



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A constitucionalidade da usucapião pró-família à luz do instituto “cônjuge culpado”

Aline Klayn Victor

Rio de Janeiro
2013

ALINE KLAYN VICTOR

A constitucionalidade da usucapião pró-família à luz do instituto “cônjuge culpado”

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

A CONSTITUCIONALIDADE DA USUCAPIÃO PRÓ-FAMÍLIA À LUZ DO INSTITUTO “CÔNJUGE CULPADO”

Aline Klayn Victor

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo: Introduzido no ordenamento pela Lei 12.424 de 16 de junho de 2011, o instituto da usucapião pró-família, também chamado de conjugal, possibilita ao cônjuge ou companheiro abandonado há mais de dois anos adquirir a propriedade do imóvel onde residia a família. A essência do trabalho é abordar esse novo instituto à luz da Constituição Federal e dos princípios e normas que regem os Direitos Reais, de forma a se buscar uma interpretação conforme a Constituição, sem prejudicar a obtenção do fim a que ele se destina.

Palavras-chave: Direito Civil (Direitos Reais). Propriedade. Usucapião Conjugal. Usucapião Pró-Família Direito Civil (Direito das Famílias). Direito Constitucional. Interpretação Conforme.

Sumário: Introdução. 1. Origem do instituto. 2. Requisitos para o reconhecimento da usucapião pró-família 3. Relevância e controvérsia acerca do requisito abandono do lar. 4. Sugestão de uma interpretação do instituto “abandono do lar” à luz da CRFB/88. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho apresentado é discorrer acerca da usucapião conjugal, modalidade de usucapião trazida pela Lei 12.424/2011, e sobre a necessidade de estabelecer limites estritos para a sua aplicação.

Fica clara a intenção do legislador de sanar um problema social via processo legislativo, a saber, a existência de famílias formadas por somente um dos cônjuges, que foi abandonado no lar conjugal por grande lapso temporal e sem a possibilidade de dividir o patrimônio construído durante a vida em comum.

Contudo, o instituto vem recebendo diversas críticas da doutrina, uma vez que, na busca da pacificação social, trouxe de volta via lei ordinária um instituto abolido pela EC n. 66/2010, que é a culpa pela dissolução do casamento.

Não se busca no presente trabalho exaurir o tema, até porque o tema ainda não é plenamente aplicado na prática, carecendo, portanto de jurisprudência consolidada. Procurar-se-á, somente, abordar e interpretar o instituto de forma a se evitar interpretações e, conseqüentemente, aplicações inconstitucionais.

1. ORIGEM DO INSTITUTO

A usucapião tem origem no direito romano, tendo sido incluída na Lei das Doze Tábuas. Desde o início é visto como uma forma de aquisição de coisa em virtude da posse prolongada no tempo.

Frise-se que, inicialmente, a usucapião somente poderia ser pleitada pelos cidadãos romanos, uma vez que somente esses gozavam de direitos *ius civile*.

Com a expansão do Império Romano, passou a ser reconhecido o direito dos peregrinos a uma proteção à sua posse, mas não à usucapião. Essa proteção conferida era uma forma prescrição do direito do proprietário em reaver o bem do possuidor direto. Através deste direito, não era reconhecido o direito à propriedade pelo decurso do tempo, mas se impedia que o proprietário inerte pudesse retomar a posse a qualquer tempo.

Posteriormente os institutos foram unificados. Conforme defende Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, “a usucapião se converte, simultaneamente, em modo de perda e aquisição de propriedade, considerada como prescrição aquisitiva.”¹

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Direitos Reais. 8. ed. Salvador: JusPodivm. 2012. p. 396.

Conforme se depreende deste brevíssimo histórico, é fácil concluir que a origem da usucapião foi de pacificação social. Foi de dar segurança jurídica aos possuidores que exerciam posse sobre a propriedade alheia por período suficientemente logo para acreditarem que a situação não se modificaria.

