XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

RICHARD PAE KIM

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Richard Pae Kim, Tereza Cristina Monteiro Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-155-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Apresentamos aos leitores a obra resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito Civil Constitucional I, selecionados no XXV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), Universidade Católica de Brasília (UCB), pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), com apoio da CAPES e CNPq, com o tema "Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo", realizado em Brasília - DF, entre os dias 6 e 9 de julho de 2016.

Temos a honra de prefaciar essa obra que reúne um instigante conjunto de artigos elaborados por pesquisadores de diversas Instituições de Ensino Superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho e que se oferecem à crítica da comunidade jurídica, espelhando o pensamento de seus autores, por meio do exercício da liberdade e do pluralismo, pilares de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos princípios e valores constitucionais que lhe dão suporte.

O leitor encontrará textos com diversidade de enfoques doutrinários, ideológicos e metodológicos sobre temas de interesse teórico e prático do Direito Civil Constitucional, seja nas relações jurídicas subjetivas existenciais, seja nas relações jurídicas patrimoniais.

Os trabalhos, em sua expressiva maioria, promoveram abordagem interdisciplinar, com enfoque no diálogo das fontes, buscando amparo nas normas constitucionais e infraconstitucionais, com o escopo de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Verifica-se, ainda, que com pressupostos estruturados em hermenêutica constitucional, os temas foram abordados a partir de inovações e polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais do Direito Civil e da legislação especial, além da doutrina estrangeira especializada.

Devem, por fim, ser rendidas homenagens e manifestados agradecimentos a todos que contribuíram para esta importante iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo empenho dedicado às pesquisas desenvolvidas, que culminaram na elaboração da presente obra coletiva.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Richard Pae Kim - Universidade Metodista de Piracicaba

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - Faculdade de Direito Milton Campos

A INCONSTITUCIONALIDADE DO USUCAPIAO ESPECIAL URBANO POR ABANDONO DE LAR: ANÁLISE CRÍTICA E SUGESTÕES PARA APRIMORAMENTO DO INSTITUTO.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF ADVERSE POSSESSION SPECIAL FOR URBAN HOUSEHOLD ABANDONMENT: CRITICAL ANALYSIS AND SUGGESTIONS FOR IMPROVEMENT OF THE INSTITUTE.

Jorge Rachid Haber Neto [1]

Resumo

Serão explicadas as inconstitucionalidades e impropriedades que o instituto possui, a fim de que se dê uma abordagem mais enfática a luz das interpretações teleológica e, sobretudo, constitucional da nova modalidade de aquisição derivada de propriedade imobiliária.

Palavras-chave: Palavras-chave: usucapião especial urbana por abandono de lar, Inconstitucionalidade, Efetividade, Aprimoramento

Abstract/Resumen/Résumé

The unconstitutional improprieties and that the institute has will be explained in order to give it a more emphatic approach the light of teleological interpretations, and especially the new constitutional form of derivative acquisition of real property.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Key-words: special urban adverse possession by abandoning home, Unconstitutional, Effectiveness. improvement

[1] Mestrando pela Escola Paulista de Direito -EPD. Tabelião de Notas e Oficial de Registro Civil de Nova Guataporanga - São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº. 12.424/2011 acrescentou o artigo 1.240-A do Código Civil vigente e instituiu uma nova modalidade de usucapião no direito brasileiro, origem da conversão da Medida Provisória nº. 514/2010, o denominado usucapião especial urbano por abandono de lar.

Assim, a partir da alteração legislativa mencionada o Código Civil passou a exigir sete requisitos/pressupostos para que ocorre esta modalidade de aquisição de propriedade, a saber: 1) Exercício por 2 (dois) anos ininterruptos de posse; 2) Sem oposição; 3) Posse direta; 4) Imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar; 5) Fins de moradia ou de sua família; 6) Não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural e 7) Não reconhecimento ao mesmo possuidor mais de uma vez do mesmo direito de usucapião.

Na verdade, este instituto acompanha uma tendência legislativa de desburocratização das relações familiares, à semelhança da separação, divórcio, inventário e partilha extrajudiciais.

Contudo, apesar da aparente simplicidade e segurança jurídica que o legislador visou atender, grande discussão objeto de análise doutrinária e jurisprudencial ocorre acerca da constitucionalidade do dispositivo por conta da (re)discussão de culpa quando da extinção dos casamentos ou das uniões estáveis, sejam de pessoas do mesmo sexo ou não.

