

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

RENATA KARLA MANTOVANI ACOSTA

A USUCAPIÃO FAMILIAR

CURITIBA
2013

RENATA KARLA MANTOVANI ACOSTA

A USUCAPIÃO FAMILIAR

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz.

CURITIBA
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

A USUCAPIÃO FAMILIAR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, Setor Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

Primeiro Membro: Prof.^o Dr.^o Rodrigo Xavier Leonardo

Segundo Membro: Prof.^a Dr.^a Rosalice Fidalgo Pinheiro

Curitiba, 05 de dezembro de 2013.

Aos meus pais e irmã, pelo apoio incondicional. E a Deus, por sempre iluminar meu caminho.

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo da nova modalidade de aquisição do domínio pela posse prolongada no tempo criada através da Lei 12.424/2011, denominada usucapião familiar. Apresentando requisitos polêmicos como o exíguo prazo de dois anos e o abandono do lar conjugal pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, a usucapião familiar veio inovar o ordenamento jurídico brasileiro, revelando-se como instrumento de efetivação do direito à moradia e proteção da família. Primeiramente, procurou-se analisar os aspectos gerais comuns a todas as modalidades de usucapião previstas no sistema brasileiro, os quais também encontram aplicação no novel instituto. Em seguida, passou-se ao estudo primário da usucapião familiar, dando ênfase à nomenclatura a ser adotada, bem como sua constitucionalidade. Por fim, foram analisados os requisitos cumulativos impostos pelo legislador no art. 1.240-A, do Código Civil para a caracterização da nova forma de aquisição do domínio, buscando, sobretudo, proporcionar parâmetros para a interpretação e aplicação da recente usucapião familiar nos casos concretos.

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

ABSTRACT

The current essay aims to study the recently created method of domain acquisition through extended possession, which was introduced by the Law n. 12.424/2011 and nominated “family adverse possession”. Introducing controversial requirements, as the extremely short period of two years and the abandonment of the marital home by the former spouse or partner, the “family adverse possession” certainly innovates the Brazilian Legal System, revealing itself as a tool of effectiveness to the constitutional right to housing and protection of the family as an entity. At first, this paper sought to examine the general aspects common to all forms of adverse possession which also apply to this newly introduced institute. Afterwards, it went through the preliminary study of the “family adverse possession”, focusing on the adopted nomenclature as well as its constitutionality. Finally, it analyzes the cumulative requirements imposed by the legislator and indicated in article 1.240-A of the Brazilian Civil Code, those being essential to the characterization of the new adverse possession and aiming to provide parameters for future interpretation and application in concrete cases.

Key words: Family Adverse Possession. House Abandonment. Former Spouse. Former Partner.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	ASPECTOS GERAIS DA USUCAPIÃO	9
2.1	AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELA POSSE NO DECURSO DO TEMPO	9
2.2	A USUCAPIÃO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE	16
2.3	AS MODALIDADES DE USUCAPIÃO	19
2.3.1	Usucapião ordinária	19
2.3.2	Usucapião extraordinária	21
2.3.3	Usucapião especial rural	22
2.3.4	Usucapião especial urbana	22
2.3.5	Usucapião urbana coletiva	23
2.3.6	Demais espécies de usucapião	24
3	A INOVAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATRAVÉS DA EDIÇÃO DA LEI 12.424/2011	25
3.1	NOMENCLATURA	27
3.2	HISTÓRICO LEGISLATIVO	27
3.3	CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO FAMILIAR	34
4	REQUISITOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR	38
4.1	ELEMENTOS MATERIAIS	38
4.1.1	Prazo Bienal	38
4.1.2	Termos ex-cônjuge e ex-companheiro	41
4.1.3	O abandono do lar	46
4.1.4	Objeto da usucapião familiar	50
4.1.5	Benefício Único	53
4.1.6	Modo de aquisição derivado	53
4.2	ELEMENTOS PROCESSUAIS	55
4.2.1	Competência	56
4.2.2	Procedimento	58
4.2.3	Natureza da sentença	59
4.2.4	Custas e emolumentos	59
5	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Como forma de efetivar o direito à moradia, bem como proteger as entidades familiares, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, através da edição da Lei 12.424/2011, a nova forma de aquisição do domínio denominada usucapião familiar, atualmente prevista no art. 1.240-A, do Código Civil. O novel instituto prevê a possibilidade de o ex-cônjuge ou ex-companheiro que permaneceu na posse do imóvel comum após a separação de fato do casal, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, usucapir a meação daquele que abandonou o lar conjugal, impossibilitando a localização de seu paradeiro.

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

Diante desta realidade, o presente estudo tem como objetivo analisar os impactos causados pela usucapião familiar no Direito Civil brasileiro, sob o necessário enfoque constitucional, verificando-se os avanços ou eventuais retrocessos trazidos pela nova legislação.

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

Em seguida, se analisará brevemente a evolução do conceito de família na legislação civilista nacional, a qual deverá orientar toda a interpretação da nova espécie de aquisição do domínio pela posse prolongada no tempo. Após, serão examinados os aspectos formais da usucapião familiar, a nomenclatura ainda não uníssona na doutrina, seu histórico legislativo e sua constitucionalidade.

Por fim, proceder-se-á ao estudo dos requisitos específicos previstos no art. 1.240-A, do Código Civil, bem como a análise das questões processuais, como rito e competência, envolvendo a usucapião familiar.

Em que pese a complexidade e novidade do tema em comento impeçam conclusões definitivas, o presente trabalho terá como objetivo principal dar interpretação conforme à Constituição à nova modalidade de usucapião, proporcionando parâmetros, através da análise da legislação, doutrina e jurisprudência, para a aplicação ponderada da recente usucapião familiar nos casos concretos.

2 ASPECTOS GERAIS DA USUCAPIÃO

A usucapião familiar, a despeito de cumular requisitos muito peculiares como o prazo aquisitivo bienal e o abandono do lar por um dos consortes, apresenta também características comuns às demais modalidades de aquisição do domínio pela posse prolongada no tempo, razão pela qual se faz necessária a análise prévia dos elementos gerais da usucapião no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELA POSSE NO DECURSO DO TEMPO

A usucapião é definida pela doutrina como a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei¹.

O instituto tem origem romana e visava a proteção daquele que adquiriu a coisa de modo imperfeito, o qual se caracterizaria tanto pela ausência de formalidade essencial, como pela inexistência da titularidade do direito de propriedade pelo alienante. Com o escopo de regularizar tais situações, o direito romano previa em seu ordenamento, além da garantia das ações possessórias ao adquirente imperfeito, a possibilidade de se transformar em legítimo proprietário do bem após o decurso de certo lapso temporal. O decurso do prazo de usucapião apresentava, portanto, o efeito aquisitivo em relação ao novo titular do direito e extintivo quanto ao antigo proprietário, razão pela qual os pós-glosadores acabaram por vincular a prescrição (extintiva de direitos) e a usucapião (criadora de direitos)².

Inobstante ambos os institutos apresentarem como condição o decurso do tempo e objetivarem dar firmeza às relações jurídicas, são inúmeras as diferenças que os separam. A prescrição é modo de extinguir pretensões que se opera com base na inércia do sujeito de direito, ao passo que usucapião é modo de adquirir propriedade e outros direitos reais, sendo imprescindível a posse continuada no imóvel para sua configuração. Além disso, existem diferenças em relação ao objeto,

¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 138.

² WALD, Arnold. **Direito das coisas**. 11 ed. rev., aum. e atual. com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Véra Fradera. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168-169.

vez que a usucapião se limita aos direitos reais e a prescrição, por sua vez, extingue tanto pretensões reais como pessoais³.

Tem-se, portanto, ser incompatível a identificação entre usucapião e a prescrição, já que, embora apresentem algumas semelhanças, evidentes são os contrastes quando analisamos detidamente seus elementos.

No Direito Civil brasileiro, a usucapião é qualificada pela maioria dos autores como modo de aquisição originário da propriedade, tendo em vista que não se estabelecem vínculos entre o possuidor adquirente e o antigo proprietário da coisa⁴. Há, porém, quem defenda que se trata de um modo derivado de aquisição do domínio, sustentando que, embora não haja transmissão voluntária, a aquisição por usucapião está relacionada a outro indivíduo que já era proprietário da coisa e que perde sua titularidade em benefício do usucapiente⁵.

³ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 179-180.

⁴ *Ibidem*, p. 180-181.

⁵ PEREIRA, 2003, p. 138-139. Luciano Penteado entende que, ainda que no direito brasileiro a usucapião extinga direitos reais eventualmente instituídos sobre o bem anteriormente, é imprescindível a citação pessoal dos seus titulares, assim como do proprietário da coisa, para exercício da ampla defesa e do contraditório. (**Direito das coisas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed. ver., atual. e ampl, 2012, p. 313-314.) Importante frisar que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a usucapião é modo de aquisição originária da propriedade: DIREITO DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. IMÓVEL OBJETO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INSTRUMENTO QUE ATENDE AO REQUISITO DE JUSTO TÍTULO E INDUZ A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. EXECUÇÕES HIPOTECÁRIAS AJUIZADAS PELO CREDOR EM FACE DO ANTIGO PROPRIETÁRIO. INEXISTÊNCIA DE RESISTÊNCIA À POSSE DO AUTOR USUCAPIENTE. HIPOTECA CONSTITUÍDA PELO VENDEDOR EM GARANTIA DO FINANCIAMENTO DA OBRA. NÃO PREVALÊNCIA DIANTE DA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA N. 308. 1. (...) 2. (...) 3. (...) 4. A declaração de usucapião é forma de aquisição originária da propriedade ou de outros direitos reais, modo que se opõe à aquisição derivada, a qual se opera mediante a sucessão da propriedade, seja de forma singular, seja de forma universal. Vale dizer que, na usucapião, a propriedade não é adquirida do anterior proprietário, mas, em boa verdade, contra ele. A propriedade é absolutamente nova e não nasce da antiga. É adquirida a partir da objetiva situação de fato consubstanciada na posse ad usucapionem pelo interregno temporal exigido por lei. Aliás, é até mesmo desimportante que existisse antigo proprietário. 5. Os direitos reais de garantia não subsistem se desaparecer o "direito principal" que lhe dá suporte, como no caso de perecimento da propriedade por qualquer motivo. Com a usucapião, a propriedade anterior, gravada pela hipoteca, extingue-se e dá lugar a uma outra, ab novo, que não decorre da antiga, porquanto não há transferência de direitos, mas aquisição originária. Se a própria propriedade anterior se extingue, dando lugar a uma nova, originária, tudo o que gravava a antiga propriedade - e lhe era acessório - também se extinguirá. 6. Assim, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real hipotecário constituído pelo antigo proprietário, antes ou depois do início da posse ad usucapionem, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos ex tunc, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de

Considerando a importância e a complexidade da usucapião para a aquisição da propriedade, duas teorias apresentam-se tradicionalmente para explicar seus fundamentos. A primeira é a corrente subjetiva, segundo a qual o decurso do tempo caracterizaria uma presunção de abandono da coisa pelo antigo proprietário e renúncia ao direito de propriedade não exercido. A teoria objetiva, por sua vez, fundamenta a usucapião sob o enfoque da utilidade social, tendo em vista que o instituto objetiva dar estabilidade às situações de fato, facilitando o acesso à propriedade e ao domínio⁶.

Para que a usucapião passe a produzir seus efeitos, é necessária a convergência de determinados elementos gerais, comum a todas as modalidades, quais sejam: capacidade e legitimidade para usucapir, coisa hábil, posse e prazo fixado em lei.

No que se refere ao elemento pessoal, são capazes de usucapir as pessoas físicas, morais, a comunidade hereditária, a pessoa jurídica de direito público, os incapazes (sempre que devidamente representados pelos pais, tutores ou curadores), e os estrangeiros⁷. Podem igualmente invocar a usucapião aqueles que dela se aproveitam⁸, os credores e demais interessados⁹.

Note-se, no entanto, que existem causas que impedem a aquisição da propriedade em razão da pessoa do possuidor, nos termos do art. 1.244, do Código

continuidade. 7. (...) 8. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 941464 / SC 2007/0078158-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO Data de Julgamento: 24/04/2012, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012).

⁶ Orlando Gomes esclarece que na maioria das vezes não há esse propósito de abandonar a propriedade, sendo que presumi-lo demonstra desconhecimento acerca da própria natureza humana. O autor, seguindo a tendência trazida pelas teorias objetivas, afirma que, em verdade, a *razão final* da usucapião é *acabar com as incertezas da propriedade*. (GOMES, 2012, p. 181).

⁷ A Constituição Federal dispõe no *caput* do art. 5º que será garantido o direito à propriedade aos nacionais e estrangeiros, sem distinção de qualquer natureza. Observe-se, no entanto, que há limitações quanto à aquisição de terras nacionais por estrangeiros, conforme preconiza o art. 190 da Carta Magna.

⁸ Aplica-se, aqui, o disposto no art. 193, do Código Civil.

⁹ De acordo com Lenine Nequete, *se é verdade que só os que possuem, seja por si ou por seus representantes, podem adquirir por usucapião, não é menos exato que a prescrição em favor deles – uma vez consumada pelo decurso do tempo e por posse hábil – pode ser invocada também por outras pessoas: pela parte a quem aproveita, diz o art. 162 do nosso Código; pelos credores e demais interessados (...), ainda que o devedor ou o proprietário a ela tenham renunciado expressamente. Vale dizer: pelos credores e fiadores do prescribente, pelos herdeiros, pelo co-devedor em obrigação solidária, pelo co-obrigado em obrigação indivisível, pelo obrigado à prestação de evicção, pelo fideicomissário. (Da prescrição aquisitiva – Usucapião. 1ª ed., Porto Alegre : Livraria Sulina Editora, 1954, p. 34-38).*

Civil¹⁰. Segundo a legislação civilista, não corre prescrição entre cônjuges na constância da sociedade conjugal, entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, e entre tutelados e curatelados em relação aos tutores ou curadores, razão pela qual nenhum deles pode usucapir bem de titularidade do outro¹¹.

Em relação ao usucapido, basta que seja proprietário de coisa hábil a ser objeto da usucapião, não havendo exigências acerca de sua capacidade. Ocorre, porém, que determinadas pessoas não podem perder suas propriedades por usucapião em decorrência de disposição legal. É o caso das pessoas jurídicas de direito público¹² e dos indígenas¹³.

Quanto ao requisito formal (coisa hábil), tem-se que nem todas as coisas e direitos são passíveis de aquisição por intermédio da usucapião¹⁴. Alguns bens estão fora do comércio em decorrência de sua própria natureza, como, por exemplo, o ar atmosférico, o mar alto e outros em virtude de disposição legal, como é o caso dos bens públicos¹⁵. Além disso, alguns direitos reais que recaem em coisas prescritíveis podem ser usucapidos, quais sejam: a propriedade, as servidões, a enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação¹⁶.

Outra característica é a posse, a qual deve ser mansa, pacífica, contínua, pública e qualificada pelo *animus domini*, resultando na chamada posse *ad usucapionem*. A coisa deve ser possuída com a intenção de tê-la como própria desde o momento em que o usucapiente se apossa do bem, a fim de se afastar a

¹⁰ Dispõe o mencionado artigo: *Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.*

¹¹ Todas as causas estão elencadas nos arts. 197 a 206, do Código Civil.