Conforme afirmam os autores mencionados, “o proprietário desidioso, que não cuida de seu patrimônio, deve ser privado da coisa, em favor daquele que, unindo posse e tempo, deseja consolidar e pacificar a sua situação perante o bem e a sociedade.”²

É inegável que a usucapião pró-família é uma modalidade de usucapião, pois esta foi a vontade explícita do legislador pátrio ao criar o instituto. Denominou e incluiu no Código Civil, no art. 1.240-A³, através da lei 12.424 de 16 de junho de 2011.

Assim, é inegável que compartilha a origem social, o objetivo de consolidar uma situação que se prolongou durante o tempo e dar segurança jurídica às partes envolvidas.

Se isso não fosse claro pelo instituto em si, seria pelo fato de ter sido incluída pela Lei 12.424/11, que trata e estabelece o programa de governo “Minha Casa Minha Vida”.

O programa “Minha Casa Minha Vida”, do governo federal é, segundo informação obtida junto ao site da Caixa Econômica Federal: “é um programa do governo federal que tem transformado o sonho da casa própria em realidade para muitas famílias brasileiras. Em geral, o Programa acontece em parceria com estados, municípios, empresas e entidades sem fins lucrativos.”⁴

² Ibid. p. 397.

³ O mencionado dispositivo legal possui 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 de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

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

§ 2o (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)”

⁴ CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/habitacao/mcmv/>>. Acesso em 25 mai. 2013.

Portanto, não é de todo impertinente a inclusão do instituto da usucapião pró-família na referida lei, pois também tem por objetivo garantir, nesse caso a manutenção, da propriedade da casa própria. No fim, o que se busca de qualquer forma é garantir o direito constitucional à moradia, previsto no art. 6º da CRFB/88⁵.

Isso porque, tão grave quanto uma família não ter moradia própria, é uma família que tem casa própria a perder. É alcançar o sonho dourado da casa própria e posteriormente vir a perdê-la.

A usucapião pró-família vem justamente tentar evitar que a família, abalada pelo fim do casamento, tenha que passar por um segundo trauma. Com o fim do casamento, é muito comum que haja uma perda do padrão econômico da família, em especial nos casos em que há efetivo abandono, em que um dos cônjuges ou companheiros abandona a família material e afetivamente falando.

Nessas hipóteses, a ausência do cônjuge ou companheiro leva a um “congelamento” do patrimônio do casal, impedindo que o cônjuge ou companheiro que permaneceu com a prole possa administrá-lo da forma que a nova renda familiar permite. Em outras palavras: tentar manter um imóvel com uma renda insuficiente disso não só faz a família incapaz de arcar com os itens necessários para sua subsistência como também como ocasionar a perda do próprio imóvel pela impossibilidade de arcar com todos os encargos dele decorrentes.

Através da usucapião pró-família, o cônjuge ou companheiro abandonado poderá requerer, se e após preenchidos os requisitos legais, o reconhecimento do seu direito de único proprietário do imóvel, podendo dessa forma dispor dele da melhor forma para a família.

Em tese, é um instituto importante, até porque a situação narrada é real e ocorre com muita frequência. É muito comum nas regiões mais empobrecidas do país o cônjuge varão ou

⁵ O mencionado dispositivo legal possui a seguinte redação: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)”

companheiro abandonar o lar e a família com a justificativa de que irá buscar emprego em outra região do país, e não mais voltar, deixando a família e o patrimônio em situação de incerteza e penúria.

É necessário frisar que o instituto é ótimo em tese, entretanto há severas críticas a ele por parte da doutrina, em especial questionando a constitucionalidade do instituto.

Discussões à parte, uma vez que serão analisadas profundamente no momento oportuno, o caráter social da usucapião pró-família não pode ser menosprezado, sendo necessário analisar seus requisitos à luz dos princípios previstos na CRFB/88 e a finalidade do instituto.

2. REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO PRÓ-FAMÍLIA

A usucapião é um “modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada da coisa acrescida de demais requisitos legais”⁶. Para se configurar, é necessária a presença de três requisitos formais, sem os quais nenhuma modalidade da usucapião se concretiza: a ocorrência do lapso temporal previsto em lei, a posse mansa e pacífica e o *animus domini*.

