

## A INSTITUIÇÃO DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Renata Mourão Kelmer<sup>1</sup>

### RESUMO

O fio condutor deste trabalho é a usucapião, cujo cenário se dá nos contornos da propriedade e as suas peculiaridades no Direito Civil. O enfoque se dará a partir de conceituações e implicações deste direito e os limites do mesmo para a aquisição do domínio pela posse. Analisar-se-á o novo artigo do Código Civil: 1.240-A com a edição da Lei nº 11.424/11, o qual instituiu a nova modalidade de usucapião, a então chamada usucapião familiar; e as polêmicas que circunscrevem a temática em tela. Traz-se à tona os reflexos sobre as dissoluções familiares abordando novamente a questão da culpa e conseqüentemente do abandono, vez que estes argumentos foram extirpados do ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 66/10, a qual trata de terminar com condição de culpa nas demandas conjugais.

**PALAVRAS-CHAVE:** PROPRIEDADE. CULPA. ABANDONO. USUCAPIÃO FAMILIAR.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

## INTRODUÇÃO

O direito de propriedade vem sofrendo alterações substanciais com as conquistas históricas e evoluções sociais, constituindo-se verdadeiro elemento ativo não somente para proteção ao bem, mas também como instrumento de promoção do amplo direito de bem estar dos povos. Logo, torna-se inadmissível a visão desse direito de forma absoluta e individualizada, de maneira que o proprietário não mais pode utilizar o seu bem egoística e indiscriminadamente. Diante de tais circunstâncias o advento da lei nº 12.424/11 publicada em 16 de junho de 2011, instituiu inovações no âmbito da propriedade, dentre as quais se destaca a Usucapião Familiar, acrescentando, para tanto, o artigo 1.240-A ao Código Civil.

O artigo em tela faz afronta entre direito de moradia ante o direito de propriedade, asseverando o conflito existente entre tais direitos instrumentais e, a partir da teoria da ponderação, elenca jurisprudência a respeito. Posteriormente, exploramos o instituto da usucapião, sua conceituação, evolução histórica, fundamento, espécies, e uma pequena abordagem a cerca da distinção conceitual da localidade para a definição da usucapião nos moldes da lei, o que possibilita adentrar a usucapião especial urbana, sobre a qual se originou a então Usucapião Familiar.

De forma lacônica faz-se apresentação das polêmicas observadas com a instituição da nova modalidade de usucapião fazendo alusão a comentários ao artigo 1.240-A, instituído pela lei 12.424/2011.

Por fim, revela-se um instituto que sustentará maior segurança jurídica patrimonial aos interessados, porém não constituirá aditamento antiquado de ilusões e argumento para a volta da já superada culpa.

O método adotado se procede a um contexto histórico do Direito de Propriedade, para depois investigar especificamente o instituto da usucapião familiar. Quanto às fontes de pesquisa, adotou-se, basicamente, a pesquisa documental indireta, voltada para análise bibliográfica, com recurso a livros, revistas jurídicas, *sites* de internet, teses e monografias, dentre outros meios disponíveis. E,

finalmente, ainda no que se refere à bibliografia indireta, foram utilizadas fontes de pesquisa jurisprudenciais.

## **1 DO DIREITO DE MORADIA EM DETRIMENTO AO DIREITO DE PROPRIEDADE**

O conflito existente entre os direitos fundamentais é objeto de discussões tanto na jurisprudência como da doutrina. Conforme Robert Alexy (1999) avalia, as normas se dividem em regras e princípios. Princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente às possibilidades fáticas ou jurídicas, são, portanto, mandamentos de otimização”. Regras, por sua vez, “são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas (...). Elas são, portanto, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção.” Desta forma, os direitos fundamentais são revestidos de qualidade principiológica que, em caso de divergência na interpretação normativa, devem ser considerados proporcionalmente e especificamente no caso concreto.

A teoria dos princípios, legitimada a dirimir o choque entre direitos fundamentais, traz como resultado natural o emprego do contrabalanceamento. Nesse mesmo ponto de vista Steinmetz (2001, p.140) comenta:

A ponderação de bens é método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.

Qual direito deverá prevalecer? O direito a moradia ou a propriedade?