Se por um lado, o usucapião por abandono de lar é um instrumento para evitar que o ex-cônjuge ou o ex-companheiro desapareça e inviabilize a alienação do imóvel do outro ex-cônjuge ou o ex-companheiro,em sentido diverso ele desproteje, por exemplo, eventuais filhos pela maior disponibilidade que o patrimônio dos pais que de certa forma lhes beneficia.

Dessa forma, a usucapião por abandono de lar, embora instituto de direito real, influência diretamente no direito das famílias, na medida em que se polemiza a superada questão da culpa quando do término das relações sociais, sejam estas formais ou informais.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DO USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO POR ABANDONO DE LAR

2.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Como já aduzido, a usucapião por abandono de lar foi instituída pela lei nº. 12.424/2011 que trata do Programa Minha Casa Minha Vida, do Governo Federal.

Não há urgência formal que justifique a sua criação através de medida provisória já que esta última deve ocorrer apenas em situações atípicas efetivamente emergentes e não por intermédio de desvirtuamento cotidiano do instituto, padecendo, assim, de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.

Nesse sentido, entende Leandro Gallon[1]:

> No entanto, enfocando a discussão somente sob o ponto de vista da inconstitucionalidade formal da inserção realizada no Código Civil, é possível concluir que há ausência do requisito da urgência. Ora, a criação de uma nova modalidade de usucapião, por meio de medida provisória, além de restringir a imprescindível discussão a respeito do novo instituto e as suas consequências, foi incluída em ato normativo que versava sobre outro assunto – o PMCMV. Aliás, a nova usucapião, da maneira como foi instituída, não tem nenhuma referência com o programa governamental, destinado à construção de moradias nas zonas rural e urbana. E é induvidoso que a medida provisória composta de temas diversos, por si só, é eivada de inconstitucionalidade. E, se não bastasse isso, fazia-se necessário o debate do tema, sob a forma de projeto de lei, nas duas Casas Legislativas, em tempo adequado, com a realização de diversos estudos, e jamais da maneira como aconteceu, por meio do açodado e excepcional procedimento da medida provisória.

Logo, a conversão da medida provisória em lei sem motivo constitucional relevante de urgência caracteriza factível burla ao processo legislativo, cuja vicissitude não convalesce no decurso do tempo por ser matéria de ordem pública e de interesse coletivo.

2.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Inicialmente, é importante salientar que a questão da (in)constitucionalidade material da usucapião familiar não é pacífica, existindo entendimento doutrinário em favor de sua utilização e aplicabilidade, conforme afinca Cézar Peluso[2], na obra Código Civil comentado:

> Discute-se até mesmo a inconstitucionalidade da usucapião familiar, por suposta violação ao art. 226, §6º, da CF, em especial após o advento da EC n. 66/2010. Apesar do descompasso da usucapião familiar com os novos rumos do direito de família, não há como afirmar a sua inconstitucionalidade, por múltiplas razões. A primeira delas é que ainda persiste na doutrina acesa divergência sobre o desaparecimento da separação judicial do ordenamento jurídico. Há quem afirme a persistência de tal figura, mesmo após o advento da EC n. 66/2010, com fundamento na autonomia privada dos cônjuges, que por razões íntimas ou religiosas, ou mesmo antevendo futura reconciliação, podem optar pela separação, em vez de pedirem diretamente o divórcio, como agora permite o art. 226, §6º, da CF. Embora pessoalmente não comungue de tal ponto de vista, para

[1] GALLON, Leandro Ambros. Reflexões sobre a inconstitucional usucapião instituída com as

[2] PELUSO, Cézar. **Código Civil Comentado:** Doutrina e Jurisprudência. 7ª Edição Revisada e Atualizada – Barueri, São Paulo: Manole, 2013, p. 1223 e 1224.

> aqueles que o defendem, em tese, ainda se encontra aberta a porta da separação judicial, inclusive a litigiosa e, por tabela, questões e efeitos da culpa de um dos cônjuges. A segunda – e mais forte – razão para não reconhecer a inconstitucionalidade da usucapião familiar é que a sua função, 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 d uma partilha. Garante-se o direito à moradia, de estatura também constitucional (art. 6º da CF), pela via originária da usucapião. A expressão abandono de lar deve ser entendida não em seu aspecto meramente físico, de alguém deixar de morar com o seu consorte sob o mesmo teto. A leitura que se faz da expressão abandono de lar, com os olhos postos na CF, somente pode ser interpretada como abandono da família, deixando-lhe de prestar assistência material e moral. É o caso do ex- marido ou ex-companheiro que, apesar de afastarem-se da moradia conjugal, continuama a prestar assistência ao outro consorte e aos filhos comuns, bem como participar da criação e da educação dos filhos. Não faz sentido que nessa hipótese incida a sanção de usucapião bienal, que somente viria a estimular litígios em situações já estabilizadas.