O requisito lapso temporal não gera profundas controvérsias. É necessário o decurso de um determinado lapso temporal, que irá variar de acordo com cada modalidade de usucapião, para que ocorra a conversão da posse em propriedade (ou outro direito real que se busca usucapir). É em razão desse requisito que a usucapião é chamada de prescrição aquisitiva, pois gera a aquisição de um direito em virtude do decurso do tempo. Frise-se, ainda, que para se configurar o prazo exigido na usucapião, esse deve ser ininterrupto, já que se interrompido voltará a ser contado desde o início.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op. cit., p. 396.

Também é necessário que a posse do indivíduo que busca usucapir seja mansa e pacífica. Isso significa que a posse deve ser sem oposição do proprietário. O esbulho ou turbacão praticados por terceiros não são aptos a descaracterizar a posse mansa e pacífica, pois não são capazes de modificar o estado de inércia do titular originário do direito real.

Já o requisito *animus domini* significa que o indivíduo deve possuir a coisa como se dono fosse, ou seja, comporta-se como se dono fosse. O dono “sabe que a coisa não lhe pertence, porém atua com o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular”⁷. Sendo assim, havendo a existência de uma situação temporária em que, ocorrendo seu fim, gera o dever de restituir a coisa, não teremos a presença do requisito *animus domini*, já que o possuidor, neste caso direto, nunca se comportou como dono. É o que ocorre nos contratos de comodato ou locação, por exemplo.

Como gênero, esse instituto possui diversas espécies, dentre eles a usucapião pró-família, também chamada de usucapião conjugal, tema objeto do presente trabalho.

O instituto encontra-se previsto no art. 1.240-A do Código Civil⁸, e foi introduzido pela Lei 12.424 de 16 de junho de 2011. Com o seu advento, foi criada nova modalidade de usucapião, que deve observar, além dos requisitos genéricos inerentes a todas as modalidades de usucapião, também os específicos estabelecidos na lei para esta modalidade.

De acordo com o art. 1.240-A do Código Civil, são requisitos específicos: a existência um único imóvel urbano de até 250 metros quadrados cuja propriedade é dividida pelos cônjuges ou companheiros, o abandono do lar por parte de um dos cônjuges ou

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op cit.*, . p. 417.

⁸ O mencionado dispositivo legal possui 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 de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

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

§ 2o (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)”

companheiros e o transcurso do prazo de dois anos. Ressalte-se, ainda, que o legislador limitou a possibilidade de seu reconhecimento uma única vez.

O primeiro requisitos não é de todo estranho ao ordenamento jurídico pátrio. A exigência do imóvel ser o único do casal e que a sua metragem não ultrapasse os 250 metros quadrados foi utilizada pelo constituinte no art. 183 da CRFB⁹, que o arrolou como requisito para o reconhecimento da usucapião especial urbana. Este fato, por si só, já demonstra a clara intenção do legislador infraconstitucional em privilegiar o direito fundamental à moradia da família, presente no art. 6º da CRFB.

Neste ponto, merece ser ressaltado o fato de o legislador infraconstitucional ter possibilitado o reconhecimento da usucapião pró-família nos casos dos casais unidos através do casamento ou união estável. Sendo certo que a CRFB reconhece a união estável como entidade familiar, como preceitua o art. 226 da CRFB¹⁰, não haveria sentido em não se estender a possibilidade de aplicação do instituto a casais em união estável, uma vez que o instituto tem clara intenção de proteger a família. É por isso que não seria de todo adequada a

⁹ O mencionado dispositivo legal possui a seguinte redação: “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

¹⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

adoção da expressão “usucapião conjugal” para denominar o instituto, pois poderia levar ao equívoco de vincular esta modalidade de usucapião ao casamento, o que não é correto.

