entendimento uníssono na doutrina e na jurisprudência sobre qual é o âmbito do direito civil capaz de analisar e sanar a controvérsia.

Trata-se, portanto, de tema atual, porém pouco explorado, sendo sua abordagem extremamente relevante para que haja uma compreensão mais aprofundada acerca dos conflitos existentes após os enlaces do casamento e da

união estável, visando a preservação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, de ambos os ex-cônjuges, evitando possível injustiças que possam imperar defronte ao conflito criado em razão da ruptura da relação afetiva.

O gume condutor do raciocínio que será desenvolvido une o direito à história e ao ordenamento jurídico pátrio, vislumbrando a posição dos Tribunais a respeito do assunto, julgando recursos em processos com pretensão de alcançar a concessão do instituto da usucapião familiar, em razão da dissolução do casamento ou união estável, assim como o posicionamento de outros países que adotam o *Civil Law*, ressaltando que a reflexão jurídica sob o ponto de vista constitucional será tomada como o nexo preponderante e estruturador das indagações que serão levantadas.

2. ORIGEM DA USUCAPIÃO

O surgimento da figura da usucapião remonta ao direito romano, no qual era conhecida pelo termo *usucapio*. Na época a *usucapio* era vista como uma forma de incentivar a utilização produtiva da terra e proteger os proprietários de possíveis invasões e ocupações ilegais. Com o passar do tempo, a usucapião foi incorporada ao direito civil brasileiro, no âmbito dos Direitos Reais, e passou a ser vista como uma forma de adquirir a propriedade de bens móveis e imóveis, desde que cumpridos os requisitos legais já estabelecidos.

2.1. O direito à propriedade

“O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: isto é, meu e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, quanta miséria e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: evitai ouvir esse impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém¹.”

Em seu tempo, o filósofo Rousseau já antecipava uma das maiores controvérsias existentes no meio jurídico: a discussão acerca dos limites do direito de propriedade. Aliás, seria este um direito absoluto que, uma vez alcançado, jamais poderia ser perdido?

¹ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político*. Tradução de Antônio P. Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999^a.

A religião, muito antes da própria lei, foi a responsável por garantir e regulamentar o direito de propriedade na civilização. Fustel de Coulanges, célebre historiador francês, já nos ensinava que o direito de propriedade surgiu e se solidificou por estar fortemente ligado à religião doméstica e à família².

É importante destacar que, em muitas crenças antigas, a terra era vista como sagrada e possuída por divindades ou espíritos ancestrais. O direito de propriedade era, portanto, limitado por essas religiosidades e muitas vezes exigia a aprovação ou bênção dessas entidades sobrenaturais.

Em avanço da civilização, como a antiga Babilônia, o direito de propriedade passou a ser regulado por leis religiosas. Como exemplo, podemos citar o Código de Hamurabi, um conjunto de leis babilônicas escritas por volta de 1754 a.C., que incluía disposições sobre a propriedade que eram baseadas em ideias religiosas de justiça e equidade.

É por meio do direito romano que a propriedade se torna a se estruturar da maneira que conhecemos. Na era romana, existia um sentido individualista de propriedade, em razão do fortalecimento do *pater famílias*. Com a expansão da Idade Média, imperou-se o brocardo *nulle terre sans seigneur*, na qual a propriedade da terra, à época chamada de feudo, era perpétua, mas transmissível apenas para a linhagem masculina. Maria Helena Diniz menciona a influência que, em momento posterior, teve na sociedade brasileira:

Na Idade Média, a propriedade sobre as terras teve papel preponderante, prevalecendo o brocardo *nulle terre sans seigneur*. Inicialmente, os feudos foram dados como usufruto condicional a certos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços, inclusive, militares. Com o tempo a propriedade sobre tais feudos passou a ser perpétua e transmissível apenas pela linha masculina. Havia distinção entre os fundos nobres e os do povo, que, por sua vez, deveria contribuir onerosamente em favor daqueles, sendo que os mais humildes eram despojados de suas terras. Ensaaiou-se em nossa organização jurídica o sistema feudal, no começo de nossa colonização, com a transitória implantação das capitânicas hereditárias, que exerceu influência em nossos costumes, embora não tenha subsistido na ordem jurídica, que se amoldou ao regime romano³. [grifos nossos]

2 COULANGE, Fustel de. *La cité antique*. 1966, p. 94-96. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros.

3 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2010.

Com a revolução francesa, houve o desaparecimento do feudalismo e, conseqüentemente, o surgimento de uma nova ordem jurídica, quando se garantiu aos cidadãos os direitos aos próprios bens. Seguindo o que destaca a teoria da natureza humana, a propriedade seria inerente à natureza do homem, e o instinto da conservação leva este a se apropriar de bens para saciar a sua fome.

Mas, afinal, o que se entende por propriedade? Apesar de ser um termo de fácil assimilação, ainda trava embates doutrinários quanto à sua conceituação. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, a propriedade mais se sente do que se define⁴. Nem mesmo o Código Civil de 2002 e seu antecessor, o Código de Clóvis Beviláqua, trouxeram o aspecto material do conceito de propriedade, mas tão somente características capazes de identificar tal direito e seus deveres perante o ordenamento jurídico.

Em razão das controvérsias, identifica-se cristalino o conceito trazido pelo doutrinador Deocleciano Torrieri Guimarães, que define a propriedade como “o mais amplo dos direitos reais, de uso e disposição sobre um bem, oponível erga omnes. A coisa que é objeto desse direito. O mesmo que domínio⁵”.Reputa-se destacar, nesse sentido, o caráter amplo e dimensional desse instituto.

Em suma, nas palavras de Pietro Perlingieri, observa-se a propriedade como uma *situazione giuridica soggettiva típica e complessa*⁶, sendo o direito, de forma simultânea, um fator condicionado e condicionantes dos fatos econômicos e sociais, da realidade complexa de que é historicamente parte integrante.

É neste cenário que surge o direito das coisas, para definir o poder do homem e regular a aquisição, o exercício, a conservação, a reivindicação e a perda daquele poder⁷. Orlando Gomes cita a importância do direito das coisas na sociedade e na vida das pessoas ao afirmar que “é um dado incontroverso e incontrovertível que para poder subsistir o homem necessita de meios de subsistência, numa palavra, de bens⁸.”

Assim, o *Códex* de 2022 traz em seu art. 1.228, a definição de proprietário, sendo este aquele que tem a faculdade de usar (*ius utendi*), gozar ou usufruir (*ius*

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*.v. IV, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

5 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel, 2007, 9ª ed. Verbete: propriedade.

6 PERLINGIERI, Pietro. *Profili istituzionali del diritto civile*. Camerino, Jovene editore, 1975, p.4.

7 GOMES, Orlando apud Lafayette. *Direitos reais*.19ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

8 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

fruendi), dispor (*ius abutendi*) e o poder de reaver quando houver mal injusto (*rei vindicatio*) um determinado bem ou coisa. Em se tratando de um direito real, portanto, o direito à propriedade concede ao titular um gozo permanente, já que tende a perpetuidade, muito embora, com o avanço das prerrogativas da função social da propriedade, tenha sido mitigado o seu caráter perpétuo.

Seu caráter absoluto decorre de ser um poder direto e imediato sobre a coisa. É o direito na coisa própria ou, em latim, o *jus in re propria*, na qual se impera a obrigação passiva universal de se respeitar o direito, obrigação esta que se concretiza toda vez em que há uma violação. Nesse sentido, o direito real adere à coisa como a lepra ao corpo – *uti lepra cuti* – pois não importam usurpações, sempre acompanharão a coisa⁹.

Todavia, como já mencionado anteriormente, há uma mitigação do poder absoluto do direito à propriedade, sendo possível a sua aquisição de outrem por meios juridicamente reconhecidos, chamados meios de aquisição da propriedade.

Arelado a isso, há que se verificar que a Constituição de 1988 e o Código de 2002 trouxeram uma inovação no sentido da mitigação do poder absoluto do direito à propriedade, uma vez que beberam dos ensinamentos de Leon Duguit, “para quem a propriedade já não é e o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza”.

É nesse sentido que o direito civil passa a discutir expressamente a função social, em um sentido de finalidade, como princípio orientador da propriedade que, certamente, trata-se mais de uma fantasia jurídica do que um dispositivo norteador do direito, que será tratado em momento posterior.

O direito à propriedade pode estar voltado a bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos. A constituição de tal direito real vincula-se ao fato jurídico que informa a sua destinação econômica, observando o plano de eficácia, existência e validade da aquisição que lhe serve de base.

2.2. Aspectos históricos

Por essa razão, surge o instituto da usucapião, tida como um modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada da coisa com a observância dos requisitos legais [...] sendo a aquisição de domínio pela

9 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

posse prolongada¹⁰. Destaca-se que a usucapião pode ser realizada tanto em bens móveis como bens imóveis. O vocábulo é tratado no gênero feminino, como consta no dicionário Aurélio Buarque de Holanda, conceituando-a como o modo de adquirir propriedade móvel ou imóvel pela posse pacífica e ininterrupta da coisa durante certo tempo¹¹.

Para o direito romano, usucapião ou *usucapio*, significa “tomar pelo uso”. Portanto, não é obra de um instante, sendo o tempo um elemento crucial e precípuo.

Não há entendimento consolidado quanto ao momento primeiro do surgimento desta figura jurídica. Grande parte dos estudiosos afirmam que a primeira manifestação do instituto se deu pela posse prolongada durante o tempo exigido pela Lei das XII Tábuas, sendo esta de dois anos para os bens imóveis e um ano para os bens móveis, e também para as mulheres, já que o *usus* era usado como uma das formas de matrimônio na antiga Roma.

Noutro momento, passou-se a exigir uma posse apoiada em um justo título e na boa fé. Arangio Ruiz aduz que as leis restringiram o campo de aplicação da usucapião no direito romano, com a edição de leis como a Lei Atínia, que a proibia para coisas furtadas; as Leis Júlia e Plácia, que impediam a usucapião de coisas obtidas com violência; e por fim, a Lei Scribônia, que vedava a aplicação do instituto nas servidões prediais.

No Brasil, a usucapião chegou através da colonização, uma vez que foi baseada na posse das extensas glebas de terras, tendo os portugueses sido seus grandes latifundiários¹². Em momento posterior, em razão das dificuldades que surgiram pela concentração de terras, foi editada a Lei das Sesmarias pelo D. Fernando, promulgada em 1375, na tentativa de enfrentar o problema do latifúndio que emergia no Brasil.

Logo após, no ano de 1850, foi editada a Lei de Terras, voltada às terras devolutas, terras estas que eram possuídas por título de sesmaria, sem preenchimento das condições legais e sobre terras possuídas por simples título de posse mansa e pacífica. O dispositivo também dificultou o acesso à terra pelos

10 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. (Edição histórica).

11 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. Curitiba: Editora Positivo, 2004, 2120 p.

12 FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*, 52ª. ed. São Paulo: Global, 2013.

imigrantes que vinham da Europa, como forma de permitir ao povo brasileiro o uso da própria terra.

Por fim, o Código de Terras foi o primeiro texto legal a estruturar, de forma concreta, a propriedade privada no Brasil.

Com a chegada da República, a usucapião foi regulamentada pelo Código Civil de 1916, que previa diversas modalidades, como a usucapião ordinária e a extraordinária. O Código Civil de 2002, em vigor atualmente, manteve essas modalidades e acrescentou outras, como a usucapião especial urbana e rural.

2.3. Conceito

A usucapião é uma forma de aquisição originária da propriedade, que ocorre quando a propriedade é adquirida de forma direta, sem depender de uma relação jurídica anterior. Ela se diferencia da aquisição derivada, que acontece quando a propriedade é adquirida por meio de um ato jurídico anterior, como a compra e venda, a doação ou a sucessão hereditária.

É considerada um modo de aquisição originário da propriedade porque, ao preencher os requisitos legais para a sua configuração, o possuidor adquire a propriedade do bem de forma direta, sem depender de um ato jurídico anterior que lhe transmita a titularidade. Isso ocorre porque a posse prolongada e ininterrupta, por si só, é capaz de gerar a aquisição da propriedade. Não se adquire dele (proprietário), mas contra ele¹³.

Entretanto, o entendimento da doutrina não é uníssono quanto a esta definição, uma vez que há uma corrente doutrinária que defende o instituto como sendo um modo de aquisição derivada da propriedade. São precursores desse movimento, juristas como Orlando Gomes. Segundo o autor, a usucapião ocorre quando o possuidor adquire o direito de propriedade sobre a coisa por força do tempo em que exerceu a posse, independentemente da vontade do antigo proprietário.

Todavia, entendemos ser mais coerente o caminho percorrido pela doutrina que compreende o instituto como um modo de aquisição originário da propriedade, em razão de que, se o possuidor preencher determinados requisitos estabelecidos

13 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 2001.

pela lei, pode adquirir a propriedade do bem independentemente de quem era o seu proprietário anterior. Estão em consonância com esse entendimento, estudiosos como Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Pablo Renteria¹⁴.

A posse *ad usucapionem* ou usucapível impera características peculiares, de modo que os atos de mera tolerância não induzem a essa posse, como bem apresentado no artigo 1.208 do Código Civil de 2002. Sendo assim, a usucapião não é possível na vigência de um contrato no qual a posse é transmitida, como nos casos da locação e do comodato.

Embora cada espécie de usucapião possua requisitos específicos para sua configuração, existem dois de ordem geral, exigíveis em todas as modalidades legais, quais sejam, a prova do fato da posse e o transcurso do prazo legalmente estabelecido¹⁵.