Entende-se, contudo, que no intuito de proteger o seio familiar, o legislador acabou por reabrir a discussão acerca dos motivos da dissolução do casamento ou da união estável, o que seria um retrocesso em face da Emenda Constitucional nº. 66/10, que aboliu os prazos para o divórcio e separação de um modo geral.

Além disso, a limitação à imóveis urbanos e a metragem de duzentos e cinquenta metros quadrados parece ser desarrazoada. Imóveis rurais também podem ser considerados bens de família passíveis de tutela pelo artigo 1.240-A ao Código Civil, obedecidos, em todo caso, o limite mínimo legal estabelecido para o modulo rural da região. Interpretação em sentido contrário ensejaria em discriminação em razão do lugar ou econômica e violadora dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Os pressupostos para aquisição da propriedade, e não do domínio do imóvel como diz de forma imperfeita o artigo já o primeiro é mais amplo que o segundo, podem gerar enriquecimento ilícito e sem causa de uma das partes e insegurança jurídica coletiva, principalmente porque majoritariamente a regra no direito familiar é a utilização do regime supletivo da comunhão parcial de bens e não o da separação total convencional.

Ademais, com relação ao casamento, o artigo 1.573, inciso IV, do Código Civil, aduz que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo.

Durante a constância da sociedade conjugal, nos termos do artigo 197, do

diploma civilista também não corre a prescrição aquisitiva, ficando esta impedida de início de prazo por ser exceção expressa do Código Civil. Por interpretação teleológica e proteção do seio familiar entende-se que esta mesma regra é aplicável aos ex-companheiros.

Neste particular, visualizamos certo conflito de artigos dentro da codificação civilista, sobretudo por conta do prazo de um ano e não de dois em consonância com o artigo 1.240-A.

Esta antinomia legislativa pode dar ensejo a interpretação de que em um ano contínuo se caracterizaria o abandono voluntário do lar conjugal, tendo o prazo de prescrição aquisitiva impedimento de termo inicial de contagem até que se complete um ano do abandono voluntário do lar conjugal, na hipótese do casamento. Ou seja, o casamento, de fato, teria um lapso temporal superior ao da união estável que é de dois anos para fins de usucapião pró-família.

Ainda sobre o requisito do abandono de lar o enunciado 499, da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal deu grande passo sobre o assunto e aduz:

> 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.

Aliás, no que se refere ao curto prazo especial para aquisição da propriedade através dessa modalidade de usucapiatória Vitor Kumpel[3] assevera:

> Ademais o exercício do direito de propriedade do ex-cônjuge ou companheiro não pode se estender infinitamente, uma vez que o tempo exerce grande influência no direito. Não parece situação normal, apesar de corriqueira, que alguém que tenha o domínio regular de um bem possa, levianamente, "deixar para lá" a propriedade, em uma verdadeira "supressio", sem descumprir a função social (art. 5º, XXIII, CF). O cônjuge que teve o seu lar abandonado também não pode aguardar indefinidamente em benefício do direito de propriedade daquele que se retirou, tal situação geraria instabilidade social, ademais o bem ficaria injustificadamente fora do comércio. O cônjuge residente jamais estaria seguro de seus direitos, para, por exemplo, poder negociar seu imóvel, por meio de doação,

[3] KÜMPEL, Vitor Frederico. Disponível em: <http://www.portaldori.com.br>. **(Usucapião tabular familiar – III).** São Paulo. Acesso em 31 Março 2014.

> venda ou troca. A realidade cambiante possui influência efetiva na aquisição e na extinção de direitos. Por isso o decurso do tempo deve ser eficaz na eliminação da relação jurídica cujo direito não foi exercido, dentro da função sócio-econômica da propriedade como manda a Constituição Federal (art. 170, II, III, CF). (…) Por todo o exposto, conclui-se que o instituto do usucapião tabular familiar é digno de elogios, vez que além de meio eficaz para garantir a propriedade do bem de família pelo cônjuge ou companheiro(a), funda-se nos princípios da função social da propriedade, da confiança e da segurança jurídica, inserido ainda no contexto brasileiro de reestruturação fundiária. Por fim, temos como sua decorrência uma maior circulação de bens e riquezas com segurança e celeridade.

Quanto à aplicabilidade do artigo 1.243 do Código Civil, não se visualiza a incompatibilização da aplicação do dispositivo nesta modalidade atual de usucapião, podendo ocorrer a contagem do tempo decorrido pelos antecessores, acrescentando à posse do usucapiente, ante a falta de dispositivo que determine o contrário.