Quando há um conflito entre direito à moradia e direito de propriedade, em que esta não satisfaz sua função social, aquele deve preponderar devido à cultura privatista e patrimonialista que rege a maior parte das posturas adotadas administrativamente e judicialmente; fazendo com que a propriedade supere a moradia, incidindo em notável inconstitucionalidade, posto que a manutenção da vida é indubitavelmente imprescindível frente a manutenção do patrimônio.

Com base no quanto se expõe, tem-se que mesmo atendendo à sua função social, a propriedade carece de outras interpretações para melhor adequação e aplicabilidade, a exemplo do agravo de instrumento julgado pela 19ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, interposto por agricultores a fim de suspender uma medida liminar que os forçavam a desocupar o latifúndio<sup>2</sup> produtivo por eles ocupado. No caso em tela o relator deferiu a liminar em favor dos agricultores valendo-se da teoria da ponderação.

Nas palavras do Desembargador Guinther Spode do Tribunal do Rio Grande do Sul (1998):

Em suma, para decidir, ter-se-á, obrigatoriamente, de optar entre duas alternativas: 1ª - o prejuízo patrimonial que a invasão certamente causará (ou até já está causando) à empresa arrendatária das terras ocupadas, 2ª - a ofensa aos direitos fundamentais (ou a negativa do mínimo existencial) das 600 famílias dos 'sem-terra - que, sendo retirados de lá, literalmente não têm para onde ir (...). Espero que prevaleça pelo menos em solo gaúcho (precursor das liberdades e defensor intransigente da democracia) a serenidade e a racionalidade, em detrimento da força. Voto (e concito meus eminentes pares a me acompanhar) pelo provimento do recurso, desconstituindo a liminar de reintegração de posse concedida em 1º grau.

Na decisão acima fica evidente o conflito existente entre propriedade e moradia. E, conforme o próprio desembargador, com muita propriedade, abordou, a moradia envolve a questão da dignidade da pessoa humana, este o mais abrangente princípio constitucional e, particularmente, no direito de família, consiste na garantia de evolução de seus membros, na manutenção familiar duradoura. Tem-se aí o fundamento da justiça social, da liberdade e da paz.

---

<sup>2</sup> Grande extensão de terras, geralmente improdutivas ou escassamente exploradas por lavradores, a benefício do proprietário.

## 2 USUCAPIÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, CONCEITO, FUNDAMENTOS E ESPÉCIES

Do latim *usucapio*, de *usucapire* (usucapir), a palavra usucapião exprime o modo de adquirir pelo uso, ou adquirir pela prescrição (DE PLÁCIDO 1991, p. 442) do direito de reaver a propriedade. Da análise literal, a denominação encontra sua origem pela junção de duas palavras: *usu* significando pelo uso, e *capere*, verbo traduzido por tomar. Não há dúvidas que as raízes históricas da usucapião encontram-se no Direito Romano (ARAÚJO, 2003, p. 33). Neste sentido ressalta Nelson Luiz Pinto (1987, p.49) que o surgimento da usucapião se deu: “no Direito romano, com fito de proteger a posse do adquirente imperfeito, que recebera a coisa sem as solenidades necessárias, de acordo com a legislação vigente àquela época”. Era a transmutação de uma situação fática em jurídica, desde que obedecidas as condições determinadas pelo *ius civil*.

Estudiosos, em sua maioria, tratam do instituto da usucapião originariamente no direito romano com fundamento na Lei Romana das XII Tábuas, em 300 a.C., com a posse prolongada por um tempo determinado.

Estavam sujeitos a essa forma de aquisição da propriedade as coisas (ARAÚJO, 2003) móveis e imóveis, cujos prazos, a princípio seriam de um ano para estes e dois anos para aqueles, tendo em vista a dimensão do território de Roma. Nesse momento, a posse não poderia ser adquirida pela violência, clandestinidade ou precariedade; o cumprimento se dava através da boa-fé e do justo título.

A finalidade residia em dar cabo a incerteza quanto ao titular do domínio acarretando a perda do bem para o proprietário inerte (ARAÚJO, 2003). Contudo, a usucapião tinha como objeto apenas as coisas suscetíveis à propriedade quiritária, pertencentes ao cidadão romano (SERAFINI apud ARAÚJO, 2003).