¹² De acordo com o contido nos arts. 183, §3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 102, do Código Civil.

¹³ Dispõe o art. 38 da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio): *as terras indígenas são inusucapíveis e sobre elas não poderá recair desapropriação, salvo o previsto no artigo 20.*

¹⁴ Saliente-se, aqui, que há divergência na doutrina quanto à corporeidade do objeto de estudo dos direitos reais. Segundo Orlando Gomes, a limitação do objeto de direito real às coisas corpóreas não se justifica, na medida em que se admite a existência de direitos sobre direitos – inclusive sobre direitos pessoais, que são bens incorpóreos. Acrescenta o autor, ainda, que existem outros direitos que incidem sobre bens incorpóreos (como o fundo de comércio e a clientela), que também são considerados objeto de direito real propriamente dito. (GOMES, 2012, p. 21). Em contraposição, tem-se o posicionamento de Luciano de Camargo Penteado, o qual, baseado na doutrina ponteano, entende que ante a ausência de norma expressa autorizando a extensão do tratamento legal dado aos direitos regulados pelo Direito das Coisas, só os bens jurídicos corpóreos podem ser objeto de direitos subjetivos reais e de direitos de posse. (PENTEADO, 2012, p. 52).

¹⁵ PEREIRA, 2003, p. 142.

¹⁶ GOMES, op. cit., p. 182.

possibilidade de usucapião de fâmulos da posse¹⁷. Ademais, devem ser excluídos aqueles que exercem temporariamente a posse direta, por força de obrigação ou direito (impedimentos objetivos), sendo que a existência de impedimentos subjetivos apenas obstam a aquisição que requer boa-fé¹⁸.

Além disso, a posse deve ser mansa e pacífica, no sentido de não ter sido obtida ou mantida através de violência, bem como não apresentar o vício da clandestinidade. O usucapiente deve ter exercido a posse sem oposição (judicial ou extrajudicial), comportando-se como se dono fosse.

Saliente-se que a posse deverá ser contínua, sendo imprescindível sua persistência no lapso temporal exigido em lei, sem a existência de intervalos de descontinuidade. Note-se, neste sentido, que a legislação civilista não exige que a posse seja exercida por apenas uma pessoa, vez que, nos termos do art. 1.243, do Código Civil, é facultado ao possuidor acrescentar à sua posse a dos seus antecessores, contanto que mantidas as características acima abordadas¹⁹.

Tem-se, ainda, o passar do tempo como característica comum a todas as espécies de usucapião previstas no ordenamento jurídico brasileiro, o qual, somado à posse, configura uma consolidação da situação como jurídica²⁰. Da análise da legislação pátria, constata-se a intenção de reduzir os prazos para ocorrência da usucapião, demonstrando o efetivo abrandamento do individualismo vigente no Código Civil de 1916 e a preocupação de se garantir maior segurança às relações jurídicas. Há, inclusive, a aproximação entre os prazos para usucapião de bens

¹⁷ Assevera Luciano de Camargo Penteado: *Em geral, a posse deve ser animo suo, com intenção de ter a coisa como sua, a qual não se confunde com a posse animo domini, que pressupõe a intenção de ter a coisa como proprietário em sentido específico e, portanto, objetivando a aquisição do direito real previsto no CC 1.225 I. É importante ressaltar a distinção porque existe a possibilidade de se adquirir, mediante a usucapião, outros direitos reais limitados.* (PENTEADO, 2012, p. 318).

¹⁸ GOMES, 2012, p. 182-183.

¹⁹ Conforme aponta Orlando Gomes, enquanto o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor, ao sucessor singular é facultada a possibilidade de unir a sua posse à do seu antecessor, para efeito de usucapião. (Ibidem, p. 184). Além disso, necessário mencionar o Enunciado 317 CJF/STJ, segundo o qual *a accessio possessionis, de que trata o art. 1.243, primeira parte, do Código Civil, não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente.* Ressalte-se, ainda, que em relação à usucapião especial urbana, há regra específica sobre a *accessio possessionis* no art. 9º, §3º, do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). (**Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012).

²⁰ PENTEADO, op. cit., 2012, p. 321.

móveis (os quais variam entre três e cinco anos) e bens imóveis (que oscilam entrem dois e dez anos).

A contagem dos prazos deve se dar por dias e não de momento em momento, de modo que à usucapião sejam aplicadas as regras gerais que definem o início e o término e conceituam as unidades de tempo²¹.

O prazo também pode ser reduzido caso estejam presentes os requisitos especiais do justo título e da boa-fé. Por justo título entende-se todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente do registro²². A boa-fé, por sua vez, é aqui encarada no seu aspecto subjetivo, existente no campo intencional ou psicológico e qualificada por uma crença de legitimação da posse exercia pelo usucapiente.

Em consonância com posicionamento majoritário da doutrina, a natureza da sentença da ação de usucapião é declaratória, vez que a decisão apenas reconhece o direito preexistente²³. Ocorre, no entanto, que esta eficácia predominantemente declaratória é de certo modo alterada na figura da usucapião coletiva, na medida em que aqui teremos tanto a declaração da usucapião, como a constituição do condomínio e fração ideal.

²¹ GOMES, 2012, p. 183.

²² Veja-se, neste sentido, o Enunciado 86 CJF/STJ: A expressão “justo título” contida nos arts. 1.242 e 1.260 do Código Civil abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro. (Jornadas..., 2012).

²³ Afirma Lenine Nequete que não é a partir da sentença ou de sua transcrição no Registro de Imóveis que a usucapião se afirma, ainda que seus efeitos só se instaurem com a decisão que a reconhece. Acrescenta o jurista, ainda, que *a sentença tem por único objetivo patentear o direito do adquirente e constituir um título hábil para a transcrição; e esta, à sua vez, é necessária apenas: a) para conferir ao usucapiente o direito de dispor da coisa, em relação a terceiro; b) para publicar a aquisição do domínio, de modo a assegurar a boa fé de terceiros; e c) para assegurar a continuidade do registro. Nem uma, nem outra, porém, transferem a propriedade, já que de si transferida para o usucapiente no exato momento em que, reunindo os requisitos exigidos, foi a usucapião invocada. Onde, em consequência, ser a usucapião oponível, independente de sentença e transcrição, como exceção, nas ações reivindicatórias, possessórias, divisórias e demarcatórias.* (NEQUETE, 1954, p. 27-28). Em contraposição, assevera Silvio Rodrigues: *Antes da sentença o possuidor reúne em mãos todos os pressupostos e requisitos para adquirir o domínio. Mas, até que a sentença proclame tal aquisição, pelo reconhecimento da idoneidade dos pressupostos, o usucapiente tem apenas uma expectativa de direito. De modo que, no meu entender, e contrariamente ao que pensa a maioria dos escritores, a sentença proferida na ação de usucapião tem caráter constitutivo, e não meramente declaratório.* (**Direito civil: Direito das coisas.** Vol 5, 28 ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 113). Importante ressaltar ainda, que, segundo Pontes de Miranda, a sentença de usucapião apresenta natureza declaratória e mandamental, considerando que imprescindível o registro da decisão quando se tratar de bens imóveis. (**Tratado de direito privado: parte especial, tomo XI.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 147).

O efeito principal da usucapião é transferir ao possuidor a propriedade da coisa, oponível *erga omnes*, inobstante possa o verdadeiro titular se valer da medida para extirpar qualquer incerteza acerca de seu direito de propriedade. A aquisição da propriedade pela usucapião opera-se *ex tunc* e se realiza no momento que se inicia a posse. De acordo com Orlando Gomes, por consequência da retroatividade da aquisição, todos os atos praticados pelo possuidor são válidos, não sendo obrigatória a devolução dos frutos da coisa, ainda que este esteja de má-fé. Uma vez declarada a usucapião, eventuais direitos reais constituídos sobre o bem pelo possuidor são considerados válidos desde o momento da constituição²⁴.

Destaque-se, por fim, a possibilidade de arguição da usucapião como matéria de defesa²⁵. Em que pese a regra geral indique a contestação como momento adequado para invocar a usucapião, por analogia ao art. 193, do Código Civil, entende-se que é possível a arguição da usucapião em qualquer instância, inclusive em grau de recurso extraordinário, desde que esteja discutindo matéria de fato²⁶. Frise-se, no entanto, que a exceção de usucapião poderá ser oposta apenas pelo interessado, nunca por terceiros²⁷.

De acordo com Silvio Rodrigues, ainda que a usucapião possa ser alegada como meio de defesa, em sede de exceção, seu reconhecimento não afasta a necessidade de se declarar a aquisição em ação autônoma²⁸. Contrapondo-se ao posicionamento, Luiz Edson Fachin sustenta que a sentença que reconhece a usucapião vale como título para transcrição no Registro de Imóveis, conforme dispõe o art. 7º da Lei 6.969/81²⁹. Além disso, o art. 13 do Estatuto da Cidade também contempla a possibilidade de registro da sentença que reconhece a usucapião arguida como matéria de defesa, sendo que, no entendimento de Luciano de

²⁴ De acordo com o autor, ao possuidor é lícito renunciar à usucapião depois de consumada, sendo que a renúncia anterior configura-se como mera causa de interrupção. Acrescenta o jurista que a renúncia posterior deverá ser expressa, podendo ser efetivada somente por pessoas capazes, sem prejuízo de terceiros. (GOMES, 2012, p. 189-190).

²⁵ Súmula 237 do STF: O usucapião pode ser arguido em defesa.

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre : Fabris, 1988, p. 50.

²⁷ PENTEADO, 2012, p. 327.

²⁸ Aduz o jurista: *Embora, como meio de defesa, a usucapião possa ser alegada em exceção, mesmo antes da sentença que a reconheça, o domínio, a meu ver, só é adquirido pelo prescribente através da sentença que declare a aquisição.* (RODRIGUES, 2003, p. 113).

²⁹ FACHIN, loc. cit.

Camargo Penteado, ante a inexistência de previsão legal para as demais espécies, deve-se aplicar por analogia tal dispositivo legal³⁰.

2.2 A USUCAPIÃO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Além dos requisitos listados acima, a usucapião ainda apresenta como elemento cerne a efetivação da função social da posse. Antes de adentrarmos no assunto, porém, necessário pontuar alguns aspectos acerca do princípio da função social da propriedade previsto no ordenamento jurídico pátrio.

A análise do Direito Civil brasileiro no início do Século XX revela o tratamento prioritário que dispensou às relações jurídicas patrimoniais, refletindo a ideologia liberal que exercia influência sobre o pensamento da época. O Código Civil de 1916, tomado pelo espírito de garantir maior amplitude possível de liberdade individual, em detrimento à intervenção estatal, acabou representando uma verdadeira constituição do Direito Privado, mostrando-se, posteriormente, insuficiente para tratar dos avanços da sociedade e da conseqüente desigualdade social.

É neste contexto histórico que, em 1988, vem a ser promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, elevando ao vértice do ordenamento o princípio da dignidade da pessoa humana e um extenso rol de direitos sociais. A Constituição, a partir daí, seja em sua dimensão formal, ou – sobretudo – em sua concepção substancial, passou a ocupar lugar central da regulação jurídica do contrato, do patrimônio e da família, ocasionando no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

A propriedade sofreu grande influência deste movimento, pois, atualmente, o fundamento primeiro a partir do qual deve o instituto ser pensado é o constitucional³¹. Denota-se, neste sentido, a existência constitucional da propriedade

³⁰ PENTEADO, 2012, p. 327.

³¹ Prevê o art. 5º, incs. XXII e XXIII da Constituição: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.*

tanto como um instituto da ordem econômica (direito de propriedade), como representando um direito subjetivo (direito à propriedade).

A fixação da propriedade como princípio da ordem econômica representa uma concepção constitucional por um modelo fundado na propriedade individual, sendo que, todavia, essa propriedade não se configura nos termos liberais que se estabelece por uma exclusão do outro, eis que a Constituição, ao garantir a propriedade individual, vincula-se à função social³².

Inobstante existissem previsões gerais e abstratas acerca da função social nos textos constitucionais anteriores, sobretudo nas Constituições de 1946 e 1967, nunca a matéria foi tratada de maneira tão ampla e concretizante como se vê na atual Magna Carta, sobretudo em seus arts. 182³³ e 186³⁴ que traçam requisitos objetivos para atendimento da função social da propriedade urbana e rural³⁵.

A função social da propriedade passa a ser, portanto, um elemento interno do próprio direito subjetivo de propriedade, sendo que sua não observação acarreta na perda das prerrogativas conferidas ao proprietário, sem prejuízo de outras espécies de sanções³⁶. De acordo com Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber³⁷:

Além disso, dispõe o art. 170, incs. II e III: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – propriedade privada; III – função social da propriedade.*

³² PENTEADO, 2012, p. 220-221.

³³ Reza o art. 182, §2º, da Constituição Federal: *A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.*

³⁴ Dispõe o art. 186, da Constituição Federal: *A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.*

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. **A garantia da propriedade no direito brasileiro.** Novembro, 2003. Disponível em:

<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>> Acesso em: 10/07/2013, p. 103-105.

³⁶ Neste sentido posicionam-se a maior parte da doutrina. Alguns autores, porém, como Caio Mario da Silva Pereira entendem que a função social é um limite apenas externo ao direito de propriedade, assim como o direito administrativo, direito de vizinhança e direito urbanístico. (PEREIRA, 2003, p. 103-105).

³⁷ TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 106-107.

A propriedade que não se conforma, portanto, aos interesses sociais relevantes, não é digna de tutela como tal, e não há neste condicionamento uma priorização da função social sobre a garantia da propriedade, uma pretendida hierarquização de normas constitucionais, mas uma mera interpretação sistemática do texto maior, que põe em evidência os valores existenciais e solidários, a cuja concreta realização não apenas a propriedade, mas todas as situações jurídicas subjetivas devem se direcionar.

Como consequência do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, o Código Civil de 2002 trouxe em seu art. 1228, §1º que o direito de propriedade deve ser exercido em observação as suas finalidades econômicas e sociais, a fim de preservar a flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas³⁸. Trata-se, conforme leciona Luciano de Camargo Penteado, de uma cláusula geral, de diversos sentidos e alcances, necessitando de efetivação nos casos concretos³⁹.

Considerando ser a posse autônoma da propriedade⁴⁰, existe no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não expressamente, a chamada função social da posse, a qual se revela significativamente no instituto da usucapião. Veja-se, neste sentido, os ensinamentos de Luiz Edson Fachin⁴¹:

A função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público

³⁸ *In verbis*: Art. 1228, CC: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que a injustamente a possua ou detenha. §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

³⁹ Segundo o autor, a norma estabelece um dever, estando o proprietário obrigado a exercer seu direito subjetivo de propriedade de acordo com os ditames econômicos e sociais. Deve o proprietário agir observando os padrões de conduta empíricos metajurídicos, sob pena de cometer ato ilícito e sujeitar-se às suas conseqüentes sanções previstas no ordenamento jurídico. Acrescenta o autor, ainda, que o Código Civil não apenas impõe obrigações, como também estabelece os bens que necessitam ser preservados pela atuação do proprietário no exercício do seu direito, sendo certo que, por se tratar de uma cláusula geral, necessária é a sua concreção nos casos e lides que se verificarem. (PENTEADO, 2012, p. 241).