O segundo requisito exigido pelo art. 1.240-A do Código Civil é a ocorrência do abandono do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros. É esse o requisito que tem criado os maiores debates na doutrina, demandando a sua interpretação conforme a Constituição Federal, o que será o tema central no presente trabalho e será tratado no capítulo próprio.

Frise-se, por oportuno, que o requisito abandono de lar deve ser analisado sob a luz do requisito posse com *animus domini*, requisito esse inerente a todas as modalidades de usucapião. Como já mencionado, a usucapião pró-família, como modalidade de usucapião que é, deve observar os requisitos comuns a todas as modalidades de usucapião, dentre eles a posse com *animus domini*. Isso significa dizer que o abandono de lar deve ser interpretado como aquela situação em que o cônjuge ou companheiro sai do lar conjugal e literalmente abandona a família, sem manter qualquer ligação mesmo que esporádica com a família ou o bem.

Não é possível, nem razoável, reconhecer o abandono do lar nos casos em que um dos cônjuges ou companheiros sai do lar e deixa o outro no local com os filhos em comum, como forma de parcialmente atender seu sustento. É muito comum os casos em que o pai sai do lar e deixa a mãe e seus filhos residindo no local, sem buscar partilhar os frutos obtidos durante a sociedade conjugal. Geralmente, o imóvel é o mais valioso bem a partilhar. Logo, ao haver partilha dos bens, seria necessária a alienação do imóvel onde reside a família, o que deixaria os filhos sem um lugar para morar.

Nesses casos, fica clara a intenção das partes, que é atender uma situação temporária (atender o interesse dos filhos do casal). Há, portanto, a celebração de um contrato de comodato. Fica claro que a intenção do cônjuge ou companheiro que saiu do lar não é

abandonar o bem, mas somente evitar maiores danos à prole. Logo, apesar da ocorrência saída de um dos cônjuges ou companheiros do lar, o que ficou no imóvel não tem a posse com *animus domini*, portanto, não poderá adquirir a propriedade através da usucapião pró-família.

Sem dúvida, há situações limítrofes na prática, em que é e será difícil constar a ocorrência da posse com *animus domini* ou não, em especial nas situações em que a o contrato de comodato é verbal e se estendeu por período tão longo que poderá gerar a interservação da posse. Nestes casos, somente a apurada análise do caso em concreto e do conjunto probatório é que será possível definir se a posse é exercida com *animus domini* ou não.

O terceiro requisito é o transcurso do prazo de dois anos contados do abandono. Ao estabelecer o prazo de dois anos, o legislador infraconstitucional criou o menor prazo de todas as modalidades de usucapião, inclusive a usucapião de bens móveis (cujo prazo é de três anos, se presente o justo título e a boa-fé do adquirente, nos termos do art. 1.260 do Código Civil¹¹).

Outra questão que tem gerado controvérsias é a partir de quando esse direito pode ser reconhecido, questão igual a que surgiu com a criação da usucapião constitucional: pode essa usucapião ser reconhecida quando o início do lapso temporal ocorreu antes do advento da lei que a introduziu no ordenamento jurídico? Acerca desta questão, majoritariamente e com muito acerto se entendeu a doutrina¹² que não, já que era direito novo que não poderia atingir situações pretéritas.

De fato, seria temerário admitir que uma lei supreendesse os proprietários e decretasse a perda da sua propriedade. É por isso que a corrente majoritária defendeu que o lapso temporal deveria ser contado a partir do momento em que a lei entra em vigor, no caso a Lei 12.424/11, o que ocorreu em 16 de junho de 2011. Inclusive, durante a V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça da Justiça Federal, foi aprovado enunciado

¹¹ O mencionado dispositivo possui a seguinte redação: “Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.”

¹² Por todos, temos FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit., p. 435-436.

número 498 nesse sentido, a saber, “A fluência do prazo de 2 anos, previsto no art. 1240-A, só tem início a partir da vigência da Lei n. 12.424”¹³.

