

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO**

Victoriana Três Pedrotti

**USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL:
A REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Passo Fundo
2013**

Victoriana Três Pedrotti

**USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL:
A REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Carla Della Bona.

Passo Fundo

2013

À mulher guerreira, exemplo de força e coragem,
que me fez chegar até aqui e, por ela, que irei até o
fim: minha mãe, Maria Helena.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele;

Aos meus irmãos, que sempre estiveram ao meu lado, compartilhando alegrias, dores e tristezas e, mais do que isso, por acreditarem no meu potencial, na minha profissão, nas minhas ideias, nos meus devaneios, principalmente quando nem eu mais acreditava;

Às meninas, Laila, Djuly e Jamaica, que, embora não tivessem conhecimento disto, acalmavam o meu coração, com suas lambidas; faziam me sentir melhor, com seus pulos e latidos; e, com seus olhares puros e sinceros, me faziam ver o lado bom da vida;

À minha sobrinha e afilhada, Hermione, que, com a inocência de uma criança, iluminava os meus pensamentos;

À Profa. Carla Della Bona, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão deste trabalho; e,

A todos, que, de alguma forma, me apoiaram e me incentivaram, ao longo de todos esses anos.

RESUMO

O presente trabalho abordará a nova modalidade de aquisição de propriedade, denominada de usucapião por abandono do lar conjugal, prevista no art. 1.240-A, do Código Civil brasileiro, que foi inserida por meio da Lei nº 12.424/2011. Por tratar-se de matéria recente no ordenamento jurídico brasileiro, analisam-se os reflexos nas diversas áreas do Direito, em especial no âmbito do Direito de Família, já que compreende a relação conjugal e sua dissolução. Indaga-se a questão da discussão da culpa e seus reflexos patrimoniais, levando a analisar novamente a imputação moral no término das relações conjugais, em especial quanto à configuração do requisito do abandono de lar. No primeiro capítulo, aborda-se a origem histórica do instituto da usucapião, bem com os elementos fundamentais e as espécies que compõem o mesmo. No que tange ao Direito de Família, estuda-se a classificação dos regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os efeitos patrimoniais produzidos pelos mesmos nas relações conjugais. No segundo capítulo, analisam-se os princípios constitucionais adotados pelo Código Civil de 2002, que regularizam e adequam o instituto da usucapião e o Direito de Família, como o princípio da igualdade, da igualdade entre os cônjuges, da função social da propriedade, da dignidade humana, da segurança jurídica, do direito à moradia, da vedação do retrocesso social e da não intervenção do Estado. Por fim, no terceiro capítulo, trata-se acerca das diferentes questões e críticas que surgiram com a aplicação da nova norma, em especial quanto ao requisito específico do abandono do lar e a volta da discussão da culpa no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, conclui-se que o novo dispositivo refletiu diretamente no âmbito do Direito de Família, já que impõe o requisito do abandono de lar e, principalmente, reascende a discussão acerca da culpa no término das relações conjugais, já pacificada no ordenamento jurídico brasileiro, violando o princípio da vedação do retrocesso social, bem como a ordem constitucional posta, a qual é baseada na efetividade e não mais no patrimônio ou na tutela da moral. O método utilizado no presente trabalho é o dialético, o qual consiste em um modo esquemático de explicação da realidade que se baseia em oposições e em choques entre situações diversas ou opostas.

Palavras-chave: Abandono do Lar. Cônjuges. Culpa. Princípio da Vedação do Retrocesso Social. Usucapião. Violação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DO INSTITUTO LEGAL DA USUCAPIÃO E DOS REGIMES DE BENS.....	10
1.1 Elementos fundamentais da usucapião.....	10
1.2 Espécies de Usucapião	13
1.2.1 Usucapião Extraordinária	13
1.2.2 Usucapião Ordinária	14
1.2.3 Usucapião Especial Urbano e Rural	15
1.2.4 Usucapião Urbano Coletiva, do Estatuto da Cidade.....	17
1.2.5 Usucapião Indígena	20
1.3 Componentes da Usucapião.....	20
1.3.1 A posse	21
1.3.2 Coisa Hábil	23
1.3.3 Decurso do tempo	25
1.3.4 Justo título	26
1.3.5 Boa-fé	28
1.4 Classificação dos regimes de bens no sistema civil brasileiro.....	29
1.4.1 Regime da comunhão parcial	30
1.4.2 Regime da comunhão universal.....	31
1.4.3 Regime da separação convencional de bens.....	32
1.4.4 Regime de separação obrigatória.....	33
1.4.5 Regime de participação final dos aquestos.....	34
1.5 Da possibilidade de mudança do regime de bens pactuado pelas partes	35
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO E DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	37
2.1 Direito fundamental à moradia e o princípio da função social da propriedade.....	38
2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	42
2.2.1 Princípio da Dignidade Humana nas relações familiares	43
2.3 Princípio da Igualdade	45
2.3.1 Princípio da Igualdade entre os cônjuges e companheiros	48
2.4 Princípio da Segurança Jurídica.....	49
2.5 Princípio da proibição (vedação) do retrocesso social	52

2.6 Princípio da não-intervenção ou da liberdade no Direito de Família.....	56
3 DA USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL	59
3.1 Origem e requisitos gerais	60
3.1.1 O prazo	62
3.1.2 Do bem imóvel	63
3.1.3 Do abandono do lar	65
3.1.4 Competência e processamento.....	67
3.2 Da inconstitucionalidade do artigo 1.240-A, do Código Civil brasileiro	69
3.2.1 Violação do princípio da segurança jurídica e da igualdade	70
3.2.2 Violação do Princípio da Vedação do Retrocesso Social e a volta da discussão da culpa no direito de família	71
3.2.2.1 <i>O retrocesso na análise da culpa na dissolução conjugal</i>	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS	84
ANEXOS	93

INTRODUÇÃO

Em junho de 2011 foi publicada a Lei n. 12.424, a qual dispõe acerca do *Programa Minha Casa Minha Vida*, a fim de regularizar os assentamentos em áreas urbanas. A referida lei acrescentou o art. 1.240-A ao Código Civil brasileiro, criando uma nova modalidade de usucapião.

O referido dispositivo determina que o cônjuge ou companheiro que abandonar o lar perderá a sua cota-parte no imóvel comum, sendo necessário o preenchimento dos requisitos estabelecidos na nova norma.

De fato, o novo dispositivo trouxe reflexos em diversas áreas do Direito, em especial no ramo civilista, uma vez que apresenta mais uma forma de aquisição de propriedade, assim como no Direito de Família, já que a nova modalidade envolve a relação conjugal e as consequências patrimoniais advindas da dissolução da mesma.

A principal repercussão que o legislador proporcionou ao mundo jurídico, em especial no direito de família, refere-se ao requisito do abandono do lar, o qual resgata a necessidade de exame da culpa nas dissoluções matrimoniais, o que já vinha sendo rechaçada pela jurisprudência e pela Emenda Constitucional n. 66/2010, que inovou a relação entre o Estado e a sociedade familiar.

De acordo com a reforma do art. 226, parágrafo sexto¹, da Constituição Federal, objetivou-se a preservação da família, bem como da intimidade das partes, impossibilitando que o Poder Judiciário exija prazo ou determine quem agiu com culpa no fim da relação, considerando que o término do matrimônio se dá pelo fim do amor ou pela impossibilidade de convívio entre as partes.

A Emenda Constitucional nº 66/10 teve como objetivo finalizar a discussão acerca da incidência da culpa nos litígios familiares e, sendo assim, qualquer dispositivo referente à culpa nas relações familiares estaria sujeito à revogação, refletindo na questão patrimonial do divórcio.

No entanto, com o advento da Lei n. 12.424/2011, ressurgiu a visão patrimonialista, em relação à diminuição ou perda do patrimônio e de controle moral, já que remonta a discussão da culpa na dissolução matrimonial.

¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010). BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, 1988.

Desta forma, com a criação desta nova modalidade de usucapião, indaga-se se a questão da culpa e os reflexos patrimoniais da mesma voltarão à tona, devendo analisar novamente a imputação moral no término das relações conjugais, em especial quanto à configuração do requisito do abandono de lar.

O presente trabalho utilizou o método dialético, que consiste em um modo esquemático de explicação da realidade, o qual se baseia em oposições e em choques entre situações diversas ou opostas. O tema que será abordado gera uma contraposição de ideias, decorrentes das mudanças sociais e jurídicas ocorridas ao longo dos anos, razão pela qual proporciona a construção de pensamentos opostos e a construção de opiniões divergentes, ocasionando um choque na análise das diversas situações que podem incidir na sociedade atual.

No primeiro capítulo, estudar-se-á o instituto da usucapião, incluindo a origem histórica, os elementos fundamentais e as espécies que compõem o mesmo. No que tange ao Direito de Família, far-se-á uma análise da classificação dos regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os efeitos patrimoniais produzidos pelos mesmos nas relações conjugais.

Já, no segundo capítulo, a fim de que seja possível fazer uma reflexão diante das modificações ocorridas na sociedade e no mundo jurídico, especialmente, no que se refere ao instituto da usucapião no âmbito do direito de família, analisar-se-á os princípios constitucionais adotados pelo Código Civil de 2002, que regularizam e adequam tais institutos, como o princípio da igualdade, da igualdade entre os cônjuges, da função social da propriedade, da dignidade humana, da segurança jurídica, do direito à moradia, da vedação do retrocesso social e da não intervenção do Estado.

Por fim, no terceiro capítulo, abordar-se-á a nova modalidade de usucapião familiar, analisando os requisitos necessários para a configuração do referido instituto, bem como os principais aspectos que o englobam. Também, tratar-se-á acerca das diferentes questões e críticas que surgiram com a aplicação da nova norma, em especial quanto ao requisito específico do abandono do lar e a volta da discussão da culpa no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, estudar-se-á as eventuais inconstitucionalidades contidas no novo dispositivo, ressaltando a infringência dos princípios da igualdade, da vedação do retrocesso social e da segurança jurídica.

Percebe-se, assim, que a nova modalidade de aquisição de propriedade trouxe um duplo reflexo, de modo que atingiu o direito patrimonial e o direito familiar, possibilitando

uma série de questionamentos, discussões polêmicas e dúvidas quanto à efetiva aplicação da lei e a interpretação da mesma.

Diante disso, passar-se-á, a seguir, ao estudo dos capítulos, de modo que possibilite a verificação da incidência da usucapião conjugal, bem como as violações ao texto constitucional e as repercussões geradas no ordenamento jurídico, em especial no Direito de Família brasileiro.

1 DO INSTITUTO LEGAL DA USUCAPIÃO¹ E DOS REGIMES DE BENS

Com o intuito de promover o bem estar social, proporcionando o mínimo necessário ao homem, inúmeras legislações e institutos jurídicos sofreram modificações no transcorrer dos anos, adequando seus textos com os momentos históricos, bem como se ajustando aos valores reais compatíveis com a transformação dos tempos. Assim, aconteceu com a figura da usucapião.

Desde a antiguidade, já se possibilitava a relação deste instituto com o uso das coisas, em especial as imóveis, utilizando-a como uma defesa do legítimo uso da terra, consagrado no direito romano e lançando-se para a contemporaneidade.

Assim, o antigo sistema fechado da propriedade esvaece, surgindo a figura da função social da propriedade, norteando a aplicação atual dos direitos reais. Com o advento da Constituição Federal de 1988, é inserida no ordenamento jurídico brasileiro a figura da usucapião, tornando efetiva a garantia da função social da propriedade, contribuindo para um modelo de equilíbrio social.

1.1 Elementos fundamentais da usucapião²

A usucapião é o modo originário de aquisição do domínio, através da posse mansa e pacífica³, por determinado lapso de tempo.⁴

Este instituto jurídico constitui direito à parte e independente de qualquer relação jurídica com o anterior proprietário, fundamenta-se no propósito de consolidação da

¹ A palavra usucapião se origina do latim, *usucapio*, do verbo *capere* e *usus*, que quer dizer tomar pelo uso, ou seja, adquirir alguma coisa pelo uso. RIZZARDI, Arnaldo. **Direito das coisas**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

² De modo amplo, depara-se com o emprego no feminino da palavra “usucapião”, vinculada à *capio* ou *capionis*, que é feminina e quer dizer ocupação ou aquisição, utilizada assim, na Lei 6.969, de 10 de dezembro de 1981, bem como no Estatuto da Cidade e nos dicionários *Novo Dicionário Aurélio* e *Caldas Aulete*. Todavia, eminentes autores, antigos e modernos, usam-na no masculino, destacando-se, entre eles, Carvalho Santos, Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes e Caio Mário da Silva Pereira. Já o Código Civil de 2012 emprega o vocábulo usucapião no gênero feminino, respeitando a sua origem, como ocorre no direito francês, espanhol, italiano e inglês. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 235.