Nesse contexto, a posse assume um papel fundamental na aquisição da propriedade, pois é através dela que o possuidor adquire o direito. Ao se discutir a questão, é importante verificar que, para que reste possível a aquisição da propriedade por meio da usucapião, devem ser analisadas certas particularidades voltadas à posse.

A priori, é imprescindível que a posse seja exercida com a intenção de dono, ou seja, que esteja presente o *animus domini*. Assim, o possuidor deve ter a convicção de que é – embora ainda não o seja – o dono do bem, exercendo poderes e faculdades inerentes à propriedade, tais como o direito de usar, gozar, fruir e dispor do bem. Por esse motivo que está afastada a posse *ad usucapionem* dos contratos de locação e comodato, em um primeiro momento.

A posse também deve ser contínua e ininterrupta, fato em que o possuidor deve estar presente no bem e exercendo a posse de forma inafastável e duradoura durante todo o período exigido pela lei. Após, deve ser verificada se a posse exercida é mansa e pacífica, exercida pelo possuidor o domínio do bem sem a contestação ou oposição do verdadeiro proprietário.

É importante destacar que a posse *ad usucapionem* não precisa ser exercida necessariamente pelo mesmo possuidor, em razão da existência do fenômeno da

14 Tepedino, Gustavo, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Pablo Renteria. *Fundamentos do direito civil: direitos reais*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

15 Tepedino, Gustavo, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Pablo Renteria. *Fundamentos do direito civil: direitos reais*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

accessio possessionis. O novo adquirente pode, através do instituto, somar a sua posse a posse daquele que detinha o imóvel anteriormente.

O fenômeno é dividido em dois, podendo se operar de pleno direito, independentemente da vontade do novo possuidor e ocorrendo de forma obrigatória, imperando-se, assim, a acessão do sucessor universal; por outro lado, na acessão a título singular, o novo possuidor terá a possibilidade de escolher ou não a sucessão da posse, diante dos seus próprios interesses.

Ultrapassada a questão, urge mencionar que a usucapião e a prescrição aquisitiva da propriedade são termos que se referem a formas de aquisição da propriedade por meio do uso prolongado de um bem, mas não se tratam de igual ente. Ambas as figuras jurídicas têm em comum a ideia de que a posse do bem por um determinado período de tempo pode levar à sua aquisição por parte do possuidor.

A usucapião é o processo judicial pelo qual o possuidor de um bem pode adquirir a propriedade do mesmo, desde que cumpridos determinados requisitos legais. Entre esses requisitos estão, por exemplo, a posse mansa e pacífica do bem por um determinado período de tempo que varia de acordo com a natureza do bem e a boa-fé do possuidor. A usucapião pode ser extrajudicial, quando não há contestação do proprietário, ou judicial, quando há necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Já a prescrição aquisitiva é um instituto do direito civil pelo qual a propriedade de um bem pode ser adquirida por meio da posse prolongada e ininterrupta do mesmo, sem oposição do proprietário, durante um determinado período de tempo. A prescrição aquisitiva é uma forma de prescrição extintiva, ou seja, um meio de aquisição da propriedade que ocorre pela perda do direito do proprietário, em razão da inércia deste em defender sua posse.

Não obstante ambas as figuras sejam baseadas na posse prolongada e ininterrupta do bem, a principal diferença entre elas é que na usucapião é um meio de aquisição de propriedade que se dá por meio de um processo judicial ou extrajudicial. Noutro ponto, a prescrição aquisitiva é uma forma de aquisição de propriedade que ocorre pela perda do direito do proprietário em razão do decurso do tempo e da inércia em defender sua posse.

O presente trabalho está voltado para a figura da usucapião familiar, uma das formas de aquisição da propriedade imóvel, razão pela qual nos limitaremos a tratar apenas desse recorte doutrinário, para fins de compreensão didática.

3. ESPÉCIES DE USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS

A usucapião é um instituto jurídico que permite a aquisição da propriedade de um bem móvel ou imóvel por meio da posse prolongada e pacífica do mesmo. No caso dos bens imóveis, a legislação brasileira prevê diversas espécies de usucapião, tendo cada uma delas requisitos específicos para sua concessão. O presente trabalho possui o objetivo de detalhar as espécies de usucapião de bens imóveis, vez que seu estudo é de suma importância para garantir a segurança jurídica e a proteção da propriedade.

3.1. Usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária exige como requisitos únicos e primordiais à sua concessão a existência da posse *ad usucapionem*, anteriormente esmiuçada, e o lapso temporal trazido no art. 1.238 do Código Civil. Destaca-se que o dispositivo reduziu o prazo anterior de vinte anos para quinze.

Exercendo o prazo disposto em lei, o usucapiente alcança a propriedade do bem tratado, sem a necessidade de provar sua boa-fé e o justo título, não que haja uma presunção a esse respeito, mas sim porque a prova desses requisitos não é relevante para aquisição do imóvel.

É importante destacar que o parágrafo único do artigo supracitado também traz uma inovação interessante, ao reduzir ainda mais o prazo para a concessão, se o imóvel for utilizado para fins de moradia ou realização de obras ou serviços de caráter produtivo e com a posse pelo período de 10 (dez) anos.

Nas palavras do estudioso Adriano Stanley, “trata-se, na verdade, de uma subespécie da usucapião extraordinária que, em sintonia com o texto constitucional, valoriza a função social da propriedade, destacando a importância do exercício da posse como instrumento de efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”¹⁶.

16 SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *Direito das coisas*, 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

O estabelecimento de moradia habitual consiste em residir com ânimo definitivo, observada a presença do *animus domini*, com a intenção de fixar o domicílio no imóvel que deseja ser usucapido, pelo menos durante o prazo necessário para que se alcance a prescrição aquisitiva do bem¹⁷. A mera exploração econômica do imóvel não é considerada para fins de usucapião.

Muito embora os termos utilizados sejam imprecisos, como “nele realizado obras” e “serviços de caráter produtivo”, deverá ser verificado no caso concreto, através da hermenêutica e do processo constitucional dialético, a sua validade e existência, além de respeitar as garantias do contraditório e ampla defesa das partes.

Nessa modalidade de usucapião, não é exigido que o possuidor não possua outros imóveis, vez que a propriedade de outros terrenos não impede a usucapião.

3.2. Usucapião especial rural

A modalidade especial rural, também denominada de *pro labore*, visa, primordialmente, redirecionar propriedades ociosas em localidades rurais de modo a garantir o exercício de sua função social, sendo utilizada como instrumento de regulamentação fundiária.

Consoante entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, antes de se tornar regulamentada no Brasil, a usucapião rural estaria inclusa na Lei nº 4.504 de 1964, dentro do chamado “Estatuto da Terra”, para depois, finalmente, ser tratada na Lei 6.969, presente na Constituição de 1981 e posteriormente nos artigos 191/88 e 1.239 do Código Civil¹⁸.

Em relação aos requisitos ligados a essa modalidade, considera-se para a aquisição do bem a quantidade máxima de cinquenta hectares da propriedade, localizada em área rural, bem como o tempo de posse, que deve ser de cinco anos sem qualquer interrupção desse período, além da não oposição de terceiros e da presença do *animus domini*.

Ao se voltar para a questão da quantidade de hectares da propriedade a usucapir, deve ser levado em consideração o fato da existência de coletividade

17 Tepedino, Gustavo, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Pablo Renteria. *Fundamentos do direito civil: direitos reais*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

18GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. Volume V, São Paulo: Saraiva, 2010.

familiar presente na posse, ou seja, é observada a área necessária para a realização das atividades que irão garantir o sustento do conjunto sob a absorção de toda a força de trabalho disponível, podendo haver o auxílio de terceiros eventualmente.

Com similaridade, o Enunciado 596 aprovado na VII Jornada de Direito Civil, menciona que, “é possível adquirir a propriedade de área menor do que o módulo rural estabelecido para a região, por meio da usucapião especial rural”. Porém, em casos em que a extensão da posse ultrapassa o limite estabelecido, a usucapião especial não pode ser utilizada.

Ademais, o imóvel deve ser utilizado para fins produtivos visando o melhor benefício ao corpo social, seja para a subsistência, seja para o trabalho, independente de qual modalidade esteja sendo aplicada. Entretanto, é visto que a posse da terra por usucapião impossibilita o proprietário de possuir outras propriedades, seja ela também rural ou até mesmo urbana.

Sinteticamente, essa espécie tem como requisito fundamental a moradia no imóvel com a finalidade de torná-la produtiva por meio do seu trabalho ou de sua família, mormente afirma Arnaldo Rizzardo:

Mais que qualquer outra forma de aquisição da propriedade, constitui a usucapião rural a consagração do princípio agrarista de que deve ser dono da terra rural quem tiver frutificado com o seu suor, quem nela estabeleceu com a família morando habitualmente, ali construindo o seu lar¹⁹

Assim, a modalidade ora tratada auxilia as pessoas que dela necessitam, garantindo o mínimo existencial quando se prioriza a função social da propriedade, mormente o seu empenho e esforço para a manutenção do bem.

3.3. Usucapião especial urbana

A usucapião urbana, chamada também de *pro misero*, ou ainda de pró-moradia, está ligada a concretização da função social da propriedade presente no âmbito urbano, levando em consideração o direito social de moradia previsto na Constituição. Ou seja, o instrumento tratado tem como objetivo o desenvolvimento da área e a garantia do bem-estar dos habitantes.

19 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Ao se observar os requisitos dessa modalidade, é visto que área urbana deve possuir no máximo 250 m², sendo sua posse mansa e pacífica durante o período de cinco anos ininterruptos. Ainda, o imóvel deve ser utilizado com a função de prover a moradia do possuidor, o qual não poderá ter a posse de outro imóvel particular ou de sua família.

Em relação à acessão da posse, esta era restrita no Estatuto da Cidade ao herdeiro legítimo, pois este deveria residir no imóvel durante o período de abertura da sucessão. Entretanto, o Código Civil defronta tal normativa, permitindo a acessão em todas as modalidades previstas, tendo em vista a pacificidade e a continuidade das posses tratadas. Independente disso, é dever do antecessor e do sucessor a garantia do uso do bem como moradia.

Em vista das características da espécie, Gonçalves pontua que essa categoria não se aplica a casos de posse de terrenos urbanos os quais não possuam qualquer tipo de construção, tendo em vista a necessidade de atender ao requisito da garantia do direito à moradia²⁰.

3.4. Usucapião ordinária

No que se refere à usucapião ordinária, além da exigência da posse *ad usucapionem* e do prazo, a lei prevê a necessidade da prova do justo título e da boa-fé do usucapiente, diferentemente da usucapião extraordinária. Em tal caso, o Código Civil também previu um prazo menor que o determinado na outra espécie – extraordinária – sendo este de 10 (dez) anos.

A boa-fé, sendo a subjetiva, é considerada como a ignorância do vício que entrelaça o ato jurídico. Em se tratando de posse, corresponde ao desconhecimento do vício possessório²¹.

Por ser um elemento subjetivo, a prova da boa-fé é deveras difícil, sustentando-se o legislador no seu aspecto contraposto, este sendo a ausência de má-fé. Em melhores dizeres, não existindo demonstração de má-fé por parte do possuidor, reputa-se presente o requisito da boa-fé subjetiva.

20 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. Volume V, São Paulo: Saraiva, 2010.

21 Tepedino, Gustavo, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Pablo Renteria. *Fundamentos do direito civil: direitos reais*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2022.

Entretanto, a má-fé, ainda que superveniente, é capaz de impedir a concessão da usucapião, uma vez que o Código Civil atribui à boa-fé uma presunção relativa (*juris tantum*), admitindo-se, desse modo, prova em contrário, atestando ilidida má-fé posterior.

Mutatis mutandi, no que diz respeito à presença de um justo título, considera-se justo o título que é hábil, teoricamente, e capaz de transferir a propriedade, ainda que seja incapaz de realizar tal transferência naquele momento, em virtude da existência de vício interior que impede a sucessão do direito.

O Superior Tribunal de Justiça já prolatou decisão no sentido de que a venda a non domino, além do contrato particular de cessão que enseja posse prolongada, constituem justo título, em julgamento do Recurso Especial n. 652449 SP 2004/0099113-4²².

O doutrinador Benedito Silvério Ribeiro manifesta opinião no sentido de que “ a palavra título” – titulus – conduz à ideia de instrumento ou de um escrito”²³ [...] “ o instrumento é o papel em que se encontra registrado o ato jurídico, e o título é o direito, daí porque não se exige justo instrumento”²⁴ [...] “ o justo título e a boa-fé acham-se intimamente irmanados, e o título é o ato exterior que justifica a posse e motiva a boa-fé”²⁵.

Em suma, o justo título se trata de um recurso capaz de realizar a transferência do domínio da posse, mas não a faz devido a determinado vício presente em sua origem, podendo ser uma irregularidade formal ou um vício de vontade, por exemplo.

De outro lado, a boa-fé, nesse caso a subjetiva, pode ser traduzida como a ignorância do vício tratado no ato jurídico, sendo sua presença necessária ao longo do prazo estabelecido para beneficiar o possuidor, reduzindo o tempo determinado até a aquisição da posse.

22 REsp 171.204/GO, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 01.03.2004. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400991134&dt_publicacao=23/03/2010>. Acesso em: 27 mar. 2023.