Na lição de Clóvis Beviláqua Citado por Fernanda Martins[4] "o fundamento do usucapião é a posse unida ao tempo. A posse é o fato objetivo; o tempo a força que opera a transformação do fato em direito", veja-se:

> Quem lida com as questões emergentes do fim dos vínculos afetivos sabe que, havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um afastar-se, lá permanecendo o outro, geralmente aquele que fica com os filhos em sua companhia. Essa, muitas vezes, é única saída até porque, vender o bem e repartir o dinheiro nem sempre permite a aquisição de dois imóveis. Ao menos assim os filhos não ficam sem teto e a cessão da posse adquire natureza alimentar, configurando alimentos in natura. (…) Da novidade só restam questionamentos. O que significa mesmo abandonar? Será que fugir do lar em face da prática de violência doméstica pode configurar abandono? E se um foi expulso pelo outro? Afastar-se para que o grau de animosidade não afete a prole vai acarretar a perda do domínio do bem? Ao depois, como o genitor não vai ser tachado de mau pelos filhos caso manifeste oposição a que eles continuem ocupando o imóvel? Também surgem questionamentos de natureza processual. A quem cabe alegar a causa do afastamento? A oposição há que ser manifestada de que forma? De quem é o ônus da prova? Pelo jeito a ação de usucapião terá mais um fundamento como pressuposto constitutivo do direito do autor. Além disso, ressuscitar a discussão de culpas desrespeita o direito à intimidade, afronta o princípio da liberdade, isso só para lembrar alguns dos princípios constitucionais que a Lei viola ao conceder a propriedade exclusiva ao possuidor, tendo por pressuposto a responsabilidade do co-titular do domínio

[4] BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. 170 p. Citado por Martins, Fernanda da Silva. **A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL**: a volta da culpa?

> pelo fim da união. Mas qual a solução para evitar a penalidade? Por cautela devem cônjuges e companheiros firmar escritura reconhecendo não ter havido abandono do lar? Quem sabe antes de afastar-se, o retirante deve pedir judicialmente a separação de corpos. E, ainda que tal aconteça, não poderá aquele que permaneceu no imóvel questionar que o pedido mascarou abandono? Pelo jeito será necessário proceder a partilha de bens antes do decurso do prazo de dois anos. Mas talvez se esteja simplesmente retomando o impasse originário: vender o bem ainda que a metade do valor apurado não permita a aquisição de um imóvel.

Desta feita, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, vedação ao retrocesso social e boa-fé objetiva, após o fenômeno da constitucionalização no direito civil, não é mais cabível a (re)discussão de dolo ou culpa nas relações familiares, sob pena de, inclusive, gerar um prejuízo maior tal como uma espécie de "responsabilidade objetiva sobre o direito real de propriedade" do ex-cônjuge ou ex-companheiro.

3 QUESTÕES PROCESSUAIS

3.1 COMPETÊNCIA.

Merece ser afastada a competência das Varas de Família. É que embora a material esteja conectada com o casamento e a união estável, a usucapião é instituto de direito real imobiliário, sendo da competência do foro da situação do imóvel ou da coisa, em consonância com o artigo 95, do Código de Processo Civil. Assim, é da competência das Varas Cíveis das comarcas dos bens imóveis, sem prejuízo da competência das varas especializadas de Registros Públicos, nas localidades onde houverem.

Nesse sentido, foi firmado o entendimento no estado de São Paulo:

> Conflito Negativo de Competência. Ação de usucapião por abandono de lar (artigo 1.240-A do Código Civil)– Ajuizamento perante a Vara Cível – Redistribuição à Vara da Família – Descabimento – Instituto que visa o reconhecimento da posse de meação do ex-cônjuge sobre o bem imóvel do casal, fundada no abandono do lar conjugal – *Ação de direito real – Tutela de caráter exclusivamente patrimonial, que não se insere na competência da Vara especializada*. Conflito procedente - Competência do Juízo Suscitado. (TJ-SP - CC: 00036832620158260000 SP 0003683-26.2015.8.26.0000, Relator: Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público), Data de Julgamento: 11/05/2015, Câmara Especial, Data de Publicação: 13/05/2015)

Para nós, entender que o juízo de família seria o competente seria (re)discutir culpa na questão do abandono de lar, transformando os efeitos reais/registrários para relação jurídica pessoal referente ao estado das pessoas. Porém, em sentido contrário entende o

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL. COMPETÊNCIA. A ação de usucapião com base em alegação de abandono do lar conjugal envolve ex-cônjuges. Nela debate-se abandono conjugal e existência de bem comum. *Em face dessas circunstâncias, entende-se que a competência para processar e julgar tal demanda é do juízo especializado de família.* Essa conclusão vale especialmente para o caso concreto, já que a ação de usucapião é conexa (por identidade de objetos) à outra ação declaratória de qualidade sucessória e de exclusão de bens da herança que tramita perante o juízo de família. JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO. (Conflito de Competência Nº 70063771927, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 23/04/2015). (TJ-RS - CC: 70063771927 RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 23/04/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/04/2015)

3.2 EFEITOS

Quanto aos efeitos retroativos do prazo de prescrição aquisitiva da propriedade é o entendimento pacífico da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, Enunciado número 498, veja-se: "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".