³ Principal elemento da usucapião.

⁴ GONÇALVES, 2006.

propriedade⁵, estimulando a paz social e diminuindo para o proprietário o ônus da prova de domínio. É um modo de premiar a quem produz a terra. Ocupando-a e pondo-a a produzir, não apenas a propriedade e o domínio útil⁶, mas também a enfiteuse⁷, o usufruto⁸, o uso⁹, a habitação¹⁰ e as servidões¹¹.

Quanto à sua origem, no direito de Justiniano, a usucapião resultou da fusão de dois institutos de mesma índole, porém com áreas diferentes de atuação, a *usucapio* e a *longi temporis praescriptio*.¹² A Lei das XII tábuas¹³ estabeleceu que quem possuísse por dois anos um imóvel ou por um ano um móvel tornar-se-ia proprietário. Esta modalidade de aquisição do *ius civile*¹⁴, portanto apenas destinada aos cidadãos romanos.¹⁵ A denominada *praescriptio*¹⁶ era uma modalidade de exceção, surgindo após à *usucapio*, no Direito Clássico.¹⁷

⁵ O direito de propriedade pode ser definido como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha. GONÇALVES, 2006, p. 206.

⁶ Domínio útil ocorre quando o direito de propriedade recai exclusivamente sobre coisas corpóreas, significando sujeitar ou dominar, correspondendo à ideia de senhor ou *dominus*. GONÇALVES, 2006, p. 206.

⁷ Direito real previsto no art. 678, do Código Civil de 1916, verificada quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável. GONÇALVES, 2006, p. 609.

⁸ Usufruto é o direito de usar uma coisa pertencente a outrem e de perceber-lhe os frutos, ressalvada sua substância. GONÇALVES, 2006, p. 444.

⁹ Uso é considerado um usufruto limitado, destinado a assegurar ao beneficiário a utilização imediata de coisa alheia, limitada às necessidades do usuário e de sua família; confere ao titular a faculdade de, temporariamente, fruir a utilidade da coisa que grava. GONÇALVES, 2006, p. 472.

¹⁰ Trata-se de direito real temporário e personalíssimo. Tem por objeto, necessariamente, bem imóvel, e o titular deve nele residir, ele próprio, com sua família. GONÇALVES, 2006, p. 475.

¹¹ Servidão é um ônus real, voluntariamente imposto a um prédio (o serviente) em favor de outro (o dominante), em virtude do qual o proprietário do primeiro perde o exercício de algum de seus direitos dominicais sobre o seu prédio, ou tolera que dele se utilize o proprietário do segundo, tornando este mais útil, ou pelo menos mais agradável. VAMPRÉ, Spencer. **Manual de Direito Civil | Brasileiro**. F. Briguiet & C. Editores. v. II, p. 159.

¹² Pela *longi temporis praescripti* aquele que possuísse um terreno provincial por certo tempo poderia repelir qualquer ameaça a sua propriedade. Essa defesa podia ser utilizada tanto pelos cidadãos romanos como pelos estrangeiros. GONÇALVES, 2006.

¹³ É conhecida como a primeira lei romana, com data provável de promulgação em torno de 417 a. C. Foi redigida por magistrados designados por *decemviri legibus scribundis* (dez legisladores), e afixada em 12 tábuas de madeira, acrescidas posteriormente de mais duas, tendo o conjunto original desaparecido durante a deflagração do incêndio de Roma de 390 a.C. A sua existência significou a transição de um sistema baseado num direito de tipo consuetudinário para uma lei escrita, resultando num evidente aumento da segurança e do rigor legal, contribuindo, de igual modo, para a laicização da jurisprudência. As doze tábuas dividem-se da seguinte forma: as I-III, dizem respeito a normativas do direito processual; a tábua IV, trata de normas legais sobre a família; a V, de sucessões; a VI e VII, do direito de propriedade; as VIII a XII, do direito penal. LEI das Doze Tábuas. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$lei-das-doze-tabuas](http://www.infopedia.pt/$lei-das-doze-tabuas)>. Acesso em: 07 set. 2013.

¹⁴ Direito Civil.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 191.

¹⁶ Prescrição.

¹⁷ VENOSA, 2003, p. 191.

Posteriormente, no Direito pós-clássico, foi introduzida uma forma especial de usucapião, a denominada *longissimi temporis praescriptio*¹⁸, assimilada, por alguns juristas, como a usucapião extraordinária. Nesta, para poder defender-se, era preciso verificar o exercício da posse por 40 anos, boa-fé, mas sem justa causa. Após, os dois referidos institutos foram unificados na codificação de Justiniano, surgindo, assim, a usucapião.¹⁹

Hoje, o fundamento jurídico da usucapião encontra-se repousado em duas teorias. A primeira, a corrente subjetiva, sustenta a renúncia presumida ao direito por parte do antigo dono; e a segunda corrente, denominada objetiva, que se baseia na utilidade social, ou seja, dar segurança e estabilidade à propriedade.²⁰

A teoria subjetiva fundamenta a usucapião partindo do princípio segundo o qual o proprietário que não exerce o direito sobre a propriedade autoriza a presunção de que houve por parte do mesmo o ânimo da renúncia, embasando-se na passividade do proprietário. Já, pela teoria objetiva, a fundamentação da usucapião é baseada em ponderações ligadas à utilidade social.²¹ Nesta teoria, a ação do tempo sana os vícios e defeitos dos modos de aquisição, o que evitaria conflitos, divergências e dúvidas, bem como proporcionaria segurança aos direitos que a ordem jurídica confere. Em suma, a razão final da usucapião é acabar com as incertezas da propriedade.²²

A usucapião está assentada, também, no princípio da utilidade social, o que proporciona segurança e estabilidade à propriedade, bem como a consolidação das aquisições e a facilitação da prova do domínio. Ainda, ressalte-se que tal instituto está repousado na paz social, que liberta a propriedade de reivindicações inesperadas e diminui o número de litígios, trazendo, assim, a tranquilidade na vida social, com a aprovação dos povos antigos e modernos.²³

Deste modo, o Código Civil de 2002 assumiu uma perspectiva inovadora com relação à propriedade, especialmente quanto ao sentido social, uma vez que, a usucapião apresenta-se, hoje, como um dos instrumentos originários mais eficazes no que tange à atribuição de moradia ou à dinamização da utilização da terra. Para tanto, o legislador distinguiu a usucapião em espécies e modalidades, as quais serão analisadas a seguir.

¹⁸ O termo *praescriptio* originalmente era aplicado para designar a extinção da ação reivindicatória, pela longa duração da posse; tratava-se da *praescriptio longissimi temporis*. MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 85.

¹⁹ VENOSA, 2003, p. 191.

²⁰ GONÇALVES, 2006.

²¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

²² *Ibid.*

²³ GONÇALVES, 2006.

1.2 Espécies de usucapião

Atualmente, o instituto da usucapião é visto como um dos meios de aquisição originária de maior eficácia em relação à obtenção da propriedade e à destinação efetiva da terra, assumindo um caráter essencialmente social, sendo que pode ter como objeto um bem móvel ou um bem imóvel.

Todavia, a usucapião de bens imóveis é dividida em três espécies, o extraordinário, o ordinário e o especial ou constitucional, dividindo-se o último em rural e urbana. Há, ainda, a usucapião indígena e, por fim, a nova modalidade inserida no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a usucapião por abandono de lar conjugal. Tais espécies serão estudadas a seguir.

1.2.1 Usucapião Extraordinária²⁴

O Código Civil, através do art. 1.238²⁵, dispõe que o prazo para esta modalidade de usucapião é de quinze anos; entretanto, o prazo poderá ser reduzido para dez anos, se o possuidor do imóvel houver estabelecido moradia habitual no mesmo, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, a posse social.²⁶

Ao se analisar o art. 1.238, percebe-se que a usucapião extraordinária independe de título e boa fé, sequer são presumidos, simplesmente, não são requisitos exigidos. Na hipótese do título existir, este será apenas reforço de prova; neste caso, basta o ânimo de dono e a continuidade e a tranquilidade da posse pelo lapso temporal exigido.²⁷

Entretanto, configuram-se duas modalidades, com dois prazos diferentes. O prazo da usucapião, que independe de título e boa-fé, será de quinze anos, verificada pelo ânimo de dono, a continuidade e tranquilidade da posse pelo referido lapso temporal. Todavia, ocorrerá

²⁴ O Código Civil de 2002 através do art. 1.238 disciplina a modalidade de usucapião denominada de Extraordinária.

²⁵ Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Casa Civil, 2002.

²⁶ GONÇALVES, 2006.

²⁷ Ibid.

a redução do prazo para dez anos, quando o possuidor houver estabelecido no imóvel a moradia habitual ou quando nele houver realizado obras ou serviços de caráter produtivo, normalmente, acomete para o imóvel rural, mas não exclui a aplicação, também, para o imóvel urbano. Em ambos os casos, se faz desnecessário a investigação subjetiva da boa-fé do possuidor, entretanto, nas duas situações preponderará o caráter objetivo do fato da posse – o *corpus*^{28, 29}.

A partir disso, é possível verificar que as modificações realizadas pelo Código Civil de 2002 possuem caráter essencialmente social, uma vez que amplia a possibilidade de usucapir e dispensa o requisito da boa-fé.

1.2.2 Usucapião Ordinária³⁰

A usucapião ordinária é uma forma de regularização de um direito de propriedade que já existia, mas que tem um vício, sendo que só poderá ser utilizada em situações excepcionais.

Como se nota do teor do art. 1.242 do Código Civil, os requisitos necessários para a usucapião ordinária são a posse de dez anos, exercida com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacificamente, além de justo título e boa-fé. No parágrafo único do art. 1.242, do Código Civil, encontra-se mais uma possibilidade de usucapião em prol da aquisição da propriedade, a qual pode ocorrer quando o interessado tiver título anterior e que, por alguma razão, fora o mesmo cancelado. Neste caso, a lei protege o possuidor que mantém no imóvel a moradia ou realiza investimentos de interesse social e econômico, em detrimento de terceiros, não dispensando o justo título e a boa-fé.³¹

²⁸ Assim, ao analisar, por exemplo, o caso em concreto nos termos do descrito no parágrafo do artigo, o juiz deverá examinar a destinação do imóvel e a intenção do usucapiente de residir ou realizar obras de caráter produtivo.

²⁹ VENOSA, 2003, p. 199.

³⁰ A Usucapião Ordinária é disciplinada pelo art. 1.242, do Código Civil de 2002: Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

³¹ VENOSA, 2003.

Vale ressaltar algumas questões acerca do direito intertemporal, especialmente, quanto à posse aquisitiva que tenha se iniciado sob a égide do Código anterior e se consumou na vigência do Código Civil de 2002.

Assim, preceitua o art. 2.029³², das Disposições Transitórias do Código de 2002, ser possível evitar o problema da contagem proporcional dos respectivos tempos de posse nessas novas hipóteses de usucapião, mantidos na íntegra, em princípio, os demais períodos estabelecidos nos *caputs* dos citados artigos.³³

Em suma, a usucapião ordinária distingue-se da usucapião extraordinária no sentido de que a primeira, para configuração, exige os pressupostos de justo título e da boa-fé, enquanto a segunda dispensa tais requisitos, porém, exige um prazo de posse mais longo.

1.2.3 Usucapião Especial Urbano e Rural

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, ainda, a usucapião especial, também denominada de usucapião constitucional, uma vez que fora introduzida pela Constituição Federal sob as formas de usucapião especial urbana, conhecida também como pró-moradia, e, a usucapião especial rural, denominada *pro labore*.

A Constituição de 1934 consagrou a usucapião rural, que está regulamentada no art. 191³⁴, da Carta de 1988, no art. 1.239³⁵, do Código Civil de 2002, bem como na Lei 4.504/64, conhecida como Estatuto da Terra. Já a usucapião especial urbana foi uma inovação que a atual Constituição trouxe, regulamentada no art. 183³⁶ e na Lei 10.257/2001, Estatuto da Cidade, bem como no Código Civil, no art. 1.240³⁷.