Frise-se, contudo, que tal posição não é unânime, uma vez que já há inclusive decisão judicial proveniente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconhecendo a usucapião pró-família em outubro de 2011, ou seja, antes do decurso de dois anos do advento da Lei n. 12.424/11.¹⁴

3. RELEVÂNCIA E CONTROVÉRSIA ACERCA DO REQUISITO ABANDONO DO LAR

Um dos requisitos previstos no art. 1.240-A do Código Civil para o reconhecimento da usucapião pró-família é que o imóvel “cuja propriedade dividia com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar”. Portanto, temos nesta modalidade de usucapião um requisito especial e específico que obrigatoriamente necessita estar presente sob pena de não configuração desta modalidade de usucapião.

O expressão “abandono de lar”, é oriunda do Direito de Família, portanto é sob este prisma que inicialmente devemos começar a analisar o seu conceito.

O art. 1.566 do Código Civil, em seu inciso II¹⁵ arrola como sendo um dos deveres dos cônjuges a “vida em comum, no domicílio conjugal”.

¹³ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2013

¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/juiz-garante-usucapiao-conjugal-1.htm#.Ub4rJuxmcSA>> em 3 nov. 2012.

¹⁵ O mencionado dispositivo legal possui a seguinte redação: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
V - respeito e consideração mútuos.

Ressalte-se que vida em comum não significa necessariamente o estabelecimento de domicílio no mesmo lugar, até porque a própria lei estabeleceu exceções a esta regra, contida no art. 1.569 do Código Civil¹⁶. O domicílio conjugal, a vida em comum, deve ser interpretado como convivência, ou seja, “presença regular e constante dos consortes no local escolhido, dando concretude à comunhão de vida”¹⁷.

Ainda, estabelece o Código Civil, em seu art. 1.572 que é facultado ao cônjuge propor ação de separação judicial, imputando ao outro cônjuge “qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. E de forma exemplificativa, o art. 1.573 do Código Civil arrola condutas que podem ser consideradas como violações, sendo forçoso ressaltar a constante do inciso IV, fundamental ao objetivo deste estudo, que é o “abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo”.

Assim, na sistemática no Código Civil, o abandono do lar é considerado como infração dos deveres conjugais e possibilita ao cônjuge requerer a separação, que pode ser conceituada “como sendo o instituto pelo qual se põe fim à sociedade conjugal, a pedido do próprio cônjuge interessado, sem, contudo, comprometer o vínculo matrimonial, que continua existente e sem por fim ao dever jurídico de mútua assistência.”¹⁸

A doutrina denomina de separação sanção a modalidade de separação baseada na violação dos deveres conjugais, sendo esta a “única modalidade dissolutória do casamento em que se autoriza a imputação de culpa”¹⁹.

¹⁶ O mencionado dispositivo legal possui a seguinte redação: “Art. 1.569. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.”

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Direito das Famílias . 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2010. p. 188.

¹⁸ *Ibid.*, p. 303.

¹⁹ *Ibid.*, p. 320.

O cônjuge que infringiu os deveres é denominado culpado pelo Código Civil, nos termos do art. 1.578²⁰. Assim, nesta modalidade de separação sanção, era objeto de análise pelo Poder Judiciário a culpa, o que sempre foi muito criticado pela doutrina.

Como forma de ilustração dessa posição da doutrina pátria, tem-se Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²¹, que defendem que:

Sem dúvida, admitir a perquirição sobre a culpa, nas dissoluções de casamento, atenta contra valores fundamentais da ordem constitucional vigente, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o direito à vida privada e à intimidade (art. 5º, V, X e XII, CF), o direito à solidariedade social (art. 3º, CF) e à igualdade substancial (arts. 3º e 5º, CF). Seria admitir o vilipêndio frontal de tais garantias por uma norma infraconstitucional e, por conseguinte, hierarquicamente inferior.

O que criava o interesse do cônjuge inocente em requerer judicialmente esta modalidade de separação é que a separação sanção não exigia qualquer lapso temporal, ou seja, podia o cônjuge inocente requerer a separação por este fundamento sem a necessidade de observar o prazo de um ano previsto no art. 1.572, parágrafo 1º do Código Civil²². Na prática, era a mais rápida a obtenção do divórcio, já que a separação era uma etapa prévia ao divórcio.