23 RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 729.

24 RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 730.

25 RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 733.

3.5. Usucapião tabular

Inspirada no Código Civil Alemão, a usucapião tabular se encaixa em cenários nos quais há uma concretização da posse com o Registro de Imóveis e, posteriormente, o cancelamento desse registro, de maneira fraudulenta e sem a manifestação de vontade do possuidor da propriedade.

Visando a valorização da segurança e das relações jurídicas, a categoria tabular surge de maneira inédita dentro da usucapião ordinária, prestigiando o indivíduo que adquire determinada propriedade onerosamente e com boa-fé.

Está previsto no artigo 1.242 do Código Civil para usucapião ordinária a exigência do Justo Título e da boa-fé, com a posse de 10 anos sem interrupções para que o processo de posse seja concretizado. Porém, no contexto da modalidade tabular da usucapião, disposta no parágrafo único do dispositivo, observa-se um prazo de 5 anos caso o imóvel tenha sido adquirido onerosamente, de modo que o registro constante do respectivo cartório seja cancelado, desde que os possuidores do imóvel tenham adotado-o como moradia ou tenham realizado investimentos de cunho social e econômico.

3.6. Usucapião especial coletiva

Com o objetivo de atender aos interesses dos moradores das habitações informais, essa modalidade surge possibilitando a regularização e organização da área, excluindo as preocupações maiores presentes nos processos individuais. Assim como a usucapião urbana e rural, a categoria espacial coletiva tem como intuito o garantimento da função social de moradia da propriedade, porém, dentro do contexto da população de baixa renda.

Quanto às condições ligadas à modalidade, observa-se que a área total a ser dividida pelo número de possuidores deve ser inferior a 250m² por cada indivíduo, a qual deve ser possuída por 5 anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini* e sem a necessidade de boa-fé. Ainda, deve haver, no local, um núcleo urbano informal ou um núcleo urbano informal que seja consolidado. Tal processo também incapacita o proprietário de possuir outro imóvel, seja ele urbano ou rural.

No artigo 10 do Estatuto da Cidade, a abordagem da possibilidade condominial é trazida à tona. Os chamados “condomínios especiais” seriam organizados de modo a fornecer direitos a seus respectivos condôminos. Dentre

eles, a distribuição em frações iguais e a tomada de decisões administrativas seria realizada para satisfazer a vontade da maioria presente.

3.7. Usucapião familiar

A usucapião familiar é uma das espécies mais recentes de usucapião, criada através da Medida Provisória n. 514, de 1º de dezembro de 2010, apesar de sua redação original não prever a criação do artigo 1.240-A no Código Civil Brasileiro, que acolheu a controversa figura jurídica.

O enfoque da Medida Provisória era a alteração, de forma significativa, do programa de governo Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei n. 11.977/2009, com o objetivo de ampliar os mecanismos de aquisição e desenvolvimento de unidades habitacionais para pessoas e suas famílias com renda mensal de até dez salários mínimos²⁶.

Essa modalidade de usucapião surgiu com novos requisitos para a aquisição da propriedade, que serão tratados no próximo capítulo, uma vez que se trata do núcleo do presente estudo.

4. USUCAPIÃO FAMILIAR E SEUS REQUISITOS

A usucapião familiar é uma das espécies de usucapião previstas no Código Civil brasileiro, inserida através da Lei nº 12.424/2011. Ela se aplica a imóveis urbanos que são utilizados como moradia pela família, desde que atendidos os requisitos legais estabelecidos. Diante disso, será necessário realizar um estudo minucioso acerca de cada uma das condições impostas na normativa.

4.1. O exíguo prazo

Inclinados ao objetivo de agilizar os litígios familiares e conceder ao bem imóvel uma utilidade social, os legisladores trouxeram, com a inovadora figura jurídica da usucapião familiar, um exíguo prazo para a sua aquisição, considerado o menor dentre as espécies.

O prazo bienal legalmente estabelecido é aplicado nas hipóteses posteriores a entrada da norma em vigor, no ano de 2011, independentemente do período que

²⁶Art. 1º da Lei n. 11.977/2009.

se antecedeu, uma vez que o instituto não admite a retroatividade. Caso fosse possível, aquele que abandonou o lar perderia imediatamente a propriedade, o que resultaria em uma grande ofensa ao princípio da segurança jurídica.

O direito a usucapião do bem só poderá ser pleiteado, por isso, a partir da data de 16 de junho de 2013, em respeito ao disposto no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Para firmar a compreensão, foram editados os Enunciados 497²⁷ e 498²⁸, da V Jornada de Direito Civil, que mencionam o início da contagem do prazo após a entrada em vigor da lei e a possibilidade de alcançar a prescrição no curso do processo de usucapião.

À luz da compreensão do jurista Mario Delgado, a exiguidade do prazo bienal da usucapião familiar sendo este bem inferior aos demais prazos das outras espécies abala o princípio da segurança jurídica, pois permite a perda da propriedade comum em um prazo excessivamente curto, durante o qual poderia ocorrer, até mesmo, a reconciliação do casal²⁹.

Impende razão ao doutrinador, eis que as relações afetivas quando chegam ao fim, envolvem sentimentos como amor, ódio, mágoa, rancor, e, por essa razão, o abandono do lar não pode ser utilizado em desfavor do cônjuge, sendo tal medida considerada uma verdadeira punição.

Similarmente, o prazo para ser considerado válido deve ser de dois anos, obtido de maneira corrida, ininterrupta e sem nenhuma oposição, afastadas completamente as idas e vindas ou tentativas de reconciliação do casal. obsta o prazo, também, a propositura de práticas extrajudiciais ou ações judiciais que deixem claro o interesse do cônjuge na manutenção da propriedade do imóvel.

Ao interpretar a lei, percebemos que há uma lacuna quanto a necessidade prévia da dissolução do vínculo conjugal para o início da contagem do prazo prescricional, o que leva a uma nítida discriminação entre os regimes do casamento e da união estável, pois no primeiro, existe uma formalização da separação, através

27 Enunciado 497 da V Jornada de Direito Civil: O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor.

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

29 Ramos GDB, Santana NS *apud* Delgado, Mario. *A usucapião especial familiar frente aos princípios constitucionais no tocante aos imóveis rurais*. Anais do 18º Simpósio de TCC e 15º Seminário de IC do Centro Universitário ICESP. 2019(18); 744-755.

do divórcio, e no segundo, a mera separação de fato é capaz de pôr fim ao enlace amoroso.

Em parâmetro, compreende Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy que:

[...] esta posição levaria a uma discriminação entre casamento e união estável, equiparados pela Constituição para todos os efeitos, pois a união estável pode ser dissolvida de fato sem necessidade de pronunciamento judicial. Então, neste caso, para a união estável, se contaria o prazo após a separação de fato, e para o casamento, após o divórcio. Assim, entende-se que se não houve separação de direito, a separação de fato é a data de início de contagem de prazo para aquisição da usucapião familiar, tanto para excônjuge como para ex-companheiro. (grifos nossos)

O prazo prescricional se dará, portanto, após o efetivo abandono, configurado pela separação, de fato ou de direito, do ex-casal. A comprovação e confirmação do abandono é essencial, tendo em vista que não corre prescrição no âmbito da sociedade conjugal, como bem alude o artigo 197, inciso I, da legislação civil.

Não obstante, a prova do efetivo abandono do lar conjugal não tende a ser fácil. Apesar de não precisar de formalização em cartório ou delegacia, é preciso que seja construído um vasto acervo probatório, com a junção de testemunhas, fotografias ou demais dados e documentos concretos que comprovem o abandono³⁰, para que se evite um enriquecimento ilícito do cônjuge que ficou no bem.

Nesse contexto, Marcos Ehrhard Junior ressalta outra questão a respeito do tema, ao mencionar uma possível mácula ao princípio constitucional da isonomia, pois enquanto as pessoas solteiras precisam aguardar o prazo mínimo de cinco anos para alcançar o direito, as pessoas separadas ou recém-divorciadas necessitam de apenas dois anos para fazer valer o seu benefício.

Cumprir destacar que nem mesmo o possuidor com justo título e boa-fé é beneficiado de tal maneira, já que não é possível usucapir um bem imóvel em um prazo que seja inferior a cinco anos.

Ao legislador, faltou cautela e clareza na formalização da norma, o que gera dúvidas e controvérsias acerca da discussão da usucapião familiar, e se a modalidade cumpre com os ditames constitucionais, afastando uma punição

30FACHIN, Luiz Edson. *A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Jornal Carta Forense. Ano III, n.31. Outubro/2011, p. 14 B.

patrimonial injustificada ao cônjuge que não mais optou por manter a sociedade conjugal.

4.2. A posse direta e exclusiva

Para a configuração da usucapião familiar, é necessário que o cônjuge ou companheiro que ficou em posse do bem usucapiendo detenha uma posse direta e exclusiva sob ele.

No mesmo sentido, o Enunciado n. 500 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal/STJ traz que “a modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas”. Trocando em miúdos, somente terá cabimento a usucapião familiar se os cônjuges foram condôminos³¹.

Muito embora o legislador tenha atribuído ao instituto estes dois requisitos, configura-se um erro crasso de técnica jurídica, pois “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”³².

De modo simplório, a interpretação mais plausível ao que se pretendia dispor é compreender a posse direta como aquela na qual o possuidor tem a coisa consigo. Já a posse exclusiva, corresponde ao exercício dos atos inerentes da posse, sem a oposição de outrem, vez que somente serão realizados pelo cônjuge que ficou no imóvel.

É importante destacar que o conceito de posse direta trazido no artigo 1.240-A do Código Civil não coaduna com o sentido que dispõe a norma do artigo 1.197 do mesmo dispositivo, como bem enfatiza o Enunciado n. 502 da V Jornada de Direito Civil³³. Inobstante, é bem verdade pois o imóvel pode ser ocupado por uma pessoa da família do ex-cônjuge ou ex-companheiro sem, contudo, afastar a titularidade da posse *ad usucapionem* do cônjuge que foi abandonado, ao mesmo tempo que não

31 SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

32 OLIVEIRA, Carla Beatriz de. Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio/SP (2018). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel/RS (2015). Revista da Defensoria Pública RS.

33 Enunciado n. 502 da V Jornada de Direito Civil: *o conceito de posse direta do art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a aceção empregada no art. 1.197 do mesmo Código*.

afasta a posse *ad interdicta* do familiar, que pode proteger o bem por meio dos interditos proibitórios.

Mutatis mutandi, o imóvel que se objetiva a usucapião deve servir para a moradia do cônjuge e de sua família, não restando configurados os seus requisitos se o imóvel estiver alugado para terceiros ou servir para fins econômicos. Essas hipóteses afastariam a posse direta do bem.

Em igual sentido, caso o particular opte por deixar o imóvel fechado, antes de implementado o prazo legal de 2 (dois) anos, não restará possível o pleito da usucapião familiar, eis que, novamente, um dos seus requisitos é o exercício da posse direta do bem, significando a permanência do abandonado no imóvel.

A posse também precisa ser exercida sem oposição de terceiros. Caso o parceiro que deixou o imóvel ingressar, por exemplo, com uma notificação extrajudicial ou com qualquer medida judicial que demonstre interesse em exercer os atributos da propriedade, apenas do prazo estipulado, restará afastado o direito à usucapião familiar. Neste toar, a ação para arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo da coisa comum é muito utilizada para que obste a concessão deste modo de aquisição da propriedade³⁴.

Entretanto, além de editar a norma com cristalina atecnia jurídica, o legislador ainda afastou a necessidade da comprovação do elemento subjetivo da posse, o *animus domini*, ou ânimo de se tornar dono, sendo suficiente apenas o afastamento do cônjuge por abandono do lar em razão da sua inércia e o exercício da posse de modo qualificado na norma por parte proprietário que permaneceu no imóvel.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenwald consideram, *data venia*, que ao substituir o requisito *animus domini*, um dos requisitos essenciais de qualquer espécie de usucapião, pelo requisito da causa da separação, na qual é a primeira e única espécie de usucapião em que é desprezada a investigação da intenção do possuidor de ter a coisa para si, a usucapião familiar apresentaria um desvio longínquo do fundamento original da norma, já que estaria voltado para a discussão acerca do culpado pelo abandono do lar e o fim do vínculo conjugal³⁵.

34SIMÃO, José Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <<https://professorsimao.com.br/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/>>. Acesso em 01 abril. 2023.

35FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 395-396.

Ademais, o legislador, ao utilizar a expressão posse direta para descrever a situação jurídica do cônjuge que permanece no lar comum, deixou de aplicar a técnica jurídica da maneira adequada, pois inexistente uma relação de direito obrigacional ou real entre o ex-convivente que sai do lar comum e aquele que fica. O correto é compreender que um dos compossuidores se converte em possuidor exclusivo e, noutro momento posterior, no concurso de todos os requisitos estabelecidos na norma, único proprietário³⁶.

Embora as vicissitudes manifestadamente claras na aplicação da norma, o legislador clama pelo entendimento da posse exercida como exclusiva e direta, para a concessão da medida.

4.3. A restrição aos imóveis urbanos

Inserida no ordenamento jurídico através de modificações do programa de governo Minha Casa, Minha Vida, o fundamento da usucapião familiar tende a efetivação da função social da propriedade e o exercício do direito à moradia de pessoas menos abastadas, haja vista ser o programa voltado à proteção da moradia de indivíduos com baixa renda.

Todavia, impende-se salientar a contradição da norma, ao se restringir aos imóveis urbanos, com metragem não superior à 250 m². Por ser um dispositivo de caráter restritivo, não comporta uma interpretação extensiva, limitando a sua aplicabilidade de forma desarrazoável.