³² Art. 2.029: Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916. BRASIL, 2002.

³³ VENOSA, 2003, p. 201.

³⁴ Art. 191: Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. BRASIL, 1988.

³⁵ Art. 1.239: Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. BRASIL, 2002.

³⁶ 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. § 1° - O título de domínio e a

Quanto à Usucapião Especial Urbana, há de salientar que a mesma não é aplicada à posse de terreno urbano sem construção, pois a utilização para moradia do possuidor ou da família deste é requisito suficiente para que ela se configure.

Em relação ao início da contagem do prazo de cinco anos, este só começou a ser contado pelos interessados a partir da vigência da Carta de 1988, não sendo possível retroagir, de modo que surpreenderia o proprietário com uma situação jurídica não prevista anteriormente. Assim, o Código Civil, de 2002, reproduziu, integralmente, o disposto na Constituição Federal. Já, no que tange à extensão do imóvel, o legislador fixa um tamanho máximo, qual seja de até duzentos e cinquenta metros quadrados, abarcando tanto a área do terreno quanto à construção, sendo vedado que uma ou outra ultrapasse o limite assinalado.³⁸

No que tange à Usucapião Especial Rural ou *pro labore*, esta foi inserida no direito brasileiro com a Constituição Federal de 1934; a referida modalidade passou a ser regulamentada, também, pela Lei 6.969/1981.

O art. 1º da Lei 6.969/1981³⁹ impõe os requisitos necessários para verificação dos requisitos para a Usucapião Especial Rural. Logo, no parágrafo segundo, de forma excepcional, incluíram-se as terras devolutas como bens usucapíveis.

A Constituição Federal de 1988, no art. 191⁴⁰, proibiu expressamente a aquisição de imóveis públicos, bem como o aumento a dimensão da área rural suscetível dessa espécie de usucapião para cinquenta hectares, ressaltando que o usucapiente não pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. O Código Civil de 2002, no art. 1.239⁴¹, reproduziu *ipsis litteris* o dispositivo constitucional acima referenciado.

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. BRASIL, 1988.

³⁷ Art. 1.240: 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. BRASIL, 2002.

³⁸ GONÇALVES, 2006, p. 241.

³⁹ Art. 1º: Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 05 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis. Parágrafo único. Prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 6.969, de 10 de dezembro 1981**. Brasília, DF: Casa Civil, 1981.

⁴⁰ Pela *longi temporis praescripti* aquele que possuísse um terreno provincial por certo tempo poderia repelir qualquer ameaça a sua propriedade. Essa defesa podia ser utilizada tanto pelos cidadãos romanos como pelos estrangeiros. GONÇALVES, 2006.

⁴¹ Art. 1.239: Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a

Com isso, percebe-se que o objetivo principal da usucapião rural é justamente a fixação do homem no campo, uma vez que para a configuração deste, é necessária a ocupação produtiva do imóvel, bem como que a mesma sirva de residência e trabalho ao usucapiente. Desta forma, consagra-se o princípio ruralista que o dono da terra deve ser aquele que a tiver produzindo, tendo nela a casa e a família.⁴²

Ainda, vale salientar, que o benefício é instituído em favor da família⁴³, sendo assim, a morte de um dos cônjuges, de um dos conviventes, do pai ou da mãe que dirige a família monoparental não prejudica o direito dos demais integrantes.

Faz-se imperioso ressaltar a recente inclusão de uma nova modalidade no ordenamento jurídico de usucapião especial urbana, denominada de Usucapião Familiar, inserida pela Lei n. 12.424/2011, através do art. 1240 – A⁴⁴, do Código Civil, que será abordada ao longo deste trabalho. Ressalva-se que o direito trazido pelo art. 1.240-A não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

1.2.4 Usucapião Urbana Coletiva, do Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade, promulgado através da Lei n. 10.257/2001, no art. 10⁴⁵, introduz outra modalidade de usucapião a fim de atender as modificações e ocupações urbanas, bem

produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. BRASIL, 2002.

⁴² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1995; RIZZARDI, 2004, p.281.

⁴³ 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. BRASIL, 1988.

⁴⁴ Art. 1.240-A: Aquele que exercer, por 02 (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). BRASIL, 2002.

⁴⁵ Art. 10: As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º Na sentença, o

como possibilitar a regularização da ocupação dada pela coletividade, sem prejuízo de uma ação individual de usucapião.

O que se busca na usucapião coletiva é a formação de um condomínio, cabendo frações ideais a cada um dos condôminos, podendo até mesmo ser de forma diferenciada.

Cabe ressaltar, que não há um limite do tamanho da área, devendo, contudo, obedecer ao mínimo determinado em lei, qual seja de 250 metros quadrados.

Quanto à impossibilidade ou dificuldade de identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, não há que se falar em composesse⁴⁶ e, sim, ao núcleo habitacional desorganizado como uma unidade, onde há espaços que não seriam passíveis de regularização pela via da usucapião individual.⁴⁷

Cumprir notar, ainda, que o referido dispositivo apresenta-se em paralelo ao art. 1.228⁴⁸, §4º, do Código Civil, o qual caracteriza a figura da Usucapião Administrativa, que representa uma forma para o reconhecimento do perecimento do direito de propriedade pela inércia ou descaso do titular, por exigir que o proprietário seja notificado quando da averbação do auto de demarcação^{49, 50}.

juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes. BRASIL, 1981.

⁴⁶ A composesse está para a posse assim como o condomínio está para o domínio. Da mesma maneira que este não comporta mais de um titular exercendo integralmente o direito de propriedade, também a posse não admite mais de um possuidor a desfrutá-la por inteiro. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das coisas**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26.

⁴⁷ MONTEIRO, 1995; RIZZARDI, 2004.

⁴⁸ Art. 1.228: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. BRASIL, 2002.

⁴⁹ É usado para regularização dos parcelamentos do solo irregulares ou clandestinos, mediante o instrumento denominado, corretamente, de demarcação. BROCHADO, Daniel Keunecke. A regularização fundiária e a usucapião administrativa da Lei do Programa "Minha Casa Minha Vida". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2574, 19 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17004>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

⁵⁰ VENOSA, 2003.

Na usucapião coletiva e na usucapião administrativa encontra-se a busca pela função social da propriedade. Da mesma forma, faz-se necessário a posse ininterrupta por cinco anos. A diferença é que na usucapião coletiva, regularizado pelo Estatuto da Cidade, os habitantes da área adiantam-se e pedem declaração de propriedade. Já, na usucapião administrativa, introduzida pelo Código Civil, eles são demandados em ação reivindicatória pelo proprietário e apresentam a posse e demais requisitos como matéria de defesa ou em reconvenção, pedindo o domínio da área.⁵¹

O art. 12⁵², do mesmo Estatuto, discorre acerca da legitimidade para propositura da ação de usucapião especial urbana, tendo trazido como inovação a possibilidade para substituto processual a associação de moradores da comunidade.

Além disso, é importante destacar que o art. 13⁵³, do Estatuto da Cidade, que menciona a possibilidade de alegar a usucapião especial de imóvel urbana como matéria de defesa, o que não é novidade, já que todas as modalidades de prescrição aquisitiva podem ser invocadas como matéria de defesa com o intuito de paralisar a ação reivindicatória. No entanto, o referido artigo acrescenta a possibilidade da sentença a qual reconhecerá a aquisição por usucapião, sendo esta válida como título para Registro no Cartório de Imóveis.⁵⁴

Ademais, verifica-se que o Estatuto da Cidade introduziu no ordenamento jurídico um conjunto de normas que possibilitam um aproveitamento racional do solo urbano, observando a vida em comunidade e proporcionando à propriedade a devida função social, objetivando, assim, a melhoria da qualidade de vida, em todos os aspectos.⁵⁵

Assim, pode-se dizer que a usucapião urbana coletiva apresenta-se como um verdadeiro avanço, uma vez que, há diversas áreas populacionais oriundas de invasões ou assentamentos, que se encontram irregulares e, com a possibilidade de defini-las e identificá-las, por meio do referido instituto, o Poder Público pode gerir as necessidades e suprir carências presentes em tais localidades.

⁵¹ VENOSA, 2003, p. 207.

⁵² Art. 12 do Estatuto da Cidade: São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana: I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; II – os possuidores, em estado de composesse; III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados. § 1º Na ação de usucapião especial urbana é obrigatória a intervenção do Ministério Público. § 2º O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

⁵³ Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Brasília, DF: Casa Civil, 2001.

⁵⁴ GONÇALVES, 2006.

⁵⁵ Ibid., p. 249.

1.2.5 Usucapião Indígena

A Usucapião do Índio está prevista na Lei 6.001/1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. No art. 33⁵⁶, prevê a possibilidade de usucapir do índio já integrado na civilização, bem como aquele ainda não integrado.

Vale ressaltar, que a área possível de ser usucapienda é somente a rural e particular, tendo em vista que a Constituição Federal veda a usucapião de bens públicos. Ademais, em razão da redação inculpada no mencionado dispositivo, verifica-se a existência de três requisitos básicos. O primeiro deles atina-se à metragem máxima da área usucapienda que não poderá superar cinquenta hectares. O segundo exige que a posse, tal como grande parte das modalidades de prescrição aquisitiva, seja exercida de modo manso e pacífico, sem oponente, pelo período de dez anos, com *animus domini*, ou seja, com a intenção de ter a coisa para si. Ao lado disso, o terceiro requisito é que a posse seja exercida por indígena, independentemente de ser ele integrado ou não; este último elemento é o aspecto caracterizador do instituto em comento, porquanto não sendo indígena, por óbvio, não poderá valer-se das disposições que os protegem.⁵⁷

Analisadas as espécies de usucapião, verifica-se que as modificações realizadas pelo Código Civil de 2002, com a implementação de novas modalidades de prescrição aquisitiva, apresentam um caráter essencialmente social, já que se amplia a possibilidade de usucapir, assim como diminui para o proprietário o ônus da prova de domínio e instiga a paz social, caracterizando-se como os instrumentos originários mais eficazes no que tange à atribuição de moradia ou à dinamização da utilização da terra.

1.3 Componentes da Usucapião

⁵⁶ Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Brasília, DF: Casa Civil, 1973a.

⁵⁷ RANGEL, Tauã Lima Verdán. **O instituto da usucapião**: breves apontamentos. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11308>. Acesso em: 25 jul. 2013.

Para caracterizar a usucapião é necessária a verificação de determinados requisitos legais, variando conforme a modalidade.

Entretanto, mostra-se imprescindível a averiguação de três componentes básicos que são: a posse, coisa hábil ou suscetível de usucapir e o decurso do tempo mínimo exigido; todos indispensáveis e exigidos em todas as espécies de usucapião.

Da mesma forma, deve ser ressaltada a necessidade do justo título e da boa-fé, na configuração da usucapião ordinária.

1.3.1 A posse

O instituto da posse é, sem dúvida, aquele que apresenta maior controvérsia em todo o Direito, havendo inúmeras divergências quanto ao conceito, origem, elementos, natureza jurídica, entre outros.

Com o passar do tempo, o conceito de posse sofreu alterações, recebendo influências do direito canônico, natural e germânico, não logrando, até hoje, a unanimidade da doutrina e nas legislações.

Entretanto, há várias teorias que buscam explicar o conceito de posse, mas pode-se reduzir a dois grupos⁵⁸, a Teoria Subjetiva e a Teoria Objetiva.

A Teoria Subjetiva mantém a estrutura da posse nos dois princípios basilares; o *corpus*, que é o controle físico da coisa e o exercício de se fazer com ela o que se pretenda, com a exclusão de ingerências estranhas; e, o *animus possidendi*, caracterizado como a intenção de exercer o direito de propriedade.⁵⁹

Assim, a pessoa é considerada possuidora quando se comporta como dono, tendo em seu poder um bem.⁶⁰ Para esta teoria, os dois referidos elementos são indispensáveis, uma vez que, na ausência do *corpus* inexistente posse e na falta do *animus*, não há posse e, sim, mera detenção.⁶¹

⁵⁸ As teorias subjetivas, a qual se destaca a de Friedrich Karl Savigny e as teorias objetivas, tendo como principal propugnador Rudolf Von Jhering. GONÇALVES, 2006.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ RIZZARDI, 2004.

⁶¹ GONÇALVES, 2006.