No mesmo sentido, entende Frederico Neves[5] no artigo intitulado " Lei nº. 12.424/2011 – Delimitação do horizonte temporal":

> Não parece ocioso relembrar que, num estado que se pretenda democrático de direito, a segurança e a previsibilidade das situações jurídicas caracterizam-se, autenticamente, como postulados fundamentais, sem os quais a Justiça correria sérios riscos de ficar comprometida. O ex-cônjuge ou o ex-companheiro que, antes da vigência do novo regime, por qualquer motivo, tenha abandonado o lar, não podia prever, à altura, por absoluta ausência de normatividade sobre o tema, que a sua conduta, albergada ou não pela licitude, pudesse acarretar a perda superveniente dos seus direitos incidentes sobre parte do imóvel do casal. Isso, se bem se vir, é o quanto basta para que, diante da nova e ineliminável realidade, ao ex-cônjuge ou ex-companheiro retirante do lar seja assegurada à plena adaptabilidade da sua anterior conduta às novas regras já agora em vigor, isso com vistas à preservação dos seus direitos.

[5] NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. **Lei nº. 12.242/2011:** DELIMITAÇÃO DO HORIZONTE TEMPORAL. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2011/11/lei-no-12-4242011-delimitacao-do-horizonte-temporal>. Acesso em 15 setembro 2014.

Os tribunais já tem por pacífico o entendimento sobre os efeitos retroativos:

> AÇÃO DE DIVÓRCIO - ALIMENTOS EM FAVOR DO EX-CÔNJUGE - SITUAÇÃO FINANCEIRA DAS PARTES - PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR, À LUZ DO BINÔMIO 'NECESSIDADE-POSSIBILIDADE'. USUCAPIÃO FAMILIAR - ABANDONO DO LAR - ART. 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL - *PRAZO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - TERMO INICIAL - DATA DA VIGÊNCIA DA LEI* - INAPLICABILIDADE AO CASO. RECURSO DESPROVIDO. - Em que pese possa o cônjuge, uma vez solvido o vínculo matrimonial, pleitear alimentos ao outro, com fundamento no dever de mútua assistência, nos termos do art. 1.694 do Código Civil, a imposição do encargo alimentar deve perpassar, inarredavelmente, a análise do binômio 'necessidade-possibilidade', à luz do parágrafo 1º do mesmo dispositivo. Destarte, no caso em que a requerente aufere benefício previdenciário, não obstante modesto, que tem lhe assegurado a subsistência há mais de cinco anos, e, de outro lado, o ex-marido não apresenta, ao que se deflui dos autos, condição financeira superior à daquela, a ponto de lhe permitir prestar auxílio material à requerente sem prejuízo do seu próprio sustento, o pedido de alimentos formulado pelo virago não pode ser acolhido. - O prazo de dois anos da prescrição aquisitiva exigido para a usucapião familiar, fundada no abandono do lar de ex-cônjuge - modalidade introduzida no art. 1.240-A do Código Civil -, tem como termo a quo o início da vigência da Lei n. 12.424/11, pois orientação diversa permitiria que, eventualmente, aquele que abandonou o lar perdesse automaticamente a propriedade, em flagrante ofensa ao princípio da segurança jurídica. - Recurso desprovido. (TJ-MG - AC: 10702120351482001 MG , Relator: Eduardo Andrade, Data de Julgamento: 29/04/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/05/2014)
>
> USUCAPIÃO Ação de usucapião familiar - Autora separada de fato que pretende usucapir a parte do imóvel que pertencente ao ex-cônjuge - Artigo 1240-A do Código Civil, inserido pela Lei nº 12.424/2011 Inaplicabilidade. *Prazo de 2 anos necessário para aquisição na modalidade de "usucapião familiar" que deve ser contado da data da vigência da lei (16.06.2011)* - Ação distribuída em 25/08/2011 Lapso temporal não transcorrido Sentença de indeferimento da inicial mantida RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - APL: 00406656920118260100 SP 0040665-69.2011.8.26.0100, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento: 25/02/2014, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/02/2014).