No Brasil, em 1889, com a nomeação de Clóvis Beviláqua, iniciou-se a elaboração do esboço do Código Civil, o qual durante 15 anos foi amplamente discutido, quando de sua aprovação passou a correr sua efetiva vigência ao ano de 1916, sendo objeto posterior de inúmeras alterações, sobrevivendo a lei nº

10.406/2002, então, denominada de novo Código Civil e que atualmente consta em vigor.

A propriedade, com o atual Código, passou a ser um dever e não mero direito. Pelo interesse coletivo e através da função social da propriedade apareceram as limitações, especialmente à posse-trabalho que tanto é, em alguns casos, a base essencial para a diminuição dos prazos para a aquisição da propriedade pela usucapião, quanto, em outros, constitui condição fundamental.

O vocábulo usucapião, não obstante ser considerado, por alguns, do gênero masculino, contudo, o Código Civil, a fim de não levantar dúvidas acerca do gênero gramatical, adotou o termo no feminino.

O autor do projeto do Código Civil, Clóvis Beviláqua (1956), a conceituou como a *aquisição do domínio pela posse prolongada* (PEREIRA, 2003, p.138). Declarando, da mesma forma, Roberto Senise Lisboa (2005, p. 227), traz o entendimento que: “*Usucapião* é forma de aquisição de algum direito real sobre coisa móvel ou imóvel, pelo decurso do tempo”. Também é definida no *Novíssimo dicionário jurídico brasileiro*, como: “modo de adquirir a propriedade, pela posse pacífica durante certo lapso de tempo, com o concurso dos requisitos que a lei estabelece para esse fim” (ORLANDO, 1959, p. 274).

Logo, a usucapião consiste em modo originário – pelo qual a transferência se dá de forma plena, sem restrição ou, qualquer espécie de ônus – de aquisição da propriedade de qualquer bem suscetível de domínio, bem como de alguns direitos reais (DONIZETTI, 2012, p. 734).

Acabar com as incertezas da propriedade é o fundamento da usucapião. A posse é o fato objetivo e o tempo, a força que opera a transformação do fato em direito, devido ao preceito prefixado, que nos mostra o direito subjetivo, o transcurso do período e o feito do homem por meio da posse, possibilitando a aquisição da propriedade pela usucapião.

Maria Helena Diniz (2006, p. 160) retrata o fundamento desse instituto, qual seja:

Garantir a estabilidade e a segurança da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas ou contestações a respeito e sanar a ausência de título do possuidor,

bem como os vícios intrínsecos do título que esse mesmo possuidor, porventura, tiver.

O Código Civil prevê quatro modalidades de usucapião: a extraordinária, a ordinária, a especial urbana e a especial rural ou *pro labore*. No presente trabalho, a análise será feita sobre a luz da usucapião especial urbana.

### **3 A USUCAPIÃO FAMILIAR E SUAS PECULIARIDADES**

A Lei 12.424/11 publicada em 16 de junho de 2011, dentre suas inovações, inaugurou mais uma modalidade de usucapião, a qual vem sendo chamada de Usucapião Familiar, ao acrescentar o artigo 1.240-A, no texto do Código Civil, cujo teor passa a exprimir:

Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (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.

Essa forma possibilita que um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros insurja contra o outro o direito de usucapir a parte que não lhe pertence.

A repercussão é notória. Do ponto de vista constitucional, nota-se uma significativa ratificação do direito de moradia previsto no artigo 6º da Constituição. Na matéria de direito civil, especificamente dos direitos reais, uma inovação na usucapião especial urbana e ainda, no direito de família uma penalidade para aquele que abandonar a família, destacando-se os deveres, da união estável ou do casamento.

Não de forma diferente, também nessa modalidade, requer que quem seja proprietário abandone, abstenha-se da prática de atos que lhes são intrínsecos, quais sejam: uso, gozo, fruição ou reivindicação. Contudo, se a parte que não esteja no imóvel tomar alguma medida direcionada à preservação do bem, o abando não

restará configurado. Exemplo prático é do companheiro ou do cônjuge que ajuíza demanda a fim de arbitrar o valor do aluguel devido ao uso privativo da coisa comum.