A marca da Savigny é justamente a existência do elemento *animus*, o qual vem a ser a intenção de exercer o direito de propriedade, como se dono fosse, razão pela qual a teoria se diz subjetiva.⁶²

Nesse sentido, o elemento *corpus* é tido como elemento material da posse, exteriorizando-se por meio de duas manifestações fundamentais que são: o controle físico da coisa e o exercício de se fazer com ela o que se pretenda.⁶³ Já, o elemento *animus* é definido como a vontade de exercer o direito da propriedade, como se proprietário fosse, ou guardasse a intenção de exercer o direito de propriedade.⁶⁴

Assim, para Savigny, não constituem relações possessórias aquelas em que a pessoa tem a coisa em seu poder, mesmo que juridicamente fundada, por lhe faltar à intenção de tê-la como dono, dificultando a defesa da situação jurídica⁶⁵.⁶⁶

Com isso, a teoria de Savigny não encontrou sustentáculo, uma vez que o direito moderno não pode negar proteção possessória às pessoas que possuem a possibilidade de ajuizar as medidas competentes enquanto exercerem a posse. Em razão disso, Savigny criou uma terceira categoria, além da posse e da detenção, a denominada “posse derivada”, a qual foi caracterizada no momento de transferência dos direitos possessórios, e não do direito de propriedade⁶⁷.⁶⁸

Em suma, a posse derivada é aquela exercida sem a intenção de dono, sendo que, para Savigny é possível agrupar em duas categorias todos os poderes de fato sobre as coisas, ou seja, a posse⁶⁹ e a detenção⁷⁰.⁷¹

Por outro lado, na Teoria Objetiva para que a posse⁷² exista é necessário somente o elemento objetivo *corpus*, o que não significa contato físico com a coisa, mas, sim, conduta de dono. Neste caso, a posse se dá no modo como o titular da coisa age em face dela, tendo em vista, sua função econômica.⁷³

⁶² RIZZARDI, 2004.

⁶³ AZEVEDO, Renan Falcão. **Posse, Efeitos e Proteção**. 2. ed. Coedição da Universidade de Caxias do Sul/RS e Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1987. p. 47.

⁶⁴ RIZZARDI, 2004.

⁶⁵ O que é caso da locação, comodato, penhor, entre outros.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19.

⁶⁷ Neste caso, é aplicável ao credor pignoratício, ao enfiteuta, ao depositário de coisa sequestrada e ao precarista.

⁶⁸ RIZZARDI, 2004, p. 21.

⁶⁹ Na posse há a intenção ou aquele exerce como se proprietário fosse. PEREIRA, 2003, p.17.

⁷⁰ A detenção é o poder físico sem o elemento intencional. RODRIGUES, 2002, p. 51.

⁷¹ RIZZARDI, 2004, p. 21.

⁷² Configura posse quando alguém se comporta como dono e nesse comportamento já está contido o *animus*. RANGEL, 2013.

⁷³ RIZZARDI, 2004, p. 21.

Não há necessidade de pesquisar a intenção do agente, podendo, a conduta de dono, ser analisada de forma objetiva. Assim, pode-se dizer que a posse é a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio.⁷⁴ É o fenômeno externo da utilização econômica, unindo à vontade de realizar, em benefício próprio.

Em suma, para caracterizar a posse apresenta-se essencial a configuração da relação possessória de modo externo, ou seja, o *corpus*, salientando que o *corpus* pressupõe o *animus*. Ademais, para a Teoria Objetiva, não é possível existir *corpus* sem o *animus*, da mesma forma que o *animus* não existe sem o *corpus*, uma vez que os dois elementos nascem pela incorporação da vontade na relação com a coisa, ao mesmo tempo^{75 76}.

No Código Civil de 2002 preponderam as ideias da Teoria Objetiva, como se depreende do disposto no art. 1.196⁷⁷ do Código Civil. Entretanto, não se trata de qualquer posse, é preciso que ela seja a título de proprietário, contínua, ininterrupta, pública, pacífica, inequívoca e atual.

É preciso o *animo domini*, ou seja, a vontade de possuir como dono fosse não pode confundir-se com a *opino domini*, que é a convicção de um bem. Quanto à continuidade, esta é expressa na utilização ou contato regular com a coisa, ou seja, a posse não é interrompida durante certo lapso de tempo. Já, em relação à pacificidade, é verificada quando não há o emprego de violência e, no que se refere à publicidade, esta requer sinais exteriores que a evidenciem.

Desta forma, a presença de tais requisitos é essencial para que a posse não se torne viciada, configurando como vícios absolutos a inexistência de *animo domini*, a violência e a descontinuidade e, como vícios relativos, os vícios da interrupção civil e da clandestinidade, a qual aproveita somente quem a promove.

1.3.2 Coisa hábil

⁷⁴ GONÇALVES, 2006, p. 32.

⁷⁵ Aqui, compreende-se como possuidor aquele que, para Teoria Subjetiva, era considerado como mero detentor, sendo, portanto, possuidores o locatário, o usufrutuário, o depositário, o comodatário, entre outras pessoas que utilizam coisas alheias por força de uma obrigação ou de um direito. RIZZARDI, 2004, p. 25.

⁷⁶ Ibid., p. 25.

⁷⁷ Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. BRASIL, 2002.

Preliminarmente, vale dizer que nem todos os bens estão sujeitos à prescrição aquisitiva, sendo necessário verificar se aquele determinado bem que se pretende usucapir é suscetível ou não da *res habilis*.⁷⁸

Para isso, existem previsões legais que possibilitam ou que impendem que determinados bens sejam usucapidos. Os bens públicos⁷⁹ e aqueles que se encontram no comércio não podem ser objeto de usucapião.⁸⁰ Também, aqui se enquadram as terras devolutas.

Excepcionalmente, admite-se a usucapião prescritiva das terras devolutas para situações consumadas antes do advento da Lei 6.969, que dispõe acerca da usucapião rural.

De acordo com o Decreto nº 22.785/33, bem como a Súmula 340⁸¹, do Supremo Tribunal Federal, os bens dominicais, como os demais bens públicos não podem ser objeto de usucapião. Ainda, são insuscetíveis de serem usucapidos os bens naturalmente indisponíveis, os legalmente indisponíveis e os indisponíveis pela vontade humana. Na mesma linha, não ocorre prescrição aquisitiva, nem extintiva, contra as pessoas elencadas nos arts. 197⁸² e 198⁸³, do Código Civil, bem como não incide nas situações do art. 199⁸⁴, do mesmo diploma legal.

Desta forma, a prescrição aquisitiva pode recair sobre a propriedade plena, bem como sobre certos direitos reais⁸⁵ que dela se desmembram.⁸⁶ Ainda, os bens suscetíveis à usucapião

⁷⁸ GONÇALVES, 2006.

⁷⁹ Em sentido amplo, os bens públicos são aqueles que pertencem à União, aos Estados e aos Municípios. Também são considerados bens públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, conforme o disposto no art. 98, do Código Civil. Em tais bens, estão compreendidos os bens de uso comum, como por exemplo, rios, estradas, praças, ruas; os bens de uso especial, que são aqueles destinados ao serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual ou municipal, incluindo, as autarquias; os dominicais, que constituem o patrimônio dos entes públicos, como objeto de direito real ou pessoal de cada umas das entidades. GONÇALVES, 2006.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ STF Súmula nº 340 – 13/12/1963 – **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal** – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 149.

Dominicais e Demais Bens Públicos – **Usucapião**: Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1963.

⁸² Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. BRASIL, 2002.

⁸³ Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra. BRASIL, 2002.

⁸⁴ Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção. BRASIL, 2002.

⁸⁵ Como o domínio útil da enfiteuse, as servidões aparentes, o usufruto, o uso e a habitação.

⁸⁶ GONÇALVES, 2006.

são os bens de domínio público particular, não podendo sê-lo os terrenos de marinha, conforme proibição expressa no art. 191⁸⁷, parágrafo único, da Constituição Federal.

1.3.3 Decurso do tempo

O tempo é outro pressuposto básico para a figura da usucapião, o qual possibilita que a posse se converta em propriedade, sendo necessário associá-la com o fator tempo.

O Código Civil de 2002 reduziu os prazos da usucapião, previstos anteriormente no Código Civil de 1916, excluindo também a previsão de tempo maior para os ausentes. Neste sentido, têm-se os arts. 1.238⁸⁸ e 1.242⁸⁹, ambos do Código Civil de 2002.

Para a usucapião especial rural ou *pro labore*, o legislador fixou o prazo de cinco anos para aquele que possuir como sua, sem oposição, a área rural contínua, não excedente a 50 hectares, desde que a tenha tornado produtiva pelo trabalho próprio ou da família, tendo nela a moradia.⁹⁰

Do mesmo modo, o lapso temporal para configuração da usucapião especial urbana também é de cinco anos, conforme prevê o art. 183⁹¹, da Carta de 1988. Tal prazo só iniciou sua contagem a partir da vigência da atual Constituição Federal, não podendo retroagir o novo direito, uma vez que poderia surpreender o proprietário com uma situação jurídica não prevista.

⁸⁷ Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. BRASIL, 2002.

⁸⁸ Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. BRASIL, 2002.

⁸⁹ Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. BRASIL, 2002.

⁹⁰ VENOSA, 2003.

⁹¹ 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. BRASIL, 1988.

Em relação à usucapião urbana coletiva, do Estatuto da Cidade, o prazo previsto é também de cinco anos ininterruptos, de acordo com o disposto no art. 10⁹², do referido Estatuto.

No que tange à usucapião indígena, prevista na Lei 6.001/1973, no art. 33⁹³, o lapso temporal necessário para configurá-la é de dez anos consecutivos. E, por fim, a nova modalidade de usucapião, prevista no art. 1240-A, a denominada Usucapião Familiar, exige o exercício da posse pelo prazo de dois anos ininterruptos e sem oposição.

Faz-se necessário ressaltar que, em todas as modalidades, o exercício da posse deve ter sido por todo o lapso temporal, ininterrupta, sem impugnação e contínua, consumando-se a usucapião se esta situação permanecer no lapso temporal previsto em lei, mostrando-se inoperante a qualquer oposição subsequente, uma vez que esbarrará ante o fato consumado.

Vale lembrar que o início da contagem do prazo ocorre no dia seguinte ao da posse, excluindo o primeiro dia e incluindo o último.

1.3.4 Justo Título

O justo título, para o Direito Romano, deve ser compreendido como a razão pela qual alguém recebeu a coisa do precedente possuidor e não como qualquer instrumento que denote

⁹² Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo com o escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. § 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes. BRASIL, 2001.

⁹³ Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal. BRASIL, 1973a.

propriedade.⁹⁴ Trata-se do fato gerador da posse, pelo qual se examinará a justa causa da posse do usucapiente e, que por alguma razão, este título não logra a obtenção da propriedade.

Em regra, considera-se justo título todo ato ou negócio jurídico que em tese possa transferir a propriedade, estando intimamente ligado à boa-fé, uma vez que ele se exterioriza e ganha solidez na referida boa-fé.⁹⁵ E, mais, não possui justo título aquele que possui a coisa de forma violenta, precária ou clandestina.

O justo título não é exigido na espécie extraordinária, bem como, também, não é exigido na especial. No entanto, apresenta-se como pressuposto fundamental para configuração da usucapião ordinária, conforme o disposto no art. 1.242⁹⁶, do Código Civil.

Tal pressuposto é o que seria hábil para transmitir o domínio e a posse se não contivesse nenhum vício impeditivo dessa transmissão, provocando no adquirente a crença de que se tornou dono. Porém, para que isso ocorra, o justo título deve revestir as formalidades externas e estar registrado no cartório de registro de imóveis.⁹⁷

Por outro lado, na hipótese do justo título estar eivado de alguma irregularidade, o decurso do tempo, a posse de dez anos e a concorrência dos demais requisitos exigidos, sanam os eventuais defeitos desse título. Porém, tal vício não pode conter nulidade absoluta, ou seja, sendo nulo⁹⁸ não enseja, assim, a usucapião ordinária. Entretanto, se o título é anulável⁹⁹, tal vício não impossibilita a caracterização da referida espécie de usucapião, uma vez que é considerado eficaz, até não ser decretada a sua anulação.¹⁰⁰

Está claro que aquele que possui título registrado devidamente, não precisará ajuizar ação de usucapião, após o transcurso do prazo exigido, uma vez que a sua situação jurídica já está definida no título. Porém, se, por ventura, vier a ser molestado por algum terceiro, poderá ele arguir a aquisição por usucapião em matéria de defesa, o que é permitido por meio da Súmula 237 do Superior Tribunal Federal.

