

A NOVA MODALIDADE DE USUCAPIÃO E SUAS INCOMPATIBILIDADES CONSTITUCIONAIS¹

Jéssica Laisa S. Nascimento e Lorenna Pereira Calado²
Viviane Brito³

Sumário: Introdução; 1 Noções gerais sobre a aquisição da propriedade imóvel; 1.1 O que vem ser a usucapião; 1.2 Pressupostos da usucapião; 2 Sobre a usucapião familiar e suas principais características; 2.1 A usucapião familiar e suas divergências constitucionais; 2.3 Elementos processuais da usucapião familiar; Considerações Finais; Referências.

RESUMO

O tema abordado tem como finalidade estudar, inicialmente, os aspectos gerais da propriedade imóvel e os referentes a todas as modalidades de usucapião previstas no sistema brasileiro, para assim se ter conhecimento da finalidade e dos pressupostos dessa aquisição de propriedade imóvel. A partir dessa perspectiva também será analisado a Lei n. 12.424/2011, que disciplina a usucapião conjugal, a qual tem se discutido a sua aplicabilidade, visto que esse novo instituto traz diversas incoerências constitucionais. Há requisitos polêmicos como o prazo exigido de dois anos e o abandono do lar conjugal pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro. Logo, se faz importante o presente estudo para se buscar um aprofundamento e entendimento necessário acerca desse assunto que é de grande relevância para o mundo jurídico. E, portanto, fazer uma análise sistemática acerca do tema proposto, abordando as mudanças que o mesmo trouxe para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade imóvel; Usucapião; Usucapião Conjugal;

INTRODUÇÃO

A propriedade é o principal direito real, é o direito real por excelência. O termo *proprietas* (*proprius*) e *domare* (*domus*) são sinônimos, o primeiro nos remete a ideia de que é aquilo que pertence à pessoa e o segundo é aquilo que está sujeito à pessoa. Com isso, os bens imóveis, são denominados os bens de reais, isto é, são coisas que não podem ser removidas de um lugar para outro sem destruição. O Código Civil não especifica os modos da aquisição, se

¹ Paper desenvolvido para a disciplina de Direitos Reais, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB;

² Alunas do 5º período, do curso de Direito, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB;

³ Professor(a) Especialista, orientador(a).

limita tão somente a disciplinar no capítulo “Da aquisição da propriedade imóvel”, a usucapião, o registro do título e a acessão (arts. 1.238 a 1.259). No presente trabalho, abordar-se-á brevemente sobre o que vem ser a usucapião e, de forma específica, em que consiste a usucapião familiar.

No entanto, aquisição por usucapião significa tomar pelo uso, o termo *capiro - capere* significa tomar. Ou seja, é o modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, através da posse manda, pacífica e contínua, por um determinado tempo fixado em lei. Também recebe o nome de prescrição aquisitiva, uma vez que ocorre a extinção da pretensão, que é o direito de exercer algo, com isso o decurso do tempo faz adquirir o direito. Pode ser de objetos moveis e objetos imóveis, no entanto, vamos tratar tão somente de bens imóveis.

Não se pode pensar em usucapião, sem pensar nesses pressupostos: a coisa hábil ou suscetível de usucapião, a posse, o decurso do tempo. São requisitos indispensáveis e exigidos em todas as espécies de usucapião. Na usucapião ordinária ainda são necessários o justo título e a boa-fé. Neste capítulo, irá ser abordado a respeito de cada um.

A usucapião familiar, conjugal ou pró-moradia é um termo derivativo da usucapião especial. Foi de acordo com a Lei 12.424/2011 que regulamenta o programa de governo Minha Casa Minha Vida, que inseriu no Código Civil a previsão do art. 1.240-A, o referido artigo dispõe que: aquele que exercer por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. §1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Para propositura de ação processual de usucapião, o possuidor pode ajuizar ação declaratória reguladas pelos artigos 941 a 945 do Código de Processo Civil. Contudo, para a ação de usucapião familiar surgem duvidas no que tange à competência para processar e julgar, bem como o procedimento a ser adotado nesses casos. É certo que os casais separados antes da edição da Lei não poderão invocar tal direito, salvo se no termo da separação constar a culpa do cônjuge que abandonou o lar, o imóvel deve ser adquirido durante a união do casal e o juiz quem irá determinar a expedição do mandado de averbação no nome da parte requerente.