A título exemplificativo, não poderá, evidentemente, tratar-se da usucapião familiar, a hipótese na qual a mulher que, para se proteger, faça uso das prerrogativas presentes na Lei Maria da Penha<sup>3</sup>, constantes do artigo 22, como: frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida, contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação, aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor, dentre outras. A aquisição da propriedade por meio da usucapião será configurada por qualquer outra modalidade, exceto pela prevista no artigo 1.240-A da Lei 12.424/11.

Da mesma maneira em que, tratando-se das medidas protetivas de urgência à ofendida conforme o disposto no artigo 23 da Lei Maria da Penha, nas situações em que o juiz decidir pela recondução da ofendida e de seus dependentes ao domicílio correspondente, após a retirada do agressor; determinar que a ofendida seja afastada do lar, sem a perda dos direitos atinentes aos bens, aos alimentos e à guarda dos filhos; ou por fim decretar a separação de corpos, o abandono não estará presente.

O escopo do legislador foi, sobremaneira, garantir o direito à moradia do cônjuge ou companheiro que veio a suportar o abandono por parte do outro. Para isso, favoreceu-se a aquisição da propriedade do imóvel familiar através da usucapião.

Os pressupostos para tal espécie, como se percebe pela letra do artigo são: o imóvel com área máxima de duzentos e cinquenta metros quadrados, cuja utilização seja para a moradia de duas pessoas casadas ou que vivam em união estável.

Neste ponto, é fundamental salientar que, nos dias atuais, tanto a doutrina e a jurisprudência, como a lei, tem entendido a concepção de família essencialmente

---

<sup>3</sup> Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.

como relação de afeto, decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua<sup>4</sup>.

Ainda que a palavra afeto não esteja presente no texto constitucional, o mesmo foi objeto de proteção pelo Poder Constituinte Originário, como ensina Maria Berenice Dias (2009, p. 69):

(...) ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

De modo geral, a sociedade, se mostra um pouco mais transigente, ao admitir maiores liberdades aos indivíduos e permitindo a escolha da construção familiar que atenda melhor às necessidades de cada um, deixando para trás antigas formalidades, como o casamento civil, que já foi considerado essencial para a formação da família.

Hoje, quando a lei traz como requisito para a usucapião familiar imóvel urbano para a moradia própria ou de sua família, seja pelo regime do casamento ou da união estável, engloba, igualmente, as pessoas homoafetivas.

O Supremo Tribunal Federal, no dia 4 de maio de 2011, iniciou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277, proposta pela Procuradoria Geral da República - PGR, juntamente com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, proposta pelo governo do Rio de Janeiro, em razão de as duas ações abordarem o mesmo tema central, qual seja, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Sobre o tema, o Ministro Relator Ayres Britto (2012) argumentou que:

[...] se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade

<sup>4</sup> É o chamado modelo de família eudemonista.

tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo [...]

Também é pressuposto a existência do abandono do lar por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros. O fragmento “ex” denota a ideia de que a união estável ou o casamento foram rompidos de fato ou de direito. A extinção de direito se vale da recorrência aos meios judiciais ou extrajudiciais, indicando a existência de sentença ou escritura pública declarando o fim da união estável; ou, até mesmo, sentença ou escritura pública de divórcio ou separação de direito, quanto liminar em medida cautelar de separação de corpos.

A extinção de fato consubstancia-se na separação de corpos, com a saída do lar por uma das partes, correndo a contagem do prazo a partir da caracterização do abandono.

A separação de fato tem sido acatada como causa para a constatação do término da sociedade conjugal e do regime de bens. Para tanto, o Superior Tribunal de Justiça (2010) deliberou:

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.

O imóvel pode pertencer ao casal em condomínio ou em comunhão. Caso a união seja pelo regime da separação total de bens e ambos adquiriram o bem, não haverá condomínio, e não comunhão, podendo o bem ser usucapido. Da mesma forma, se a mulher ou o marido, a companheira ou o companheiro, cujo regime seja o da comunhão parcial de bens obtiver um imóvel depois do casamento ou originada a união, o bem será comum (comunhão do aqesto) e, também, poderá ser usucapido por um ou por outro. Entretanto, se casados pelo regime da comunhão universal de bens, os bens os que precedem e que forem posteriores ao casamento, obtidos por algum título, considerar-se-ão comuns e então, poderão ser usucapidos.