²⁰ O mencionado dispositivo legal possui a seguinte redação: “Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado..”

²¹ Ibid., p. 331.

²² O mencionado dispositivo legal possui a seguinte redação: “Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Contudo, toda essa sistemática mudou com a advento da Emenda Constitucional n. 66 de 13 de julho de 2010.

Essa Emenda Constitucional veio a alterar o art. 226, parágrafo 6º da CRFB/88. Esse parágrafo possuía a seguinte redação “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”, e passou a contar com a seguinte redação “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Portanto, a Emenda Constitucional n. 66 instituiu o divórcio direto no Brasil, acabando com a necessidade de prévia separação de fato ou judicial.

Como consequência lógica, a necessidade de perquirição de culpa foi abolida, já que não importa as razões ou lapso temporal da separação, pois o divórcio pode ser requerido a qualquer tempo e sem necessidade de qualquer fundamentação legal.

Essa alteração foi muito bem recebida na doutrina, que sempre criticou este indevida investida do Estado nas esfera privada dos cônjuges. Ao apreciar a influência da nova ordem constitucional, a doutrina majoritária passou a considerar não recepcionadas as normas que tratavam da culpa conjugal no Código Civil. Por todos, tem-se Carlos Roberto Gonçalves, que afirma que “a nova redação da norma constitucional determinou não apenas o fim da separação de direito, como também a extinção das causas subjetivas (culpa) e objetivas (lapso temporal)”²³.

Portanto, qual não foi a surpresa desta mesma doutrina com o advento da lei 12.424/11, que instituiu a usucapião pró-família e trouxe como requisito para o seu reconhecimento o abandono do lar.

Esta lei, portanto, fez renascer a discussão acerca da inconstitucionalidade da análise da culpa na dissolução do casamento.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 212

É por esta razão que parte da doutrina defende a inconstitucionalidade deste instituto. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁴, que defendem que:

Via de consequência, ao inserir dentre os requisitos da usucapião o abandono voluntário e injustificado do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros, a Lei n. 12.424/11, resgata a discussão da infração dos deveres do casamento ou união estável. Vale dizer, em detrimento de da constataçãodo fim da afetividade, avalia-se a culpa e a causa da separação, temáticas que haviam sido abolidas pela referida EC, cuja eficácia é imediata e direta, não reclamando a edição de qualquer norma infraconstitucional. Se as normas anteriores a EC n. 66/10 não foram mais recepcionadas pelo ordemanento, certamente as posteriores – como a que ora se discute – podem ser reputadas como ineficazes perante a ordem constitucional.

Inclusive, criticou-se o instituto por promover a total ruptura dos laços que ainda unem a família, uma vez que exigiria do cônjuge que saiu do lar, mas que ainda mantém boa relação com o que ficou no imóvel, a propositura da ação de divórcio, para se evitar a perda da propriedade. Neste sentido, a professora Maria Berenice Dias²⁵ sustenta que:

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*.

Mas agora esta prática não deve mais ser estimulada, pois pode ensejar a perda da propriedade no curto período de dois anos. Não a favor da prole que o genitor quis beneficiar, mas do ex-cônjuge ou do companheiro.

Assim, buscando-se uma forma de tutelar direitos, proteger garantias constitucionais, e alcançar os objetivos pretendidos pelo instituto da usucapião pró-família, é que se faz necessária uma interpretação deste instituto não à luz do Direito das Famílias, mas à luz em primeiro lugar da CRFB/88 e em segundo lugar dos princípios e normas dos direitos reais.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.* 2012. p. 465.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi% E3o_e_abandono_do_lar.pdf>. Acesso em 11 mar. 2013.

Somente dessa forma procurar-se-á fazer uma espécie de interpretação que salve o instituto da inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, satisfaça os objetivos pretendidos pelo legislador infraconstitucional ao criá-lo.