⁹⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2. p. 197.

⁹⁵ VENOSA, 2003, p. 197.

⁹⁶ Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. BRASIL, 2002.

⁹⁷ GONÇALVES, 2006, p. 262.

⁹⁸ O negócio nulo (nulidade absoluta) é negocio jurídico praticado com ofensa a preceitos de ordem publica, é a falta de elemento substancial ao ato jurídico (arts. 166 e 167, do CC). PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2005.

⁹⁹ O negócio anulável (nulidade relativa) é o negócio jurídico que ofende o interesse particular de pessoa que o legislador buscou proteger. O negócio anulável pode se tornar válido se suprida a deficiência (art. 171, do CC). PINTO, 2005.

¹⁰⁰ GONÇALVES, 2006, p. 265.

1.3.5 Boa-fé

Ao lado de outros princípios básicos e seculares, encontra-se a boa-fé, representando um importante papel nas relações humanas e no campo do direito, o qual confere privilégios e vantagens, sobretudo na matéria de posse.

Quanto ao instituto da posse, é necessário analisar a boa-fé, não somente no sentido objetivo, como um princípio, mas, essencialmente, no sentido subjetivo, considerando os efeitos jurídicos gerados pela presença da mesma em certas situações fácticas.¹⁰¹

No ordenamento jurídico brasileiro há uma clássica divisão entre a posse de má-fé e a posse de boa-fé. A posse de má-fé é caracterizada quando o possuidor, ao adquirir a coisa, tem consciência do vício e, não obstante a adquire. Dentre outras teorias relativas à configuração da má-fé, destacam-se a ética, a qual vincula a má-fé à ideia de culpa, e a psicológica, onde o interessado possui apenas a crença de que não lesa o direito alheio.¹⁰²

Ao ignorar o vício ou o obstáculo que impede o possuidor de adquirir a coisa, evidencia-se a boa-fé, caracterizada pela crença do possuidor de que determinada coisa lhe pertence legitimamente sob a sua posse. Essa crença está repousada em erro de fato, o qual se resume em ignorar o obstáculo que se opõe à transferência do domínio, como se a coisa não fosse do alienante ou este não tinha o poder de aliená-la.¹⁰³

Entretanto, essa ignorância deve ser desculpável, não se reputando o erro de direito ou o erro sobre o fato próprio. Excluem a boa-fé e são impróprias para levar à aquisição o erro indesculpável, as dúvidas e apreensões sobre a legitimidade do título de aquisição ou sobre o bom direito do alienante.¹⁰⁴

Por outro lado, as dúvidas e apreensões acerca da legitimidade do domínio não constituem o possuidor em má-fé, não excluindo, assim, a convicção de proprietário.¹⁰⁵

Costumeiramente, a boa-fé é associada ao justo título, uma vez que este justifica a posse e motiva a boa-fé. No entanto, vale salientar, que a boa-fé e o justo título são coisas diferentes, porém, o justo título gera a presunção da boa-fé.

¹⁰¹ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Direito das cousas**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908. v. I e II.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva (usucapião)**. 3. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1981.

Na modalidade de usucapião ordinária, a boa-fé é pressuposto essencial para a caracterização daquela, tendo em vista que uma vez provado o justo título, a boa-fé se presume.¹⁰⁶

Da mesma forma, o disposto no art. 1.201¹⁰⁷, parágrafo único, do Código Civil, estabelece a presunção *juris tantum* de boa-fé em favor daquele que possui justo título.¹⁰⁸

Assim, a partir do momento em que o possuidor não ignorar que possui a coisa indevidamente, a boa-fé perderá seu caráter, impossibilitando a aquisição por usucapião ordinária, já que o requisito mais importante nesta modalidade é justamente a boa-fé, moralizando e dignificando o usucapiente, fazendo crer que a coisa possuída realmente lhe pertence.

Desta forma, resta demonstrada a necessidade da presença dos requisitos legais elencados acima para a caracterização da usucapião, os quais, como vistos, variam de acordo com cada modalidade da prescrição aquisitiva. Por fim, deve-se, imprescindivelmente, averiguar a existência dos componentes básicos analisados, que são indispensáveis e exigíveis em todas as espécies de usucapião.

1.4 Classificação dos regimes de bens¹⁰⁹ no sistema civil brasileiro

O casamento acende uma complexidade de efeitos tanto no mundo social, quanto na esfera jurídica, gerando deveres e direitos disciplinados por normas jurídicas.

As relações de caráter patrimonial abrangem o regime de bens, os direitos sucessórios e a obrigação alimentar, sendo possível se estender aos ascendentes e colaterais até o segundo

¹⁰⁶ LACERDA DE ALMEIDA, 1908.

¹⁰⁷ Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção. BRASIL, 2002.

¹⁰⁸ GONÇALVES, 2006, p. 267.

¹⁰⁹ O regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração na constância da união conjugal. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 437.

grau, conforme a determinação do art. 1.697¹¹⁰, do Código Civil, ou ainda, até o quarto grau, segundo o art. 1.839¹¹¹, do mesmo diploma legal.

Tais efeitos patrimoniais são produzidos devido aos diferentes regimes de bens existentes, os quais serão classificados adiante.

Assim, o Código Civil brasileiro possibilita que os cônjuges optem por um dos regimes determinados no sistema civil brasileiro, permitindo que as partes regulamentem as relações econômicas criadas entre si.

1.4.1 Regime da comunhão parcial

Com o advento da Lei n. 6.515/1997, o regime de comunhão parcial tornou-se comum no Brasil, sendo adotado como regime legal, ou seja, vigorando na falta, nulidade, ou ineficácia da convenção quanto aos bens dos cônjuges.

O regime de comunhão parcial de bens pode ser definido como sendo aquele em que há, em regra, a comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimônio, por um ou ambos os cônjuges, preservando-se, assim, como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um dos bens adquiridos por causa anterior ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo.¹¹²

O referido regime tem como principal característica a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constituição do casamento.¹¹³

Os bens excluídos da comunhão estão determinados no art. 1.659¹¹⁴, do Código Civil. Já, aqueles que são incluídos constam do art. 1.660¹¹⁵, do Código Civil de 2002.

¹¹⁰ Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais. BRASIL, 2002.

¹¹¹ Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau. BRASIL, 2002.

¹¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹¹³ Conforme o preceituado no art. 1.658 do Código Civil, no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento. BRASIL, 2002.

¹¹⁴ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. BRASIL, 2002.

Com isso, conclui-se que no regime da comunhão parcial, os bens são distribuídos em três massas distintas, sendo a primeira os bens do marido, depois os bens da mulher e, finalmente, os bens comuns.

Como se percebe, a diferença com a comunhão universal é sensível, uma vez que, quando não houver bens particulares dos cônjuges, existirá uma única massa, um único acervo, comum ao casal, conforme se verá a seguir.

1.4.2 Regime da comunhão universal

Segundo o disposto no art. 1.667¹¹⁶, do Código Civil de 2002, o regime da comunhão universal consiste na comunhão de todos os bens, bem como as dívidas do casal. Tudo quanto um deles adquirir, transmite imediatamente, por metade, ao outro cônjuge, mesmo que nada tenha trazido para a sociedade conjugal, ou nada tenha adquirido durante a constância do mesmo, recebendo a metade do que o outro trouxe ou adquiriu na vigência da mesma sociedade.¹¹⁷

Entretanto, o Código Civil, no art. 1.668¹¹⁸, determina a incomunicabilidade de alguns bens, caracterizados pelo caráter personalíssimo dos efeitos em questão.

Quanto à administração dos bens comuns, hoje, prevalece a igualdade entre os cônjuges, princípio constitucionalmente previsto no art. 226¹¹⁹, parágrafo quinto, da Constituição Federal de 1988. No que tange à dissolução da comunhão, a mesma poderá

¹¹⁵ Art. 1.660. Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. BRASIL, 2002.

¹¹⁶ Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte. BRASIL, 2002.

¹¹⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de Direito de Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹¹⁸ Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. BRASIL, 2002.

¹¹⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Parágrafo 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. BRASIL, 1988.

ocorrer pela morte de um dos cônjuges, pela sentença que decreta a nulidade ou anula o casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.¹²⁰

Assim, extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro pelas dívidas que houver contraído.¹²¹

Vale salientar que, por se tratar de regime convencional, deve-se estipular o referido regime em pacto antenupcial¹²², predominando os bens de propriedade e posse de ambos os cônjuges, sendo desnecessária a natureza destes.

1.4.3 Regime da separação convencional de bens

A incomunicabilidade dos bens dos cônjuges, anteriores e posteriores ao casamento, é a principal característica deste regime, conforme previsto no art. 1.687¹²³, do Código Civil de 2002.

Neste caso, é preciso que seja expressa a manifestação das partes (casal), não podendo confundir este regime com o regime da separação legal ou obrigatória.

Vale registrar os efeitos sucessórios que o regime de separação convencional¹²⁴ pode gerar. Assim, determina-se a concorrência do cônjuge sobrevivente com os antecedentes do *de cujus* em sede de sucessão. É como se, em vida, houvesse uma separação patrimonial – escolhida pelo casal – e, após a morte de um dos cônjuges, uma forçada comunhão de direitos – determinada coercitivamente pela própria lei.¹²⁵

Em relação à administração dos bens conjugais permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que pode livremente aliená-los, se forem móveis ou imóveis, podendo dispor de modo diverso sobre a administração, no pacto antenupcial.

¹²⁰ SILVA; MONTEIRO, 2011.

¹²¹ Ibid.

¹²² Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas. BRASIL, 2002.

¹²³ Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real. BRASIL, 2002.

¹²⁴ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. BRASIL, 2002.

¹²⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011.

1.4.4 Regime de separação obrigatória

O regime de separação obrigatória, constante no art. 1.641¹²⁶, do Código Civil brasileiro, é imposto por lei com fins diversos, dependendo da hipótese a ser analisada, com intuito de proteger terceiros.

Ainda, nos casos constantes do art. 1.641, do Código Civil, os sujeitos permanecem irrestritamente vinculados ao regime da separação, não dependendo de pacto antenupcial.

A inobservância das causas suspensivas torna o casamento irregular, fazendo com que seja imposto o regime de separação obrigatória como uma forma de sancionar os cônjuges.

Quanto à imposição do referido regime às pessoas que tenham mais de setenta anos, tal restrição tem caráter eminentemente protetivo, evitando que sejam vítimas de terceiros interessados no patrimônio da referida pessoa. Entretanto, a aludida restrição, para a jurisprudência, apresenta-se como uma afronta às cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da igualdade jurídica, assim como à garantia do justo processo da lei, à luz do art. 1º¹²⁷, III e do art. 5º¹²⁸, I, X e LIV, da Constituição Federal.

Destarte, a jurisprudência¹²⁹ constatou que o regime de separação obrigatória não protegia de forma correta as pessoas que deveria proteger. Assim, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377¹³⁰, reconhecendo uma verdadeira sociedade de fato e, praticamente, convertendo em regime de comunhão parcial de bens.

1.4.5 Regime da participação final dos aquestos

¹²⁶ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; ~~II - da pessoa maior de sessenta anos;~~ II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010) III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. BRASIL, 2002.

¹²⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL, 1988.

¹²⁸ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. BRASIL, 1988.

¹²⁹ AGRAVO REGIMENTAL. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PARTILHA DE BENS. AQUESTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO. 1.- No regime da separação total de bens, à míngua de cláusula excludente expressa no pacto antenupcial, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges. Precedentes. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.658 - CE (2010/0159453-0). Rel. Sidnei Benetti. Brasília (DF), 16 de abril de 2013.

¹³⁰ STF Súmula nº 377 – 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. **Regime de Separação Legal de Bens – Comunicação – Constância do Casamento.** No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Introduzido pelo Código Civil de 2002, nos arts. 1.672¹³¹ a 1.686¹³², é caracterizado por ser um regime híbrido, ou seja, adota os princípios da separação de bens na constância do casamento e da comunhão parcial na dissolução da sociedade conjugal.¹³³

Vale dizer que o referido regime reflete a uma época que não existe mais, ao menos na contemporaneidade brasileira:

É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocínio sobre fraudes, esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá vasto campo ao cônjuge de má-fé.¹³⁴

Como estabelecido no art. 1.673¹³⁵, do Código Civil, neste regime de bens cada cônjuge mantém os bens que constam no matrimônio anterior e os adquiridos no futuro. No que se refere à administração dos bens, tal regime adota como base a separação de bens, durante a vida em comum, sendo permitida somente a livre alienação de móveis, necessitando de outorga conjugal para alienação de bens imóveis.¹³⁶

No que diz respeito à dissolução da sociedade conjugal e apuração dos aquestos, *intervivos* ou *causa mortis*, tem-se assegurado o direito à metade dos aquestos ou bens adquiridos durante o casamento, de acordo com as disposições do art. 1.674¹³⁷, do Código Civil.