Desse modo, por causar prejuízo patrimonial à pessoa não é possível se falar em efeitos pretéritos por violação ao princípio da segurança jurídica e o da não surpresa.

3.3 LEGITIMIDADE ATIVA E QUESTÕES REGISTRAIS

A necessidade de prévio registro da propriedade objeto de usucapião por abandono de lar é, ao nosso sentir, condição de validade base, de ordem pública, apta a gerar a extinção do processo sem resolução de mérito por falta do pressuposto processual de legitimidade ativa, para o manejo da modalidade de usucapião especial urbana por abandono de lar

Isto porque, diferentemente de outras modalidades de ação de usucapião, nesta existe a aquisição derivada da propriedade imobiliária que prescinde da necessidade de abertura de nova matrícula imobiliária.

Nesse sentido, o enunciado 499, do Conselho de Justiça Federal, define a qualidade destes legitimados ativos, observe-se: "As expressões "ex-cônjuge" e "ex-companheiro", contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio".

Logo, existe íntima relação do título causal anterior objeto de ingresso do registro de imóveis com a aquisição da fração ideal remanescente por parte do ex-cônjuge ou ex-companheiro usucapiente.

Se o ex-cônjuge ou ex-companheiro usucapiente é o coproprietário do imóvel e possuidor de legitimadade ativa para a propositura da ação em tela, haverá, para nós, uma aquisição derivada da propriedade imobiliária, e não originária, como normalmente ocorre, em sede de usucapião, uma vez que está integralmente ligada e dependente do vínculo jurídico anterior.

No mesmo sentido entende a doutrina de Rodrigo Salerno[6]:

> Assim, pela conceituação da usucapião, trata-se de forma originária de aquisição da propriedade, isso porque "existe uma aquisição do direito real sem vínculo causal com a titularidade anterior". Logo, "o direito de propriedade ou se adquire *ex novo* por determinação legal ou é transferido sem alienação, de modo a se não verificar o vínculo causal (...)" existente na aquisição derivada (título registrário e sucessão hereditária). No caso em estudo, em uma primeira análise e não obstante a problemática do assunto, é admissível a ideia de que o art. 1.240-A, do Código Civil trouxe uma exceção e criou, na hipótese de *usucapião especial urbana por abandono de lar*, a forma derivada de aquisição da propriedade. (…) Não obstante a complexidade da matéria, mas, tendo em vista o contexto abordado, é admissível sustentar que na *usucapião especial urbana por abandono de lar* a

[6] SALERNO, Rodrigo João Rosolim. A nova usucapião: forma originária ou derivada de aquisição da propriedade?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3144, 9 fev. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21048>. Acesso em: 19 setembro 2014.

> aquisição da propriedade dar-se-á pelo modo derivado, justamente pelo vínculo causal e pela situação jurídica das partes.

Entender de modo diverso acarretaria a quebra dos princípios imobiliários da especialidade subjetiva, disponibilidade e continuidade registral. O efeito prático de ser hipótese de aquisição derivada de propriedade é que inevitalmente ocorrerá a incidência tributária do imposto municipal de transmissão de bens imóveis a título oneroso – ITBI.

Neste ponto, ainda haveria renúncia fiscal municipal imotivada. Portanto, sob o nosso entendimento esta modalidade de usucapião seria aquisição derivada de propriedade e não originária.

Assim, a legitimidade ativa possui estreita interligação com a aquisição da propriedade na modalidade derivada tendo em vista que apenas exclusivamente o ex-cônjuge ou ex-companheiro poderão propor esta aludida ação judicial.

Outrossim, acredita-se que o legislador também possuiu interesse estatal de maior circulação de riqueza e recolhimento tributário, reconhecimento a usucapião familiar como facilitador da alienação do bem imóvel e circulação de riqueza.

Embora com o intuito de proteção a usucapião familiar poderá, na verdade, servir de instrumento facilitador da burla na alienação disfarçada entre ex-cônjuge ou ex-companheiros para aquisição de propriedade em prazo menor, qual seja, de dois anos.

O fator de diminuição dos entraves para alienabilidade do bem imóvel familiar segue em sentido contrário a proteção familiar já que muitas vezes o único reforço da não desestruturação familiar completa é a indisponibilidade do imóvel após a retirada do ex-cônjuge ou ex-companheiro do ambiente familiar.

3.4 TEORIA DO ATO-FATO JURÍDICO E SUA CORRELAÇÃO COM A USUCAPIÃO FAMILIAR

Segundo a doutrina de Pontes de Miranda, a natureza jurídica da usucapião pró-família é de fato jurídico lícito em sentido amplo enquadrada na categoria de ato-fato jurídico de aquisição de propriedade imobiliária. Isto porque independentemente da intenção do usucapiente, este adquirirá a propriedade sem a necessidade de manifestação volitiva expressa.