Tendo em vista a importância do tema abordado, será demonstrado inicialmente, os aspectos gerais da usucapião. Fazer um breve levantamento histórico e logo após trazer o conceito da nova modalidade de usucapião, expondo de que modo o ordenamento jurídico

vigente traz sua aplicabilidade, bem como as incoerências constitucionais que giram em torno deste modo de usucapir. Algumas das peculiaridades da usucapião familiar é, segundo o artigo 1.240 – A do Código Civil, o exercício por dois anos ininterruptos e sem se opor, de posse direta, com exclusividade, acrescenta também a metragem do imóvel urbano, que deve ser de até duzentos e cinquenta metros quadrados, dentre outras características existentes.

Entretanto, faz-se importante compreender essa nova modalidade de usucapião, além de analisar os aspectos que são comuns à todas as espécies, presentes inclusive, na usucapião familiar. Após, examinar-se-á as peculiaridades que essa nova forma de aquisição de domínio traz para o Direito Civil brasileiro, verificando os pontos positivos e negativos da mesma.

1 Noções gerais sobre a aquisição da propriedade imóvel

Propriedade, segundo Gonçalves é o “mais completo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas” (2014, p. 228), além desse conceito, Rodrigues acrescenta que “a propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, manifesta-se, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre bens.” (2003, p.76). Há várias formas para se adquirir uma propriedade imóvel, o Código Civil elenca em seus artigos 1238 a 1259 algumas delas, ressalta-se que esse rol é exemplificativo, logo há possibilidade de se adquirir uma propriedade imóvel de outras formas.

Além disso, a aquisição da propriedade se classifica em - aquisição originária ou aquisição derivada. A primeira acontece quando não existe nenhum vínculo do titular atual com o anterior, há duas formas de aquisição originária que grande parte da doutrina considera como originária, que é a adquirida por ação natural e por usucapião.

Já a segunda classificação é ao contrário, acontece quando há o vínculo do titular atual com o anterior, há uma regra a ser seguida dentro desta modalidade onde se exige que ninguém poderá transferir mais direitos do que os que possui, ainda se tratando da derivada ela pode se dar tanto por inter vivos quanto por mortis causa, uma vez que neste último caso é transferido o patrimônio do morto aos herdeiros que este possui. Há duas consequências que devem ser observadas quando a aquisição for de modo derivado, são elas, segundo Rodrigues:

- a) o domínio do sucessor vem eivado dos mesmos característicos, com os mesmo defeitos e limitações e limitações de que este se revestia nas mãos; [...] b) na aquisição derivada, para provar o seu domínio, o titular deve, igualmente, comprovar a legitimidade do direito de seu antecessor, e do antecessor deste, e assim por diante,

até completar-se o período de quinze anos, suficiente para a aquisição do direito, por usucapião. (2003, p. 93).

Tratando-se das formas de aquisição, estas podem ser por meio do registro de título, pela acessão e, através da usucapião, contudo, a título de informação ressalta-se ainda um quarto tipo de aquisição chamada de aquisição pelo direito hereditário.

De uma forma geral temos que a aquisição por meio de registro do título é do tipo derivada e a forma mais simples de se adquirir um imóvel, Gonçalves (2014, p. 253) acrescenta que os imóveis são “adquiridos pela transferência da propriedade entre vivos, mediante o registro do título translativo no registro de imóveis”, esse registro é feito em um cartório de imóveis e para que este se concretize há a necessidade da fé pública (art. 1246, CC); da possibilidade de retificação (art. 1247, CC); da obrigatoriedade (art. 1245, §1º, CC); e da continuidade que diz respeito a uma sequência que o registro deve percorrer. Rodrigues, acrescenta ainda que este registro foi criado para se ter “um sistema que, possibilitando-lhes a individualização e dando aos negócios jurídicos imobiliários adequada publicidade, proporcionasse considerável grau de segurança à circulação dos bens de raiz”. (2003, p. 94).

A acessão quer dizer “o aumento do volume ou do valor da coisa principal, em virtude de um elemento externo” (RODRIGUES, 2003, P. 97), ela se dá por formação de ilhas (art. 1249, CC); por aluvião (art. 1250, CC); por avulsão (art. 1251, CC); por álveo abandonado (art. 1251, CC); e por construções e plantações (arts. 1253 a 1259, CC).

Por fim, e o que mais nos interessa para a compreensão do presente estudo, temos a aquisição de propriedade imóvel por usucapião, esta será estudada detalhadamente nos próximos capítulos deste trabalho.