⁴⁰ Segundo Pontes de Miranda, posse é fato que entra no mundo jurídico, como fato jurídico *stricto sensu*, quando objeto de algum ato jurídico ou quando ofendido o *status quo*, indispensável à paz social. De acordo com os ensinamentos do jurista, a proteção possessória não se justifica pela proteção da propriedade, sendo aquela autônoma em relação a esta. A proteção da posse se justificaria apenas para manutenção de determinadas situações de fato da vida em sociedade. (MIRANDA, 1955, p. 5-17).

⁴¹ FACHIN, 1988, p. 19-20.

e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade.

O direito brasileiro, através de diversos dispositivos como o art. 1.208⁴² e 1.224⁴³, do Código Civil, ou mesmo por intermédio das ações possessórias (arts. 920-933, do Código de Processo Civil) determina a prioridade à função social da posse, mesmo que ela tenha decorrido de ato ilícito. Significa dizer que a vinculação intrínseca da posse ao caráter social faz com que ela sempre seja objeto de proteção pelo Estado, tão logo cessadas a violência ou a clandestinidade por meio das quais foi alcançada.

Neste mesmo sentido, a usucapião como meio de aquisição da propriedade acaba por expressar a relevância da função social da posse, vez que através dela se privilegia aquele que exerce a posse em detrimento do domínio de outrem, o qual é penalizado pela inobservância da função social de sua propriedade.

Tal constatação poderá ser melhor observada através do estudo específico das modalidades de usucapião existentes em nosso ordenamento jurídico.

2.3 AS MODALIDADES DE USUCAPIÃO

Através da análise do direito comparado, é possível afirmar que inexistente ordenamento jurídico que discorra sobre tantas modalidades de usucapião como o brasileiro, que prevê mais de dez hipóteses de aquisição da propriedade pela posse prolongada no tempo.

2.3.1 Usucapião ordinária

A primeira delas é a usucapião ordinária, a qual se somam aos demais requisitos os elementos da boa-fé do possuidor e do justo título, reduzindo-se os

⁴² Art. 1.208, CC. *Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.*

⁴³ Art. 1.224, CC. *Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.*

prazos para a aquisição do domínio. Por este motivo, também se chama de usucapião abreviada. Como dito em linhas anteriores, a boa-fé é aqui encarada em seu sentido subjetivo, consistente no estado de ignorância, semelhante ao erro negocial, daquele que desconhece o vício ou obstáculo que o impede de adquirir efetivamente um direito. O erro pode ser tanto de fato como de direito, sendo que a boa-fé deve se fazer presente durante todo o período aquisitivo, impedindo a usucapião a verificação de má-fé superveniente⁴⁴. O justo título, por sua vez, é todo documento hábil a produzir o efeito translativo do domínio. O título deve apresentar algumas formalidades mínimas – como ser escrito, por exemplo⁴⁵ – e ser apto a transferir o direito real postulado, não atingindo seu objetivo apenas por razão extrínseca, alheia à própria formação. Frise-se que falhas internas do título implicam em nulidade⁴⁶, retirando sua qualificação de justo⁴⁷.

Segundo Orlando Gomes, são três as causas de ineficácia do título, quais sejam: a) a aquisição a *non domino*, ou seja, quem transferiu o domínio não era proprietário da coisa; b) a aquisição a *domino*, na qual o transmitente não goza de direito de dispor, ou transfere por ato nulo de pleno direito; c) erro no modo de aquisição, como no caso de quem adquire por instrumento particular bem cuja transmissão requer escritura pública. De acordo com o jurista, o título deve ser certo e real, sendo que a existência de boa-fé sem justo título não possibilita a invocação da usucapião ordinária⁴⁸.

⁴⁴ GOMES, 2012, p. 185-189.

⁴⁵ Assevera Orlando Gomes: *O vocábulo de título pode dar a impressão de que se trata de instrumento, isto é, de escrito. Mas não tem esse sentido. Título se emprega, no caso, como sinônimo de ato jurídico. Ainda assim, teria compreensão muito ampla, porque nem todo ato jurídico serve de causa à posse. O título, a que se referem os Códigos, corresponde aos atos jurídicos cuja função econômica consiste em justificar a transferência do domínio. Numa palavra, os atos translativos. Por outro lado, a qualificação do título é imprópria. O título deve ser justo no sentido de idoneidade para transferir. Melhor fora, assim, dizer-se título hábil, para significar o negócio jurídico que habilita qualquer pessoa a tornar-se proprietária de um bem.* (Ibidem, p. 186-187).

⁴⁶ Para Orlando Gomes, se o ato é nulo de pleno direito, a aquisição só se verifica, em princípio, mediante usucapião extraordinária, vez que o objetivo da usucapião ordinária é sanar o defeito que resulta da falta de qualidade do transmitente e não todos os que tornam ineficaz a alienação. Porém, se o ato é simplesmente anulável, a aquisição se opera mediante usucapião ordinária, até porque é mais curto o prazo de prescrição dentro do qual deve ser proposta a ação de rescisão. (Idem).

⁴⁷ PENTEADO, 2012, p. 323.

⁴⁸ Luciano de Camargo Penteado opõe a este posicionamento, aduzindo que boa-fé e justo título são conceitos que não se confundem, podendo existir um sem o outro. (Idem).

A usucapião ordinária tradicional está prevista no art. 1242⁴⁹, do Código Civil, o qual dispõe que são necessários dez anos de posse contínua, somados à boa-fé e ao justo título para que se opere a aquisição da propriedade. Ocorre que, conforme previsão do parágrafo único do mencionado dispositivo legal, o prazo pode ser reduzido para cinco anos caso o usucapiente tenha adquirido o bem com base em aquisição onerosa levada a registro, o qual venha a ser posteriormente cancelado por razões alheias à formação do título. Nestas situações, faz-se necessário também que o possuidor tenha estabelecido moradia no imóvel e nele tenha realizado investimentos que atentem à função social da propriedade⁵⁰.

2.3.2 Usucapião extraordinária

Na usucapião extraordinária, por sua vez, a boa-fé é presumida e o justo título não é exigido, bastando para sua concretização que o possuidor preencha os requisitos comuns a todas as modalidades e que totalize o tempo exigido em lei. De acordo com art. 1.238⁵¹, do Código Civil, o possuidor que permanecer ininterruptamente no imóvel, sem oposição, pelo prazo de 15 anos adquirirá a propriedade, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença⁵². À semelhança do que ocorre com a usucapião ordinária, o parágrafo único da norma mencionada prevê a redução do prazo para 10 anos, caso o possuidor tenha fixado

⁴⁹ Art. 1.242, CC. *Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.*

⁵⁰ Vale mencionar que, de acordo com Luciano de Camargo Penteado, este prazo de cinco anos, até o ano de 2005, deve-se contar com acréscimo de dois anos, isto é, como sendo de sete anos, por conta do disposto no art. 2.029, do Código Civil. O mesmo ocorre em relação à usucapião com posse trabalho, prevista no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil. (PENTEADO, 2012, p. 324).

⁵¹ Art. 1.238, CC. *Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.*

⁵² Orlando Gomes afirma que embora meramente declaratória, a sentença é necessária para certificar a existência do direito do possuidor que se tornou proprietário, sendo certo que a aquisição se verifica quando da usucapião, e não por meio da transcrição da sentença que a declarou. (GOMES, 2012, p. 186).

sua moradia no local e realizado investimentos sociais e econômicos, atendendo-se igualmente para a função social da propriedade. Fala-se, por este motivo, em usucapião extraordinária com posse trabalho⁵³.

2.3.3 Usucapião especial rural

A usucapião especial rural, prevista no art. 191⁵⁴, da Constituição Federal e no art. 1.239⁵⁵, do Código Civil, depende da configuração da posse *ad usucapionem* pelo prazo de cinco anos sobre imóvel rural que não ultrapasse 50 hectares, servindo este como moradia para o possuidor e sua família, que deverão torná-lo produtivo pelo trabalho.

2.3.4 Usucapião especial urbana

A usucapião especial urbana, ao seu turno, divide-se entre individual e coletiva, sendo aquela prevista no art. 183⁵⁶, da Constituição Federal e art. 1.240⁵⁷, do Código Civil e esta no art. 10⁵⁸, do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). A

⁵³ PENTEADO, 2012, p. 324.

⁵⁴ Art. 191, CF. *Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.* Parágrafo único. *Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.*

⁵⁵ Art. 1.239, CC. *Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.*

⁵⁶ Art. 183, CF. *Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.*

⁵⁷ Art. 1.240, CC. *Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.*

⁵⁸ Art. 10, Estatuto da Cidade. *As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada*

usucapião urbana individual exige que se trate de um imóvel urbano, não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados. A metragem introduzida pelo legislador revela o objetivo maior desta modalidade, que é a concretização do direito à moradia para a população que não a possui, razão pela qual também se justifica o prazo reduzido de cinco anos previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro⁵⁹. O possuidor deve, ainda, utilizar o imóvel para moradia própria ou de sua família.

2.3.5 Usucapião urbana coletiva

A usucapião urbana coletiva, a despeito de apresentar o mesmo prazo de cinco anos, pretende propiciar a aquisição na totalidade do imóvel, tanto pela dificuldade de se identificar áreas, quanto pela sobreposição da moradia de diversas famílias verificada nestas regiões. Visando consolidar situações jurídicas existentes em áreas de densa população sem infraestrutura, esta modalidade de usucapião cria um condomínio especial regido pelas normas próprias do Estatuto da Cidade. É preciso que o imóvel apresente mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que seja empregado para moradia do possuidor ou de sua família e que existam dificuldades para identificação das matrículas das regiões consideradas isoladamente. A peculiaridade do instituto é que ele atribuirá a cada possuidor uma fração ideal idêntica do imóvel, salvo acordo escrito dispendo contrariamente. O condomínio especial é indivisível, exceto por deliberação de dois terços dos condôminos, cuja eficácia é também condicionada a uma posterior urbanização,

possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

⁵⁹ PENTEADO, 2012, p. 324.

após a aquisição. No âmbito deste condomínio, as deliberações devem ser tomadas por maioria de votos⁶⁰.

Saliente-se que em todas as subespécies da usucapião especial há o requisito comum da impossibilidade do possuidor ser proprietário de outro bem imóvel urbano ou rural para se beneficiar do instituto.

2.3.6 Demais espécies de usucapião

Registre-se também as outras formas de aquisição pela posse prolongada no tempo, quais sejam: a usucapião indígena – prevista no art. 33, do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73 – dez anos) –, e a usucapião de bens móveis, a qual se divide entre ordinária (art. 1.260⁶¹, do Código Civil – três anos) e extraordinária (art. 1.261⁶², do Código Civil – cinco anos).

Temos, por fim, a chamada usucapião familiar, cujos requisitos e impactos serão tratados detidamente nos capítulos seguintes.

⁶⁰ PENTEADO, 2012, p. 326.

⁶¹ Art. 1.260, CC. *Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.*

⁶² Art. 1.261, CC. *Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.*

3 A INOVAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATRAVÉS DA EDIÇÃO DA LEI 12.424/2011

Antes de adentrarmos no tema específico da usucapião familiar, necessário formular algumas considerações sobre a evolução da noção da família no ordenamento jurídico brasileiro, a qual guiará os caminhos para a correta interpretação do novel instituto em seus variados aspectos.

A organização das pessoas em foro de família é antiga e visa basicamente responder às necessidades humanas de autodefesa, reprodução, alimentação, manutenção da carga genética e até de apropriação de bens. No Brasil, o conceito de família sofreu grandes mudanças desde a época colonial, onde a entidade familiar estava diretamente relacionada ao matrimônio (fundamentalmente voltada ao casamento, sob a influência canônica), patrimonialismo e hierarquia (já que circunscrita ao *pater familias* colonial). Tal mentalidade se fez presente também no Código Civil de 1.916, o qual se pautava, sobretudo, na tríade formada pelo liberalismo, individualismo e patrimonialismo⁶³.

Este modelo acabou sendo abalado com o advento de nova legislação civilista na década de 70 do século XX, a qual marcou a passagem institucional para o que alguns autores chamam de concepção eudemonista da família. Ou seja, a família não se define mais em si mesma, como instituição, mas sim como um meio para sustentar as relações humanas, não renegando seu aspecto patrimonial, porém destinando atenção às questões extrapatrimoniais de livre desenvolvimento da pessoa. Conforme sintetizam José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *a concepção eudemonista da família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental*⁶⁴.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. **O novo Código Civil e as mudanças sociais no direito de família.** In: Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil: Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Coordenadores: Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César, Roberto Rosas; [colaboradores: Álvaro Villaça Azevedo ... et al.]. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 440. Veja-se, também, interesse ponto levantado por Paulo Lôbo que demonstra o caráter essencialmente patrimonialista da família nesta época: *No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais.* (LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23).

⁶⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família.** 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 13.

Contudo, foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que o conceito de família se tornou plural e totalmente dissociado da hierarquia e patrimonialismo anteriormente verificados. Conforme aduz Paulo Lôbo, *os milhares de sugestões populares e de entidades voltadas à problemática da família, recolhidas pela Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição de 1988, voltaram-se muito mais para os aspectos pessoais do que para os patrimoniais das relações de família*, o que ensejou mudanças significativas como a consumação da igualdade entre gêneros e entre filhos, o reconhecimento da natureza socioafetiva da filiação como gênero e a proteção do Estado alcançando qualquer entidade familiar⁶⁵. O Código Civil e toda a legislação infraconstitucional, portanto, passaram a ser relidos à luz dos novos preceitos constitucionais⁶⁶.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin⁶⁷:

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

Ocorre, no entanto, que os avanços constitucionais não retiram a importância do Direito de Família continuar sendo interpretado numa perspectiva de *abertura do sistema*⁶⁸, garantindo que a racionalidade emancipatória da pessoa humana não se restrinja apenas às normas expressas.

Além disso, o *encantamento constitucional, em princípio apto à possibilidade de converter aquele sentimento de vida sonogado em alavanca de mudança e transformação, requer efetividade e realização*⁶⁹, razão pela qual toda nova

⁶⁵ LÔBO, 2011, p. 19 e 35.

⁶⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "**Novas**" entidades familiares. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008, p. 18.

⁶⁷ FACHIN, 2003, p. 444-445. No mesmo sentido, aduz Paulo Lôbo: *A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou desempenharam papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.* (LÔBO, op. cit., p. 20).

⁶⁸ Segundo Ana Carla Harmatiuk Matos, *a pluralidade de entidades familiares não pode ser entendida como a alteridade de modelos segundo o texto constitucional (qual sejam: casamento, união estável e família monoparental), pois se repetiria uma exclusão em virtude de ausência de previsão normativa expressa. A evolução social é que deve guiar a forma de constituição da família, não cabendo ao Direito fixar previamente quais são as modalidades possíveis.* (MATOS, op. cit., p. 20).

⁶⁹ FACHIN, op. cit., p. 449.

legislação envolvendo a noção de família – como é o caso da usucapião familiar, deve observar os progressos garantidos pela Carta Maior.

Feitas estas ressalvas, passamos agora para a análise dos aspectos formais da Lei 12.424/2011.