Nesse sentido, entendem Roberto Júnior e Roberto Filho[7]:

> Como se trata de usucapião, não é preciso que o cônjuge manifeste

[7] JÚNIOR. Roberto Paulino de Albuquerque; FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. **PRIMEIRAS ANOTAÇÕES SOBRE OS PRESSUPOSTOS E A PROCESSUALIZAÇÃO DA USUCAPIÃO FAMILIAR.** Revista de Processo | vol. 199 | p. 369 | Setembro 2011. Acesso em 15 setembro 2014.

> qualquer intenção de adquirir a meação do imóvel que pertence ao coproprietário – a aquisição decorre de ato-fato jurídico, em que a vontade é irrelevante, pois é abstraída pela norma jurídica. O suporte fático normativo dos "atos-fatos" jurídicos não tem, pois, a vontade como um de seus elementos. Basta, para sua concreção, apenas a mudança fática causada pela conduta (positiva ou negativa) humana. A vontade, nesse caso, se existir, não é juridicizada pela incidência, ficando restrita ao mundo fático.

Ainda, de forma mais profunda e especializada, a usucapião ainda pode ser classificada como ato-fato jurídico material. Nessa senda, vale transcrever os ensinamentos de Pontes de Miranda citado por Paula Braga[8]:

> Subdividem-se os atos-fatos em: a) reais ou materiais; b) indenizativos; c) ou caducificantes. Os atos-fatos reais são aqueles que trazem resultado fático normalmente irremovível. É o fato resultante que importa para configuração do ato-fato, não o ato humano. Por exemplo: se absolutamente incapaz acha tesouro enterrado no fundo do quintal do imóvel que lhe pertence, torna-se seu proprietário (pouco importa se queria ou não ser descoberto); se louco pinta quadro adquire sua propriedade (pouco importa se sabia ou não que o estava pintando); a ocupação; aquisição de posse etc. São atos que não exigem a capacidade do agente para serem praticados – o elemento volitivo é desconsiderado -, pois o que importa é o resultado fático. Não são, pois, invalidáveis. (...) Há quem mencione outros atos-fatos que não se enquadrariam nas espécies acima referidas – pois não são casos de indenização ou de caducidade independente de culpa e deles não decorre um evento. Mas, ainda assim, não exigem a presença de vontade humana. É o que se daria com pagamento – como aquele feito pelo incapaz – e usucapião – que, às vezes, dispensa a existência do ânimo de usucapir. Despontam, contudo, com base na linha de intelecção ora seguida, como atos-fatos reais.

Portanto, devidamente identificada a natureza jurídica e a classificação da usucapião, tem-se o efeito prático de que, sem dúvida, a mesma se enquadra mais próxima dos direitos reais do que do direito de família, cujas questões são, em grande número, atos jurídicos em sentido amplo, subdivididos em atos jurídicos em sentido estrito, como, por exemplo, a união estável e negócios jurídicos, dentre os quais se pode destacar o casamentos, ambos inconfundíveis com a tutela real da usucapião.

3.5 PROPOSTAS

Temos uma doença, porém a farmacologia jurídica ainda não conhece a cura da usucapião especial urbana por abandono de lar, ou melhor dizendo, tem os remédios

[8] BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual – Plano de Existência. Salvador-BA, p. 9 e 10.

paliativos estritamente jurídicos e abstratos para as questões que certamente desaguarão nos tribunais superiores.

Neste quadro clínico, nos resta, então, esperança do desenvolvimento cônscio e natural do estágio de maturação do julgador para oferecer solução, caso a caso, a todas as questões suscitadas pelos ex-cônjuges ou ex-companheiros.

Assim, administrar a delonga desta doença com o tratamento dado atualmente, além de ineficaz é indigno ao ser humano, menosprezando os anseios sociais e deveres fundamentais que o Estado tem a obrigação constitucional de atestar.

Posto isto, outras soluções também são importantes e merecem reflexão apurada a fim de regulamentar as relações jurídicas que se encontram em zona cinzenta entre os direitos reais e de família.

Como alternativas para a substituição do instituto da usucapião especial urbana por abandono de lar têm-se as seguintes proposições: 1) criação do direito real de uso durante vinte ou trinta anos do ex-cônjuge ou ex-companheiro, exceto no regime de separação total convencional de bens ou outro regime misto de bens que inclua o imóvel como bem particular; 2) O direito potestativo de acrescer automático, por disposição legal e com prazo decadencial determinado, da quota parte do outro ex-cônjuge ou ex-companheiro, desde que haja prévio pagamento em dinheiro.