1.1 O que vem ser a usucapião?

A usucapião é considerada como uma forma originária de se adquirir uma propriedade imóvel, ou seja, não possui qualquer vínculo com o titular anterior, para fundamentar este conceito, Diniz coloca que “a usucapião é modo de aquisição originária de bens móveis. O fundamento em que se baseia a usucapião de bens móveis é o mesmo que inspira o dos imóveis, ou seja, a necessidade de dar juridicidade a situações de fato que se alongaram no tempo.” (2013, p. 357). Além disso, Pereira afirma que “usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei [...]; usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada.” (2006, p. 138).

Ademais, há várias espécies de usucapião que devem ser consideradas, temos, portanto, a *usucapião extraordinária* regida pelo art. 1.238 do Código Civil, esta se dá quando o indivíduo no prazo de quinze anos ininterruptos e sem 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.” (VADE MECUM, 2013, p. 237). Percebe-se que há alguns requisitos que devem ser seguidos neste tipo de usucapião, como – posse mansa e pacífica sem interrupção e sem oposição; o prazo de quinze ou dez anos a depender do caso, além desses, Rodrigues acrescenta um fator importante quando afirma que “a prescrição se consuma independentemente de título e boa-fé.” (2003, p. 118).

Temos também a denominada *usucapião ordinária*, está encontra-se no texto do art. 1242 do Código Civil da seguinte forma – “adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possui por dez anos.” (VADE MECUM, 2013, p. 237), no parágrafo único deste mesmo artigo tem-se que esse prazo diminui para cinco anos caso o imóvel tenha sido adquirido de forma onerosa “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” (VADE MECUM, 2013, p. 237).

A *usucapião constitucional rural* vem regida na Constituição Federal pelos artigos 190 e 191 e no Código Civil pelo artigo 1239 e traz que o indivíduo adquire a propriedade quando ele – “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 se sua família, tendo nela sua moradia.” (VADE MECUM, 2013, p. 237).

A *usucapião constitucional urbana* vem regida no artigo 183 da Constituição Federal e artigo 9º da Lei 10.257/2001 e artigo 1240 do Código Civil, o texto desse último artigo ressaltado admite que “aquele que possui, 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.” (VADE MECUM, 2013, p. 237), frisa-se que isso só acontece caso o sujeito não tenha a propriedade de outro imóvel tido como urbano ou rural.

Os artigos 10 a 14 da Lei 10.257/2001 traz a possibilidade de *usucapião especial urbano coletivo*, de forma simplificada Ferreira conceitua este tipo de aquisição de propriedade imóvel da seguinte forma:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta 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 possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (2003, p. [?]).

Contudo, há alguns requisitos que devem ser obedecidos para que se constitua a possibilidade de usucapião especial urbano coletivo, são eles – a certeza de que o possuidor não é proprietário de algum imóvel rural ou urbano; a renda baixa deve ser devidamente comprovada; a posse sendo mansa e pacífica, sem interrupção e sem oposição, ressaltando a presença do *animus domini*, isso dentro do prazo de cinco anos, deve também existir alguma forma de construção realizada pelos invasores como forma de moradia dos mesmos, além disto há também que existir a “presunção *juris et de jure* de boa fé e justo título, imóvel objeto do usucapião não pode ser pública e sentença judicial declaratória da aquisição do domínio por usucapião que atribuirá igual fração ideal do imóvel a cada possuidor.” (FERREIRA, 2003, p. [?]).

1.2 Pressupostos da usucapião

Para se falar em usucapião deve-se ter em mente uma coisa hábil ou suscetível de usucapião, o justo título e a boa-fé, bem como a posse e o decurso do tempo, estes, portanto, constituem os pressupostos da usucapião. É importante destacar que a – coisa hábil ou suscetível de usucapião, a posse e o decurso do tempo são características essenciais que devem se fazer presentes em qualquer espécie de usucapião. Com base nisso, complementa os autores Silva e Martins que:

Primeiramente, é necessário verificar se o bem que se pretender usucapir é suscetível de prescrição aquisitiva, pois nem todos são sujeitos a ela, como os bens fora do comércio e os bens públicos. Consideram-se fora do comércio os bens naturalmente indisponíveis (insuscetíveis de apropriação pelo homem, como o ar a água do mar), os legalmente indisponíveis (bens de uso comum, de uso especial e de incapazes, os direitos da personalidade e os órgãos do corpo humano) e os indisponíveis pela vontade humana (deixados em testemunho ou doados, com cláusula de inalienabilidade). ([?], p. [?]).