¹³¹ Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. BRASIL, 2002.

¹³² Art. 1.686. As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros. BRASIL, 2002.

¹³³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011.

¹³⁴ VENOSA, 2003, p. 360.

¹³⁵ Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis. BRASIL, 2002.

¹³⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011.

¹³⁷ Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III - as dívidas relativas a esses bens.

Deste modo, pode-se observar que o regime em questão possibilita que, cada um dos cônjuges, possua a administração exclusiva dos bens próprios durante o casamento e, em caso de dissolução da sociedade conjugal, quando não for possível a divisão, haverá a avaliação dos bens para que, assim, possa ocorrer a reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário, com o intuito de evitar o condomínio.

Assim, nota-se que os diferentes regimes de bens analisados acima, além de permitir que as partes regulamentem as relações econômicas criadas entre si, geram deveres e direitos aos mesmos, dos quais surgem efeitos sociais e jurídicos, bem como abrangem as relações de caráter patrimonial e, inclusive, os direitos sucessórios das partes.

1.5 Da possibilidade de mudança do regime de bens pactuado pelas partes

O Código Civil de 1916 previa a imutabilidade e a irrevogabilidade do regime de bens entre os cônjuges, ou seja, o regime de bens era imutável e deveria persistir até quando perdurasse a sociedade conjugal, adotando-se, assim, o princípio da irrevogabilidade do regime patrimonial, os quais serão analisados no próximo capítulo.

Ocorre que o Código Civil de 2002 trouxe consigo a mais significativa inovação experimentada pelo Direito Patrimonial de Família Brasileiro: a possibilidade de mudança de regimes de bens no curso do casamento.¹³⁸ Com isso, o ordenamento jurídico brasileiro passou a acompanhar outras numerosas legislações modernas¹³⁹, que também seguem essa orientação, as quais já possibilitavam a modificação do regime durante o casamento, ressaltando os direitos de terceiros.

Assim, no art. 1.639¹⁴⁰, parágrafo 2º, do novo Código Civil, foi introduzido o princípio da mutabilidade do regime de bens, admitindo a alteração do regime obedecidas as exigências constantes no referido artigo.¹⁴¹

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis. BRASIL, 2002.

¹³⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 329.

¹³⁹ Como a Suíça, Alemanha e Áustria.

¹⁴⁰ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressaltados os direitos de terceiros. BRASIL, 2002.

¹⁴¹ SILVA; MONTEIRO, 2011, p. 262.

Quanto aos efeitos da sentença que altera o regime de bens pactuado pelas partes, a eficácia é retroativa, produzindo efeitos *ex tunc*, uma vez que o patrimônio atingido e que sofrerá a incidência do novo regramento é, por óbvio, aquele existente até a data da sentença de modificação.¹⁴²

Ainda, no que tange a aplicabilidade da mudança de regime de bens, prevista no art. 1.639, §2º, do Código Civil, aos casamentos anteriormente celebrados, é possível verificar a consolidação no ordenamento jurídico brasileiro, conforme precedentes do Supremo Tribunal de Justiça.¹⁴³

De tal sorte, não há dúvidas de que os cônjuges que casaram na vigência do Código Civil anterior possuem o direito de requererem a modificação do regime de bens pactuado, observando os requisitos de lei, consagrando, assim, o princípio da isonomia constitucional e o imperativo de inegável justiça, o qual será analisado no próximo capítulo.

Assim, após a análise do instituto da usucapião, bem como dos regimes de bens instituídos no Código Civil, percebem-se as modificações legislativas sobrevindas no decorrer dos anos, as quais se adequaram com os períodos da história, beneficiando o bem estar social e a evolução do homem. Em especial, nota-se a relevância da inserção no ordenamento jurídico brasileiro da figura da usucapião, uma vez que, por meio desta, tornou efetiva a garantia da função social da propriedade e aplicação dos direitos reais.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar os princípios que norteiam o instituto da usucapião, bem como as relações patrimoniais, especialmente, no que tange à garantia dos direitos da propriedade, da igualdade, da isonomia constitucional e da segurança jurídica.

¹⁴² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 332.

¹⁴³ REsp 812.012/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 2-12-2008, DJe 2-2-2009, 4ª Turma.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO E DO DIREITO DE FAMÍLIA

O instituto da usucapião é reconhecido como uma das mais relevantes e antigas formas de assegurar a estabilidade e a paz social, bem como de afastar a desigualdade social e alcançar a dignidade humana, possibilitando o acesso à terra para o cidadão com condições sociais e econômicas mínimas e proporcionando uma chance de progredir e contribuir para a melhora social.¹

Assim, o atual Código Civil adotou os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 para regularizar e adequar o referido instituto em face dos novos contornos e mudanças implementadas no mesmo.

A partir da segunda metade do século XX, a propriedade começou a ser tratada em face da função social da mesma, razão pela qual o legislador precisou enfatizar o direito à moradia, especialmente, a realização de obras ou serviços com caráter produtivo, bem como investimentos econômicos e sociais para fins de aquisição de bens por meio da usucapião.²

Ainda, observa-se que, atualmente, o ponto de referência da sociedade não é mais o indivíduo em si, mas, sim, a sociedade como um todo. Desta forma, diferentemente do Código Civil de 1916, a nova legislação tem como escopo a busca da concretização do princípio da dignidade humana, da igualdade entre as pessoas e a satisfação do bem-estar social.

Assim, faz-se necessário analisar alguns princípios que norteiam o instituto da usucapião e as relações familiares, num aspecto geral, tais como o princípio da igualdade, da igualdade entre os cônjuges, da função social da propriedade, da dignidade humana, da segurança jurídica, do direito à moradia, da vedação do retrocesso social e da não intervenção do Estado, para que assim, seja possível fazer uma reflexão em face das modificações ocorridas na sociedade, no mundo jurídico, especialmente, no que tange ao instituto da usucapião no âmbito do direito de família.

¹ SOARES, Rafael Machado. **Direitos Fundamentais e expectativas normativas: o caso da função social da propriedade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

² VICOLA, Nivaldo Sebastião. **Revista FMU Direito**, São Paulo, ano 25, n. 36, p. 99-107, 2011. ISSN: 2316-1515.

2.1 Direito fundamental à moradia e o princípio da função social da propriedade

O direito à moradia está inserido na Constituição Federal de 1988, no art. 6º³, no rol dos direitos sociais, atribuindo a responsabilidade ao poder público em corresponder com o referido direito.

Da mesma forma, o direito à moradia está reconhecido, de forma não explícita, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como direito de um padrão de vida capaz de assegurar à família e a si, entre outros bens essenciais ao homem, também, a habitação.⁴

Ainda, o direito à moradia é reconhecido no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, impondo ao Estado a obrigação de dispor uma vida digna a todos os cidadãos, bem como para com sua família, concedendo um mínimo de moradia adequada.

De acordo com o §1º, do art. 5º⁵, da Constituição Federal, as normas referentes aos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, contexto em que se encontra o direito à moradia. Desta forma, não é necessário estar estampado no rol dos direitos fundamentais, já que tais direitos encontram-se disseminados por toda a Constituição Federal.⁶

Pode-se dizer que o direito à moradia possui duas faces, sendo uma negativa e outra positiva. A face negativa significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia, nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. Já, a face positiva, nota principal do direito à moradia, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, razão pela qual se revela como um direito positivo de caráter prestacional, uma vez

³ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, 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. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, 1988.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 383.

⁵ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL, 1998.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

que legitima a pretensão do titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado, sendo nesta ação que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia.⁷

Entretanto, apesar do referido direito estar garantido constitucionalmente, com força de cláusula pétrea⁸, dispensando regulamentação infraconstitucional, acaba encontrando obstáculos na concretização da eficácia da mesma, uma vez que o Poder Público, na maioria das vezes, não dispensa a importância necessária aos programas habitacionais.

Vale salientar que, mesmo antes da inclusão do direito à moradia no rol de direitos fundamentais⁹, a moradia já era considerada como o mínimo existencial, ou seja, apontada no grupo essencial de direitos relacionados à própria sobrevivência e dignidade humana.¹⁰

Com isso, observa-se que o legislador busca alcançar os nobres objetivos do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, o que vem enunciado na própria Constituição Federal de 1988 dentre os objetivos fundamentais daquela, no art. 3º¹¹. Nesse sentido, entende-se como bem-estar social, o atendimento a necessidades relativas à sobrevivência e à forma de vida tida por boa, no contexto de uma sociedade, podendo se dizer que, a moradia faz parte dos componentes do nível de bem-estar.¹²

Em relação ao desenvolvimento econômico, este exige alguns pressupostos e condições, como por exemplo, a taxa de investimentos crescentes, a repartição equitativa da riqueza, a manutenção do padrão mínimo de consumo e equilíbrio no desenvolvimento regional, promovendo, assim, o crescimento da economia nacional e um nível de bem-estar adequado à população.¹³

Diante de tal discussão acerca do direito à moradia, aliado ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico, destaca-se o surgimento do princípio da função social da

⁷ SILVA, 2006, p. 315.

⁸ Pelo instituto das cláusulas pétreas (CF, art. 60, parágrafo 4º.) torna-se imutável a forma federativa, o sistema republicano, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e as garantias individuais. Tem-se, aqui, a estrutura básica e descomprometida com concepções do bem, correspondente a um mínimo de Constituição (= matéria constitucional) apto a perdurar por todo o desenvolvimento de uma sociedade democrática. Disponível em:

<<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3972/2315>>. Acesso: 24 ago. 2013.

⁹ O direito à moradia foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que acresce exclusivamente essa modificação. BARBOSA, Mario de Figueiredo. O direito constitucional à moradia, no contexto dos direitos sociais e econômicos. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL, 1988.

¹² BOAVENTURA. Edivaldo. A Educação na Constituição Federal. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, n. 8, p. 80, 2000.

¹³ BARBOSA, 2009.

propriedade, o qual revolucionou e modificou conceitos enraizados nos direitos e deveres, no âmbito individual e social.

O referido princípio está previsto nos arts. 5º, inciso XXIII¹⁴, 170, III¹⁵, 182, § 2º¹⁶, e 186¹⁷, todos constantes da Constituição Federal 1988, atribuindo ao direito de propriedade diversas facetas, ao longo dos anos.

Assim, durante o século XIX, a propriedade tinha um sentido absoluto e estava dentro de uma visão completamente dogmática. Era um sistema que buscava a segurança jurídica que servia a burguesia proporcionando um aumento do poder econômico.

No entanto, com a Constituição de Weimar¹⁸, em 1919, na Alemanha, surge um modelo de Estado Social em contraposição com o antigo Estado Liberal, causando reflexos na Constituição brasileira de 1934 e na Carta Magna de 1988, a qual vem fundamentada em um Estado Democrático de Direito e adota como regra constitucional a função da propriedade social, atendendo a uma vontade social.¹⁹

Nesse sentido, o idealizador da função social da propriedade foi León Duguit²⁰, que nega a sacralidade e intangibilidade da propriedade individual, estabelecendo que todo proprietário individual deve destinar os bens de sua propriedade à consecução dos fins objetivados pela coletividade, já que ele é o detentor social das riquezas. Na hipótese do proprietário não destinar o bem de produção ao fim que socialmente dele se espera, o poder

¹⁴ [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. BRASIL, 1998.

¹⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade. BRASIL, 1998.

¹⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. BRASIL, 1998.

¹⁷ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. BRASIL, 1998.

¹⁸ A Constituição de Weimar (República de Weimar), de 1919, foi a primeira constituição social europeia, a qual marcou o início do Estado social, preocupado com os problemas sociais. A previsão normativa de caráter social que se observa na Constituição de Weimar é a positividade jurídica de um debate que previamente teve lugar num âmbito exclusivamente político e que havia sido iniciado muitos anos atrás com a discussão sobre a ideia de um “Estado de direito democrático e social”. A Constituição Alemã recebeu este nome por ter sido elaborada na cidade de Weimar, já que Berlim tinha suas entradas bloqueadas e boa parte de seus edifícios tinham sido destruídos. CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 161-162.