Além disso, a parte que permanecer no lar deverá exercer uma posse mansa, ininterrupta e pacífica por pelo menos dois anos a partir do abandono do lar pela outra parte.

A posse comum não experimenta a utilização do instituto, cuja aplicação somente será possível se o bem seja propriedade dos cônjuges ou companheiros; do contrário, ambos terão o direito a usucapir e não apenas do que exerceu a posse direta no imóvel.

Ressalta-se, com efeito, tratar-se do menor prazo de usucapião previsto em todo o nosso ordenamento, a contar da separação, dissolução de fato; consequência da modernidade, na qual a celeridade entremeia as relações humanas.

A parte inocente, também, não poderá ser proprietária de outro imóvel urbana ou rural. Aqui, a moradia que é privilegiada e não o trabalho. Por esta razão, o artigo ora mencionado aparece como instituição do programa do Governo Federal “Minha casa, Minha vida”.

Outro aspecto relevante é o fato da parte inocente não poder ser beneficiada pelo mesmo instituto, mesmo que no tocante a outra relação afetiva. Neste caso, só poderá usucapir o bem por outra modalidade, seja ela prevista no Código Civil como, por exemplo, pela usucapião extraordinária, presente no artigo 1.238, CC/02, seja pela Constituição, conforme artigo 183 (usucapião especial urbana).

#### **4 POLÊMICAS ENTORNO DA USUCAPIÃO FAMILIAR**

Quando da publicação da Lei nº 12.424 em 16 de junho de 2011, alguns apontamentos notáveis e analíticos foram observados frente à edição da aludida lei, cujo acréscimo se deu no Código Civil pelo artigo 1.240-A, com a criação usucapião familiar.

O estímulo ao debate é evidenciado, precisamente, em torno do requisito abandono do lar do ex-cônjuge, do ex-companheiro; o qual deve ser provado pelo usucapiente vinculado ao cônjuge ou ao companheiro, este até o momento coproprietário do bem de raiz, a fim de demonstrar o lapso temporal da renúncia à moradia.

A essência da prescrição legal é basicamente salvaguardar aquele que mantém a posse no bem por pelo menos 02 (dois) anos. Contudo, o legislador foi infeliz ao utilizar o termo abandono do lar, posto que para a eficácia do ditame, a expressão supracitada deverá ser entendida como abandono patrimonial, ou seja, o não desempenho dos atos possessórios sobre determinado bem, quais sejam, uso, gozo, disposição ou reivindicação.

O art. 1.240-A do Código Civil estabelece a volta da polêmica entorno do elemento da culpa no término da relação, a fim de configurar o abandono de lar, quando, a jurisprudência, a doutrina, e, de certa forma, a lei, com o advento da EC 66/10<sup>5</sup> - que então desenraizou o instituto da separação do ordenamento jurídico vigente, quando evidente a impropriedade da discussão quanto à existência ou não de culpa pela separação de um casal - repelem tal discussão, pois viola contra a dignidade da pessoa humana, senão, impossível de ser travada ante a inexistência de culpados pelo desamor (DIAS, 2009).

Esse instituto se revela patrimonialista e de controle moral. Controle moral, pela volta da discussão da culpa sobre o fim de relações íntimas no seio do Poder Judiciário e, ainda, patrimonialista, com implicação no fim da comunicação patrimonial e na perda do patrimônio, ambas as situações previstas em lei.

O STJ (2006), neste sentido, também se manifesta, referenciando em seus julgados a decisão:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE. – A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. – Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem consequências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.

---

<sup>5</sup> Dá nova redação ao § 6º, art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Assim, o art. 1.240-A do CC/02, a partir do entendimento daqueles que julgam ser a norma uma forma de ressurgimento da discussão do elemento culpa no fim do relacionamento, veem aí uma grande afronta ao princípio constitucional da vedação do retrocesso, havendo a imposição de regras à produção e interpretação da legislação a fim de não recepcionar e tornar inconstitucional as incongruências com o texto expresso, como também, especificar ao legislador a exibição de diretrizes de acordo com os valores fundamentais, proibindo retrocessos.