Diante disso, destaca-se cada pressuposto da usucapião, inicialmente temos, segundo Rodrigues, a chamada “*Res habilis*”, o referido autor admite que “é mister que se trate de coisa que não esteja fora do comércio e que não seja bem público” (2003, p. 110), o autor acrescenta também o “*titulus* – a lei condiciona a usucapião ao fato de o possuidor ter justo

título, isto é, ser portador de documentos capaz de transferir-lhe o domínio, se proviesse do verdadeiro dono.” (2003, p. 110). Além desses, temos ainda o “*fides* – necessário também se faz que esteja o presribente de boa-fé. E ele o está quando ignora o vício, ou obstáculo, que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído.” (RODRIGUES, 2003, p. 111).

Temos também como pressuposto a posse mansa e pacífica, o chamado “*Possessio*” que segundo Gonçalves “a posse (*possessio*) é fundamental para a configuração da prescrição aquisitiva. Não é qualquer espécie de posse, entretanto, que pode conduzir à usucapião [...]. A posse ad interdicta, justa, dá direito à proteção possessória, mas não gera a usucapião.” (2014, 282).

Assim sendo, temos outro fator interessante para que se constitua como usucapião, que é o tempo, ressalta-se que, para que haja a posse é necessário que haja uma agregação desta com o “tempo”, para complementar o disposto acima, Gonçalves em concordância aborda que:

O tempo necessário para usucapir varia conforme o sistema jurídico e a época histórica, não havendo um padrão regido. Constitui um problema de política legislativa. O Código Civil de 1916 estabelecia os prazos de trinta e de vinte anos para, respectivamente, a usucapião de imóveis extraordinária e a ordinária entre ausentes. A Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, reduziu-os para vinte e quinze anos, respectivamente, reconhecendo que não mais se justificam intervalos tão longos, numa fase histórica em que se proclamava o sentido profundamente social das regras sobre prescrição aquisitiva. (2014, p. 288).

Acrescenta ainda os autores Silva e Martins, referente ao fator tempo que “contam-se os anos por dia e não por horas. O prazo começa a fluir no dia seguinte ao da posse. Não conta o primeiro, porque é necessariamente incompleto, mas conta-se o último.” ([?], p. [?]). Ainda há também a sentença judicial como pressuposto da usucapião, assim “determina a lei que o usucapiente, adquirindo o domínio pela posse mansa e pacífica do imóvel, pode requerer ao juiz que assim o declare por sentença.” (RODRIGUES, 2003, p. 113).

2 Sobre a usucapião familiar e suas principais características

Esta modalidade usucapir possui várias denominações, entre elas usucapião de imóvel familiar, conjugal ou pró-moradia, ou usucapião especial urbana por abandono do lar. Foi de acordo com a Lei n. 12.242 de 16 de junho de 2011 que regulamenta o programa de governo Minha Casa Minha Vida que inseriu no art. 1.240-A do Código Civil a previsão o de um cônjuge usucapir do outro. Tal dispositivo traz a seguinte redação:

Art. 1.240-A. aquele que exercer por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que

abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. (VADE MECUM, 2013, p. 237).

Desta forma, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que continuar a habitar o imóvel abandonado pelo outro pode requerer em juízo a integralidade da propriedade, que antes era mantida em regime de condomínio entre o casal, desde que não seja proprietário de outro imóvel. Neste aspecto, “o que seria o § 2º do aludido dispositivo tratava de isenção de despesas, em favor de hipossuficiente, para o registro da sentença de reconhecimento do direito, foi vetado”. (Gonçalves, p. 274, 2014).

Refuta-se que a usucapião familiar vem com o objetivo central de fortalecer as famílias de baixa renda, principalmente, aquelas em que as mulheres são as “chefes da família”. Desta forma, poderiam se beneficiar pela aquisição do imóvel por meio da usucapião, quando fossem abandonadas pelo companheiro ou ex-cônjuge. (Alexandre *et al*, p. 6, 2012). Segundo Tartuce (2014):

O instituto traz algumas semelhanças em relação à usucapião especial urbana que já estava prevista, a qual pode ser denominada como regular. De início, citem-se a metragem de 250 m², que é exatamente a mesma, procurando o legislador manter a uniformidade legislativa. Isso, apesar de que em alguns locais a área pode ser tida como excessiva, conduzindo a usucapião de imóveis de valores milionários. Ato contínuo, o novo instituto somente pode ser reconhecido uma vez, desde que o possuidor não tenha um outro imóvel urbano ou rural. A principal novidade é a redução do prazo para exígios dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo previsto, entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos). Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisões com maior rapidez (p. [?], 2014).