¹⁹ BRANT, Cássio Augusto Barros. Das modalidades de usucapião. A valorização da posse – trabalho como meio de aquisição da propriedade imobiliária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 12, n. 45, jan./mar. 2011.

²⁰ DUGUIT, León. **Las transformaciones Del Derecho: Publico y Privado**. Buenos Aires: Heliasta, 1931.

estatal poderá valer-se de meios de incentivo ou de restrição ao exercício da propriedade individual, de acordo com o que entenda mais consentâneo com o interesse social.²¹

Desta forma, a intervenção estatal faz com que o proprietário atente-se ao interesse social e, principalmente, concilie os interesses individuais com os da coletividade, de modo que assegure a justiça social e atenda o interesse público, em direção ao bem comum.

Assim, pode-se dizer que a função social da propriedade tornou-se sinônimo de limitação, porém, ao mesmo tempo, incremento de um direito.

Vale dizer, que a função social da propriedade baseia-se na ideia de que a propriedade deve fornecer um desenvolvimento junto à sociedade, seja com reflexo social ou econômico. O fato é que o proprietário deve dar uma destinação social ao bem, sempre na busca do interesse coletivo.

Salienta-se que, uma das formas de exercício da função social da propriedade é a usucapião, uma vez que, este instituto promove o desenvolvimento social e, principalmente, garante o direito à moradia e ao trabalho para aquele indivíduo que exerce a posse de determinada propriedade.²²

Então, a função social da propriedade assegura uma proteção adicional à família que ali reside, respaldando a efetivação de outros direitos fundamentais, tal como o da dignidade humana.

Com isso, pode-se afirmar que a usucapião é o meio eficaz da função social da propriedade, uma vez que serve para diminuir a situação de carência de moradia no Brasil.

Devemos perceber que a usucapião é de grande importância no contexto social do país em que há um déficit de habitação enorme, pois há muitos possuidores e poucos proprietários, o que reflete em uma grande desigualdade social. A usucapião é a forma de minimizar estas desigualdades propiciando a valorização da posse-trabalho como instrumento apaziguador das diferenças sociais.²³

Desta forma, aquela propriedade que se encontra abandonada, a qual não gera nenhum reflexo à sociedade, está passível de ser usucapida por aquele que cumpriu com a destinação social em prejuízo de um proprietário inerte. Portanto, será socialmente funcional a

²¹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. p. 18.

²² BRANT, 2011.

²³ Ibid.

propriedade que respeite a dignidade da pessoa humana e contribua para o desenvolvimento social e econômico do país.²⁴

Portanto, a Constituição Federal de 1988 solidifica a proteção ao indivíduo, exigindo do legislador obediência a valores fundamentais da pessoa humana, como o direito à moradia, à propriedade, à igualdade e à dignidade humana.

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana foi inserido como valor e princípio fundamental no art. 1º²⁵, do texto constitucional, e representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, uma vez que irradia efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, não apenas no que tange aos atos e às situações envolvendo a esfera pública dos atos estatais, mas, também, todo o conjunto das relações privadas verificadas no âmbito da sociedade.²⁶

A dignidade da pessoa humana é tutelada quando se encontra vinculada aos direitos fundamentais, por meio de duas funções diferentes; a da proteção à pessoa humana, no sentido de defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho desumano, contra o Estado e a comunidade em geral; e, a de promoção da participação ativa da pessoa humana nos destinos da própria existência e da vida comunitária, proporcionando condições mínimas para tal convivência.²⁷

Desta forma, ressalta-se a noção de dignidade da pessoa humana, a qual envolve o núcleo existencial, que se apresenta essencialmente comum a todos os seres humanos como pertencentes ao gênero humano, impondo, em relação à dimensão pessoal da dignidade, um dever geral de respeito, de proteção e de intocabilidade, não se admitindo qualquer comportamento ou atividade que diminua a pessoa humana.²⁸

²⁴ BRANT, 2011.

²⁵ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]. BRASIL, 1988.

²⁶ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 60.

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 69.

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 37.

Assim, a dignidade da pessoa humana precisa ser analisada e acompanhada da necessidade de que as outras pessoas e a própria comunidade respeitem a liberdade e direitos de cada cidadão, de modo a permitir a proteção e a promoção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade humana.

Diante disso, houve uma supervalorização da pessoa humana, tendo deixado de lado a impessoalidade, impondo ao Estado o dever de abster-se de praticar atos contrários ao referido princípio, assim como, o de promover a aplicação do mesmo, com o intuito de garantir o mínimo existencial para cada indivíduo.²⁹

Ademais, por meio do referido princípio objetiva-se assegurar um espaço de integridade moral para todas as pessoas, relacionado com a liberdade, com os valores de espírito, bem como, com as condições materiais de subsistência, tendo como núcleo o mínimo existencial, incluindo ali os direitos à saúde, à renda mínima, à educação fundamental e o acesso à justiça.³⁰

Por essas razões, considera-se o princípio da dignidade humana a base para aplicação de outras normas, sendo ele o mais universal de todos os princípios, uma vez que é dele que emanam os demais, como o da igualdade, o da cidadania, o da liberdade, entre outros.³¹

Contudo, vale salientar que uma das áreas que mais se percebe os reflexos da aplicação do princípio da dignidade humana é o Direito de Família, uma vez que atinge diretamente as relações familiares, o que será visto a seguir.

2.2.1 Princípio da Dignidade Humana nas relações familiares

No âmbito do direito de família, o princípio em tela deve ser aplicado no sentido de garantir o exercício desse direito pelos familiares, assim como incumbi-los de promover o respeito e a igual consideração de todos os demais familiares, de modo a propiciar uma existência digna para todos e de uma vida em comunhão para cada familiar com os demais.³²

²⁹ SARMENTO, 2000, p.71.

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** O princípio da dignidade da pessoa humana. 2002. p. 247 e ss.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para organização jurídica da família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 68.

³² GAMA, 2008, p. 70.

No período de família patriarcal, a dignidade era apenas reconhecida ao marido e pai, considerado o chefe da sociedade conjugal, e somente a ele eram proporcionadas determinadas situações jurídicas que, por sua vez, eram negadas aos outros membros da família. Naquela época, o espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, admitindo-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos.³³

Entretanto, atualmente, a dignidade da pessoa humana atua com o fim de assegurar o pleno desenvolvimento da dignidade e da personalidade de todas as pessoas que compõe a entidade familiar, consequência trazida pela Constituição Federal de 1988, no aludido art. 1º, inciso III³⁴ e no parágrafo 7º, do art. 226³⁵.

Diante do reconhecido do macroprincípio da proteção da pessoa humana passou-se a sustentar a ideia de personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado, de modo que o patrimônio perde a importância e a pessoa é supervalorizada.³⁶ Portanto, considera-se fundamental e imprescindível à aplicação e atuação do referido princípio no ramo do Direito de Família.

Nesse sentido, importante ressaltar alguns exemplos de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, por meio da atual jurisprudência nacional. Primeiro, pode-se citar a impenhorabilidade do imóvel em que reside a pessoa solteira, sendo considerado um bem de família, protegido pela Lei n. 8.009/90, entendimento este comum do Superior Tribunal de Justiça. Aqui, percebe-se a intenção de proteger a pessoa em si, e não mais de um grupo específico, bem como o direito constitucional à moradia, já elucidado anteriormente.³⁷

Ainda, a aplicação do princípio da dignidade humana aparece na relativização da culpa nas ações de separação judicial.³⁸ Nesse sentido, sustenta-se que, como a cláusula geral

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FARIAS, 2009. p. 32.

³⁴ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]. BRASIL, 1988.

³⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §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. [...]. BRASIL, 1988.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255-294.

³⁷ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família**. Disponível em: <http://professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_novos_principios_do_direito_de_familia_tartuce.pdf>. Acesso: 08 ago. 2013a.

³⁸ 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

de proteção da personalidade humana promove a dignidade humana, não há dúvida de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito daquela pessoa não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna.³⁹

Por fim, pode-se verificar a proteção da dignidade da pessoa humana no que tange ao abandono paterno-filial. A referida tese foi aplicada em diversos julgados⁴⁰, os quais condenaram pais ao pagamento de indenização civil aos filhos, em razão do abandono afetivo, sustentando expressamente a dignidade humana.⁴¹

Diante disso, observa-se que o princípio da proteção da dignidade humana apresenta-se como a base do novo Direito de Família, sendo ponto de partida para este e objeto de discussão central no âmbito das relações familiares, sendo utilizado constantemente na resolução dos conflitos que envolvem o Direito de Família.

2.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é oriundo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo considerado um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais.

O referido princípio foi adotado pela Constituição Federal de 1988, no art. 5^o⁴², *caput* e inciso I, o qual prevê a igualdade entre todos as pessoas em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico, razão pela qual passou a ser denominado de cláusula geral de igualdade. Ainda, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no art. 1^o⁴³, já enunciava que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

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. STJ, EREsp 466.329/RS, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 14/09/2005, DJ 01/02/2006, p. 427.

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família** – Del Rey, Belo Horizonte: IBDFAM, 2004. p. 115.

⁴⁰ INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01/04/2004. Relator Unias Silva, v.u.

⁴¹ TARTUCE, 2013a.

⁴² [...] I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. BRASIL, 1988.

⁴³ Art. 1º. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. DECLARAÇÃO Universal dos Direitos

Entretanto, vale salientar que o princípio da igualdade não é uma norma que ordena sempre o tratamento igual ou que proíbe sempre o tratamento desigual. A razão consiste no fato de que há situações entre pessoas ou coisas que sempre trarão desigualdade, ao menos parcial ou relativa ⁴⁴, devendo saber tratar quais as desigualdades que devem ser desprezadas e quais os indivíduos que devem ser considerados como iguais.⁴⁵

[...] ao longo da história, o conceito de igualdade provocou posições extremas, observando-se que para os chamados nominalistas, a igualdade não passaria de um simples nome, significando real, pois a desigualdade é a característica de um universo. Os ‘idealistas’, ao contrário, postulam uma igualdade absoluta – o igualitarismo entre as pessoas –, ligada ao estado de natureza (Rosseau denominava desigualdade natural ou física, as diferenças estabelecidas pela natureza). Uma outra corrente, denominada realista, afirma que embora os homens sejam desiguais sob vários aspectos, devem ser descritos como seres iguais, considerada a essência de seres humanos.⁴⁶

Desta forma, pode-se dizer que, atualmente, a Constituição Federal adotou a denominada igualdade relativa e proporcional, deixando de lado o igualitarismo. A igualdade relativa está intimamente ligada à ordem jurídica, tendo o Direito o condão de tratar pessoas em diferentes situações de forma diferente.

Por outro lado, não se pode olvidar que o princípio da igualdade visto como “igualdade perante a lei” impõe a aplicação da lei de forma igual para todos, não devendo considerar as distinções de grupos sociais. A igualdade de tratamento de todos perante a lei é uma garantia constitucional, da qual todo o cidadão tem o direito de gozar.

A igualdade perante a Lei, da Constituição em vigor traduz-se na igualdade de direitos, ou igualdade civil, segundo o qual todos os homens têm às mesmas possibilidades quanto a adquirir direitos, e não na igualdade de fato – ou real –, que garantiria a todos o igual exercício desses direitos. Enfatiza o mesmo autor, que o princípio da igualdade insculpido em nossa Constituição não proíbe as diferenças de tratamento, mas somente as arbitrárias, as discriminatórias.⁴⁷

do Homem. Brasília, DF: Ministério da Justiça. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.Htm>. Acesso: 24 ago. 2013.

⁴⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 232.

⁴⁵ Kelsen, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1999.

Diante disso, para que se tenha uma igualdade real, é preciso que esta seja relativa, ou seja, as pessoas que são diferentes possuem necessidades diversas e, com isso, para que haja o cumprimento efetivo da lei, é necessário que sejam garantidas as condições adequadas de atendimento às diferenças existentes.⁴⁸

Nesta seara, pode-se dizer que, aos poucos, a busca pela igualdade vem-se concretizando, mesmo acompanhada do aparecimento de novas desigualdades.

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível apontar algumas destas conquistas, expressamente arroladas como as alterações ao Código Civil, que firmaram a igualdade de estatuto familiar dos cônjuges, com a eliminação do poder marital, e a igualdade de direitos dos filhos^{49 50}.