3.1 NOMENCLATURA

Não há consenso na doutrina acerca da nomenclatura a ser adotada para designar a nova modalidade de usucapião. Na opinião de Flávio Tartuce, embora alguns juristas utilizem a terminologia usucapião familiar, a expressão *usucapião especial urbana por abandono do lar* é a mais adequada para manter unidade didática, visando, sobretudo, *diferenciar a categoria da usucapião especial rural ou agrária – que também tem uma conotação familiar -, da usucapião ordinária, da usucapião extraordinária, da usucapião especial indígena e da usucapião urbana coletiva*⁷⁰.

Em contrapartida, assevera José Fernando Simão: *Creio ser adequada a denominação usucapião familiar em razão de sua origem, qual seja, o imóvel pertence aos cônjuges ou companheiros, mas só é utilizado por um deles após o fim do casamento ou da união estável*⁷¹.

Neste trabalho, embora possam as expressões usucapião pró-família, usucapião conjugal, usucapião por meação, usucapião por abandono do lar aparecerem em forma de citação, adotar-se-á predominantemente o termo “usucapião familiar” empregado por José Fernando Simão, o qual revela de maneira mais expressiva o verdadeiro objetivo do novo instituto, que é a efetivação do direito à moradia e a proteção das diversas modalidades de entidades familiares presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 HISTÓRICO LEGISLATIVO

⁷⁰ TARTUCE, FLÁVIO. **A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal**. Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abr/maio 2012, p. 16

⁷¹ SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?** 2011. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informação/artigos/usucapiao-familiar-problema-ousolucao/598/>>. Acesso em 27/08/2013, p. 01

Em 01 de dezembro de 2010, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional a Medida Provisória nº 514 de 2010, pretendendo a alteração substancial da Lei 11.977/2009 (a qual dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida) e a modificação de outras legislações como a Lei 10.188/2001 (Programa de Arrendamento Residencial), 6.015/1973 (Registros Públicos), 6.766/1979 (Parcelamento do Solo Urbano) e 4.591/1964 (Condomínios Edifícios e Incorporações Imobiliárias)⁷².

Através da análise da redação original da Medida Provisória, é possível verificar que inicialmente não estavam previstas quaisquer alterações ao Código Civil, como a inclusão de nova modalidade de usucapião, o que somente foi objeto de redação na Câmara dos Deputados, por proposição do Deputado André Vargas do PT/PR⁷³.

Na data de 27 de abril de 2011, o Projeto de Lei de Conversão nº 10 de 2011, resultado da alteração do teor da Medida Provisória 514/2010, foi confirmado na Câmara dos Deputados e, em seguida, encaminhado ao Senado Federal, onde foi aprovado em 10 de maio de 2011 e enviado à sanção presidencial no décimo terceiro dia do mesmo mês. A Presidência, após vetar a redação do §2º⁷⁴ do novo artigo a ser incluído na legislação civilista brasileira, sancionou o Projeto em 16 de junho de 2011, o qual foi convertido na Lei 12.424 de 2011, passando a usucapião familiar figurar no artigo 1.240-A, do Código Civil.

Inobstante a relevância do novo instituto como forma de regulamentação de situações fáticas bastante corriqueiras na sociedade brasileira, imprescindível se faz

⁷² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/514.htm, acessado em 26/08/2013, às 14h53min.

⁷³ Fundamentando a proposta, afirmou o Deputado André Vargas: *O Minha Casa, Minha Vida tem como prioridade as mulheres. Vamos possibilitar a assinatura de convênio pelas mulheres, é o chamado usucapião pró-familiar, que pode ser usado quando o cônjuge não estiver mais no lar, possibilitando a resolução da posse.* In: <http://www.andrevargas.com.br/noticias/?id=2438>, acessado em 26/08/2013.

⁷⁴ *“No registro do título do direito previsto no caput, sendo o autor da ação judicialmente considerado hipossuficiente, sobre os emolumentos do registrador não incidirão e nem serão acrescidos a quaisquer títulos taxas, custas e contribuições para o Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundo de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de associação de classe, criados ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação”.* De acordo com a Presidência, os dispositivos violam o pacto federativo ao interferirem na competência tributária dos Estados, extrapolando o disposto no §2º do art. 236 da Constituição, razão pela qual foi vetado o §2º, do Art. 1.240-A, do Código Civil.

sua análise à luz do art. 7º, inc. II, da Lei 95/1998⁷⁵ (que trata da elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, de acordo com o que determina o parágrafo único do art. 59, da Constituição Federal)⁷⁶ e do art. 4º, §4º, da Resolução nº 01 de 2002 do Congresso Nacional⁷⁷ (que dispõe sobre a apreciação das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62, da Constituição Federal)⁷⁸.

Como dito anteriormente, a Medida Provisória nº 514 de 2010 alterou especialmente a Lei 11.977/2009 que instituiu o programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e os subprogramas Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) e Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR). Conforme disposto nos artigos 1º, 4º e 11 da mencionada legislação, o PMCMV *tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650 (quatro mil seiscentos e cinquenta reais)*, enquanto o PNHU *tem por objetivo promover a produção ou aquisição de novas unidades habitacionais ou a requalificação de imóveis urbanos*, e o PNHR, por sua vez, *tem por finalidade subsidiar a produção ou reforma de imóveis aos agricultores familiares e trabalhadores rurais, por intermédio de operações de repasse de recursos do orçamento geral da União ou de financiamento habitacional com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviços - FGTS*.

Neste sentido, verifica-se que, ainda que a usucapião familiar vise igualmente à regulamentação fundiária de imóveis urbanos (objeto parcial do PMCMV), seus efeitos acabam não coincidindo com as premissas traçadas pelo mencionado projeto social, vez que os requisitos indicados pelo legislador, sobretudo a metragem limite de 250 m² do imóvel a ser usucapido, não protege

⁷⁵ Art. 7º, da Lei 95/1998. *O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: (...) II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão.*

⁷⁶ Art. 59, CF. *O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.* De acordo com o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei 95/1998, suas disposições aplicam-se também às medidas provisórias.

⁷⁷ Art. 4º, § 4º, da Resolução 01/2002 do CN. *É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.*

⁷⁸ Art. 62, CF. *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.*

exclusivamente as famílias de baixa renda, as quais são as principais destinatárias dos programas instituídos pela Lei 11.977/2009.

Além disso, note-se que, embora o PMCMV também apresente como objetivo a produção ou reforma de habitações rurais, a nova modalidade de usucapião limitou-se a possibilitar a aquisição do domínio apenas de imóveis urbanos, nada dispondo acerca da propriedade rural.

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

Questionável, ainda, é a inserção de nova modalidade de usucapião no ordenamento jurídico brasileiro através de medida provisória e não por procedimento legislativo ordinário. Conforme dispõe o art. 62, da Constituição Federal, *em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional*. Sobre os requisitos de relevância e urgência, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰:

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

⁷⁹ A alínea “c” do item 04 da exposição de motivos da Medida Provisória 514 de 2010 dispõe: *c) introdução, a partir de nova redação oferecida ao art. 3º e 13 da Lei nº 11.977, de 2009, de novos requisitos para indicação dos beneficiários do PMCMV, distinguindo-se aqueles residentes no meio rural daqueles residentes no meio urbano, cabendo destacar a exclusão do critério relacionado ao tempo de residência ou de trabalho do candidato no município; a exclusão do critério relacionado à adequação ambiental e urbanísticas, uma vez que está relacionado aos projetos e não aos beneficiários; e a inclusão de prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar*. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/Exm/EMi-8-MCIDADES--MF-MP-MJ-MPv514-10.htm, acessado em 26/08/2013. Além disso, segundo o Deputado André Vargas, responsável pela criação do novo instituto, a usucapião familiar se apresenta como instrumento de fortalecimento do objetivo do PMCPV de privilegiar as mulheres que figuram como chefes de família. In: <http://www.andrevargas.com.br/noticias/?id=2438>, acessado em 26/08/2013.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores LTDA, 2012, p. 136-137.

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

Nesta seara, tem-se que os pressupostos de relevância e urgência são cumulativos, não podendo ser proposta medida provisória caso constatada a ausência de algum deles.

No que se refere à usucapião familiar, verifica-se ser incontestável a relevância⁸¹ do novo instituto, vez que funciona como mecanismo de efetivação do direito fundamental à moradia, previsto no art. 6º, da Constituição Federal⁸². Contudo, o mesmo não ocorre quando analisamos o suposto normativo da urgência, tendo em vista que, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello só é *urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora*⁸³.

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

⁸¹ Acerca deste pressuposto, aduz Clèmerson Merlin Clève: *Possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável. Quanto às medidas provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização de um interesse público. De outro ângulo, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, antes de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentalidade, imprevisibilidade.* (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. 3. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 89-90).

⁸² Art. 6º, CF. *São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

⁸³ MELLO, 2012, p. 135.

específicas da usucapião extraordinária, ordinária ou especial, a depender da situação⁸⁴. Na lição de Douglas Phillipis Freitas⁸⁵:

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

Desta forma, embora de extrema relevância a criação da nova modalidade de usucapião, não havia urgência na sua inserção no sistema jurídico brasileiro através de medida provisória, tendo em vista já existir a possibilidade de reconhecimento de usucapião entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, ainda que com prazo maior do que o bienal previsto no art. 1240-A, do Código Civil⁸⁶.

Saliente-se, ainda, que a urgência prevista no art. 62, da Constituição Federal deve corresponder não apenas à adoção da norma editada (vigência), como, igual, à sua incidência (aplicação), razão pela qual, segundo a melhor doutrina, é inadmissível a utilização de medida provisória para produzir efeitos após

⁸⁴ SILVA, Luciana Santos. **Uma nova afronta à Carta Constitucional: usucapião pró-Família**. Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abr/maio 2012, p. 33.

⁸⁵ FREITAS, Douglas Phillips. **Usucapião e direito de Família: comentários ao art. 1.240-A do Código Civil**. Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abr/maio 2012, p. 13-14.

⁸⁶ Veja-se, a este respeito, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: *AÇÃO DE USUCAPIÃO. HERDEIRA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO PELO TRIBUNAL ACERCA DO CARÁTER PÚBLICO DO IMÓVEL OBJETO DE USUCAPIÃO QUE ENCONTRA-SE COM A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL*. 1. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo animus domini pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários. 2. Há negativa de prestação jurisdicional em decorrência de não ter o Tribunal de origem emitido juízo de valor acerca da natureza do bem imóvel que se pretende usucapir, mesmo tendo os recorrentes levantado a questão em sede de recurso de apelação e em embargos de declaração opostos ao acórdão. 3. Recurso especial a que se dá provimento para: a). reconhecer a legitimidade dos recorrentes para proporem ação de usucapião relativamente ao imóvel descrito nos presentes autos, e b). anular parcialmente o acórdão recorrido, por violação ao artigo 535 do CPC, determinando o retorno dos autos para que aquela ilustre Corte aprecie a questão atinente ao caráter público do imóvel. (STJ - REsp: 668131 PR 2004/0076077-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/08/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2010).

determinado lapso temporal (eficácia diferida), o que reforçaria a inconsistência da criação da usucapião familiar através deste mecanismo legislativo⁸⁷.

Conforme ensina Clèmerson Merlin Clève, o procedimento de conversão de lei não se confunde com o ordinário de produção legislativa, não podendo a lei de conversão ser considerada um modo normal de manifestação do Congresso Nacional⁸⁸. Conclui-se, portanto, que caso a usucapião familiar tivesse sido objeto de projeto de lei, com tramitação pela via ordinária e aliada à verdadeira (e necessária) discussão nas duas Casas do Congresso Nacional, inúmeras incoerências oriundas da redação do dispositivo 1240-A, do Código Civil, poderiam ser evitadas⁸⁹.

Poderá agora o Judiciário realizar efetivo controle de constitucionalidade visando evitar maiores prejuízos decorrentes de vícios constantes na atividade legislativa. Acerca do assunto, assevera o ilustre jurista⁹⁰:

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

Tem-se, portanto, que, embora não estejam presentes os requisitos de pertinência temática nem a cumulação dos elementos de relevância e urgência, a Medida Provisória nº 514/2010 foi convertida na Lei 12.424/2011, cabendo à doutrina e à jurisprudência conferirem interpretação constitucional ao instituto,

⁸⁷ CLÈVE, 2010, p. 92. De acordo com Luciano Penteadó, *pelo L 12.424/2011 12, a lei entrou em vigor em 20.06.2011, e só a partir desta data pode começar a contar o prazo de dois anos, sob pena de violação ao direito adquirido e retroatividade contra o direito de propriedade. Lamentavelmente, referida lei não respeitou a LC 95/1998 8º caput, que determina que apenas lei de pequena repercussão podem entrar em vigor na data da sua publicação. Obviamente, uma redução de prazo a menos da metade é questão de grande repercussão, e o legislador deveria ter tido a prudência de estabelecer vacatio legis que permitisse às pessoas uma adaptação ao novo regime.* (PENTEADO, 2012, p. 325).

⁸⁸ CLÈVE, op. cit., p. 212

⁸⁹ GALLON, Leandro Ramos. **Reflexões sobre a inconstitucional usucapião instituída com as alterações do Programa “Minha Casa, Minha Vida”**. Fevereiro, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21136/reflexoes-sobre-a-inconstitucional-usucapiao-instituida-com-as-alteracoes-do-programa-minha-casa-minha-vida>>. Acesso em 27/08/2013, p. 01.

⁹⁰ CLÈVE, op. cit., p. 180

visando minimizar os prejuízos da ausência da técnica legislativa do procedimento que implicou na criação de nova modalidade de usucapião no direito brasileiro.

3.3 CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Após a edição da Lei 12.424 de 2011, muito se discutiu acerca da constitucionalidade material da usucapião familiar. De acordo com a maioria da doutrina, o instituto se apresentou na contramão dos avanços do direito contemporâneo, vez que reintroduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da culpa na dissolução da sociedade conjugal, extirpada com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, a qual admitiu o divórcio como direito potestativo. Neste sentido, é o posicionamento de Mônica Guazzelli⁹¹:

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

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

⁹¹ GUAZZELLI, Mônica. **Usucapião por abandono do lar conjugal: repercussões no direito de família.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 28 (jun/jul. 2012) – Porto Alegre; Belo Horizonte; IBDFAM, 2007. Bimestral. P. 107.

se o direito à moradia, de estatura também constitucional (art. 6º, da CF), pela via originária da usucapião⁹².

O direito à moradia revela-se a principal finalidade da usucapião familiar, além de privilegiar aquele que permanece na posse do imóvel, conferindo-lhe uma função social⁹³. Inegável, também, que a norma apresenta efetiva solução para os casos em que o cônjuge/companheiro(a) se ausenta do lar conjugal, impossibilitando, quiçá para sempre, a localização de seu paradeiro⁹⁴, restando àquele que fica arcar individualmente com os ônus, inclusive tributários (não raro de custo elevado), para a manutenção do imóvel⁹⁵. Cite-se, aqui, o posicionamento de Tula Wesendonck⁹⁶:

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

⁹² LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. Renan Lotufo; Giovani Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins, coordenadores. – São Paulo : Atlas, 2012, p. 767.