O Direito de Família brasileiro nem sob a fachada da função social da propriedade tolerou a intervenção do Estado de maneira descabida na vida privada, constituindo como infração a violação da dignidade da pessoa humana.

Ao ressuscitar o debate da culpa pela separação de fato, evidencia-se um retrocesso jurídico, visto que se encontra finalizada tal matéria pela jurisprudência e, sem dúvida, agressão aos direitos constitucionais, em especial, o direito à proteção do patrimônio e o direito da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a inovação fomenta a divisão instantânea de bens tanto quanto os litigantes resolvam separar-se de fato, propiciando uma notável segurança ao patrimônio e à vida dos abarcados na relação conjugal, não obstante, lamentavelmente, as buscas constantes, por ex-cônjuge ou companheiro com o intento de concluir a partilha justa de bens, porque seguidamente o rompimento amoroso passa à insciência das circunstâncias do ex-parceiro.

Todavia, de maneira implícita e recorrente, a razão pela qual a saída dos lares ocorre inesperadamente se conecta aos constrangimentos, às ameaças, às agressões, físicas ou morais e, desta forma, caracteriza uma genuína e imposta exclusão do domicílio. Assim, impossível será o remanescente se favorecer de sua particular sordidez e, com isso, usucapir o imóvel, caso em que o coproprietário é a vítima.

Ademais, é eminente o anseio da sociedade ao estabelecer um sentido do abandono do lar frente à função social da propriedade e não conexas ao devaneio da culpa pelo desfazimento da união efetiva. Ricardo Henrique Pereira Amorim (2012) se manifesta:

ou seja não é de se analisar se o abandono de fato caracterizou culpa, ou se a evadir-se foi legítimo ou até mesmo urgente. Buscará apenas qual dos dois permaneceu dando destinação residencial ao imóvel e pronto, independente da legitimidade da posse e do abandono.

No entanto, existem posicionamentos que vão contra tal perspectiva, ao admitir ser a usucapião familiar meio hábil para penalizar o cônjuge, o companheiro que deixou o lar, ressurgindo o debate acerca da culpa no fim do relacionamento conjugal. Diante do apontamento Simone Murta Cardoso (2012) expressa: "noutras palavras, o cônjuge que abandona o lar, portanto o culpado pela dissolução da sociedade conjugal poderá sofrer uma sanção patrimonial através da perda da propriedade de sua parte no imóvel do casal, independente da fração do imóvel que lhe pertença".

Na mesma ótica, cabe aqui destacar que, além do abandono, é pertinente que cônjuges e companheiros estejam separados de fato, devido ao fato de que existindo solicitação de divórcio ou então pedido de dissolução de união estável, nos 02 (dois) anos seguintes, subsiste o protesto pelo abandonado em relação ao imóvel ocupado. Em consonância à explanação, é imperioso discorrer que tanto a doutrina quanto a jurisprudência se situavam na direção de que era admissível a ocorrência do instituto da usucapião entre cônjuges, como se infere a partir do seguinte parecer:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REAIS E FAMÍLIA. USUCAPIÃO ENTRE CÔNJUGES. SEPARAÇÃO DE FATO. SENTENÇA EXTINTIVA, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. - RECURSO DA AUTORA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL CARACTERIZADA. Alegado abandono da família e patrimônio pelo marido há mais de 20 anos. Prescrição e prazo para a usucapião. Naturezas jurídicas distintas. Inaplicabilidade literal do art. 168, I, do CC/16 ou art. 197, I, do CC/02. Interpretação extensiva dos dispositivos inviável. Fim da norma de suspensão não atendido. Posse aparentemente exercida exclusivamente e não em razão da mancomunhão. Carência de ação afastada. – Sentença cassada. Recurso Provido

- A considerar a natureza jurídica distinta da prescrição e do prazo para aquisição propriedade por usucapião, sendo equívoca a utilização da expressão "prescrição aquisitiva" como ensinam Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, não há aplicar, em razão da interpretação literal, as causas de suspensão da

prescrição previstas no art. 168, I, do CC/16 ou no art. 197, I, do CC/02.