Nesse sentido, a norma apresenta um obstáculo ao exercício da dignidade da pessoa humana, com previsão legal no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, no que diz respeito à localização do imóvel, por excluir dos legitimados aqueles moradores de áreas rurais e, possivelmente, os mais necessitados de tal modalidade de tutela protetiva.

O fato de não abarcar as famílias rurais é contrário ao disposto no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, de tal modo que fere o princípio da igualdade, pelo qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e pelo qual os méritos iguais devem ser tratados de modo igual, e as situações desiguais,

36 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

desigualmente, já que não deve haver distinção de classe, grau ou poder econômico entre os homens³⁷.

Outrossim, não há justificativa plausível para conferir tratamento diferenciado às famílias rurais, utilizando como critério a localização do bem imóvel, eis que a legislação constitucional é clara ao estabelecer que não deverá haver discriminação de qualquer natureza.

Os efeitos do abandono, quando aplicados no contexto rural, são muitas vezes mais gravosos que os urbanos, por ser aquela parte da população ligeiramente mais vulnerável. Por vulnerabilidade, entende-se como uma manifesta situação de fragilidade do indivíduo ou de um grupo, diante do impacto de situações de origem natural, política ou socioeconômica.

A advogada Luciana Santos Silva explana sobre a vulnerabilidade da família rural nos casos de abandono efetivo, ao afirmar que:

Os efeitos do abandono são os mesmos independentemente da localização do imóvel em que ficou residindo o abandonado. Quiçá não sejam mais gravosos na zona rural onde as relações sociais mais próximas favorecem que a pecha de abandonado passe a integrar de forma pejorativa a identidade social do que permaneceu no imóvel. Além disso, no Brasil os índices de baixa escolaridade e alta pobreza são mais acentuados na zona rural gerando entraves ao acesso à Justiça e a efetivação de direitos³⁸.

Embora existam propriedades rurais de grandes extensões e valores, é possível encontrar, com certa frequência, tendo em vista a enorme extensão territorial da zona rural em nosso país, pequenas propriedades de terra nas quais famílias trabalham para, através delas, garantir a sua subsistência, o que demonstra, novamente, a sua vulnerabilidade.

No tocante a essa modalidade de usucapião, destaca-se que todos os indivíduos estão a mercê do abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro, de modo que ainda mais aqueles residentes na zona rural, pela absoluta vulnerabilidade em razão de não possuírem as mesmas oportunidades daqueles que foram abandonados na esfera urbana.

37 Artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

38 SILVA, Luciana Santos. *Uma nova afronta à carta constitucional: usucapião pró-família*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Luciana.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2023.

Ademais, o desembargador Epídio Donizzeti faz uma severa crítica ao erro malgrado pelo legislador, quando da não inclusão dessa parcela da população como legitimados do instituto:

Interessante que o legislador não se preocupou com a sorte de quem foi abandonado num casebre na zona rural. Essa pessoa, abandonada pela sorte e pelo cônjuge, também o foi pelo legislador, que não se dignou em lhe conferir a prerrogativa de aquisição da pequena área de terras onde mora. Dois pesos e duas medidas³⁹.

Pelo fato de não se constituírem como aptas à usucapião familiar, as famílias rurais precisam se submeter ao prazo muito mais elevado da usucapião especial rural, vislumbrada no artigo 1.239 do Código Civil, tornando ainda mais prejudiciais os efeitos do abandono.

Como forma de efetivar a função social da propriedade, cumprindo os princípios da igualdade e isonomia e defronte a situação de vulnerabilidade da família rural, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de divisão do imóvel rural, quando este superar o requisito legal da metragem estabelecido na usucapião familiar, quando for possível a sua separação, o que, desse modo, não impediria a aplicação do mecanismo.

Por esse motivo, “o bem de família em razão de sua função social, impossibilita sua alienação para satisfação de dívida; no entanto, em determinadas hipóteses, tal impenhorabilidade pode ser mitigada, como no caso, em que a propriedade rural tem extensão suficiente para ser dividida”⁴⁰.

Assim, a aplicação direta do instituto não deve ser pautada em critérios meramente geográficos, já que em ambos os locais, sejam eles urbanos ou rurais, existem situações de abandono e, conseqüentemente, repercutem na esfera patrimonial e familiar daquele que ficou no imóvel.

De forma pragmática, a norma traz uma fixação ao tamanho do imóvel, abrangendo propriedades de classe média e alta, sendo incluídos até mesmo apartamentos de luxo com valores milionários e boas casas no interior.

Indubitavelmente, questiona-se a efetiva aplicação da função social da propriedade, pois seria esse o objetivo do novo dispositivo, uma forma de assegurar

39 DONIZZETI, Epídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

40 STJ, 2005.

às famílias menos favorecidas e de baixa renda a aquisição de imóvel para moradia. Entretanto, possuindo o cônjuge um imóvel que abarque as metragens preestabelecidas, ainda que comporte um elevado valor aquisitivo, também será legitimado para propor a ação de usucapião.

Afasta-se, portanto, a coerência da usucapião familiar e sua relação com a finalidade que se propõe, apresentando vícios quanto aos seus legitimados e violando diversos princípios constitucionais.

4.4. O abandono do lar

Trata-se, talvez, do requisito mais polêmico para a deflagração do instituto da usucapião familiar. Afinal, o legislador não foi preciso ao utilizar a expressão, culminando em uma atecnia jurídica que vem gerando conflitos em sua compreensão.

Ao levarmos a interpretação da norma para uma esfera de cunho objetivo, temos que se trata da existência de uma separação de fato do casal e, concomitantemente, o efetivo não exercício de atos possessórios⁴¹ frente a propriedade antes partilhada pelos cônjuges para a formação e manutenção de sua família. De outro vislumbre, a expressão desemboca no ressurgimento da discussão diante da culpa pelo fim da relação amorosa, conferindo uma punição patrimonial ao cônjuge que abandonou o lar, fruto de um conservadorismo injustificável.

A conceituada jurista Maria Berenice Dias enseja o questionamento acerca do termo empregado:

O que significa mesmo abandonar? Será que fugir do lar em face da prática de violência doméstica pode configurar abandono? E se um foi expulso pelo outro? Afastar-se para que o grau de animosidade não afete a prole vai acarretar a perda do domínio do bem? Ao depois, como o genitor não vai ser tachado de mau pelos filhos caso manifeste oposição a que eles continuem ocupando o imóvel? Também surgem questionamentos de natureza processual. A quem cabe alegar a causa do afastamento? A oposição há que ser manifestada de que forma? De quem é o ônus da prova? Pelo jeito a ação de usucapião terá mais um fundamento como pressuposto constitutivo do direito do autor.

41SIMÃO, Jose Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/598/>. Acesso em 02 de abril de 2023.

Alhures, a aferição de culpa para o decreto da dissolução do casamento ou da união havia sido sepultada pela Emenda Constitucional n. 66 de 13 de julho de 2010, que aborda questões relativas ao divórcio.

Sua normatização representa uma verdadeira redução da intervenção estatal, manifestando nítida laicidade diante do casamento e da intimidade dos particulares, além de representar uma economia financeira e também afetiva, pois o divórcio passa a se decretar de maneira imediata, o que permite o retorno sequente da vida afetiva das partes⁴².

Ao ser necessária a busca pelo culpado do desamor e o conseqüente abandono do lar, o instituto entrava em conflito direto com direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade do então casal, atentando, de tão logo, ao princípio da reserva, garantidor da intimidade da comunhão de vida⁴³.

Dantes à promulgação da referida emenda, havia à míngua de atribuir a um dos cônjuges a culpa pelo fim do casamento, para que restasse possível a separação judicial e o alastramento dos seus efeitos, em uma das hipóteses previstas no artigo 1.573, do Código Civil.

Assim, o fundamento da causa de pedir nas ações de separação judicial e dissolução da sociedade conjugal eram voltados ao decurso do prazo da separação, este sendo de um ano do trânsito em julgado da sentença, e de dois anos, em casos de separação de fato, ou a imputação de culpa pelo autor ao réu. Com o reparo constitucional, deixou de ser imprescindível qualquer motivação para que fosse decretada a dissolução do casamento.

Em contramão, o legislador, ao editar a norma do artigo 1.240-A da legislação civil, atribuindo o abandono do lar como um dos requisitos primordiais para a aquisição da propriedade por usucapião familiar, cria uma verdadeira fênix jurídica, pois reinsere no ordenamento a discussão da culpa pelo fim da entidade familiar.

Entretanto, não pode ser qualquer tipo de abandono a ensejar a utilização do mecanismo. É preciso que haja o *animus abandonandi*, um ato de vontade ou de mera liberalidade, tido como voluntário, e não somente do bem imóvel, mas também dos deveres conjugais. Esse entendimento está previsto no Enunciado n. 595 da VII

42 DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.

43 CONPEDI

Jornada de Direito Civil⁴⁴, como uma forma de corrigir a expressão empregada pelo editor da norma.

Conseqüentemente, ao trazer como um dos requisitos da usucapião o abandono voluntário e injustificado do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros, a normativa prevista na Lei nº 12.424/2011 aparentemente resgata a discussão da infração aos deveres casamento ou união estável⁴⁵.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, menciona a abrangência do termo “abandono do lar” e o descaracteriza no sentido de que não se trata de simples saída do lar, uma vez que nas relações familiares atuais a caracterização das figuras dos casamentos e uniões estáveis não dependem de coabitação para atender ao dever de vida comum⁴⁶.

Em igual sentido, não há a configuração do abandono quando houver, por parte do cônjuge que saiu do lar, de qualquer medida judicial ou extrajudicial que vise a manutenção da propriedade, tal como se impera nas ações para arbitramento de aluguel.

A jurisprudência pátria já tratou da questão, conforme julgados dos tribunais regionais, *in verbis*:

Acolhimento do pedido de reconhecimento de domínio pela usucapião que se mostra inviável. Instituto da usucapião familiar/conjugal, previsto no artigo 1.240-A que pressupõe que o imóvel que se pretende usucapir seja, por força do regime de bens, do casal, em comunhão, decorrente do regime de bens do casamento ou da união estável, ou em condomínio. Imóvel que, no caso em tela, pertence unicamente ao primeiro réu, o qual o recebeu em doação quando ainda era menor. Demais modalidades que prescindem do *animus domini*, não demonstrado na hipótese em exame. Permanência da autora no imóvel, juntamente com os filhos do ex-casal, que indica somente a tolerância com a situação fática acarretada pelo rompimento do vínculo conjugal. Incidência do art. 1.208 do Código Civil. Notificação extrajudicial realizada que cumpriu a finalidade de denunciar o contrato e demonstrou o interesse da usufrutuária e do nu-proprietário em reaver o imóvel, perfectibilizando-se o esbulho. Incidência do artigo 582 do Código Civil” (TJRJ, Apelação n. 0390522-36.2016.8.19.0001, Rio de Janeiro,

44Enunciado n. 595, da VII Jornada de Direito Civil: *O requisito "abandono do lar" deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável.* Revogado o Enunciado 499.

45 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

46 FACHIN, Luiz Edson. *A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Jornal Carta Forense. Ano III, n.31. outubro/2011, p. 14 B.

O abandono também não se observa quando o ex-cônjuge ou ex-companheiro demonstra claros sinais de que, apesar de afastado fisicamente, ainda mantém o cuidado e a responsabilidade com a família, a exemplo da relação com alimentos, seja pagando, ofertando, contestando ou depositando a quantia estabelecida em juízo. Em instância similar, não configura abandono se o cônjuge pagar os tributos e taxas relativas ao imóvel abandonado, eis que resta demonstrado que apesar do distanciamento físico, não há desinteresse pelo imóvel ou até mesmo pela família.

O Enunciado n. 664, da IX Jornada de Direito Civil menciona que “o prazo da usucapião contemplada no art. 1.240-A só iniciará seu curso caso a com posse tenha cessado de forma efetiva, não sendo suficiente, para tanto, apenas o fim do contato físico com o imóvel”. Por isso, o pagamento dos impostos referentes ao imóvel e outras despesas em igual sentido suspendem o prazo prescricional para a deflagração da modalidade de aquisição da propriedade.

De forma similar, é uníssono o entendimento quanto ao afastamento do abandono do lar nas situações de manifesta violência doméstica. A Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006, também conhecida por Lei Maria da Penha, que tem por finalidade regular a proteção psicológica, moral e física das mulheres, configura-se como uma excludente do direito a esta modalidade de aquisição da propriedade, em razão do fato de que é preciso que o abandono do lar se dê de maneira voluntária, e não por meio de motivação, como o é em questões de cumprimento de medida protetiva de urgência, por exemplo, explicitadas no artigo 22 da referida Lei.

Na práxis judicial, mostra-se coerente o supracitado distanciamento, já que a conduta que leva à punição criminal do agressor não deve culminar, de maneira automática, em um prejuízo patrimonial a ele quanto aos bens do casal durante a constância da união.

Na mesma linha de pensamento, com vistas a unificar o supracitado entendimento, foi editado o Enunciado n. 595, na VII Jornada de Direito Civil, definindo que “o requisito do ‘abandono do lar’ deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel, somando à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável [...]”. Portanto, a hipótese de afastamento

em razão de medida protetiva decorrente de violência doméstica obsta o cômputo do prazo para requisitar a usucapião, uma vez que o abandono, nesses casos, não é voluntário.

À guisa da confusão abarcada pelo termo, Marcos Ehrhardt Júnior levanta questionamentos sobre o verdadeiro propósito do legislador ao criar o instituto, pois se a intenção era garantir a moradia de quem ficou no imóvel, “puniremos o que ‘abandonou’ o lar, que é igualmente detentor do mesmo direito fundamental à moradia?”⁴⁷.