4. SUGESTÃO DE UMA INTERPRETAÇÃO DO INSTITUTO “ABANDONO DO LAR” À LUZ DA CRFB/88

A utilização do instituto “abandono do lar” pelo legislador infraconstitucional como um dos requisitos para o reconhecimento da usucapião pró-família, para grande parte da doutrina, tem como consequência a sua inconstitucionalidade, como analisado anteriormente.

Entretanto, é inegável os benefícios sociais que a boa aplicação do instituto pode trazer, razão pela qual é importante salvá-lo. Portanto, é forçosa a sua interpretação à luz da CRFB/88, através da utilização da interpretação conforme.

A interpretação conforme a Constituição determina, conforme defende o Ministro Gilmas Ferreira Mendes²⁶, que:

Ressalte-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto. Em favor da admissibilidade da interpretação conforme à Constituição milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na idéia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional.

Essa modalidade de interpretação, contudo, não é ilimitada. Conforme defende o Ministro Gilmar Ferreira Mendes²⁷, esses limites:

²⁶BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio *apud* . MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1370.

²⁷*Ibid.*, p. 1370.

Resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com a mudança radical da própria concepção original do legislador.

Assim, considerando todos os benefícios que o instituto pode trazer, é necessário interpretá-lo à luz da CRFB/88 e dos conceitos e princípios dos Direitos Reais. Interpretá-lo a partir da CRFB/88, desconsiderando prévios conceitos e noções do Direito das Famílias, pode tornar o instituto válido e constitucional, sem que com isso se perca sua efetividade.

Inicialmente, deve-se interpretar o abandono do lar da forma mais literal a possível. Isso porque nesta modalidade de usucapião, há uma situação de condomínio sobre o imóvel. E o legislador nesse sentido foi claro, ao estabelece no art. 1.240-A do Código Civil a necessidade de propriedade partilhada, ou seja, deve-se interpretar o abandono do lar à luz dos Direitos Reais, e não do Direito das Famílias.

Portanto, não basta o mero afastamento do lar, que causaria a inconstitucionalidade do instituto por trazer novamente o debate da culpa. É necessária a análise do descumprimento dos demais deveres conjugais, em especial o abandono material.

Neste sentido, inclusive, há enunciado do CJF, número 499²⁸, que assim estabelece:

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.

²⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2013.

Quando um indivíduo abandona sua propriedade cuja titularidade divide com outrem em condomínio, deixando-a desvigiada, nada impede que o outro proprietário passe a exercer a posse com *animus domini* sobre o todo, conforme defende a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça²⁹.

É fato que há doutrinadores que defendem a ausência deste requisito nesta modalidade de usucapião, como é o caso de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, que defendem que “incide no grave equívoco de substituir o requisito do *animus domini* - imprescindível em qualquer espécie de usucapião – pelo requisito da causa da separação”.³⁰

Entretanto, como é uma modalidade de usucapião, entende-se que o *animus domini* é também um requisito da usucapião pró-família. E, ao estabelecer o abandono do lar como causa e como o momento inicial para o reconhecimento deste instituto, entende-se que o legislador apontou o momento em que teria ocorrido a modificação do caráter da posse, o momento em que o cônjuge que permaneceu no lar conjugal passou a exercer a posse com *animus domini* sobre a parte do cônjuge que abandonou o lar.

É verdade que a lei não menciona esse requisito. Contudo, seria desnecessário, uma vez que se encontra implícito no art. no art. 1240-A do Código Civil. Ora, o cônjuge ou companheiro abandonado desde o início exercia a posse do imóvel com *animus domini*, e não poderia ser diferente já que é proprietário de parte dele. Com o abandono do outro cônjuge, também proprietário do imóvel, coisa está indivisível, o cônjuge ou companheiro passa a exercer com exclusividade a posse que já exercia.