- Não obstante se reconheça a possibilidade de aplicação extensiva dos dispositivos citados, por meio de interpretação teleológica, ao prazo da usucapião, inviável utilizar desse expediente quando, em tese, não há relação afetiva familiar ou harmonia entre as partes a serem preservadas – fim precípua da causa de suspensão da prescrição entre os consortes.

- Nessas hipóteses excepcionais, se a posse exercida por um dos cônjuges sobre o bem não decorre da mancomunhão (como acontece, e.g., na mera tolerância do outro enquanto não realizada a partilha ou somente em razão da medida de separação de corpos), mas sim de forma exclusiva em virtude do abandono pelo esposo da família e bens há mais de 20 anos, não se vê impossibilidade jurídica do pleito de usucapião entre cônjuges (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 2010).

Pelo descrito impende observar que as situações de distanciamento do cônjuge ou do companheiro por motivos de trabalho devem ser afastadas, pois tem como objetivo a obtenção da sobrevivência de sua família. Semelhante atitude deve ser tomada a partir de uma determinação judicial, nos casos em que há violência doméstica, não estando o abandono configurado.

Na ocasião apresentada o elemento subjetivo de voluntariedade do ato e o propósito de não voltar para o lar, sem uma razão que explique tal situação não existe. A decisão do juiz que impede o companheiro, o cônjuge de se manter no imóvel elimina a dimensão subjetiva, visto que procura resguardar a integridade física e psicológica da vítima, como se depreende das medidas cautelares da Lei Maria da Penha e que dispõe sobre a violência doméstica. Cardoso (2012) compartilha da mesma ideia, ao destacar que: "muitas vezes, deixa-se o lar para preservar a integridade física e psicológica de um dos cônjuges ou dos filhos, em virtude mesmo de decisão judicial. E sendo este um afastamento compulsório, não se pode dizer configurado o abandono".

O autor Flávio Tartuce (2012), em concordância, aduz que "em havendo disputa, judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse *ad usucapionem*, não sendo o caso de subsunção do preceito". Não permanece vedação alguma para o cônjuge ou o companheiro que abandonou o lar cientifique o ex-companheiro anualmente, com o intuito de revelar o problema havido referente ao bem, afastando, conseqüentemente, a contagem do lapso temporal. Tem-se aí

procedimento capaz de banir o prazo relacionado no artigo 1.240-A do Código Civil, já que, por esta razão, fica provada a atuação daquele que cobiça se revoltar contra o cônjuge/companheiro abandonado, o qual guarda o domínio pela continuidade no imóvel conjugal.

Por todo o exposto, deduz-se ser a usucapião familiar ferramenta de enorme utilidade para a realização da justiça social, que necessita de aprimoramentos para alcançar a efetividade plena, contudo, até o momento, viabiliza um futuro melhor para a sociedade brasileira.

Que a usucapião familiar seja, assim, um instituto que sustente maior segurança jurídica patrimonial aos interessados, porém não constitua aditamento antiquado de ilusões e argumento para a volta da já superada culpa.

## CONCLUSÃO

Assim como observamos a inexistência de um conceito taxativo para propriedade, tem-se que seu uso também não pode ser indiscriminado. Fazem necessárias diversas limitações quando da sua aplicação, como por exemplo, limitação constitucional exercida através da desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social. As limitações predominam do público para o privado com a finalidade de evidenciar a marca já asseverada da função social.

Apesar da propriedade e da moradia estarem interligadas, enquanto esta não se trata de uma escolha, mas sim da dignidade da pessoa humana, aquela revela-se na questão do espaço e do tempo. Seja como for, a vida sempre deverá prevalecer com dignidade para a manutenção da família.

Ao tratarmos da propriedade sob o aspecto da Usucapião, temos a utilização de um dos mecanismos mais efetivos quanto à promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, consubstanciados na ideia ampla de razoabilidade quanto ao mínimo necessário para sua existência. Reformulando, temos na propriedade o platô sobre o qual devem ser observadas as ferramentas mais pertinentes a adequar a garantia a quem de fato e de direito a detém sem, todavia, deixar de utilizá-la com o intuito de promover o bem estar e o equilíbrio social.