Tendo em vista que o bem foi adquirido pelo casal, como resultado do esforço comum, podendo ser este material ou espiritual, pergunta-se: qual seria o motivo para permitir a usucapião? Nas palavras de José Fernando Simão, “há uma punição patrimonial ao cônjuge ou companheiro que ‘abandona’ a família”⁴⁸.

Para acalantar ainda mais o debate, devemos ressaltar que, em muitos casos, o particular que saiu do imóvel não abandona a família, apenas tolera a permanência do outro no bem, mormente a condição de se direcionar a guarda dos filhos ao cônjuge que continuou residindo na propriedade, configurando, desse modo, uma mera tolerância. À luz da redação do artigo 1.208 da codificação civil, os atos de permissão ou tolerância não induzem a posse, o que impede a verificação desta espécie de usucapião.

Por fim, é nítido que o legislador não solucionou os efetivos problemas voltados a concessão de uma função social à propriedade deixada pelo abandono do lar, com o conseqüente encerramento do enlace matrimonial, optando pela construção de uma nova quimera jurídica, amalhada de um excesso de burocracia e falso teor social, sem levar em consideração, de fato, o desgaste psicológico e sentimental causado pelo fim da relação conjugal e sua efetiva utilidade coletiva.

4.5. O único bem imóvel para moradia

A norma determina que, para a aquisição da propriedade do bem por meio da usucapião familiar, o possuidor deve dispor de apenas um imóvel para moradia, seja este urbano ou rural, para que reste possível a outorga do bem. Entretanto, ao fazer

47 JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. *Temos um novo tipo de usucapião, criado pela Lei 12.424/11. Problemas à vista.* Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog/2011/06/24/temos-um-novo-tipo-de-usucapiao-criado-pela-lei-1242411-problemas-a-vista>>. Acesso em: 02 fev. 2023.

48 SIMÃO, José Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <<https://professorsimao.com.br/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/>>. Acesso em 01 abril. 2023.

uma interpretação extensiva do dispositivo, infere-se que o possuidor não precisa necessariamente ser proprietário de apenas um imóvel, mas não pode ter mais de um bem que foi fruto de usucapião familiar anterior⁴⁹.

O professor José Fernando Simão foi certo ao exemplificar o parágrafo único do artigo 1.240-A da legislação civil, aplicando-o a uma realidade possível e, até mesmo, comum:

Imagino a seguinte situação concreta. Determinada mulher casada permanece no imóvel comum, residência da família, enquanto seu marido vai voluntariamente embora de casa e constitui nova família em cidade distante. Passados dois anos do abandono, a esposa reúne os requisitos para a usucapião familiar. Sendo proprietária do bem em razão de sentença que declara a usucapião, a esposa vende o bem. Iniciando agora uma união estável surge a mesma situação. O companheiro abandona o imóvel e a companheira dois anos depois promove a ação de usucapião. De acordo com o dispositivo, como esta mulher já usucapiu imóvel se utilizando da usucapião familiar, só poderá usucapir o bem por outra modalidade, seja ela prevista no Código Civil (usucapião extraordinária do art. 1.238) ou pela Constituição (art. 183)⁵⁰. (grifos nossos)

Data venia, apesar de as personagens da história terem sido modificadas, o roteiro permanece o mesmo. Se estão reunidos, portanto, os requisitos necessários e imprescindíveis para a aquisição da nova propriedade, por que impedir a consagração da aquisição do bem? Trata-se, assim, de temerária contradição proposta pelo legislador.

Ao nosso sentir, a redação da norma restringiu ainda mais o raio de aplicabilidade prática do instituto, afastando-se da efetiva realidade do seio familiar na sociedade brasileira.

5. VICISSITUDES DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Ao criar uma norma, o legislador precisa observar, além do seu caráter social, político e, até mesmo, ideológico, a possibilidade e a concretude daquela medida que se pretende suscitar. Entretanto, tomados pelas militâncias e atecias jurídicas,

49 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas: Lei n. 10.406, de 10.01.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 298.

50 SIMÃO, José Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <<https://professorsimao.com.br/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/>>. Acesso em 02 abril. 2023.

os responsáveis pela edição da norma estabeleceram a usucapião familiar com o intuito de proteger aquele que ficou no imóvel, após o término do afeto matrimonial, imputando ao outro uma sanção deveras desarrazoável.

Ocasão na qual a norma parece pretender a sua perpetuação no ordenamento jurídico, notamos claros vícios em sua aplicabilidade.

5.1. Inconstitucionalidade formal da norma

A usucapião familiar, como discutido anteriormente, teve sua origem com a Medida Provisória n. 514. Entretanto, não foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através desse mecanismo, uma vez que não estavam presentes os requisitos da relevância e urgência apresentados no artigo 62 da Constituição Federal. Caso tivesse surgido dessa maneira, estaríamos diante de clara violação ao processo legislativo constitucional.

Em razão da possibilidade de violação da norma, o instituto surgiu concretamente por meio de uma alteração parcial da Medida Provisória, com a edição do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 10/2011, efetivado na Câmara dos Deputados, tendo como relator o ex-deputado André Vargas, do PT/PR, e, no Senado Federal, o relator e senador Waldemir Moka, do PMDB/MS.

Sendo assim, criou-se a Lei nº 12.424/2011, de 16 de junho de 2011, que alterou a Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, bem como outros dispositivos, e acrescentou o artigo 1.240-A ao Código Civil.

Entretanto, a Lei que instituiu a figura da usucapião familiar ataca a Constituição Federal, pois fere, dentre outros direitos, o direito fundamental à propriedade, trazido em seu art. 5º, XXII. Sua constitucionalidade, portanto, deve ser questionada.

Para que o Estado se mantenha em ordem, é preciso haver normas que sejam válidas, eficazes e voltadas à sociedade que se pretende aplicar. Conclui-se que as normas ou regras jurídicas estão para o Direito de um povo, como as células estão para um organismo vivo⁵¹.

Em sua Teoria Tridimensional do Direito, Miguel Reale já ensinava que toda experiência jurídica é anteposta de três elementos: fato, valor e norma, ou seja, "um

51 NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

elemento de fato, ordenado valorativamente em um processo normativo”⁵². Por isso, o Direito não possui uma estrutura meramente factual, como defendem os sociólogos, tampouco valorativa, como querem os idealistas e, ainda, normativa, como proclamam os normativistas⁵³.

Por esse motivo, ao editar uma norma, não se pode levar em consideração apenas o enfoque valorativo da lei, com a aplicação voltada apenas para a satisfação de questões político-ideológicas. Deve ser levada à discussão, além do caráter social, o enfoque aos direitos que serão afetados e a legalidade dos efeitos que serão perpetuados, sob a ótica de se questionar a sua aplicabilidade.

Tendo em vista o ordenamento jurídico eleito no Brasil, toda a norma proveniente da esfera de poder do Estado-legislativo está sujeita ao controle de constitucionalidade, vez que toda a norma retira sua validade de outra imediatamente superior, a Constituição.

Sob o prisma kelseniano, no mundo das normas jurídicas, uma norma só pode receber validade de outra, de modo que a ordem jurídica sempre se apresente estruturada em normas superiores fundantes – que regulam a criação das normas inferiores – e normas inferiores fundadas – aquelas que tiveram a criação regulada por uma norma superior⁵⁴.

Seguindo esse entendimento, as normas jurídicas nunca estarão lado a lado, apresentando posicionamentos diferentes em graus inferiores e superiores. Essa relação compreende o escalonamento hierárquico, criado por Hans Kelsen⁵⁵. Trata-se de uma estrutura conceitual para compreender a organização e o relacionamento das normas jurídicas em uma hierarquia, na qual as normas superiores têm precedência sobre as normas inferiores.

Havendo, de tal modo, uma incompatibilidade entre os preceitos, as normas superiores devem ser aplicadas e as normas inferiores, anuladas ou modificadas.

O controle de constitucionalidade representa, portanto, um procedimento de análise para verificar a compatibilidade e adequação entre as normas existentes no ordenamento, em diferentes graus de hierarquia com a Constituição, pois pode ser

52 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Miguel Reale: *o filósofo da teoria tridimensional do direito*. Revista Brasileira de Filosofia, v. 59, n. 235, p. 39-52, 2010. Tradução. . Acesso em: 03 abr. 2023.

53 NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

54 SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen – Ensaios Introdutórios (2001-2005)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

55 NADER, Paulo apud Kelsen, Hans. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

realizada entre as leis e os demais atos normativos, que lhe devem estrita observância e irrestrita obediência. A instituição desse instrumento de fiscalização da constitucionalidade dos diplomas é o que impede que o ideal da supremacia constitucional se torne mera retórica⁵⁶.

A inconstitucionalidade formal impera-se quando o vício da norma afeta o ato de maneira institucional, decorrente da inobservância do rito do processo legislativo que foi constitucionalmente fixado ou da incompetência do órgão com a qual foi editado. Um clássico exemplo é o projeto de lei apresentado por Deputados Federais com o objetivo de propor o aumento da remuneração dos servidores públicos federais, com clara violação à regra de iniciativa proposta no artigo 61, §1º, II, "a", da Constituição Federal, que determina o pertencimento, com exclusividade, ao Presidente da República da iniciativa de propor o aumento hipotético.

Noutro momento, a inconstitucionalidade material se dá com a incongruência entre o conteúdo da norma que se pretende suscitar e o disposto no texto constitucional, devendo observar a razoabilidade e a proibição do retrocesso. É neste cenário que o artigo 1.240-A do Códex, com o pretexto de garantir o direito à moradia ao cônjuge que ficou no imóvel após o término da sociedade conjugal, fere o direito fundamental à propriedade do cônjuge que findou a entidade familiar.

Ao se tratar da técnica legislativa, a Lei Complementar n. 107/2011, que alterou a Lei Complementar n. 95/1998 destaca, em seu artigo 7º, II, de maneira expressa, que " a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão". André Del Negri, ao interpretar a norma, ensina que " é preciso, assim, visualizar que a técnica legislativa está ligada ao procedimento, e que este, por sua vez, foi construído legislativamente, e requer observância legal"⁵⁷.

A inserção da usucapião familiar, norma do artigo 1.240-A do Código Civil, está coberta de vício formal, tendo em vista que foi inserida na Lei n. 12.424/2011 a partir da conversão da Medida Provisória n. 514/2010 em lei, e o texto original da referida Medida não mencionava, em momento algum, a figura jurídica ora criada.

56 MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 9ª. ed. rev., Ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 1142.

57 DEL NEGRI, André. *Técnica legislativa e teoria do processo*. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

Tratava-se, inicialmente, apenas de mudanças no programa Minha Casa, Minha Vida.

Apesar de causar estranheza quando temos conhecimento acerca de como o processo legislativo deveria ocorrer, situações como esta são comuns no Congresso Nacional. Suzana Brêtas afirma que essas inserções indevidas são conhecidas entre os congressistas como “jabutis”, os quais significam, de forma grosseira, matéria que é estranha ao assunto de medidas provisórias ou projetos de lei, de modo geral e, apesar de ser inconstitucional, ocorre de forma recorrente nos corredores do Congresso⁵⁸.

O termo deriva da expressão “jabuti não sobe em árvore”⁵⁹, que significa algo que não tem lógica ou coerência. Tais matérias podem descaracterizar completamente o projeto original e criar leis mal elaboradas e incoerentes. Além disso, os atos muitas vezes são apresentados sem debate prévio ou sem relação alguma com as demandas reais da sociedade, o que gera um tremendo desgaste para o próprio Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal, considerado como o guardião da Constituição, como bem menciona o artigo 102 da Carta Magna, já se manifestou anteriormente sobre a decretação da inconstitucionalidade da referida prática.

Em uma das suas decisões, o Tribunal entendeu pela inconstitucionalidade formal em razão da ausência de relação da proposição com a matéria originária da Medida Provisória, como se depreende da análise do julgado, *in verbis*:

Tribunal de Justiça - Instauração de processo legislativo versando a organização e a divisão judiciárias do estado - Iniciativa do respectivo projeto de lei sujeita à cláusula constitucional de reserva (cf. art. 125, § 1º, "in fine") - Oferecimento e aprovação no curso do processo legislativo, de emendas parlamentares - Aumento da despesa originalmente prevista e ausência de pertinência - Descaracterização da proposição legislativa original, motivada pela ampliação do número de comarcas, varas e cargos constantes do projeto inicial - Configuração, na espécie, dos requisitos pertinentes à plausibilidade jurídica e a0 "*periculum in mora*" - Medida cautelar deferida. - O poder de emendar projetos de lei - que se reveste de natureza eminentemente constitucional - qualifica-se como prerrogativa de ordem político jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 – RTJ 37/113 - RDA 102/261), pode ser legitimamente

58 BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *Inconstitucionalidade da usucapião familiar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

59 Expressão utilizada pelo ex-presidente da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães.

exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa (ADI 865/ MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO), desde que - respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República - as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei, (b) guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original e (c) tratando-se de projetos orçamentários(CE, art. 165, I, II e III), observem as restrições fixadas no art. 166, S§ 3º e 4º da Carta Política. Doutrina. Jurisprudência. - Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, quando do oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Suspensão cautelar da eficácia do diploma legislativo estadual impugnado neste ato de fiscalização normativa abstrata. (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.050-6/Santa Catarina, Relator: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/1994).