Logo, os pressupostos exigidos pela lei para esta forma de usucapir são: a) a posse contínua, mansa e pacífica do bem; b) a área usucapienda não possuir mais que 250 metros quadrados; c) o decurso do prazo de dois anos; d) exclusividade da posse direta, que deva ser entendida como posse efetiva do interessado; e) a prova de que o possuidor se utiliza do imóvel para sua moradia ou de sua família; f) a boa-fé do possuidor; e g) a prova de que o possuidor não é proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Lisboa, p. [?], 2012).

2.1 A usucapião familiar e suas divergências constitucionais

É certo que o instituto tem origem no direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, trata-se de norma que tutela as pessoas, normalmente de baixa renda, que

não tem imóvel próprio, seja urbano ou rural. A lei em apreço disciplina a usucapião conjugal nos mesmos moldes previstos no art. 183 da Constituição Federal, uma vez que tanto na usucapião especial urbana quanto na usucapião familiar se faz necessários os mesmos pressupostos já citados. Contudo, o prazo de 2 anos é mais reduzido do que qualquer outra modalidade de usucapião. Fachin (2011) aponta que:

Quanto à constitucionalidade do instituto, necessário se faz levantar quais os princípios que ele pretende proteger e quais ele, ao menos aparentemente, infringe. Dentre os princípios que são protegidos, destacamos a dignidade da pessoa humana e a moradia. O indivíduo aqui tutelado não se confunde com o sujeito de direito abstrato; trata-se da pessoa concreta, que tem necessidades vitais a serem atendidas e que é dotada de vicissitudes que dizem respeito ao desenvolvimento de sua personalidade, considerando em sua coexistencialidade.

O instituto protege o direito à moradia da pessoa que ficou no imóvel. Trata-se de uma escolha que visa proteger o *mínimo existencial* daquele que, materialmente, pouco ou nada mais possui, ainda que isso se dê em detrimento da hipótese abstrata de tutela à propriedade daquele que abandonou o lar. Assegurar o direito à moradia do sujeito desamparado financeira e moralmente significa proteger, também, a moradia concreta de uma família e o direito existencial daqueles que nela se correlacionam. (Fachin, p. [?], 2011).

Ressalta-se que, segundo o STF (ADI nº 4277 e ADPF nº 132) a união homoafetiva foi equiparada a união estável, pois havia omissão acerca desse tema em nosso ordenamento jurídico. A união homoafetiva é uma entidade familiar sendo, portanto, reconhecida pode-se aplicar a usucapião conjugal.

Tal inovação normativa da usucapião especial familiar trouxe algumas discussões pertinentes a matéria, porque além dos efeitos patrimoniais, haverá questões de cunho existencial a ser tratada. A principal crítica que se tem feito à nova espécie é que ela ressuscita a discussão sobre a causa do término do relacionamento afetivo, uma vez que o abandono do lar deve ser voluntário e injustificado, isto é, culposo.

A questão da culpa no término da sociedade conjugal havia sido pacificada com a publicação da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, uma vez que ocorreu a superação da discussão sobre a culpa pelo fim da separação. Antes era obrigatório que o casal estivesse separado judicialmente por no mínimo um ano ou separados de fato por dois anos para que se pudesse divorciar. Há casos em que com término do relacionamento haverá repercuções patrimoniais diretas que, muitas das vezes, é necessário de tempo para solucionar os conflitos familiares. Desta forma, o prazo de dois anos é tempo curto para solucionar essas questões, se formalizado apenas na visão do abandono voluntário do cônjuge ou companheiro.

Neste sentido, com a questão do abandono do lar colocada em evidência para os efeitos da Lei, esse novo instituto irá colidir com a Emenda Constitucional, visto que alguns

doutrinadores entendem que há novamente a discussão sobre a questão da culpa, entretanto, para o abandono do lar, uma vez que a Lei não definiu quais hipóteses para que isso ocorra.