⁹³ Na lição de Carlos Eduardo de Castro Palermo, *o surgimento da usucapião especial por abandono do lar na órbita do direito de família vem, apesar das críticas procedentes da doutrina, revigorar o instituto da função social da propriedade e, ao mesmo tempo, atender à proteção da família naquilo que representa a sua função social, qual seja, um bom viver, respeito e dignidade de seus membros*. (PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A nova usucapião especial por abandono do lar e a função social da propriedade**. *Revista Síntese Direito de Família*. V. 14, n. 71, abr/maio 2012, p. 30).

⁹⁴ GUAZZELLI, 2012, p. 109.

⁹⁵ Aduz Douglas Phillips Freitas: *Na verdade, o advento desta lei exige que o coproprietário que deixa o bem ao uso da ex-companheira ou ex-cônjuge e às custas desta, promova ato a fim de regularizar a situação jurídica do bem em face ao casal, não necessariamente impondo litígio entre as partes, mas tornando o bem objeto de composição, consensual ou mesmo litigiosa, para que desapareça a situação recorrente nas lides familistas, nas quais o cônjuge, após 5 ou 10 anos, busca uma das partes, a partilha de um bem, sem nada ter contribuído ao longo dos anos, tampouco reembolsando o que contribuíra aquele cônjuge ou companheiro persistente, que ficara no imóvel de forma pessoal com sua família*. (FREITAS, 2012, p. 15).

⁹⁶ WESENDONCK, Tula. **Usucapião familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?** 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em 23/09/2013, p. 12.

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

Conforme aduzem Rosalice Fidalgo Pinheiro e Joelma Isamáris Cavalheiro⁹⁷:

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

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

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

Desta forma, a usucapião familiar deve ser lida conforme sua função primordial, procurando minimizar o aspecto sancionatório ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonaram o imóvel comum do casal⁹⁸. Caberá ao Poder Judiciário, portanto, a aplicação ponderada do instituto, visando privilegiar as boas

⁹⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CAVALHEIRO, Joelma Isamáris. **Entre o “nó” e o “ninho”: notas sobre a usucapião familiar em face o direito fundamental à moradia.** [2012] Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac796a52db3f16bb>>. Acesso em 24/09/2013, p. 15-16.

⁹⁸ LOUREIRO, 2012, p. 767. Cite-se, também, o posicionamento de Douglas Phillips Freitas acerca de possível inconstitucionalidade da usucapião pró-família: *A necessidade de voltar a discutir a culpa pela separação de fato seria, sem dúvida, um retrocesso jurídico, já que encontra-se superada esta questão pela jurisprudência, e conseqüente atentado a direitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e o direito à proteção ao patrimônio. Mas, como melhor discorrerei a seguir, entendo que houve atecnia na dicção da legislação na expressão “abandono u o lar”, que, sem dúvidas, remete ao leitor ao instituto do “abandono familiar”. Porém, para efeitos de aplicação eficaz da norma, deve ser lida como “separação de fato” e “abandono patrimonial”, e os efeitos decorrentes destes institutos, onde, no primeiro, impõe-se o fim da comunicação patrimonial, e, no segundo, da perda do patrimonial, ambas situações previstas na lei.* (FREITAS, 2012, p. 11).

motivações do legislador ao criar a nova modalidade de aquisição do domínio, abandonando-se a interpretação literal do dispositivo e os efeitos negativos daí decorrentes.

4 REQUISITOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR

A despeito de apresentar alguns elementos comuns a outras modalidades de usucapião previstas no ordenamento jurídico brasileiro, como a posse contínua, mansa, pacífica e com *animus domini*, além da metragem de 250m² - necessária também para a caracterização da usucapião especial urbana, a usucapião familiar exige novos requisitos para sua configuração, os quais serão analisados a seguir. Conforme dispõe o art. 1.240-A, do Código Civil:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

4.1 ELEMENTOS MATERIAIS

4.1.1 Prazo Bienal

O primeiro ponto a ser analisado é o restrito prazo de dois anos estipulado pelo legislador para que o ex-cônjuge ou ex-companheiro possa fazer uso da prerrogativa lançada pelo art. 1.240-A, do Código Civil – o que, na lição de Flávio Tartuce, demonstra a tendência pós-moderna de redução dos prazos legais, *eis que o mundo contemporâneo exige e possibilita a tomada de decisões com maior rapidez*⁹⁹.

⁹⁹ TARTUCE, 2012, p. 17. Veja-se, a este respeito, a crítica de Marcos Ehrhardt Jr.: *Parece não haver nenhuma preocupação quanto à simplificação dos procedimentos processuais para reconhecimento da usucapião. Todas as iniciativas recentes voltadas ao tema visam apenas à criação de novas formas para exercício de tais direitos, criando uma miríade de requisitos distintos que apenas dificulta a aplicação e conhecimento do instituto.* (EHRHARDT JR., Marcos. **Temos um novo tipo de usucapião, criado pela Lei 12.424/2011. Problemas à vista...** 2011. 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 24/09/2013.

Muitas críticas surgiram em relação ao biênio aquisitivo, tendo em vista ser notória a complexidade presente nas relações familiares, sobretudo quando estas chegam ao fim. Não é incomum que os casais passem anos discutindo judicialmente questões envolvendo a partilha de bens e outras ainda mais importantes como a guarda dos filhos e pensão alimentícia destinada à prole. À primeira vista, o reduzido prazo de dois anos (o menor previsto no ordenamento jurídico para configuração da usucapião) pode representar um novo obstáculo a ser somado ao já conturbado rompimento do vínculo conjugal.

A este respeito, aduz Tula Wesendonck¹⁰⁰:

É preciso examinar esse exíguo prazo de afastamento do lar como causa de perda da propriedade em conjunto com a disposição constitucional do art. 5º, LIV, segundo o qual ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, pois a complexidade das relações familiares não permite efeitos tão fortes pelo simples decurso do tempo. Veja-se, por exemplo, que esse período de dois anos pode ser o prazo no qual as partes estão definindo se devem dar mais uma chance ao relacionamento ou devem por fim ao mesmo.

Ocorre, contudo, que a cumulação de tantos requisitos impostos pelo legislador permite concluir que não será simples a aquisição da propriedade pelo decurso de dois anos após o abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro como pode parecer através da interpretação literal do art. 1.240-A, do Código Civil, não havendo motivos, portanto, para tantas críticas acerca do biênio aquisitivo.

Tendo em vista se tratar de instituto novo e considerando a necessidade de se evitar um caráter retroativo da norma, surpreendendo ex-cônjuges e ex-companheiros que poderão perder sua propriedade pela usucapião familiar, o prazo aquisitivo bienal somente pode ser contado a partir da vigência da lei¹⁰¹. É neste

¹⁰⁰ WESENDONCK, 2012, p. 05.

¹⁰¹ Na lição de Luciano de Camargo Penteado: *Pelo L 12.424/2011 12, a lei entrou em vigor em 20.06.2011, e só a partir desta data pode começar a contar o prazo de dois anos, sob pena de violação ao direito adquirido e retroatividade contra o direito de propriedade. Lamentavelmente, referida lei não respeitou a LC 95/1998 8º caput, que determina que apenas leis de pequena repercussão podem entrar em vigor na data de sua publicação. Obviamente, uma redução de prazo a menos da metade é questão de grande repercussão, e o legislador deveria ter tido a prudência de estabelecer vacatio legis que permitisse às pessoas uma adaptação ao novo regime.* (PENTEADO, 2012, p. 325). Inobstante o entendimento, logo pós a edição da lei já houve julgamento reconhecendo a usucapião familiar. Neste sentido, veja-se trecho da reportagem extraída da Revista Síntese de Direito de Família: *Sem saber do paradeiro do ex-marido, uma mulher divorciada ganhou na Justiça o direito ao domínio total e exclusivo de um imóvel registrado em nome do casal. A decisão do Juiz Geraldo Claret de Arantes, em cooperação na 3ª Vara de Família de Belo Horizonte, tomou como base a recente Lei nº 12.242, de 16 de junho de 2011. A norma, que regulamenta o Programa Minha*

sentido, inclusive, o Enunciado 498 da V Jornada de Direito Civil que dispõe que a fluência do prazo de 2 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. Segundo Flávio Tartuce, *a conclusão tem relação direta com a proteção do direito adquirido, retirada do art. 5º, XXXVI, da Constituição e do art. 6º da Lei de Introdução*¹⁰².

Além disso, em que pese o teor do Enunciado 499 da V Jornada de Direito Civil¹⁰³, aplicável às demais modalidades de usucapião, o prazo de dois anos deve ser verificado antes do ajuizamento da ação em decorrência das peculiaridades do novo instituto, sob pena de extinção do processo por ausência de uma de suas condições. Saliente-se que igualmente não é possível que, no curso de ações de outras espécies de aquisição de domínio pelo decurso do tempo, pretenda o autor modificar a causa de pedir para usucapião familiar, alegando ter completado o biênio durante o transcurso da demanda, vez que tal ato importaria novamente em surpresa para o réu¹⁰⁴.

Importante frisar, ainda, que o prazo bienal deve estar aliado à posse mansa, pacífica, exclusiva, ininterrupta e direta¹⁰⁵, não havendo que se falar em usucapião familiar em caso de oposição oferecida pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, seja ela judicial ou extrajudicial¹⁰⁶.

Casa, Minha Vida, inseriu no Código Civil o que tem sido chamado de “usucapião familiar”. (Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, São Paulo: abril/maio, 2012, p. 37).

¹⁰² TARTUCE, 2012, p. 17.

¹⁰³ O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor.

¹⁰⁴ LOUREIRO, 2012, p. 770.

¹⁰⁵ Na lição de Francisco Eduardo Loureiro: *Tal como ocorre na usucapião especial urbana (art. 1.240 do CC), não exige a lei a boa-fé e nem justo título do usucapiente. Logo, pode a posse ser injusta e a ilicitude da conduta de perfeito e inteiro conhecimento do cônjuge que permanece de posse do imóvel comum.* (Ibidem, p. 775).

¹⁰⁶ Neste sentido, GUAZZELLI, 2012, p. 100; TARTUCE, loc. cit.; SIMÃO, 2011, p. 03. Minoritariamente, alguns autores entendem que apenas pela via judicial o ex-cônjuge ou ex-companheiro que se ausentaram do lar poderão oferecer oposição à posse exercida por aquele que permaneceu no imóvel de propriedade comum do casal. Veja-se o posicionamento de Douglas Phillips Freitas: *Outrossim, há que se informar que, para desnaturar a posse ininterrupta e sem oposição, não adianta o cônjuge, temeroso em perder sua meação, promover notificações ou realizar boletins de ocorrência, mas tem que se buscar medida efetiva para assegurar seu direito, ou seja, é por meio de ação reivindicatória de direito sobre o referido bem, por meio de propositura de ação de divórcio, dissolução de união estável, arbitramento de aluguel, concessão de usufruto, fixação de comodato, utilização do bem como pagamento de alimentos in natura ou parte da pensão alimentícia em ação de alimentos ou pelo menos o custeio das despesas e manutenção do bem (não necessariamente de seu uso).* (FREITAS, 2012, p. 14).

4.1.2 Termos ex-cônjuge e ex-companheiro

Questão que também merece destaque é a necessidade de figurar no polo ativo de uma demanda fundada no art. 1.240-A do Código Civil o ex-cônjuge ou ex-companheiro que permaneceu na posse do imóvel comum. Verifica-se, aqui, a existência de um requisito subjetivo específico, o que leva a conclusão de se tratar de uma ação de caráter personalíssimo. Neste sentido, é defeso ao ex-cônjuge ou ex-companheiro ceder os seus direitos possessórios a terceiros (*accessio possessionis*) para que os cessionários utilizem a seu favor a usucapião de prazo bienal, podendo estes apenas invocar para si as demais modalidades de usucapião¹⁰⁷.

Frise-se, no entanto, que, ante a redação dúbia do dispositivo legal, no qual se lê que o imóvel pode ser utilizado pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro para sua moradia ou de sua família, é possível concluir que não há necessidade de que o próprio ex-cônjuge ou ex-companheiro resida no imóvel, bastando que a família o faça¹⁰⁸. Contrapondo-se a este posicionamento, aduz José Fernando Simão que *nestas modalidades de usucapião a posse que se exige é personalíssima. Seu espírito é dar casa a quem não tem. Assim, quem não utiliza o imóvel como residência não poderá se valer da usucapião familiar*¹⁰⁹.

Por certo, ainda que seja possível admitir teoricamente ser suficiente que a família resida no imóvel para legitimar o ex-cônjuge ou ex-companheiro a ingressar com demanda fundada no art. 1.240-A do Código Civil, tal hipótese gerará inúmeros desafios práticos, já que a norma, de maneira lógica, parece não permitir que a propriedade seja conferida a ambos os cônjuges ou companheiros concomitantemente¹¹⁰.

Quanto aos legitimados passivos, tem-se não ser possível o ajuizamento da demanda contra os herdeiros do ex-cônjuge ou ex-companheiro, sendo que somente ele poderá figurar como réu no processo. Ou seja, se o falecimento daquele contra

¹⁰⁷ LOUREIRO, 2012, p. 771.

¹⁰⁸ CAVALHEIRO, [2012] p. 13. Cite-se, também, o Enunciado 502 da V Jornada de Direito Civil: *O conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código.* (JORNADAS..., 2012).

¹⁰⁹ SIMÃO, 2011, p.03.

¹¹⁰ Assevera Marcos Ehrhardt Jr: *E se ambos ingressarem com a demanda? Basta que o imóvel sirva de residência para a família, não necessariamente para o autor da ação. O texto da lei parece não permitir que a propriedade seja conferida a ambos...* (EHRHARDT JR, 2011).

quem pretendia se ajuizar uma ação de usucapião familiar ocorrer antes do decurso do biênio aquisitivo, não mais caberá esta medida, embora possam os legitimados se valer de outras espécies de usucapião de prazo mais longo e requisitos diversos, conforme já fora tratado na primeira parte deste estudo¹¹¹.

Conforme conclui Francisco Eduardo Loureiro, *tanto a accessio como a successio possessionis, reguladas no art. 1.243, do Código Civil, encontram sérias limitações de incidência na usucapião familiar em razão da singular situação jurídica de quem tem legitimidade ativa e passiva para beneficiar-se do instituto, circunscrita a ex-cônjuges ou ex-companheiros*¹¹².

Outro aspecto importante refere-se ao alcance da expressão ex-cônjuge e ex-companheiro. Qual seria, afinal, o termo inicial do prazo da usucapião: separação de fato do casal, separação judicial (para aqueles que entendem que esta ainda se faz presente no sistema jurídico nacional) ou divórcio?¹¹³ Em que pese possa a expressão “ex” indicar eventual divórcio ou dissolução formal da união estável, o entendimento majoritário é no sentido de que a expressão empregada pelo legislador se refere à separação de fato do casal¹¹⁴, a qual deve ser interpretada

¹¹¹ LOUREIRO, 2012, p. 771.

¹¹² Idem. Conforme já mencionado anteriormente, o Enunciado 317 CJF/STJ prevê que a *accessio possessionis* tratada no art. 1.243, do Código Civil, não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal. Daí porque é possível concluir que pelas mesmas razões o instituto também não se aplica ao art. 1.240-A da legislação civilista. Frise-se, ainda, que, embora a usucapião especial familiar deva seguir o rito previsto para a usucapião especial urbana, vez que vinculada ao art. 1.240, do Código Civil, a *accessio possessionis* tratada especificamente no art. 9º, §3º, do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) não pode ser aplicada no novel instituto, por se tratar de ação personalíssima, conforme acima explicitado.