O posicionamento acima descrito do Supremo Tribunal vem sendo confirmado e mantido ao longo dos anos, conforme exposto abaixo:

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 3º da lei nº 15.215/2010 do estado de Santa Catarina. Concessão de gratificação a servidores públicos estaduais. Dispositivo incluído por emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória. Matéria de iniciativa privativa do chefe do poder executivo. Servidores públicos estaduais. Remuneração. Aumento da despesa prevista. Vedação. Matéria estranha ao objeto original da medida provisória submetida à conversão. Inobservância do devido processo legislativo. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Arts. 2º, 61, S 1º, II, "a" e", 62 e 63, I, da Constituição da República. Precedente (ADI nº4.433, Ministra Relatora: Rosa Weber, 18/06/2015)

Com a conversão da Medida Provisória em Lei, esta sofreu inserções de temas estranhos ao seu texto originário, imperando cristalina violação ao processo constitucional legislativo, o que gera insegurança jurídica, desobediência à garantia da reserva legal e violação da legitimidade democrática, princípios que deveriam revestir todo e qualquer ato estatual, especialmente o ato legislativo.

Sendo indispensável a observância do processo legislativo constitucional, é possível inferir que foi abandonada no momento da edição da Lei n. 12.424/2011, ao introduzir o artigo 1.240-A, no Código Civil, criando a figura jurídica da usucapião familiar, trazendo à baila uma inconstitucionalidade sob o ponto de vista formal ou procedimental, eis que viola a Lei Complementar n. 107/2001, que alterou a Lei Complementar n. 95/1998, ao tratar da técnica legislativa coerente.

5.2. Afronta à autonomia privada no regime de bens

O casamento é uma instituição jurídica e religiosa, no qual são unidos socialmente sonhos e ideais, com a esperança de se perpetuarem na união. Não existe um entendimento uníssono na doutrina sobre a definição de casamento, refletindo o termo das mais variadas formas.

Caio Mário da Silva leva a discussão ao período em que emergia o direito romano e perpassa os tempos até chegar ao cristianismo, no qual o casamento foi elevado à dignidade de um sacramento pelo qual “um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual” e de “maneira indissolúvel”⁶⁰. O referido autor também cita a concepção clássica de Lafayette, onde o casamento é um ato solene onde duas pessoas de sexo diferente – concepção ultrapassada – se unem para sempre, com a promessa recíproca de felicidade no amor e estreita comunhão de vida⁶¹.

Em seu livro, o mesmo autor traz à baila a definição clássica de Clóvis Beviláqua, na qual:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por eles suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida, e realça os deveres para com a prole⁶².

Silvio Rodrigues aduz ainda que o casamento é uma relação contratual no âmbito do Direito de Família, que tem como finalidade promover a união entre um homem e uma mulher, em consonância com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da sua prole e prestarem assistência mútua⁶³. Induvidosamente, trata de uma concepção arcaica e ultrapassada, utilizando-se de critérios como a heteroafetividade e a sexualidade para firmar seu conceito. O célere Rolf Madaleno traz uma concepção mais moderna do que vem a ser, de fato, o casamento:

60 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*, 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015, Vol V, p. 79.

61 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*, 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015, Vol V, p. 79.

62 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*, 23. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015, Vol V, p. 80.

63 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2008, Vol. 6, p. 43.

Pode-se definir o casamento como um ato complexo, como ensina Sílvio Rodrigues, dependente em parte, é verdade, da autonomia privada dos nubentes, mas complementado com a adesão dos noivos ao conjunto de regras preordenadas, para vigerem a contar da celebração do casamento, esta como ato privativo do Estado; tanto que o artigo 1.514 do Código Civil informa que o casamento civil só se realiza depois que o homem e a mulher manifestam perante o juiz a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal, e o juiz declara-os casados.

O Código Civil define o casamento nos artigos 1.511 a 1.516, como uma comunhão plena de vida, baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, instituída pela família, considerado um ato solene firmado pelo casamento civil e reconhecendo a validade do casamento para os efeitos civis. Não se discute diretamente as relações afetivas familiares, embora abarque todas as formas existentes.

Gestada no seio da doutrina constitucional, a União Estável foi reconhecida como entidade familiar, entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em posterior casamento, se assim desejarem os particulares. Paulo Lôbo menciona que duas devem ser as conclusões retiradas deste embróglio: a primeira é que a união estável não seria igual ao casamento, eis que categorias iguais não podem ser convertidas uma na outra; e a segunda, que não há hierarquia entre casamento e união estável, sendo estas entidades familiares diferentes, protegidas pelo manto constitucional⁶⁴.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em meados de 2017, conferir uma equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, mas não para fins familiares, como defende autores como Flávio Tartuce, José Fernando Simão e Mário Delgado, sob a ótica de se tornar a união estável uma espécie de “casamento forçado”⁶⁵.

Assim, casamento e união estável, embora possuam características semelhantes, não são iguais, estando o primeiro fundamentado na formalidade, no qual os cônjuges, de maneira pública e formalmente, assumem a sua relação, ao

64 LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 151; SIMÃO, José Fernando. *Efeitos patrimoniais da união estável. Direito de Família no Novo Milênio. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. Chinellato, Simão, Fujita e Zucchi (Coords). São Paulo: Atlas, 2010. p. 351.

65 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2019. P. 1189.

tempo que na segunda, fundada na informalidade, há uma completa ausência de intervenção estatal no momento da sua constituição.

Tanto um instituto quanto o outro, possuem a natureza jurídica de um contrato, voltado para o âmbito do Direito de Família, e pressupõem a existência de um regime de bens entre os conviventes, a partir da sua efetivação. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro define o regime de bens como:

Regime de bens é o complexo das normas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher, durante o casamento. Numerosos são os regimes matrimoniais. A legislação pátria, no novo Código Civil, prevê nada menos do que quatro tipos diferentes, o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), o da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), o da participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e o da separação (arts. 1.687 a 1.688)⁶⁶.

À evidência, é livre a escolha do regime de bens, dentre os quatro regimes previstos no Código Civil e até mesmo outros, em que os nubentes venham a fixar no momento da contratação, por assim dizer, do pacto antenupcial, com o predomínio do princípio da autonomia da vontade, ou melhor, da autonomia privada, dispondo como melhor convir a respeito das suas relações econômicas, devendo sempre observar as exceções previstas na legislação, como a fixação de um regime de separação obrigatória de bens, imposto no artigo 1.641 do Códex, frente às condições peculiares dos particulares.

O pacto antenupcial é definido como um ato jurídico *lato sensu* pessoal, formal, por escritura pública, previsto em lei e legítimo, devido aos nubentes terem sua autonomia de vontade limitada por lei e não poderem estipular um pacto diverso da previsão jurídica⁶⁷. A união estável, por se tratar de ato informal, não vem precedida de pacto antenupcial, razão pela qual o regime que sempre será eleito, é o regime da comunhão parcial de bens.

De forma breve, o regime da comunhão parcial de bens limita o patrimônio comum aos bens adquiridos durante a constância da sociedade conjugal, a título oneroso, independentemente de ter sido adquirido mediante esforço de apenas um dos cônjuges ou de ambos. Neste regime, as partes conservam a propriedade exclusiva dos bens que detinham antes do enlace amoroso, ou que receberam

66 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 183.

67 GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 34.

durante a constância do relacionamento por herança ou doação. Trata-se do regime de maior utilização no ordenamento jurídico, pois permite a conservação da individualidade de cada uma das partes com relação ao seu patrimônio pessoal e uma divisão justa dos bens no momento de uma possível separação.

Já no regime da comunhão universal de bens, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, inclusive aqueles decorrentes de herança e doação, serão partilhados. A comunhão de bens futuros prevalecerá mesmo que apenas um dos cônjuges tenha contribuído para a aquisição do referido bem. O regime reforça, de tal modo, a solidariedade entre os cônjuges, convergindo as atenções e os esforços para os interesses comuns⁶⁸. Todavia, atualmente, não se comunicam mais nesse regime as doações gravadas com a cláusula de incomunicabilidade, representando uma mitigação do instituto, assim como os bens na hipótese de sub-rogação, os bens gravados em fideicomisso, as dívidas anteriores ao casamento e outras exceções.

O regime de participação final nos aquestos foi uma inovação trazida pelo Código Civil, nos artigos 1.672 a 1.686. Trata-se de um regime complexo, em que encontra restrições na doutrina pátria, por não encontrar amparo em nossas tradições e não oferecer as partes maiores vantagens do que as já oferecidas pelos outros regimes⁶⁹. A origem deste regime está no direito costumeiro húngaro e foi logo adotado pelos países escandinavos como a Suécia, Finlândia, Dinamarca e Noruega.

Em suma, é tratado como uma espécie de regime misto, com características dos regimes de separação e comunhão de bens. A tal ver, enquanto vigorar a constância do relacionamento, o regime será o da separação de bens, com patrimônios separados, e, em caso de dissolução do relacionamento, transmuta-se uma comunhão de aquestos, devendo ser feito um levantamento no que tange o acréscimo patrimonial de cada uma das partes na constância do casamento ou união estável, com a elaboração de um balanço, onde quem tiver se enriquecido

68 NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 393.

69 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, Vol. V, p. 264.

menos terá direito à metade do saldo apurado⁷⁰. Por ser um regime complexo, é pouco utilizado no Brasil.

No que tange à definição do regime da separação de bens, este corresponde ao regime em que as partes conservam o patrimônio em sua totalidade, de maneira singular, ainda que haja um esforço como durante a união para que seja adquirido o bem. Trata-se de uma separação convencional de bens, na qual coexistem dois patrimônios particulares e independentes, “embora o regime não apresente um acervo comum, este pode existir por causas diversas, como nas hipóteses de liberalidade feitas ao casal ou compra conjunta de algum bem”⁷¹. É um regime que também é pouco adotado em nosso ordenamento jurídico.

Existe também a figura do regime da separação obrigatória de bens, que consiste em uma imposição feita pelo Estado, para a proteção de condições peculiares de uma das partes no momento da assinatura do contrato nupcial. É aplicável para pessoas que se casarem com causas suspensivas da celebração do casamento, previstas no artigo 1.523 do Código Civil, e para os particulares com idade superior a 70 (setenta) anos. Boa parte da doutrina considera esta última hipótese como uma forma de discriminação a pessoa idosa e uma violação à sua liberdade de dispor da totalidade dos seus bens, da maneira que lhe for conveniente.

Muito embora exista no Código Civil um rol de espécies de regimes de bens para serem eleitos, o Enunciado 331 CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil, entende ser possível a criação de um regime misto:

“O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial”.

Em razão da sua natureza, a união munida de eleição de regime de bens não é considerada ontologicamente um negócio jurídico voltado para projetar efeitos jurídicos apenas para o futuro, mas também para que seja reconhecido um fato jurídico pretérito, estabelecendo, dessa maneira, regras jurídicas patrimoniais tanto

70 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 23. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, Vol. V, p. 264.

71 NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 410.

para o passado como para o futuro, respeitando a imperativa autonomia privada das partes, principalmente porque o regramento no qual consta o artigo 1.725 do Código Civil menciona um amplo âmbito para o exercício por parte dos particulares da autonomia privada voltada à regulação do seu patrimônio.

O Direito de Família, no que tange à discussão sobre questões de seio patrimonial, resguarda o exercício da autonomia privada, como expõe o artigo 1.639 do Código Civil, sendo claro ao afirmar que “ é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Em que pese o direito de família possuir diversas normas cogentes ou de ordem pública que, por sua natureza, não podem ser alteradas através da vontade das partes, a autonomia privada prevalece nesse recorte jurídico⁷². Em nível constitucional, podemos citar o artigo 226, §§ 6º e 7º, que tratam do divórcio e do planejamento familiar, que resguardam a liberdade de decisão do casal, o que garante também uma segurança jurídica.

Por autonomia, pode ser entendida como a possibilidade de cada um pode definir o seu projeto de felicidade, influir em decisões políticas, a partir da sua participação em processos públicos decisórios e poder traçar o rumo de sua vida⁷³.

Em igual sentido, a autonomia privada está diretamente ligada à noção de liberdade de escolha e encontra amplo respaldo em nível internacional, nas normas previstas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O princípio da autonomia privada trava embates à intromissão do Estado no espaço pessoal do indivíduo, na busca por sua felicidade, como explicita Taísa Maria Macena de Lima:

“Não poucos autores identificam a autonomia privada com a liberdade de estipulação negocial. Contudo essa é bem mais restrita do que àquelas. Na verdade, a autonomia privada tem conteúdo muito mais vasto, englobando questões de natureza patrimonial e questões de natureza pessoal. O princípio da autonomia privada justifica a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia privada assume novas dimensões, como a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental, etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para

72 BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *Inconstitucionalidade da usucapião familiar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, P. 39.

73 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 26.

paternidade apenas biológica, a união homoafetiva, entre outros”⁷⁴.
(grifos nossos)

Há quem discuta haver diferença entre a autonomia privada e a autonomia da vontade. A Constituição de 1988 trouxe a noção de autonomia da vontade de forma meramente formal, que inspirou os institutos da dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e outros direitos individuais. O termo reverberou no Código Civil de 2002, fazendo surgir a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a lealdade.

São características da democracia, a liberdade e a publicidade, estando a ideia de autonomia privada, ligada à liberdade. Logo, ao constituir um enlace amoroso, é direito das partes, munidos de sua vontade própria e independente, compactuar regras que vigorarão durante a existência da união e para que saibam, de pronto, as consequências patrimoniais decorrentes do fim ou ruptura da relação.