Lisboa (p. [?], 2012) entende que “o abandono do lar da união formal ou informal existente com o interessado na usucapião deve ser entendido como ato de ruptura da relação familiar até então mantida, e não como ato eventual, que não caracteriza a rigor, a pretensão de extinção da união”. Gonçalves complementa no seguinte aspecto, “se a saída do lar, por um dos cônjuges, tiver sido determinada judicialmente, mediante, por exemplo, o uso das medidas previstas no art. 22 da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), não estará caracterizado o abandono voluntário exigido pela nova lei”. (Gonçalves, p. 275, 2014).

Alexandre (2012) aponta que:

Fato preocupante quando se pesa a interpretação das palavras “culpa” e “abandono”, é de se pensar em um caso concreto em que a mulher que é agredida acaba por abandonar a lar para não sofrer mais a violência física, moral e psicológica e devido à sua atitude de deixar o imóvel do casal, para não sofrer mais violência e preservar a sua integridade física. Isso acabaria favorecendo o agressor que permaneceu na residência, afastando, portanto, o direito de meação do bem. (Alexandre *et al*, p. 9, 2012).

Entretanto, Silva (2012) traz outra hipótese em que:

O casal que decide que não há mais amor no relacionamento, e um deles deixa honrosamente o lar conjugal por respeito à dignidade, liberdade, e intimidade de ambos, não havendo mais motivos para compartilharem suas vidas, embora não se tenha por justa a solução, passado o prazo de dois anos de posse, sem que aquele que deixou o lar por espontânea vontade, não fizer nenhuma notificação ou questionamento, este perderá a propriedade. (Silva, p. [?], 2012).

De acordo com essas hipóteses de abandono do lar, coloca-se em evidencia a quebra dos princípios da autonomia da vontade e liberdade. Uma vez que ambos os cônjuges e ou companheiros unidos em uma sociedade conjugal tem o direito e a autonomia de desfazer sua relação afetiva a qualquer momento. No entanto, a sua liberdade de escolha é privada, pois caso tenha optado por deixar o lar conjugal, em detrimento da lei é tratado como abandono de modo que ocorre a perda de seu direito sobre o bem em discussão.

Logo, é perceptível que a lei poderá trazer infringências na sua aplicação no ordenamento jurídico podendo acarretar uma lesão ao direito constitucional à propriedade.

É importante ressaltar que a separação de fato acarreta o fim de deveres do casamento e, assim, do regime patrimonial. Com isso, não se comunicam os bens adquiridos depois daquela ruptura matrimonial. Neste aspecto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

1. O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após decisão liminar de separação de corpos.
2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio (REsp 1065209/SP, Rel. Ministro JOÃO

OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 16/06/2010). (Gonçalves, p. 276, 2014).

Nesse sentido, entende-se que só será favorecido aquele que estiver no imóvel se for casado em regime de comunhão universal ou em regime de comunhão parcial, desde que o imóvel tenha sido adquirido durante o casamento. Todavia, não se pode aplicar o instituto da usucapião familiar caso àquele cônjuge esteja casado no regime de separação de bens ou no regime de comunhão parcial e, caso o bem que tenha sido adquirido antes do casamento, pois trata-se de bem particular que não se comunica com a circunstância.

2.2 Elementos processuais da usucapião familiar

O art. 1.241 do Código Civil dispõe: “poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel”. (VADE MECUM, 2013, p. 237) Com isso, para propositura para ação processual de usucapião, o possuidor pode ajuizar ação declaratória regulada pelos arts. 941 a 945 do Código de Processo Civil.

Com relação a usucapião conjugal a propositura da ação só pode ocorrer após se verificar o lapso de dois anos ininterruptos, entendendo-se que mesmo que haja casais que se separaram a mais de dois anos estes cônjuges não poderão se utilizar desse direito, devendo começar a contagem a partir da data que começou a vigorar a norma.

Neste aspecto, aponta-se que o prazo de dois anos estabelecido pela Lei n. 12.424/2011 só começou a contar, para os interessados, a partir de sua vigência. O novo direito não poderia retroagir, surpreendendo um dos coproprietários com uma situação jurídica anteriormente não prevista. (Gonçalves, p. 276, 2014).

Há entendimento de que a propositura da ação de usucapião somente é permitida a quem tem a posse atual do imóvel. Se o usucapiente, depois de consumada a usucapião, sofre esbulho e perda da posse, terá de recuperá-la pelos interditos possessórios. (Gonçalves, p. 298, 2014).