¹¹³ Quando da edição da Lei 12.424/2011, muito se criticou a utilização dos termos ex-cônjuges e ex-companheiros, vez que pressupunha a ocorrência prévia do divórcio ou a dissolução da união estável. Veja-se, neste sentido, o posicionamento de Priscila Maria Pereira Correa da Fonseca: *Uma última observação diz respeito à referência feita pelo legislador ao ex-cônjuge ou ex-companheiro. Trata-se sem dúvida de uma falha redacional. “Ex-cônjuge ou ex-companheiro” é aquele que já não mais é nem consorte, nem convivente. Ora, se o cônjuge ou companheiro são rotulados como ex, pressupõe-se que o divórcio ou a dissolução da união estável já tenham sido decretados. No entanto, como acima já se ressaltou, não faria o menor sentido outorgar ao outro ex-cônjuge ou ex-companheiro qualquer direito sobre um bem já formalmente partilhado. Daí porque teria andado melhor o legislador se tivesse se referido ao cônjuge ou companheiro separado de fato, evitando, assim, que pessoas já divorciadas ou companheiros que já tiveram a união estável desfeita, possam se aventurar a demandar a prerrogativa agora deferida pelo art. 1.240-A.* (FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. **Considerações sobre o artigo 1.240-A: atos normativos e novidades legislativas.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister ; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, v. 23, ago/set 2011, p. 121-122).

¹¹⁴ Visando por fim à polêmica lançada pelo legislador, foi emitido o Enunciado 500 na V Jornada de Direito Civil, com o seguinte teor: *As expressões “ex-cônjuge” e “ex-companheiro”, contidas no art.*

como aquela voluntária, que realmente põe fim à vida conjugal. Nos dizeres de Maria Berenice Dias¹¹⁵:

Ainda que a separação rompa o casamento e o divórcio o dissolva, é a separação de fato que, de fato, põe fim ao casamento. Quando acaba a vida sob o mesmo teto, o casamento deixa de gerar efeitos, faltando apenas a chancela estatal. Cessada a convivência, o casamento acaba, uma vez que a separação de fato gera efeitos jurídicos e serve de marco temporal para a concessão da separação e do divórcio (CC 1.580, §2º). Ficam suspensos os deveres do casamento, não havendo sequer o dever de fidelidade, pois não há impedimentos à constituição de novos vínculos afetivos. Tanto isso é verdade, que os separados de fato podem constituir união estável. Só há proibição de casar.

Frise-se, além disso, que embora o art. 197, inc. I, do Código Civil, disponha que não corre prescrição (nem extintiva, nem aquisitiva, segundo o art. 1.244, do mesmo diploma legal) na constância da sociedade conjugal, o objetivo da norma, que é a preservação da harmonia familiar, já não se encontra presente quando da separação de fato do casal, razão pela qual não existem motivos para que persista a causa suspensiva da prescrição entre cônjuges que não mais convivem¹¹⁶.

Ademais, saliente-se que não restam dúvidas de que as expressões ex-cônjuge e ex-companheiro abarcam também os casais homoafetivos, ante o reconhecimento destas uniões pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 como entidades familiares, conferindo-lhe tratamento similar ao das uniões heterossexuais.

1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio. (JORNADAS..., 2012). Frise-se, além disso, os parâmetros propostos por Tula Wesendonck para auxiliar o julgador: Finalmente, é preciso ponderar: a partir de quando terá início a contagem do prazo prescricional? Esse prazo deve se iniciar não somente a partir do momento que um dos cônjuges ou companheiro sai do lar, mas quando efetivamente não exerce mais posse sobre o bem, devendo o julgador atender e examinar todas as circunstâncias fáticas que justifiquem a incidência da nova disposição legal, quais sejam: - ausência de acordo fático sobre partilha de bens; - inexistência de posse indireta ou de atos que caracterizem que o então casal mantém gestão do patrimônio comum, ainda não partilhado; - inexistência de negociações ou tratativas sobre a disposição do patrimônio comum; - inexistência de relacionamento afetivo intermitente entre os cônjuges, que embora separados de fato ainda possuem expectativa e possibilidade de reconstituição do vínculo; e - outras circunstâncias que justifiquem o afastamento da incidência da disposição legal. (WESENDONCK, 2012, p. 22).

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Separação de corpos e o desenlace familiar**. 2011. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_separa%E7%E3o_de_corpos_e_desenlace_familiar.pdf>. Acesso em 24/09/2013.

¹¹⁶ LOUREIRO, 2012, p. 771.

Veja-se, neste sentido, o Enunciado 500 da V Jornada de Direito Civil que prevê 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.

A aplicação do instituto deve observar, ainda, o regime de bens adotado pelo casal ou imposto pela lei. Cite-se, aqui, o entendimento abrangente de José Fernando Simão¹¹⁷:

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

Merece destaque, também, a questão levantada por Francisco Eduardo Loureiro acerca da possibilidade de o casal não ser titular do domínio pleno, mas sim de direitos de promitentes compradores, com ou sem registro, cessionários de tais direitos ou, ainda, apresentaram posse *ad usucapionem* sobre determinado imóvel, com prazo aquisitivo já consumado, faltando somente sentença declaratória da propriedade já existente. De acordo com o autor, *a tais situações se estende a usucapião familiar, embora não haja ainda registro em nome de ambos os ex-cônjuges ou ex-companheiros*¹¹⁸. Nestes casos, poderá o ex-cônjuge ou ex-

¹¹⁷ SIMÃO, 2011, p. 02. Ressalte-se que, quanto aos imóveis próprios, podem ocorrer as demais modalidades de usucapião de prazo mais longo, mas não a familiar com prazo de apenas dois anos. Neste sentido: *Inviável a usucapião familiar se o imóvel usucapiendo não for comum do casal, qualquer que seja o regime de bens, mas sim próprio do ex-cônjuge ou do ex-companheiro que abandona o lar. Deve o juiz verificar qual o regime de bens do casamento ou da união estável, aferir se o imóvel é próprio ou comum do casal segundo as regras do aludido regime, para concluir sobre a existência, ou não, de res habilis.* (LOUREIRO, 2012, p. 774-775).

¹¹⁸ Sublinhe-se, no entanto, o entendimento de José Fernando Simão: *A posse comum não enseja a aplicação do dispositivo. Não se admite usucapião de imóvel que não seja de propriedade dos cônjuges ou companheiros. Assim, se um casal invadiu um bem imóvel urbano de até 250m², reunidos todos os requisitos para a aquisição da propriedade (seja por usucapião extraordinária, seja por usucapião constitucional), ainda que haja abandono por um deles do imóvel, por mais de 2 anos, o direito à usucapião será de ambos e não de apenas daquele que ficou com a posse direta do bem.* (SIMÃO, loc. cit.).

companheiro que permaneceu na posse do imóvel ajuizar demanda baseada concomitantemente no art. 1.240 e 1.240-A do Código Civil, observando-se que o polo passivo deve corresponder às prescrições aquisitivas que se pretende ver declarada na ação. Ou seja, são legitimados passivos concomitantemente nesta hipótese tanto o proprietário do imóvel (usucapião especial urbana) quanto o ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou a posse da propriedade comum (usucapião familiar). Conforme aduz o jurista, *a procedência da ação está subordinada ao preenchimento simultâneo das duas modalidades de usucapião, julgadas em uma só demanda*¹¹⁹. Nada impede, no entanto, que o ex-cônjuge ou ex-companheiro legitimado ativo opte por ingressar apenas com a usucapião familiar contra aquele com o qual dividia a posse do bem usucapiendo, obtendo o domínio integral do imóvel pela via negocial¹²⁰.

Necessário lembrar que a usucapião se presta para adquirir tanto a propriedade e outros direitos reais como os direitos de aquisição sobre a coisa. Não há óbice, portanto, para que a usucapião familiar recaia sobre direitos reais de gozo e fruição, inclusive sobre direitos de adquirente, ou de cessionários de promissários comprador¹²¹.

Saliente-se, por fim, que a expressão *“cuja propriedade divide”* não exige *idêntica participação dos ex-cônjuges ou ex-companheiros, bastando fração ideal,*

¹¹⁹ Em contraposição: *Se por acaso os antigos coproprietários tiverem adquirido o bem por usucapião e, por qualquer motivo não ter havido declaração judicial da propriedade, pode o cônjuge ou companheiro propor contra o outro ação de usucapião, não para, obtendo a declaração judicial, criar a matrícula do imóvel ou alterar o registro, algo que seria inviável, mas para ver declarado que o imóvel não mais compõe, pela ocorrência da novel usucapião, a comunhão. Frise-se que, nesse caso, não seria possível a cumulação de ações – ação de usucapião contra todos (aquele em cujo nome o imóvel esteja registrado, se de fato existir, os confinantes e os outros réus hipotéticos) e ação de usucapião contra o cônjuge ou companheiro – pois o procedimento especial dos arts. 941 a 945 do CPC, seria incompatível com tal cumulação (óbice do art. 292, §1º, III, do CPC). Além disso, tal cumulação, se efetivada, seria do tipo sucessiva e com uma pluralidade de sujeitos passivos incompatível com as regras vigentes do litisconsórcio, pois, na primeira ação cumulada, ambos os comunheiros seriam autores (ou, no mínimo, haveria necessidade de citação do que não demandasse, na ratio do art. 47, parágrafo único, CPC) e, na segunda, um dos comunheiros haveria de ser réu, sem existir qualquer autorização legal para tanto. (ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Primeiras anotações sobre os pressupostos e a processualização da usucapião familiar.** 2011. Disponível em: <<http://professorhoffmann.files.wordpress.com/2012/07/primeiras-anotac3a7c3a30-da-usucapic3a30-familiar-roberto-paulino-de-albuquerque-2011.pdf>>. Acesso em 26/09/2013).*

¹²⁰ LOUREIRO, 2012, p. 773.

¹²¹ Idem.

*ainda que em menor percentual, daquele que vai pedir, ou daquele contra quem se pede a usucapião familiar*¹²².

4.1.3 O abandono do lar

Sem dúvidas, o requisito mais polêmico do novel instituto é o abandono do lar, vez que através dele, em tese, estaria reinserida a culpa nas relações conjugais, extirpada com a Emenda Constitucional nº 66/2010.

Tradicionalmente, o abandono do lar esteve vinculado ao dever de coabitação previsto no art. 1.566, inc. II, do Código Civil, o qual dispõe que *são deveres de ambos os cônjuges a vida em comum, no domicílio conjugal*. Segundo a doutrina majoritária, a simples ausência de um dos consortes injustificadamente no lar conjugal não é suficiente para caracterizar o abandono, sendo necessário, ainda, a espontaneidade, voluntariedade e a intenção de verdadeiramente deixar o domicílio conjugal com propósito definitivo¹²³.

Yussef Said Cahali, citando Brandão Lima, explica¹²⁴:

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

Note-se, além disso, que o abandono também deve ser imotivado, sobretudo para a caracterização da usucapião familiar. Na lição de Francisco Eduardo Loureiro¹²⁵:

Tome-se como exemplo a ex-esposa ou ex-companheira que se vê ameaçada ou agredida pelo consorte, ou mesmo do marido ou companheiro que resolve deixar o lar comum para evitar o agravamento da crise conjugal

¹²² LOUREIRO, 2012, p. 774.

¹²³ Segundo Mônica Guazzelli, trata-se do chamado abandono malicioso. (GUAZZELLI, 2012, p. 103).

¹²⁴ LIMA, Brandão. **O abandono do lar conjugal como causa de dissolução matrimonial**. *apud* CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11 ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 352.

¹²⁵ LOUREIRO, op. cit., p. 777.

ou preservar as relações familiares e os filhos de desentendimentos ou trocas constantes de ofensas verbais. Abandono houve, mas fundado em razões lícitas e justificáveis, insuscetível de gerar a grave consequência da perda da parte ideal sobre o imóvel comum.

O atual Código Civil traz em seu art. 1.573, inc. IV, que é causa apta a tornar impossível a vida em comum a ocorrência do *abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano consecutivo*. Verifica-se, assim, que no âmbito geral do Direito de Família o abandono do lar somente se caracteriza após o decurso de um ano, sendo que o art. 1.240-A dobrou o prazo para que o cônjuge/companheiro tenha a possibilidade de usucapir a meação daquele que deixou a propriedade comum.

Tem-se, portanto, que o abandono do lar é elemento subjetivo a integrar o suporte fático da norma trazida no art. 1.240-A, do Código Civil, *uma vez que para sua caracterização é necessário advir da vontade, da intenção do sujeito*¹²⁶.

Logo após a edição da Lei 12.424/2011, grande parte da doutrina se posicionou de maneira contrária à usucapião familiar, por entender que esta ressuscitou no direito brasileiro a figura da culpa no término das sociedades matrimoniais ou mesmo por tê-la inserido no caso de dissolução de união estável, onde nunca se cogitou a verificação de culpa para sua extinção. Cite-se, nesta seara, as palavras de Maria Berenice Dias¹²⁷:

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

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

¹²⁶ GUAZZELLI, 2012, p. 103.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%E3o e abandono do lar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%E3o%20e%20abandono%20do%20lar.pdf)>, [2011]. Acesso em 30/07/2013, p. 01.

*seria, sem dúvidas, um retrocesso jurídico, já que encontra-se superada esta questão pela jurisprudência, e conseqüente atentado a direitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e o direito à proteção do patrimônio*¹²⁸.

O requisito abandono do lar inserido na redação do dispositivo ora em comento deve ser entendido como abandono possessório, deixando o coproprietário de exercer os atos que lhe são inerentes como o uso, gozo, disposição ou reivindicação, conforme dispõe o art. 1.228, do Código Civil¹²⁹; além de *abandono da família, deixando-lhe de prestar assistência material e moral*¹³⁰. Veja-se, neste sentido, o Enunciado 498 da V Jornada de Direito Civil que procurou dar melhor interpretação à expressão abandono do lar:

A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

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

¹²⁸ FREITAS, 2012, p. 11.

¹²⁹ Art. 1.228, CC. *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.* Conforme assevera Carlos Eduardo de Castro Palermo: *Além disso, o termo “que abandonou o lar”, embora incorretamente utilizado, quer significar o fato daquele que deixou de praticar atos que são inerentes ao proprietário, tais como uso, gozo, disposição ou reivindicação. Em síntese, abandono, no caso, quer dizer a certeza da falta do exercício de atos possessórios.* (PALERMO, 2012, p. 24).

¹³⁰ LOUREIRO, 2012, p. 778. Veja-se a importante ressalva feita por José Fernando Simão: *Seria justa esta usucapião se o cônjuge ou companheiro abandona o imóvel e não a família? Um bom argumento ao cônjuge ou companheiro que não mais utiliza o bem é que se não abandonou a família, apenas tolerou a presença do outro no imóvel (mormente se o que permaneceu tiver a guarda dos filhos), e os atos de mera tolerância não significam posse o que impediria a verificação desta usucapião familiar.* (SIMÃO, 2011, p. 05). Frise-se, por fim, que uma demanda de guarda ou regulamentação de visitas ajuizada por aquele que abandonou o lar para manutenção do contato à prole é causa suficiente para afastar a aplicação do novo instituto.