²⁹ Como exemplo, temos: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. USUCAPIÃO. CONDOMÍNIO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO HOSTILIZADA PELAS SUAS RAZÕES E FUNDAMENTOS. AGRAVO IMPROVIDO. I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de ser possível ao condômino usucapir se exercer posse exclusiva sobre o imóvel. Precedentes. II - Não houve qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, que está em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos. Agravo improvido. (AgRg no Ag 731971, da relatoria do Min Sidnei Beneti)

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *op. cit.* 2012. p. 466.

Ao apreciar o instituto sob esse ângulo, não há o risco do “abandono do lar”, com a análise da culpa, gerar como sanção a perda da propriedade de forma inconstitucional. Isso porque o conceito de abandono será muito mais restrito, ou seja, será efetivamente o abandono do imóvel, o que sempre pode gerar a perda da propriedade como estabeleceu o Constituinte originário na CRFB/88 (art. 183 e art. 191), em nome da função social da propriedade. E não há normas constitucionais originárias inconstitucionais.

Portanto, em casos em que um dos cônjuges abandona o lar, mas permanece próximo à família, e conseqüentemente ao imóvel, não seria possível o reconhecimento da usucapião pró-família. Isso porque, nesse caso, não houve por parte do cônjuge efetivo abandono, mas mera, e salutar, vontade de permitir que sua família permanecesse no imóvel, celebrando verdadeiro contrato de comodato.

Desta forma, é possível aplicar o instituto de forma a não violar a CRFB/88, e, ao mesmo tempo, permitir sua aplicação alcançando todos os efeitos pretendidos pelo legislador, na tentativa de solucionar um grave problema social.

CONCLUSÃO

Diante das questões analisadas ao longo deste artigo, pode-se concluir que a usucapião pró-família é um instituto que foi inserido no Código Civil com o claro objetivo de solucionar um problema social, que é o abandono da família por um dos cônjuges ou companheiros, o que acaba por impedir que o abandonado possa dispor livremente do imóvel comum. Essa modalidade de usucapião não pode ser vista como sanção pelo fim da sociedade conjugal ou união estável, pois a lei não pode obrigar pessoas que já não se encontram felizes a permanecerem juntas.

De fato, o legislador incluiu no dispositivo a expressão “abandono do lar” como um dos requisitos para o reconhecimento dessa modalidade de prescrição aquisitiva. Contudo, não se pode interpretar essa expressão somente à luz do Direito das Famílias, ignorando o fato de o legislador ter optado por estabelecer como forma de aquisição de propriedade a usucapião, sob pena de se obter uma interpretação inconstitucional.

Assim, com o objetivo de se obter uma interpretação conforme a Constituição do instituto, é aconselhável interpretar “abandono do lar” da forma mais literal possível, e não o era enquanto instituto do Direito das Famílias antes da Emenda Constitucional. Isso porque nessa modalidade de usucapião, há uma situação de condomínio sobre o imóvel, há a comosse. E o legislador nesse sentido foi claro, ao estabelecer no artigo 1.240-A do Código Civil a necessidade da propriedade ser originalmente partilhada, ou seja, deve-se interpretar o “abandono do lar” à luz dos Direitos Reais e não do Direito das Famílias.

Desta forma, pode-se interpretar o abandono do lar como o abandono da família e do imóvel, o que, por consequência, permite ao cônjuge ou companheiro abandonado possa exercer a posse exclusiva, com *animus domini* sobre o todo e, ao final do lapso temporal, somados os demais requisitos, adquira a propriedade através da usucapião.

Sendo assim, o instituto continuará efetivo e apto a produzir todos os efeitos desejados pelo legislador infraconstitucional, que era permitir a usucapião sobre o imóvel cuja propriedade os cônjuges ou companheiros compartilhavam em caso de abandono total e em um lapso temporal curto, sem que com isso haja qualquer violação da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio apud . MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Dois milhões de casas para os brasileiros*. Disponível em <<http://www.caixa.gov.br/habitacao/mcmv/>> Acesso em 25 mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%3o_e_abandono_do_lar.pdf> Acesso em 11 mar. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Direitos Reais*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013