A primeira proposta foi idealizada a partir de interpretação análoga ao direito real de habitação reconhecido amplamente pelo Superior Tribunal de Justiça aos ex-cônjuges ou companheiros, quando o outro consorte falece, nos termos do artigo 1.831, do Código Civil pátrio, excepcionando este direito de uso na hipótese de regime de separação total convencional de bens ou outro regime misto de bens que inclua o imóvel como bem particular.

Já quanto a segunda proposta apresentada, o direito potestativo legal de acrescer e com prazo decadencial determinado do ex-cônjuge ou ex-companheiro, esta ocorreria na hipótese em que o ex-cônjuge ou companheiro que deixar o lar fica submetido ao direito do outro consorte que passará a ter a preferência para a aquisição da fração ideal remanescente do bem.

Estas propostas buscam compatibilizar, de outras formas, não excludentes a usucapião familiar, sob o mesmo fundamento jurídico do abandono de lar e da ausência de discussão de culpa que fez com que o legislador criasse a usucapião especial urbana por abandono de lar.

4. CONCLUSÃO

Sem dúvida, considerando que a lei nº. 12.424/2011 causa mais malefícios do que benefícios por ser dispositivo de cláusula aberta passível de interpretação extensiva e peculiar de cada situação concreta, a resolução de muitas matérias controvertidas acerca da temática da usucapião especial urbana por abandono de lar merece ser resolvida através dos axiomas constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade, função social da propriedade e intervenção mínima do estado no seio familiar, colacionando a eficácia horizontal destes direitos fundamentais com o princípio infraconstitucional da boa-fé objetiva por ser requisito intrínseco ao dispositivo comentado, sobretudo para melhor decidir as questões referentes ao abandono voluntário e imotivado do lar.

5. REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. 170 p. Citado por Martins, Fernanda da Silva. **A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL**: a volta da culpa?

BORGES, Antonino Moura. **Usucapião** . 3ª. ed. Campo Grande: Contemplar, 2013, p. 326 a 331.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual – Plano de Existência. Salvador-BA.

BRASIL, Congresso Nacional. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 setembro 2014.

BRASIL. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornadas-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em 15 set. 2014.

DIAS, Maria Berenice, Acesso em 31 Março 2014, 21:29. Citada por Karin Cristina Kramer Pereira. Disponível em: <http://profekarinckp.blogspot.com.br/2011/08/usucapiao-e-abandono-do-lar-volta-da.html>.

FLÁVIO, Tartuce. **A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL.** Disponível em: <http://saviead.aeduvirtual.com.br/file.php/3182/Aula1/LO_Aula_01_formatada.pdf>. Acesso em 31 Agosto 2014.

GALLON, Leandro Ambros. Reflexões sobre a inconstitucional usucapião instituída com as alterações do Programa "Minha Casa, Minha Vida". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3157, 22 fev. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21136>. Acesso em: 19 setembro 2014.

GOES DE SOUZA, Marcelo Agamenon; MANOEL, Vinicius. **Usucapião "Familiar" ou usucapião especial urbana por abandono de lar.** Revista Jurídica Consulex – Ano XVI – Nº. 373 – 1º de Agosto, 2012, p. 54 a 57.

JÚNIOR. Roberto Paulino de Albuquerque; FILHO, Roberto P. Campos Gouveia. **PRIMEIRAS ANOTAÇÕES SOBRE OS PRESSUPOSTOS E A PROCESSUALIZAÇÃO DA USUCAPIÃO FAMILIAR.** Revista de Processo | vol. 199 | p. 369 | Setembro 2011. Acesso em 15 setembro 2014.

KÜMPEL, Vitor Frederico. Disponível em: <http://www.portaldori.com.br>. **(Usucapião tabular familiar – III).** São Paulo. Acesso em 31 Março 2014.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. **Lei nº. 12.242/2011:** DELIMITAÇÃO DO HORIZONTE TEMPORAL. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2011/11/lei-no-12-4242011-delimitacao-do-horizonte-temporal>. Acesso em 15 setembro 2014.

PELUSO, Cézar. **Código Civil Comentado:** Doutrina e Jurisprudência. 7ª Edição Revisada e Atualizada – Barueri, São Paulo: Manole, 2013.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião, volume 2. 8 ed. rev. e atual. com a usucapião familiar.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1029 a 1039.

SALERNO, Rodrigo João Rosolim. A nova usucapião: forma originária ou derivada de aquisição da propriedade?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3144, 9 fev. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21048>. Acesso em: 19 setembro 2014.