Como dito anteriormente, a família deve ser entendida de forma ampla e como espaço de realização da dignidade da pessoa humana, merecendo máxima proteção à luz da Constituição Federal. A usucapião familiar visa garantir a moradia daquelas entidades familiares que se veem prejudicadas, inclusive financeiramente, pela ausência de um dos cônjuges/companheiros e que necessitam regularizar a situação do imóvel em que residem. Frise-se, além disso, que em diversas situações estarão os filhos do casal envolvidos – já que o imóvel pode servir de moradia para o ex-cônjuge/ex-companheiro ou de sua família, sendo que o novo instituto se mostra também como proteção dos direitos destes.

Os inúmeros requisitos impostos pelo legislador para a caracterização da usucapião familiar certamente irão impedir que esta seja utilizada como punição pela violação de um dever matrimonial que não tem mais relevância no direito de família. *Seu campo típico de incidência será a situação para a qual foi pensada a figura, qual seja, o da regularização fundiária de imóveis populares e que, durante o período de financiamento, um dos cônjuges companheiros desaparece, sem deixar paradeiro conhecido*¹³¹.

É neste sentido, com os olhos voltados para a Constituição Federal, que o instituto deve ser pensado, sendo certo que a figura da culpa, extinta com a Emenda nº 66/2010, não foi reinserida no ordenamento jurídico através da Lei 12.424/2011, a qual igualmente não violou o princípio da vedação ao retrocesso, como sustentado por alguns autores¹³².

Conforme salienta Tula Wesendonck¹³³:

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

Caberá à doutrina e jurisprudência empregar a correta interpretação à equivocada expressão “abandono do lar” inserida pelo legislador no *caput* do art.

¹³¹ LOUREIRO, 2012, p. 778.

¹³² *Constata-se de antemão que há várias outras implicações e repercussões que advirão da nova regra legal, mas nesse breve estudo podemos concluir que se trata de uma regra que no âmbito do Direito de Família, não veio a somar, sobretudo pelo seu caráter “punitivo” e que retrocede ao exame da culpa.* (GUAZZELLI, 2012, p. 109).

¹³³ WESENDONCK, 2012, p. 22.

1.240-A, a fim de que o instituto alcance seu objetivo principal, que é a efetivação do direito constitucional à moradia e a proteção das entidades familiares no direito brasileiro.

Sublinhe-se, por fim, que a usucapião familiar, embora exija o desaparecimento do consorte para sua configuração, não guarda relação com o instituto da ausência, previsto no art. 22 ao art. 39, do Código Civil. Conforme aduz Francisco Amaral, a ausência pode ser entendida como situação jurídica especial ou como modo de extinção presuntiva da personalidade humana, sendo que *para que alguém seja considerado ausente é preciso que: a) tenha desaparecido do seu domicílio; b) haja dúvida sobre sua existência; e c) haja sentença declaratória do juiz (CC. art. 22) (CPC, art. 1.159)*¹³⁴.

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

Da leitura dos art. 22 e seguintes, do Código Civil, verifica-se que as consequências da declaração da ausência, para além de serem mais amplas, são muito mais gravosas do que aquelas decorrentes da declaração da usucapião familiar, onde o principal resultado é a perda da propriedade do imóvel comum do casal por aquele que abandona o lar conjugal. Não se denotam razões, portanto, para confusão entre os institutos.

4.1.4 Objeto da usucapião familiar

Da leitura da norma inculpada no art. 1.240-A, do Código Civil, verifica-se que o legislador baseou-se no instituto da usucapião especial urbana para introduzir no ordenamento jurídico a modalidade de usucapião familiar, vez que exigiu como

¹³⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Revonar, 2003, p. 227-228.

requisitos que o imóvel seja urbano, limitado à metragem de duzentos e cinquenta metros quadrados e que o usucapiente não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Luciano de Camargo Penteado, discorrendo acerca da usucapião especial urbana, afirma que a limitação espacial do bem usucapiendo deve-se ao fato de que *a lei houve por bem introduzir uma diretriz social ao instituto. Com a restrição da área, quer-se marcar que a usucapião especial visa a uma concretização do direito à moradia para a população que não a possui.*

A lição aplica-se também à usucapião familiar, tendo em vista que, conforme já dito anteriormente, o objetivo principal do instituto é a efetivação do direito fundamental à moradia, sobretudo às famílias de baixa renda. Ocorre que, à semelhança do que se verifica na usucapião urbana constitucional, o requisito parece não garantir que a meta principal da nova modalidade de aquisição do domínio seja atingida, na medida em que um imóvel de duzentos e cinquenta metros quadrados pode representar um bem de altíssimo valor econômico, sobretudo nos bairros mais abastados das grandes cidades brasileiras¹³⁵.

Cite-se, neste sentido, as ressalvas tecidas por Mônica Guazzelli¹³⁶:

Mais uma vez importa voltar-se para a ideia inicial do legislador, que foi a de incentivar o Programa Minha casa Minha Vida, de modo a facilitar a aquisição de propriedade residencial para pessoas de baixa renda. Contudo, analisando-se os atuais centros urbanos, a grande maioria das unidades residenciais sequer possui a metade da metragem ali estipulada! Veja-se que um apartamento de classe média que serve de moradia familiar, tem em torno de, no máximo, 100 m² (cem metros quadrados). Como a norma, em tese, se dirige aos menos afortunados, a área estabelecida parece deveres excessiva!

Além disso, embora o instituto se destine a famílias hipossuficientes, a lei não reconhece a viabilidade de usucapião entre cônjuges se o imóvel, mesmo apresentando baixo valor aquisitivo, tenha mais do que 250m²¹³⁷.

¹³⁵ Conforme aduz Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca: *Por fim, será que antes de editar a nova lei, refletiu o legislador sobre a circunstância de que um imóvel de 250m² pode representar um bem de altíssimo valor econômico – há apartamentos de tais dimensões cujo valor ultrapassa a casa dos três milhões de reais – e que a perda ainda que parcial desse montante pode empobrecer sobremaneira aquele que “abandonou” o lar e enriquecer injustificadamente o outro que nele ficou albergado?* (FONSECA, 2011, p. 120).

¹³⁶ GUAZZELLI, 2012, p. 101.

¹³⁷ WESENDONCK, 2012, p. 06.

Cabe salientar, ainda, que a limitação diz respeito à área de superfície do terreno, pouco importando que a construção tenha área superior à do terreno, edificada em mais de um pavimento. É defeso ao usucapiente, no entanto, manter a posse de propriedade maior, mas dela decotar a área de superfície de 250m² apenas para obter a usucapião especial.

Ademais, em se tratando de habitação localizada em condomínio, como apartamentos, por exemplo, explica Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, com base no Enunciado 314 da IV Jornada de Direito Civil¹³⁸:

Não especificou a lei se as dimensões do imóvel deveriam ser calculadas segundo a área útil ou total do bem. Tendo em vista que se trata de medida restritiva de direito e que, em consonância com a regra hermenêutica, segundo a qual ao intérprete é vedado distinguir quando a lei não o faça, a metragem de 250m² a que se refere a lei é a total e não apenas a útil. Tal interpretação afigura-se tanto mais razoável quando se observa que até mesmo para os efeitos do art. 1.240, caput, “não se deve computar para fins de limite de metragem máxima a extensão compreendida pela fração ideal correspondente à área comum”.

No que se refere ao fato de a usucapião familiar recair apenas sob imóveis urbanos, tem-se aqui flagrante afronta ao princípio da isonomia, vez que não existem razões para não se estender o benefício aos imóveis localizados na área rural. Na lição de Luciana Santos Silva¹³⁹:

Contudo, o mesmo não pode se dizer da exclusão do imóvel rural como objeto do Usucapião Pró-Família. A localização do domicílio de uma pessoa não é critério justificativo para tratamento diferenciado (...). Neste sentido, os efeitos do abandono são os mesmos independente 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 acentuadas na zona rural gerando entraves ao acesso à Justiça e a efetivação de direitos.

Ainda, acerca da necessidade do usucapiente não ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano, evidente que a propriedade da metade ideal da própria *res habilis* não compromete o pedido, caso contrário o preceito seria inócuo. Além disso, a vedação diz respeito somente ao período bienal aquisitivo, não apresentando óbice o fato do beneficiário ter sido proprietário de outro imóvel antes de formular o

¹³⁸ FONSECA, 2011, p. 120.

¹³⁹ SILVA, 2012, p. 34.

pedido de declaração da usucapião familiar. Frise-se, ademais, que a lei fala apenas em propriedade (plena), não sendo vedado ao usucapiente ser possuidor ou titular de direito real de gozo, fruição ou de garantia sobre coisa alheia¹⁴⁰.

4.1.5 Benefício Único

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

Isso porque, tendo em vista o diminuto prazo de anos para que o ex-cônjuge ou ex-companheiro possa se beneficiar da prerrogativa da usucapião familiar, bem como considerando a rapidez com a qual as relações afetivas são estabelecidas atualmente, a atitude evita que alguns sejam demasiadamente enriquecidos pelo instituto e outros percam abruptamente sua propriedade¹⁴¹.

Além disso, conforme aduz Carlos Eduardo de Castro Palermo, a limitação prevista no §1º do art. 1.240-A revela o objetivo social do dispositivo, sendo certo que *o objetivo da propriedade não só é satisfazer o interesse do dono, mas também o da sociedade em geral. A propriedade, hoje, além das faculdades (usar, gozar, dispor, reivindicar) deve respeitar o interesse geral*¹⁴².

4.1.6 Modo de aquisição derivado

¹⁴⁰ Acrescenta Francisco Eduardo Loureiro: *em determinadas situações, o condomínio não constitui óbice subjetivo à usucapião familiar, quando ficar evidenciado que a fração ideal e a ausência de posse impedem que o usucapiente estabeleça no imóvel comum sua moradia. O que deseja evitar o legislador é a especulação, mediante extensão indevida da usucapião social a destinatários que tenham condições econômicas de adquirir imóvel a título oneroso.* (LOUREIRO, 2012, p. 776).

¹⁴¹ Assevera José Fernando Simão: *Também em razão do caráter constitucional do instituto, prevê o par. primeiro do art. 1.240-A que este direito não será reconhecido ao mesmo possuidor, mais de uma vez. Imagino a seguinte situação concreta. Determinada mulher casa 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 da 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 a 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).* (SIMÃO, 2011, p. 01-02).

¹⁴² PALERMO, 2012, p. 25.

Conforme explicado no primeiro capítulo deste estudo, para maior parte da doutrina brasileira a usucapião deve ser entendida como modo de aquisição originário da propriedade, vez que não se estabelecem vínculos entre o possuidor adquirente e o antigo proprietário da coisa.

No específico caso da usucapião familiar, existe um elo de ligação entre usucapiente e usucapido – que é a própria relação familiar, o que levou alguns autores a concluir que se trata de modo de aquisição derivado da propriedade. Partindo desta premissa, Rosalice Fidalgo Pinheiro e Joelma Isamáris Cavalheiro expõem relevante questionamento acerca das questões tributárias daí decorrentes¹⁴³:

Na Usucapião Familiar, há necessidade do exercício de propriedade em comum sobre o imóvel a ser usucapido, sendo que o ex-cônjuge ou ex-companheiro, que poderá perder o imóvel sofre a punição pelo abandono da sociedade conjugal. Há nisto a ligação ou a relação jurídica que une ou uniu o usucapiente ou usucapido, que é a relação familiar.

Se for inconteste a relação jurídica entre cônjuges ou companheiros na usucapião familiar, há o fato gerador para incidência do imposto de transmissão, ou ainda, outros gravames referentes à transferência do bem imóvel, a exemplos impostos pendentes ou hipotecas? Estas são questões para as quais não se tem respostas e o direito não pode se furtar a respondê-las.

Contudo, tal posicionamento não se justifica ante a ausência de voluntariedade e onerosidade na transmissão da propriedade entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros, as quais, caso se fizessem presentes, inviabilizariam a própria utilização do instituto.

A usucapião familiar não se assemelha à partilha de bens oriunda da separação de um casal, a qual pode dar ensejo à incidência tanto do ITBI¹⁴⁴ quanto

¹⁴³ CAVALHEIRO, [2012], p. 13. Em sentido contrário, sustenta Francisco Eduardo Loureiro que a usucapião especial familiar é modo originário de aquisição da propriedade, sendo que a função do novel instituto pensado pelo legislador é justamente permitir a regularização da propriedade pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro que permaneceu de posse exclusiva do imóvel, em especial quando o paradeiro do outro for desconhecido. (LOUREIRO, 2012, p. 767).

¹⁴⁴ *É fato gerador do ITBI a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso (e não gratuito), e bens imóveis (e não móveis), por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição (art. 156, inc. II, da CF e art. 35 do CTN).* (SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.046).

do ITCMD¹⁴⁵, caso haja ou não onerosidade na transmissão na propriedade. No caso específico da nova modalidade de aquisição do domínio, verifica-se que há um verdadeiro abandono da posse por aquele que deixou o lar conjugal e não uma voluntariedade no sentido de vender ou doar sua meação ao ex-cônjuge/ex-companheiro que permaneceu no imóvel utilizando-o para sua moradia ou de sua família.

Sublinhe-se, ainda, que a usucapião familiar em muito se assemelha à usucapião entre condôminos, a qual é entendida pela jurisprudência como forma de aquisição originária da propriedade, não se justificando tratamento diferenciado para as hipóteses de usucapião familiar. Veja-se, neste sentido, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. Extinção sem resolução do mérito pela área ser parte ideal de imóvel rústico, que pela individuação representaria metragem menor do que o mínimo do módulo rural. Admissão das razões recursais. **Necessidade apenas de comprovação dos requisitos exigidos pela lei para a prescrição aquisitiva. Inexistência de óbice à usucapião por condômino desde que a posse seja exercida de forma exclusiva sobre área passível de delimitação. Fração menor do que o módulo rural pode ser usucapível, por inexistir empecilho legal para tal forma de aquisição originária da propriedade.** Decreto extintivo. Recurso provido para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à primeira instância para prosseguimento do feito em seus ulteriores termos. (TJ-SP - APL: 180919420078260099 SP 0018091-94.2007.8.26.0099, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 29/06/2011, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/06/2011) (grifou-se)

Tem-se, assim, que à semelhança das demais modalidades de usucapião previstas no ordenamento jurídico brasileiro, a usucapião familiar deve ser entendida como modo de aquisição originário da propriedade.

4.2 ELEMENTOS PROCESSUAIS

¹⁴⁵ O fato gerador do ITCMD é: a) transmissão de propriedade de quaisquer bens (por exemplo, bens imóveis ou móveis, tais como: veículos, valores financeiros, títulos de crédito, etc); b) transmissão (cessão) de direitos em decorrência de: - falecimento de seu titular; - transmissão e cessão gratuitas. (SABBAG, Eduardo. 2012, p. 1.091).

Os debates acerca da nova modalidade de usucapião não se limitam apenas aos seus aspectos materiais. No campo processual, dúvidas surgem especialmente quanto à competência para processar e julgar demandas que invocam a prerrogativa do art. 1.240-A, do Código Civil, bem como acerca do procedimento a ser adotado nestes casos.