Quanto a competência para processar e julgar ações de usucapião familiar é das Varas Cíveis e de Registros Públicos (quando se fizerem presentes na Comarca). Nesse sentido Acosta (2013) aponta 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. (Acosta, p. 58, 2013).

Por ser uma modalidade de usucapião especial urbana, pois assemelha-se a ela em vários requisitos, o rito a ser observado é o mesmo sumário previsto no art. 14, do Estatuto da Cidade. Contudo, nada impede o magistrado, caso verifique razões objetivas, converter o procedimento para rito ordinário.

Logo, a natureza da sentença da ação de usucapião é declaratória e tem como objetivo declarar o direito de propriedade, o juiz é quem determinará a expedição do mandado de averbação no nome da parte requerente, fazendo com o que o usucapiente possa registrar o seu imóvel e por fim adquirir todos os poderes inerentes ao proprietário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse estudo foram apontadas as leis vigentes no ordenamento jurídico que tratam sobre tema proposto e as incoerências do artigo 1.240-A do CC com as normas constitucionais. Com a inserção deste novo dispositivo através da Lei nº 12.424/2011 surgiram várias discussões quanto à legalidade da referida norma, principalmente no que diz respeito ao abandono do lar conjugal. Agora, o ocupante poderá ingressar com pedido de usucapião, pleiteando a propriedade de todo imóvel, e não apenas 50% que antes detinha.

Contudo, é sempre muito complicado tratar de assuntos que trazem uma grande carga emocional, porque esse instituto é um assunto que está ligado diretamente aos aspectos familiares. Desta forma, no que tange a usucapião familiar na legislação brasileira não existe somente aspectos legais a serem trabalhados, mas também aspectos sociais, pois existe a finalidade de se atender de forma coerente aos interesses sociais, individuais e coletivos.

Com isso, percebe-se que a lei criou muito mais problemas do que uma solução para garantir um direito constitucional à moradia, pois ocorre um confronto com os direitos da personalidade. Nesse sentido, questão do abandono do lar deve ter um enfoque diferenciado, pois é preciso a análise do contexto fático-probatório de cada caso concreto, para que não se induza ao erro em considerar que o afastamento físico do imóvel por si só é causa para usucapião. Há casos em o cônjuge está no lar, mas ocorre o abandono material, pois há o inadimplemento de seu dever com os filhos e com as despesas da moradia e sustento. E ocorre fatos em que o cônjuge se abstém de seu lar para manter sua integridade física e moral por conta da má-fé do outro cônjuge e com receio de ser prejudicado.

Portanto, esta pesquisa se propôs a fazer uma análise baseada em vários artigos e doutrinadores acerca do assunto, bem como trazer decisões constantes na jurisprudência

vigente. Refuta-se a grandeza do tema ora estudado, apesar de buscar fomentar, discutir e destacar alguns pontos, não é plausível e nem possível esgotá-lo devido a sua abrangência na sociedade jurídica.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Renata Karla Mantovani. **Usucapião Familiar**. Universidade Federal do Paraná - Monografia, 2013, Curitiba – Paraná.

Alexandre, Vieira Cleiton et al. **Usucapião Especial Familiar**. Revista Fonte Universitária, Juatuba - MG, v. 3, n. 5, ago./dez 2012. Disponível em:
http://www.jandrade.edu.br/fonte_universitaria/artigos/artigo_17.pdf. Acesso em: 01 nov. 2014.

BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum Saraiva**. 16. ed. Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 4: direito das coisas / Maria Helena Diniz. – 28. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro**. Disponível em:
<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-constitucionalidade-da-usucapiao-familiar-do-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro/7733>. Acesso em: 01 nov. 2014.

FERREIRA, Alexandre. **Formas de aquisição da propriedade imóvel**. Disponível em:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1361/Formas-de-aquisicao-da-propriedade-imovel>>. Acesso em: 30 de outubro 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**/ Carlos Roberto Gonçalves. – 9. ed.– São Paulo: Saraiva, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 4: direitos reais e direitos intelectuais**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

SILVA, Alexandre Crivelli; MARTINS, Eduardo. **Usucapião e a posse do imóvel: discussões sócio-jurídicas**. Disponível em:<<http://www.finan.com.br/pitagoras/downloads/numero2/usucapiao-e-a-posse-do-imovel.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro 2014.

SILVA, Claudia. **A usucapião familiar e suas consequências no direito de família**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9426>. Acesso em: 01 nov. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: direito das coisas**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.