Embora haja certa limitação a autonomia privada em prol da função social, como disposto nos artigos 5º, XXII e XXIII, bem como no artigo 186 da Constituição Federal, àquela se manifesta em diversas circunstâncias, tais como a escolha da entidade familiar e do regime matrimonial de bens, devendo o Estado garantir os interesses dos indivíduos e permitir o livre exercício dos seus direitos e o livre gozo dos seus bens particulares.

A usucapião familiar surgiu com a justificativa de resguardar a função social da propriedade, concedendo ao cônjuge que permaneceu no imóvel, o direito de usar, gozar, dispor e fruir do bem que antes era do casal, em sua totalidade. Entretanto, se analisarmos cuidadosamente a tendência moderna de configuração da família, vemos que esse fundamento se encontra ultrapassado.

Ao se analisar taxativamente o artigo 1.240-A do Códex, percebe-se que a usucapião familiar só é permitida em imóveis “cuja propriedade dívida com ex-cônjuge ou ex-companheiro”.

A expressão trazida no dispositivo implicar dizer que, a depender do regime de bens, a usucapião familiar não poderá ser aplicada. Portanto, será aplicável no regime universal de bens, no regime de comunhão parcial de bens dos imóveis adquiridos após o casamento e no regime de participação final dos aquestos dos

74 Taísa Maria Macena de Lima. 2003, p. 55

bens que se comuniquem, não sendo aplicado ao regime de separação total de bens.

Emerge com essa figura jurídica uma afronta aos princípios da igualdade entre cônjuges e companheiros e da não intervenção ou da liberdade. Quanto ao primeiro, a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres, afastando hierarquia antes suscitada pelo *pater familias*, pela diarquia, voltada à despatriarcalização do direito de família e o surgimento do regime de companheirismo.

Em relação ao princípio da não intervenção, o artigo 1.513 do Código Civil explicita que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”, sendo reforçado também pelo artigo 1.565, §2º, do novel Códex.

A esse talante, mantém-se uma relação direta com o princípio da autonomia privada, que tem por fundamento a liberdade. Doravante, a autonomia privada não existe apenas no âmbito do direito contratual, mas também na ótica do direito de família.

Ao se escolher com quem se relacionar, na escalada do afeto, com quem ficar, com quem namorar, com quem noivar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, está-se falando em autonomia privada⁷⁵. É elemento essencial à consagração da família, a existência da autonomia privada no seio familiar, local de intimidade e formação pessoal.

Quando fazemos uma interpretação da norma civil, no que se refere à espera patrimonial, percebemos que nenhuma das partes pode ser surpreendida ou punida patrimonialmente pelo Estado, por meio de norma contrária à ordem constitucional vigente, sob a ótica de não mais querer ser casado ou conviver com outra pessoa que outrora mantinha uma relação de afeto.

Apesar de ter sido afastada, de maneira aparente, a noção de culpa no ordenamento jurídico, ainda se mostra desarrazoável a possibilidade de ultrapassar os limites estabelecidos, de forma voluntária e livre de vícios, no momento da fixação do regime de bens do enlace amoroso, afastando todo e qualquer direito da outra parte no bem que outrora também era seu.

75 OLIVEIRA, Euclides de. *A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 317. ‘*apud*’ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

A concessão da usucapião familiar permite, portanto, que restando comprovado o transcurso do biênio estabelecido na lei civil, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que permaneceu no imóvel pode pleitear a usucapião da parte do imóvel que não lhe pertencia, sendo que a procedência da pretensão determinará uma diferente forma de extinção da compropriedade, distinta das que são preconizadas no direito de família⁷⁶.

Nesse caso, emerge um obstáculo para que os indivíduos exerçam o seu direito à liberdade, vez que surge a possibilidade de se perder seus direitos patrimoniais e, conseqüentemente, o cônjuge vê-se em uma relação desgastada com o outro, completamente sem saída, em razão da nítida interferência do Estado na vida íntima dos particulares.

A normativa traz à baila o ilícito de efeitos caducificantes, sendo este a perda da titularidade sobre a fração do bem ideal comum. No momento de elaboração da norma, o legislador manifestou sério desvio em relação às normas do direito de família referentes à divisão dos bens dos conviventes. Foi criada, dessa maneira, uma norma desproporcional, pois sob o manto da tutela patrimonial de um dos membros do ex-casal, o ordenamento jurídico brasileiro pratica intromissão na esfera privada da família ao impor uma gravíssima sanção de perdimento de bens, subtraindo daquele que se retirou do lar o seu patrimônio mínimo⁷⁷.

Na dicção de Mônica Guazzelli, há uma necessidade de se limitar a ingerência do Estado nas relações internas de uma família:

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

Em suma, o instituto deve ser analisado com cautela, eis que ao mesmo que tempo que reconhece a propriedade de um dos cônjuges ou companheiros, determinará a perda dessa mesma propriedade do outro, em um exíguo prazo legal. Hodiernamente, a saída do lar conjugal não deve determinar como penalidade a

76 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

77 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

perda do bem imóvel, já que defronta a segurança jurídica esperada quando se elege um regime de bens, além de violar diretamente o direito de propriedade, previsto no artigo 5º, XXII, e o devido processo legal, com fulcro no artigo 5º, LIV, ambos da Constituição Federal.

5.3. Incongruências no direito sucessório

A garantia ao direito fundamental à herança somente começou a ser discutida com a promulgação da Constituição de 1988, resguardando o direito em seu artigo 5º, XXX. Esse direito não deve ser confundido com o de suceder alguém, já que antes da morte do *de cuius*, há uma mera expectativa de direito.

Em igual sentido, o direito à herança deve ser interpretado em consonância com princípios como a igualdade entre os filhos, com fulcro no artigo 227, § 6º da Carta Magna, a dignidade da pessoa humana, ligado ao Direito de Família e à socioafetividade e, ainda, ao direito de propriedade e sua função social.

Por meio de linhas gerais, podemos considerar a herança como sendo um conjunto de bens, direitos e obrigações deixados pelo falecido, ora *de cuius*, aos seus sucessores. Em igual sentido, compreende Maria do Céu Pitanga Pinto:

[...] o direito de herança existe em praticamente toda sociedade juridicamente organizada, em virtude da necessidade de transmissão dos bens adquiridos em vida pelo falecido e, até mesmo, diante dos próprios sentimentos daquele que se vai. Afinal, necessita o homem de um estímulo jurídico para continuar amealhando bens e conservando aqueles que adquiriu, na certeza de que a substituição da titularidade se dará, quando de sua morte, em favor dos entes queridos⁷⁸.

A herança é um dos temas tratados, além do viés constitucional, no âmbito do Direito das Sucessões, voltado ao estudo da transmissão dos bens e obrigações do falecido para os seus herdeiros, seja por força de lei, seja por meio de testamento.

À luz das lições trazidas por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, há uma necessidade de alinhar o Direito de Família ao direito de propriedade, como um dos fundamentos do direito sucessório, tendo em vista que “o fundamento da

78 PINTO, Maria do Céu Pitanga. *A dimensão constitucional do direito de herança: aspectos processuais do inventário e partilha*. 2006. 166 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Vitória – FDV, Vitória – ES. p. 13. Disponível em: Acesso em: 01 out. 2018.

transmissão causa mortis estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no ‘fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família’⁷⁹.

Induvidosamente, de forma semelhante ao que ocorre com o direito de propriedade, o direito hereditário é considerado de primeira geração e, como tal, deve ser respeitado, mediante o correto manejo das regras da legislação ordinária⁸⁰. O Código Civil traz, em seu artigo 1.784, o marco inicial para a transmissão da herança, com a abertura da sucessão tão logo aos herdeiros legítimos e testamentários. Trata-se do império da máxima *droit de saisine*, que se traduz no imediatismo da transferência dos bens do morto.

Essa expressão tem origem no brocardo gauleso *le mort saisit le vif*, no qual “com a morte, a herança transmite-se imediatamente aos sucessores, independentemente de qualquer ato dos herdeiros. O ato de aceitação da herança tem natureza meramente confirmatória”⁸¹.

Nesse ínterim, a sucessão em razão da morte está diretamente ligada ao direito à propriedade individual do herdeiro. O Códex dispõe, em seu artigo 1.829, I, da ordem de vocação hereditária, tendo ocupado os filhos, o seu primeiro lugar. Assim, os filhos do falecido ocupam uma posição diferenciada, já que são considerados como herdeiros necessários, nos termos do artigo 1.845 do mesmo dispositivo.

A condição de herdeiro necessário garante ao indivíduo o direito à legítima, sendo esta a parte indisponível da herança, ou seja, aquela cota parte que é sua de pleno direito, e é considerada uma forma de proteção patrimonial das pessoas vinculadas ao titular do patrimônio, nos moldes do artigo 1.846 do novel Código. Apenas é possível a perda desta qualidade nas hipóteses de deserdação ou exclusão por indignidade, que ocasionam a perda do direito de receber a herança.

Não obstante, é sabido que não é possível que seja discutida ou negociada a herança enquanto a pessoa a que se pretende herdar permanece viva. Enquanto

79 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões: introdução*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 5.

80 PINTO, Maria do Céu Pitanga. *A dimensão constitucional do direito de herança: aspectos processuais do inventário e partilha*. 2006. 166 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Vitória – FDV, Vitória – ES. p. 13. Disponível em: Acesso em: 01 out. 2018.

81 ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 907.

esta condição se mantiver, os herdeiros têm apenas uma expectativa de direito à herança, em razão da norma trazida no artigo 426 do Código Civil Brasileiro.

À guisa do instituto da usucapião familiar, é possível notar que o legislador não se preocupou com os efeitos que a perda da propriedade em relação ao cônjuge que abandonou o lar, repercutiria no direito sucessório, uma vez que a norma claramente fere o direito à herança, direito este considerado fundamental e uma cláusula pétrea, trazido no artigo 5º, XXX, da Carta Maior.

A expressão “abandono do lar” trava discussões acerca de onde estaria o cônjuge que saiu do lar conjugal, estando em um lugar incerto e não tendo deixado procurador. Como ensina a doutrina civil, na hipótese de não se ter notícias do cônjuge, deve ser tratada da sua ausência, com a nomeação de um curador e a arrecadação dos bens deixados pelo particular, ao que indica o artigo 22 e seguintes da legislação civil.

De forma literal, o Código Civil explicita que, desaparecendo a pessoa sem dar notícias e não deixando qualquer representante ou procurador, deverá ser nomeado um curador para guardar seus bens, em ação específica proposta pelo membro do Ministério Público ou por qualquer interessado, que pode ser também um dos seus sucessores. A prerrogativa está prevista no artigo 22 do Códex de 2002, artigo 744 do Novo Código de Processo Civil e encontrava previsão legal no artigo 1.160 do antigo CPC/1916.

Posteriormente, se mantendo a situação ora apresentada, será declarada a sucessão provisória para que se prossiga o guarnecimento dos bens do ausente, com a expectativa do seu retorno, uma vez que, até esse momento, a ausência é presumida, ou seja, *iuris tantum*, admitindo-se o afastamento da morte caso o cônjuge retorne para o lar. Persistindo a ausência pelo prazo de 10 (dez) anos após a abertura da sucessão provisória, temos a conversão para a sucessão definitiva, como expõe os artigos 37 a 39 da legislação adjetiva civil.

Há uma exceção a esse prazo, quando a pessoa que abandonou o lar conta com mais de oitenta anos e a pelo menos cinco anos se encontra desaparecida. Nessa circunstância, é desnecessária a conversão da sucessão provisória em definitiva, ocasião na qual deve ser ingressada, de forma direta, na sucessão definitiva, nos termos do artigo 38 do Código Civil.

Na hipótese mencionada, os herdeiros terão o direito fundamental à herança resguardado, uma vez que não houve a perda dos bens do *de cuius* em razão da

ausência injustificada. Existindo, portanto, concreto mecanismo de resolução das controvérsias apresentadas, não há o que se falar em usucapião por abandono do lar.

Ainda que o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar estivesse em lugar sabido e conhecido, não deveria ser caracterizada a usucapião familiar, eis que o Direito de Família traz uma série de instrumentos para que sejam resolvidos os conflitos que se imperam, tais como a ação de alimentos, de divórcio ou dissolução da união estável, partilha de bens e outras previstas na legislação e no direito civil.

A figura jurídica recém-criada se torna, de tal modo, desnecessária ao sistema que já está estruturado para resolver as controvérsias de maneiras eficazes, sem que seja violado o direito fundamental à herança, o direito à propriedade e de modo que proteja a sua função social.

5.4. Necessidade do requisito da boa-fé

Imprecisamente, ao elaborar a norma tratada no artigo 1.240-A do Código Civil, deixou de exigir um imprescindível requisito para a concessão do direito a essa espécie de usucapião: a boa-fé. Enquanto, de um lado, temos a figura do cônjuge que abandonou o lar e está sendo punido patrimonialmente, emergindo uma culpa pelo fim do enlace matrimonial, por outro, resta razoável que deveria ser conseguido a este a oportunidade de expor suas razões que motivaram a saída da propriedade.

Trata-se, portanto, do princípio fundamental do contraditório e da ampla defesa, com respaldo na Constituição Federal, ao passo que deve ser respeitado, principalmente no âmbito das relações familiares que envolvem a extinção do direito de propriedade, como é a usucapião familiar.