4.2.1 Competência

No que se refere à competência para processamento e julgamento das ações fundadas na usucapião familiar, alguns autores, como Roberto Paulino de Albuquerque Júnior e Roberto P. Campos Gouveia Filho partem da premissa de que será sempre necessário fazer prova da separação de fato e discutir questões envolvendo a partilha dos bens do casal para concluir que a competência pertence *ao juízo apontado, na lei de organização judiciária do estado-membro ou do Distrito Federal, como competente para conhecer da dissolução do casamento ou união estável e da partilha de bens, evitando a remessa à vara cível de questões que lhe são estranhas*¹⁴⁶.

Ocorre, no entanto, que a questão deve ser analisada à luz do recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no conflito negativo de

¹⁴⁶ ALBUQUERQUE JUNIOR; GOUVEIA FILHO, 2011, p. 04. Frise-se, ainda, que no caso do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a competência para conhecer da dissolução do casamento ou união estável e da partilha de bens é das Varas de Família, conforme dispõe o art. 3º, da Resolução nº 07/2008: *Art. 3º. Aos Juízos da 1ª à 8ª Varas de Família do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba compete, por distribuição, processar e julgar: I - as causas de nulidade e anulação de casamento, de separação judicial e divórcio, as relativas ao casamento ou seu regime de bens e as demais ações de estado; II - as causas decorrentes de união estável, como entidade familiar; III - as causas relativas a direitos e deveres dos cônjuges ou companheiros, um em relação ao outro, e dos pais em relação aos filhos, ou destes em relação àqueles; IV - as ações de investigação de paternidade, cumuladas ou não com petição de herança, e as demais relativas à filiação; V - as ações de alimentos fundadas no estado familiar e aquelas sobre a posse e guarda de filhos menores, entre os pais ou entre estes e terceiros; VI - as causas relativas à extinção, suspensão ou perda do poder familiar, ressalvadas as da competência das Varas da Infância e da Juventude; VII - autorizar os pais a praticarem atos dependentes de consenso judicial, relativamente à pessoa e aos bens dos filhos, bem como os tutores, relativamente aos menores sob tutela; VIII - declarar a ausência. § 1º. A cumulação de pedido de caráter patrimonial não altera a competência estabelecida neste artigo. § 2º. Cessa a competência do juízo de família desde que se verifique o estado de abandono da criança ou adolescente. § 3º. A partir da instalação da 8ª Vara, competirá também às Varas de Família do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana dar cumprimento às cartas precatórias relativas às matérias de sua competência.* (Disponível em: < <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tj.pr.gov.br%2Fdownload%2Fatosnormativos%2FResolucao07-comp.varasregiaometropolitana-versao2.doc&ei=VMpEUua7Jlj-4APXyoG4Dg&usq=AFQjCNF22G8WDiTQV3n4UMF0KQ0JCISNqW&sig2=z8ssmkTNDwSjXMu5Bsa7YA>>. Acesso em 26/09/2013).

competência nº 126.489 RN 2013/0013131-7, de relatoria do Ministro Humberto Martins. O conflito foi instaurado ante a declinação da competência da Justiça Federal à Justiça Estadual em demanda em que se objetivava o reconhecimento do direito ao benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de companheiro, sob o argumento de que para que fosse possível o reconhecimento pleiteado, imprescindível seria o pronunciamento pela Justiça Estadual sobre a existência de união estável.

Em seu voto, concluiu o Relator Ministro Humberto Martins que *ainda que o Juízo Federal enfrente a questão referente à caracterização ou não de união estável numa ação em que pleiteia exclusivamente benefício previdenciário, como é o caso dos autos, não restará usurpada a competência da Justiça Estadual, na medida em que inexistente pedido de reconhecimento de união estável, questão que deverá ser enfrentada como uma prejudicial, de forma lateral.*

Nesse sentido tem-se que a competência se estabelece de acordo com os termos principais da demanda e não a partir de questões prejudiciais eventualmente verificáveis no curso do processo. No caso da usucapião familiar, a pretensão deduzida na inicial não diz respeito à separação de fato ou à partilha de bens do casal, mas sim à declaração de aquisição do domínio da meação do ex-cônjuge ou ex-companheiro. Assim como o reconhecimento da união estável não desnatura o caráter previdenciário da ação em comento no CC nº 126.489 RN 2013/0013131-7, a separação de fato e questões daí decorrentes não desvirtua a natureza real da ação de usucapião fundada no art. 1.240-A, do Código Civil.

Conclui-se, portanto, ser mais acertado o entendimento de Francisco Eduardo Loureiro, que, baseando-se na função principal do novel instituto que é a regularização fundiária e a garantia do direito à moradia, entende que é da competência das Varas Cíveis ou de Registros Públicos (quando se fizerem presentes nas Comarcas) processar e julgar ações de usucapião familiar¹⁴⁷:

(...) embora a ação seja privativa de ex-cônjuges ou ex-companheiros e tenha por objeto imóvel residencial comum, a competência para processar a ação é das varas cíveis, e não das varas de família. Nas comarcas em que existirem varas especializadas de registros públicos, como é o caso da Capital de São Paulo, a competência é delas privativa, em razão da matéria e leis locais de organização judiciária.

¹⁴⁷ LOUREIRO, 2012, p. 779.

Lembre-se que inúmeras outras ações que envolvem patrimônio do ex-casal, como, por exemplo, extinção de condomínio mediante divisão ou alienação de coisa comum, sempre se processaram em varas cíveis, embora a sua origem mediata remonte a um casamento, ou a uma união estável.

Note-se, por fim, que caso a usucapião familiar seja alegada como matéria de defesa em processo envolvendo a partilha dos bens do casal, conforme faculta a Súmula 237, do STJ, o processo deverá ser sobrestado e a questão remetida à Vara Cível (ou de Registros Públicos) competente para processamento e julgamento da demanda fundada no art. 1.240-A, do Código Civil, para, somente após, se proceder à partilha do patrimônio amealhado no curso da sociedade conjugal.

4.2.2 Procedimento

De acordo com o já exposto anteriormente, considerando que a usucapião familiar é modalidade de usucapião especial urbana, assemelhando-se a ela em relação a diversos requisitos, como localização e área máxima, o rito a ser observado é o mesmo sumário previsto no art. 14, do Estatuto da Cidade. Nada impede, no entanto, que o magistrado, ao verificar razões objetivas que prejudiquem o bom e célere desenvolvimento da demanda, converta o feito para o rito ordinário¹⁴⁸.

Frise-se, ainda, que igualmente na ação de usucapião familiar deverão ser citados outros litisconsortes necessários, como confrontantes, além de terceiros por edital e cientificação das Fazendas Públicas, inobstante exista entendimento contrário no sentido de que, *se o cônjuges precisam ser titulares em conjunto do domínio sobre o bem, não há como ferir interesse de terceiros*¹⁴⁹.

¹⁴⁸ LOUREIRO, 2012, p. 779-780.

¹⁴⁹ Neste sentido se manifestam Roberto Paulino de Albuquerque Júnior e Roberto P. Campos Gouveia Filho. Os autores afirmam que não parece ser necessário que o processo de usucapião familiar siga o procedimento especial da ação de usucapião, previsto nos arts. 941 a 945 do CPC. E justificam: (...) *o rito especial, com toda a sua complexidade, tem uma função particularmente clara, que é a de formalizar uma relação processual que se dá contra todos, para a declaração de que foi adquirido o direito real, cujo exercício se dá erga omnes. A especialidade de tal procedimento está no edital convocatório dos réus hipotéticos, fixado no art. 942 do CPC. Trata-se de uma técnica de sumariedade de cunho pré-processual. Como, de acordo com o exposto acima, não há réus hipotéticos em tal ação, o procedimento especial não tem o menor sentido. Na nova modalidade de usucapião, este aspecto deixa de ter relevância. Se os cônjuges precisam ser titulares em conjunto do domínio sobre o bem, não há como ferir interesses de terceiros. Nem mesmo os confinantes poderão ser prejudicados, pois o pedido deve se restringir à declaração da aquisição da meação do cônjuge condômino no imóvel, nos estritos limites do direito previamente reconhecido. Por isso, o*

4.2.3 Natureza da sentença

Como nas demais modalidades de aquisição do domínio pela posse prolongada no tempo, a natureza da sentença da usucapião familiar é declaratória, produzindo efeitos retroativos à data da consumação do prazo bienal aquisitivo. Além disso, deve a sentença declaratória ser anotada no registro imobiliário, não havendo necessidade, via de regra, de descerramento de uma nova matrícula, *uma vez que a usucapião terá por objeto tão somente a parte ideal da propriedade do ex-cônjuge ou ex-companheiro, enquanto a parte ideal que já pertencia ao usucapiente manterá a sua origem derivada*¹⁵⁰.

4.2.4 Custas e emolumentos

Inobstante tenha a Presidência da República vetado o §2º, do art. 1.240-A, do Código Civil¹⁵¹ sob o argumento de que dispositivo viola *o pacto federativo ao interferir na competência tributária dos Estados extrapolando o disposto no §2º, do art. 236, da Constituição*¹⁵², a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de conceder aos beneficiários da assistência judiciária gratuita também a isenção do pagamento das custas e emolumentos do registro imobiliário, desde que do mandado judicial conste tal particularidade¹⁵³.

interesse em contestar a demanda pertence exclusivamente ao cônjuge que se retira do lar, sendo desnecessária a citação dos demais. (ALBUQUERQUE JUNIOR; GOUVEIA FILHO, 2011, p. 04-05). Sublinhe-se, entretanto, que terceiros como credor hipotecário ou credor de dívida pessoal do usucapido poderão, por motivos lógicos, ter interesse na aquisição de sua meação de imóvel de propriedade comum com o usucapiente.

¹⁵⁰ LOUREIRO, 2012, p. 780.

¹⁵¹ “No registro do título do direito previsto no caput, sendo o autor da ação judicialmente considerado hipossuficiente, sobre os emolumentos do registrador não incidirão e nem serão acrescidos a quaisquer títulos taxas, custas e contribuições para o Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundo de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de associação de classe, criados ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação”.

¹⁵² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Msg/VEP-203.htm>.

¹⁵³ LOUREIRO, loc. cit. Em alguns Estados, como no caso de São Paulo (Lei 7.377/1991, com a redação da Lei 9.130/1995), existem leis estaduais que garantem a gratuidade no cartório do Registro Imobiliário.

5 CONCLUSÃO

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

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

A atuação positiva do Estado para concretização e garantia do direito à moradia, sobretudo às famílias de baixa renda, através da criação desta espécie de aquisição do domínio demonstra a constitucionalidade do instituto, ainda que sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro tenha se dado sem a técnica legislativa necessária.

Além disso, a usucapião familiar deve ser interpretada de maneira sistematizada e, sobretudo, de acordo com a Constituição Federal, sendo certo que o polêmico elemento do abandono do lar mencionado pelo legislador não deve ser entendido como sanção àquele que se ausenta do lar conjugal e descumpre um dos deveres matrimoniais que é a coabitação. Isso porque, há muito a doutrina e a jurisprudência vinham afirmando a desnecessidade de perquirição da culpa no momento da dissolução da sociedade conjugal, sendo tal entendimento positivado

através da edição da Emenda Constitucional nº 66/2010 que tornou o divórcio direito potestativo do consorte.

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Primeiras anotações sobre os pressupostos e a processualização da usucapião familiar**. 2011. Disponível em: <
<http://professorhoffmann.files.wordpress.com/2012/07/primeiras-anotac3a7c3b5es-sobre-os-pressupostos-e-a-processualizac3a7c3a3o-da-usucapic3a3o-familiar-roberto-paulino-de-albuquerque-2011.pdf>>. Acesso em 26/09/2013.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5 ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Revonar, 2003.

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

BRASIL, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 27/07/2013.

BRASIL, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1973. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em 25/07/2013.

BRASIL, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 15/07/2013.

BRASIL, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em 27/07/2013.

BRASIL, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de junho de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>. Acesso em 27/07/2013.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CAVALHEIRO, Joelma Isamáris. **Entre o “nó” e o “ninho”: notas sobre a usucapião familiar em face o direito fundamental à moradia**. [2012] Disponível em: <
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac796a52db3f16bb>>. Acesso em 24/09/2013.

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

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

DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%20e%20abandono do lar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%20e%20abandono%20do%20lar.pdf)>, [2011]. Acesso em 30/07/2013.

DIAS, Maria Berenice. **Separação de Corpos e o Desenlace Familiar**. 2011. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_separa%20de%20corpos e desenlace familiar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_separa%20de%20corpos%20e%20desenlace%20familiar.pdf)>. Acesso em 24/09/2013.

EHRHARDT JR, Marcos. **Temos um novo tipo de usucapião, criado pela Lei 12.424/2011. Problemas à vista...** 2011. 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 24/09/2013.

Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

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

FACHIN, Luiz Edson. **O novo Código Civil e as mudanças sociais no Direito de Família**. In: Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil: Escritos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. Coordenadores: Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César, Roberto Rosas; [colaboradores: Álvaro Villaça Azevedo ... et al.]. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

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

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

GALLON, Leandro Ramos. **Reflexões sobre a inconstitucional usucapião instituída com as alterações do Programa “Minha Casa, Minha Vida”**. 2012. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/21136/reflexoes-sobre-a-inconstitucional-usucapiao-instituida-com-as-alteracoes-do-programa-minha-casa-minha-vida>>. Acesso em 27/08/2013.

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

- GUAZZELLI, Mônica. **Usucapião por Abandono do Lar conjugal: Repercussões no Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 28 (jun/jul. 2012) – Porto Alegre; Belo Horizonte; IBDFAM, 2007. Bimestral.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A polêmica usucapião familiar do art. 1.240-A do Código Civil**. Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. Renan Lotufo; Giovani Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins, coordenadores. – São Paulo : Atlas, 2012.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **"Novas" entidades familiares**. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores LTDA, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial, Tomo XI**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva – Usucapião**. 1ª ed., Porto Alegre : Livraria Sulina Editora, 1954.
- OLIVEIRA, José Larmartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **A nova usucapião especial por abandono do lar e a função social da propriedade**. Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abr/maio 2012.
- PENTEADO, Luciano Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2. ed. ver., atual. e ampl, 2012.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das coisas**. Vol 5, 28 ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo : Saraiva, 2003.
- SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SILVA, Luciana Santos. **Uma nova afronta à Carta Constitucional: Usucapião Pró-Família**. Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abr/maio 2012.
- SIMÃO, José Fernando Simão. **Usucapião familiar: problema ou solução?** 2011. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/598/>>. Acesso em 27/08/2013.
- TARTUCE, FLÁVIO. **A Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar Conjugal**. Revista Síntese Direito de Família. V. 14, n. 71, abr/maio 2012.

TARTUCE, Flávio. **A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal.**

Disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201108010921370.Tartuce_novausucapião.doc>. Acesso em 29/08/2013.

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. **A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro.** 2003. Disponível em:

<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>>. Acesso em 10/07/2013.

WALD, Arnold. **Direito das Coisas.** 11 ed. rev., aum. e atual. com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Véra Fradera. São Paulo : Saraiva, 2002.

WESENDONCK, Tula. **Usucapião Familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?** 2012. Disponível em: <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0f3c5d0c3666eec8>>. Acesso em 23/09/2013.