Tem-se que os grandes avanços normativos ligados à propriedade, em especial no Brasil, ocorreram sempre sobre o bojo da mencionada, Reforma Agrária, de forma que a partir de então se passa a premiar o conceito de função social da propriedade, ao passo que se esta não atende a quem de fato e de direito a detém, deva ser utilizada para o bem comum, amplo, geral, servindo assim a quem de fato e de direito não a detenha, mas dela necessite.

O tema será sempre recorrente e inesgotável, vez que com o passar do tempo torna-se mais complexa a definição do entremeio basilar que posicione o quantum deve ser promovido um conceito em detrimento do outro, o quanto devemos atentar à questão da propriedade propriamente dita sem ferirmos os conceitos constitucionais dos direitos da sociedade.

É possível que outras formas de Usucapião surjam, ou mesmo que as modalidades atuais sofram modificações substanciais. Devemos aqui considerar o entendimento de Peter Häberle quanto à interpretação aberta da Constituição. Essa forma de hermenêutica ampla, por mais que resistida por muitas escolas, é a responsável pela evolução plena do direito. Tão logo a norma observe os contornos sociais, se dará, pela doutrina ou pelos operadores diretos do direito, adequar-se àquilo pelo que urge a sociedade. Não se pode assim olvidar a possibilidade ampla de constantes alterações quanto ao tema propriedade e suas especificidades.

De fato, nem tanto aos céus, nem tanto a terra como no aclamado ditado popular. Correto que a Constituição defenda os interesses do particular e que a norma infraconstitucional assim siga, mas também segue por correto o atendimento da Constituição ao “ente coletivo” e suas necessidades. De tal feita, o atual entendimento jurisprudencial e doutrinário, como se tem observado segue a linha de moldar os conceitos adequando-os aos parâmetros que os já mencionados contornos sociais exigem.

De certo, que sejam eleitos os diretos emergenciais, cruciais, sempre considerada a isonomia e o equilíbrio que a norma jurídica visa promover.

Propriedade é tema presente desde quando da humanidade se tem conhecimento, não imaginemos que outrora fora diferente nem que futuramente deixará de ser.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre: Síntese, 1999. v. 17. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/index.php?doKey=true&idcanal=24319>>. Acesso em: 03/2012.

AMORIM, Ricardo Henrique Pereira. Primeiras Impressões sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas Implicações no Direito de Família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 03/2012.

ARAÚJO, Fábio Caldas. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Brasil. Código civil, 2002. Código civil. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

BEVILÁCQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CARDOSO, Simone Murta. Uma nova modalidade de usucapião. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2.948, 28 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 03/2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 17. ed. Saraiva: São Paulo, 2006. v. 4.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA Felipe. **Curso didático de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

ORLANDO, Pedro. **Novíssimo dicionário jurídico brasileiro**. São Paulo: LEP, 1959. v. I-II.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Campinas: Russell, 2003. tomos I e II.

PINTO, Nelson Luiz. **Da ação de usucapião**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 4.5.2011, voto do Rel., p. 20 e 21. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 03/2012.

STJ. EREsp 466329 (2004/0166475-2). Rel.: Min. Barros Monteiro. DJ 01/12/2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20060/usucapiao-e-direito-de-familia>>. Acesso em: 03/2012.

STJ, REsp 1065209/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 16/06/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14634120/recurso-especial-resp-1065209-sp-2008-0122794-7>>. Acesso em: 03/2012.

TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 03/2012.

TJRGS, 19ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 598360402, Des. Guinther Spode, Redator para o acórdão, j. 6.10.1998. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/listagem-de-artigos/272-artigos-dez-2001/6234-do-desforco- imediato-em-defesa-da-posse>>. Acesso em: 03/2012.

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Terceira Câmara de Direito Civil/ Apelação Cível nº 234708/ Relator Desembargador Henry Petry Júnior/ Julgado em: 11.11.2010. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br/materias/doutrina-civil/novel-instituto-usucapiao-profamilia>>. Acesso em: 03/2012.