A usucapião pró-família incide no equívoco de substituir o requisito do *animus domini*, imprescindível em qualquer espécie de usucapião, pelo ora requisito da causa da separação. Em outras palavras, essa é a primeira e única espécie de usucapião em que despicienda é a investigação quanto à intenção do possuidor de ter a coisa para si, pois o que importa é perscrutar a culpa daquele que se afastou do lar⁸²

82 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

A mera saída do imóvel não deve ser compreendida como abandono, pois mesmo de fora da sociedade conjugal, pode haver o cumprimento de certas obrigações concernentes ao bem, a exemplo do pagamento dos respectivos impostos e outras despesas inerentes ao imóvel, desembolsadas pelo cônjuge ou companheiro que deixou o lar.

5.5. Juízo competente para processar e julgar a demanda

Por se tratar de uma figura jurídica que abarca aspectos tanto da esfera dos Direitos Reais, ao se tratar da propriedade, como do âmbito do Direito de Família, ao tratar da suposta garantia da família que permanece no imóvel, após o abandono do lar por parte de um dos cônjuges, urge um contrassenso na doutrina e jurisprudência diante do juízo que seria competente para discutir a demanda da usucapião familiar.

Analisando cuidadosamente o instituto, é compreensível que essa modalidade de usucapião seja julgada na esfera cível, vez que a ação de usucapião tem, por objeto principal, a concessão para a aquisição da propriedade de um bem imóvel e, por isso, um direito real. Juristas como Flávio Tartuce estão inclinados a essa compreensão, vez que “para a configuração do instituto diz respeito à configuração ou não da posse *ad usucapionem*, a competência deve ser [portanto] das duas primeiras (Vara de Registros Públicos ou Vara Cível)”⁸³.

Neste diapasão, algumas jurisprudências são claras na tendência de que “usucapião familiar não se refere ao estado de pessoas, mas sim a aquisição originária de propriedade imobiliária, cujos efeitos poderão atingir terceiros, a competência para seu julgamento é dos Juízes da Vara Cível, e não da Vara de Família”⁸⁴.

83 TARTUCE, Flávio. *A usucapião especial urbana individual por abandono do lar ou usucapião familiar – Algumas polêmicas*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/352327/a-usucapiao-especial-urbana-individual-por-abandono-do-lar>>. Acesso em: 02 de abril de 2023.

84 AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DIVÓRCIO - RECONVENÇÃO - USUCAPIÃO FAMILIAR - ART. 1240-A DO CC/02 - COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO - DIREITO REAL - COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL - DECISÃO MANTIDA. Na usucapião familiar, prevista art. 1240-A do CC/02, a existência de instituição familiar, seja o casamento ou a união estável, é apenas um dos requisitos necessários para a sua constituição. A questão de fundo nela contida refere-se à constituição de domínio sobre imóvel, constituindo-se, portanto, ação de cunho patrimonial. Tendo em vista que a usucapião familiar não se refere a estado de pessoas, mas sim a aquisição originária de propriedade imobiliária, cujos efeitos poderão atingir terceiros, a competência para seu julgamento é dos Juízes da Vara Cível, e não da Vara de Família. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.206443-7/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/03/2014, publicação da súmula em 21/03/2014).

À luz do posicionamento supracitado, parte dos estudiosos entendeu que é competente o Juízo Cível para o julgamento das demandas referentes a usucapião familiar, quando esta for o objeto principal da lide e desde que não haja pedido de reconhecimento ou dissolução da relação familiar.

Entretanto, o entendimento não é uníssono, ao passo que “apesar do pedido de usucapião ter natureza cível, a causa de pedir da aquisição originária, nessa hipótese, é uma relação familiar, e por isso, a competência é de vara de família”⁸⁵. Em igual sentido, Cristiano Chaves entende que “impende sublinhar que a competência para processar e julgar o pedido de usucapião conjugal é do juiz da vara de família, em razão da matéria”⁸⁶.

Aos defesos da segunda hipótese, consideram ainda que o ponto crucial da usucapião familiar seria a questão do abandono do lar e, apesar de trazer em si aspectos dos direitos reais, também remonta aos direitos de família, o que atrai a competência para a Vara especializada:

A especialização existe para dar maior profundidade no conhecimento de casos peculiares, e as relações entre cônjuges ou companheiros têm suas peculiaridades bem conhecidas daqueles que atuam nestas Varas. Os negócios jurídicos entre familiares possuem repercussão emocional e permitem outro tipo de atuação não comum às Varas Cíveis, inclusive com a realização de acordos que levam em consideração a abordagem psicológica e social das quais são dotadas as Varas de Família de sua equipe técnica⁸⁷.

Inobstante o posicionamento apresentado neste trabalho, é possível perceber que o entendimento acerca do juízo competente para processar e julgar as ações de usucapião depende de cada tribunal de cada estado do país. Precisamente, percebemos nos julgados abaixo descritos, dos Tribunais do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal, os posicionamentos divergentes:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL. COMPETÊNCIA. A ação de usucapião com base em alegação de abandono do lar conjugal envolve ex-cônjuges. Nela debate-se abandono conjugal e existência de bem comum. Em face dessas circunstâncias, entende-se que a

85 FARIAS, 2013. P. 139

86 CHAVES, Cristiano. 2013. P. 138

87 VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. *Usucapião Especial e Abandono do Lar – Usucapião entre ex-casal*. In: Revista Brasileira de Direito de família e Sucessões, ano XIV, n. 27, Belo Horizonte: IBDFAM, p. 46-60, abr/mai. 2012.

competência para processar e julgar tal demanda é do juízo especializado de família. Essa conclusão vale especialmente para o caso concreto, já que a ação de usucapião é conexa (por identidade de objetos) à outra ação declaratória de qualidade sucessória e de exclusão de bens da herança que tramita perante o juízo de família. JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO. (TJRS. Conflito de Competência Nº 70063771927. 8ª Câmara Cível. Des. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Julgado em 23/04/2015).

AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR – CONFLITO DE COMPETÊNCIA
Compete ao Juízo Cível processar e julgar a ação de usucapião familiar baseada no art. 1.240-A do Código Civil, desde que esta seja o objeto principal da lide e não haja pedido de reconhecimento ou de dissolução da relação familiar. O Juízo Cível de Samambaia suscitou conflito de competência, por entender que a ação de usucapião fundada em relação conjugal ou companheirismo deve ser processada e julgada pela Vara de Família. Para a Relatora, não obstante a ação de usucapião familiar esteja relacionada a uma questão de família – abandono de lar por ex-cônjuge ou ex-companheiro –, tal fato, por si só, não atrai a competência para esse Juízo. Na situação em exame, esclareceu que a única e principal pretensão formulada nos autos diz respeito, exclusivamente, à questão patrimonial, haja vista que não houve qualquer pedido para o reconhecimento ou para a dissolução da união estável. Desse modo, por não vislumbrar matéria que atraia a competência do Juízo familiar, o Colegiado declarou competente o Juízo da Vara Cível. (TJDF. Informativo de Jurisprudência nº 359. Período: 16 a 31 de outubro de 2017. Direito Civil e Processual Civil: Ação de usucapião familiar - conflito de competência).

Para o primeiro, a competência para julgar caberia ao Juízo de Família, eis que se trata de uma relação jurídica entre ex-cônjuges ou companheiros. Já o segundo abarca a noção de que se trata de uma relação meramente patrimonial e, assim, cabe ao Juízo Cível o seu processamento.

A celeuma desse debate é fruto direto da ausência de aprofundamentos em torno da introdução desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, vez que sua aplicabilidade é altamente reduzida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo dessa monografia foi analisar, de forma aprofundada, o instituto da usucapião familiar e seus aspectos viciosos. Para que fosse possível a compreensão, perpassamos os aspectos históricos do instituto, até o momento da sua inserção no ordenamento jurídico pátrio atual.

Constatamos ser a usucapião familiar uma das modalidades mais recentes da usucapião de bens imóveis, uma forma de aquisição da propriedade, sendo um instituto antiquíssimo, surgido na época dos povos romanos e que é utilizado até os dias atuais. Seus estudos estão presentes no âmbito dos Direitos Reais,

responsável por regular as formas de aquisição, o exercício, a conservação, a reivindicação e a perda do poder do homem sobre a coisa.

Em razão da intrigante entrada em vigor da usucapião familiar, diversas discussões doutrinárias foram travadas, diante das vicissitudes da norma, caracterizadas pela falta de técnica jurídica dos legisladores, bem como o objetivo voltado exclusivamente para o caráter social, sendo deixados de lado seus aspectos constitucionais e civis, vez que confronta institutos do Direito de Família, do Direito Sucessório e do Direito Civil Constitucional.

Notoriamente, foi possível perceber que sua inserção gerou, e continuará gerando, discussões acerca da sua aplicabilidade prática, uma vez que a usucapião familiar está imersa de vicissitudes, sejam estas de caráter formal e constitucional, sejam estas diretamente afrontosas às normas gerais da legislação civil.

Levando em consideração a interpretação literal da norma, conclui-se que a própria redação da lei traz requisitos controversos à sua aplicação, em razão da completa falta de técnica jurídica no momento da sua edição.

A referida norma é inconstitucional sob o ponto de vista formal por vício de origem, uma vez que foi inserida no ordenamento jurídico de maneira “improvisada”, sendo considerada um jabuti do direito, pois não apresentou pertinência temática com a Medida Provisória nº 514/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.424/2011.

Conclui-se, também, que o dispositivo fere diretamente o princípio da autonomia privada no momento da escolha do regime de bens, ao afastar o regime então eleito pelo casal no momento da união, quando da concessão da usucapião familiar, retirando o direito de propriedade do cônjuge que se afastou do imóvel, além de não ser necessária a comprovação de boa-fé do que o compossuidor permaneceu no bem, requisito este que deveria ser primordial, para que futuras injustiças imperassem.

Ao conceder o direito à moradia ao cônjuge permanente, a figura jurídica fere outro direito constitucional, o direito à herança. Também por esse motivo que o instituto se mostrou deveras contraditório, ao beneficiar apenas uma parte, prejudicando, de maneira clara, as outras partes da relação jurídica.

Em razão da escassez de discussão sobre o instituto, os tribunais ainda apresentam nítida dificuldade no momento de processar e julgar a demanda da usucapião familiar, imperando dúvida sobre ser competência da Vara de Família ou

da Vara Cível Comum. Percebemos, de tal modo, que compete exclusivamente à Vara Cível, por se tratar de matéria de caráter patrimonial, e não familiar, pois a questão a ser discutida essencialmente é a perda do bem imóvel do cônjuge que saiu do lar e a garantia de uma moradia àquele que permaneceu.

É evidente que a nova modalidade da usucapião apresenta diversas falhas e omissões que refletem a sua aplicação, deixando, assim, de priorizar sua finalidade principal, que é garantia do direito à moradia, eis que não há concordância com os preceitos constitucionais socialmente estabelecidos.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. (Edição histórica).
- COULANGE, Fustel de. *La cité antique*. 1966, p. 94-96. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 fev. 2023.
- BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *Inconstitucionalidade da usucapião familiar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- DEL NEGRI, André. *Técnica legislativa e teoria do processo*. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2010.
- DONIZZETI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. *A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Jornal Carta Forense. Ano III, n.31. outubro/2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 395-396.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Miguel Reale: o filósofo da teoria tridimensional do direito*. Revista Brasileira de Filosofia, v. 59, n. 235, p. 39-52, 2010. Tradução. Acesso em: 03 abr. 2023.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 Curitiba: Editora Positivo, 2004, 2120 p.
- FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 52ª. ed. São Paulo: Global, 2013.
- GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. Volume V, São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel, 2007, 9ª ed. Verbete: propriedade.

- JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. *Temos um novo tipo de usucapião, criado pela Lei 12.424/11*. Problemas à vista. Disponível em: <<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog/2011/06/24/temos-um-novo-tipo-de-usucapiao-criado-pela-lei-1242411-problemas-a-vista>>. Acesso em: 02 fev. 2023.
- Lei n. 11.977/2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acesso em: 01 abr. 2023.
- LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 151; SIMÃO, José Fernando. *Efeitos patrimoniais da união estável. Direito de Família no Novo Milênio*. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. Chinellato, Simão, Fujita e Zucchi (Coords). São Paulo: Atlas, 2010.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 2001.
- MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 9ª. ed. rev., Ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito de família. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- OLIVEIRA, Euclides de. *A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.)*. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 317. 'apud' TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.
- OLIVEIRA, Carla Beatriz de. Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio/SP (2018). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel/RS (2015). *Revista da Defensoria Pública RS*.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. IV, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. *Profili istituzionali del diritto civile*. Camerino, Jovene editore, 1975.
- RAMOS, GDB; SANTANA NS *apud* Delgado, Mario. *A usucapião especial familiar frente aos princípios constitucionais no tocante aos imóveis rurais*. Anais do 18º Simpósio de TCC e 15º Seminário de IC do Centro Universitário ICESP. 2019(18); 744-755.
- REsp 171.204/GO, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 01.03.2004. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400991134&dt_publicacao=23/03/2010>. Acesso em: 27 mar. 2023.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político*. Tradução de Antônio P. Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999ª.

SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *Direito das coisas*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SIMÃO, José Fernando. *Usucapião familiar: problema ou solução?* Disponível em: <<https://professorsimao.com.br/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/>>. Acesso em 01 abril. 2023.

SILVA, Luciana Santos. *Uma nova afronta à carta constitucional: usucapião pró-família*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%c3%a3o%20Luciana.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2023.

SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen – Ensaios Introdutórios (2001-2005)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2008, Vol. 6.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas: Lei n. 10.406, de 10.01.2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; FILHO, Carlos; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil: direitos reais*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2022.