Analisando-se sumariamente o referido princípio, conclui-se que a igualdade não é identidade e, sim, significa intenção de racionalidade. Em último termo, intenção de justiça, encontrando-se conexas com outros princípios.

Desta forma, a aplicação do princípio da igualdade tem o escopo, em suma, de vedar privilégios, que surge em situações de vantagem não fundadas; e, proteger as pessoas contra discriminações.⁵¹

Enfim, busca-se tratar igualmente situações iguais; desigualmente as desiguais; como faculdade ao legislador em determinados casos ou como obrigação em outros; sempre nos moldes de proporcionalidade e das situações não só como existem, mas como devem existir.

Ademais, para uma melhor compreensão acerca da nova modalidade de usucapião conjugal, que será analisada no capítulo seguinte, necessário se faz estudar o princípio da igualdade no âmbito familiar, mais especificamente na relação entre cônjuges e companheiros.

2.3.1 Princípio da Igualdade entre os cônjuges e companheiros

⁴⁸ VAZ, Beatriz Leão. **O papel da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K220603.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.

⁴⁹ Decreto-Lei n. 486/77, de 15 de novembro de 1977.

⁵⁰ GRAMSTRUP, Erik Frederico. **O Princípio da Igualdade**. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

⁵¹ Ibid.

Com a evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro, a igualdade entre os cidadãos ganhou maior relevância, a qual passou a atingir diretamente o Direito de Família, em especial as relações entre o homem e a mulher, dissipando antigos paradigmas e desigualdades dentro da entidade familiar e do próprio casamento.

A igualdade entre homem e mulher na sociedade conjugal, formada pelo casamento e pela união estável, rompeu com todas as regras discriminatórias até então existentes na legislação codificada, tanto as de proeminência do marido, quanto às de compensação ou de privilégios outorgados à mulher.⁵² Para chancelar tal evolução, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 1º⁵³, estabeleceu que os homens e mulheres devem gozar dos mesmos direitos durante o matrimônio, bem como após a dissolução do mesmo.

A Constituição Federal de 1988 reconhece a igualdade entre homens e mulheres no art. 226⁵⁴, parágrafos 3º e 5º. Também, verifica-se que o atual Código Civil, no art. 1º⁵⁵, emprega o termo pessoa e não mais a palavra homem, utilizada no Código Civil de 1916, o que representa a inadmissibilidade de qualquer forma de distinção que decorra quanto ao sexo das pessoas.

Da mesma forma, o referido princípio se manifesta no art. 1.511⁵⁶, do Código Civil de 2002, cujo qual ressalta a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, assim como na união estável, reconhecida como entidade familiar, de acordo com os arts. 226, parágrafo 3º⁵⁷, da Constituição Federal e 1.723 a 1.727⁵⁸, do Código Civil.

⁵² BITTAR, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

⁵³ Art. 1º. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. DECLARAÇÃO..., 1948.

⁵⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 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. [...] § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. BRASIL, 1988.

⁵⁵ Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Casa Civil, 2002.

⁵⁶ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Casa Civil, 2002.

⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FARIAS, 2009, p. 32.

⁵⁸ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Ainda, a igualdade entre os cônjuges e companheiros confere aos mesmos a possibilidade do marido ou companheiro pleitear alimentos da mulher ou companheira, ou vice-versa⁵⁹, como, também, a utilização do nome do outro, de acordo com o art. 1.565, parágrafo 1º⁶⁰, do Código Civil.⁶¹

Com isso, nota-se que o princípio da igualdade entre os cônjuges encontra diversas manifestações na legislação atual, todos com o objetivo de dissolver antigos paradigmas e desigualdades dentro da entidade familiar e do próprio casamento ou da união estável.

2.4 Princípio da Segurança Jurídica

Ao lado dos relevantes princípios e valores, como o da igualdade, da dignidade humana, do bem-estar social e da justiça, o legislador constituinte destacou como uma das finalidades a serem atingidas pelo Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica.

Diante de diversas e profundas modificações jurídicas, culturais e sociais pelo qual o ordenamento jurídico vem passando, é imperioso refletir acerca do princípio da segurança jurídica, imprescindível para compreender a atual normatização jurídica.

A segurança jurídica está consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no art. 2º⁶² e, também, está prevista na Constituição Federal de 1988, no *caput*, do art. 5º⁶³.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. BRASIL, 2002.

⁵⁹ ALIMENTOS – Prova de dedicação da mulher ao lar, em prejuízo da atividade profissional para a qual se formou – Direito à pensão por tempo razoável para sua recolocação no mercado de trabalho – Recurso parcialmente provido. TJ/SP. Apelação Cível n. 196.277-4, São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Relator Aguilar Cortez - 23/08/2001 - v.u.

⁶⁰ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro. BRASIL, 2002.

⁶¹ TARTUCE, 2013a.

⁶² Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão. DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.Htm>. Acesso: 24 ago. 2013.

⁶³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL, 1998.

Entretanto, no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, mesmo que não haja menção expressa a um direito à segurança jurídica, a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre um Estado da segurança jurídica já está enraizada, já que, do contrário, um “governo de leis” poderia resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades.

Assim, a doutrina contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de modo que adquiriu o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.⁶⁴

Desta forma, a segurança jurídica constitui, ao mesmo tempo, princípio fundamental da ordem jurídica estatal e internacional, além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana.⁶⁵

Ao longo dos anos, a segurança jurídica foi desenvolvida doutrinária e jurisprudencialmente, designando um conjunto de ideias e teorias, o qual inclui a existência de instituições estatais dotadas de poderes e garantias, assim como, sujeitas ao princípio da legalidade; a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; a igualdade na lei e perante a lei, inclusive, com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.⁶⁶

No entanto, pode-se dizer que a segurança jurídica enfrenta uma crise de identidade, atualmente. Isso se dá pelas inúmeras mudanças, tanto econômicas, quanto tecnológicas e políticas, como, também, jurídicas. Assim, vem se perpetuando no tempo o debate acerca da segurança jurídica, em especial, no que tange aos efeitos da lei nova sobre a realidade existente quando da entrada em vigor da mesma.⁶⁷

Em face desta instabilidade institucional, social e econômica, tanto nacional e internacionalmente, que resultou em uma busca reformista, nota-se que a eficácia, o

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In.: **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-21-marco-2010-ingo-sarlet.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013b.

⁶⁵ SARLET, 2013b.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: **Constituição e Segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

⁶⁷ BARROSO, 2005.

reconhecimento, bem como a efetividade do direito à segurança jurídica, assume um lugar de destaque entre os princípios e direitos fundamentais.

Afora isso, o Estado Democrático de Direito considera o princípio da segurança jurídica como elemento constitutivo da própria noção de “Estado de Direito”.⁶⁸ O referido princípio, em seu sentido mais amplo, exige a confiabilidade, a clareza, a razoabilidade e a transparência dos atos do poder, bem como, os indivíduos tem o direito de poder contar com o fato de que aos atos ou às decisões públicas concernentes por eles praticados a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.⁶⁹

Importante ressaltar algumas dentre as mais relevantes manifestações do princípio em tela, constantes no art. 5º, II⁷⁰, XXXVI⁷¹, XXXIX⁷², XL⁷³, XLV a XLVIII⁷⁴, LI e LII⁷⁵, LIV e LV⁷⁶.

Diante disso, percebe-se que a segurança jurídica ocupa um lugar de destaque no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro atual, ao lado da segurança social.⁷⁷ Vale lembrar, também, que a segurança jurídica integra os elementos nucleares da noção de Estado de Direito, a qual está plasmada na Carta Magna de 1988 e desta sendo indissociável.

⁶⁸ FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 1979. p. 3

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedida, 1941.

⁷⁰ [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]. BRASIL, 1988.

⁷¹ [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]. BRASIL, 1988.

⁷² [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]. BRASIL, 1988.

⁷³ [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; [...]. BRASIL, 1988.

⁷⁴ [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; [...]. BRASIL, 1988.

⁷⁵ [...] LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; [...]. BRASIL, 1988.

⁷⁶ [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]. BRASIL, 1988.

⁷⁷ A segurança social está igualmente consagrada de modo expresse no âmbito da ordem social e ligada diretamente aos direitos fundamentais à saúde, assistência e providência social. SARLET, 2013b.

Entretanto, nem o princípio da segurança jurídica, nem o complexo de direitos fundamentais empregados pelo legislador constituinte, esgotam as possibilidades de delimitar o âmbito de proteção de um direito à segurança jurídica, à luz da Constituição Brasileira.⁷⁸

Assim, sabe-se que o ordenamento jurídico deve se atualizar e realizar as modificações necessárias para se adequar às exigências da sociedade atual, orientando o homem na busca do aprimoramento da vida social, de forma civilizada. No entanto, tais reformas sempre deverão observar as garantias, direitos e princípios constitucionais, não podendo, jamais, se descuidar da incidência da segurança jurídica e seus aspectos, como a clareza da lei, a previsibilidade dos efeitos, a confiabilidade dos destinatários nos agentes e aplicadores do direito, preservação da eficácia das relações já estabelecidas, compatibilização das regras novas com o sistema geral de organização normativa, entre outros.

Destarte, a modernização do ordenamento jurídico é imprescindível, mas o que não se pode admitir é o comprometimento e violação do princípio da segurança jurídica, considerado uma das regras fundamentais num Estado Democrático de Direito, cabendo, não somente ao legislador, como, também, a todos os poderes públicos, observá-lo e cumpri-lo.

Finalmente, destaca-se, dentre outras manifestações, a idéia de proibição do retrocesso social associado à impossibilidade da aplicação de leis novas que ofendam os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o que será explicitada a seguir.

2.5 Princípio da proibição (vedação) do retrocesso social

Como já elucidado acima, sabe-se que a sociedade, ao longo dos anos, sofreu modificações sociais, tecnológicas e políticas, as quais, inevitavelmente, causaram mudanças, também, no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, no que tange à legislação constitucional, os princípios inerentes a ela e aos valores fundamentais.

Nesse sentido, a estrutura do Estado está consubstanciada no estatuto jurídico fundamental de uma sociedade contido na Constituição, pela qual se presume que seja dotada de estabilidade, elemento imprescindível para a efetivação da segurança jurídica e manutenção da ordem, das garantias e dos direitos fundamentais dos cidadãos.⁷⁹

⁷⁸ SARLET, 2013b.

⁷⁹ CANOTILHO, 1941.

Entretanto, não se pode dizer que esta estabilidade significa a imutabilidade das normas constitucionais. De fato, as normas constitucionais são constituídas por um caráter estático, porém, ao mesmo tempo, dinâmico, tendo em vista as constantes modificações ocorridas na sociedade, as quais exigem que o direito não permaneça estático e, assim, se adapte a elas.⁸⁰

Em razão de tais transformações, a Carta Magna de 1988 não se apresenta da mesma forma que quando promulgada, em 1988. Pode-se dizer que nos últimos anos a Constituição sofreu mudanças formais, por meio de emendas de reforma e de revisão, como também mudanças informais, consideradas mudanças de curto prazo, que atingem a substância e o significado do texto, de forma que não modifica a letra expressa.⁸¹

Essas mudanças informais ocorrem de modo difuso e desorganizado, uma vez que advém da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais à realidade concreta. Em termos incisivos: muda-se o sentido, sem mudar o texto.⁸²

No entanto, este processo de mutação informal não está previsto de forma expressa no texto constitucional, bem como não há limites expressos para tanto. Assim, fala-se que tal mutação deve se dar dentro dos limites que são impostos pela própria Constituição e normatividade da mesma. Nesse sentido, é que surge o princípio da vedação do retrocesso, de modo que seja possível verificar até que ponto essas mutações no ordenamento jurídico podem ocorrer e, principalmente, as consequências que as mesmas acarretam nos direitos sociais e garantias fundamentais.

Com efeito, o princípio do não retrocesso social, também denominado de princípio da vedação do retrocesso social ou de aplicação progressiva dos direitos sociais, visa à garantia e progresso de conquistas alcançadas pela sociedade⁸³; ademais, o referido princípio foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Pacto de São José da Costa Rica.⁸⁴

O referido princípio caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais

⁸⁰ CANOTILHO, 1941.

⁸¹ Ibid..

⁸² Ibid.

⁸³ MACIEL, Álvaro dos Santos. **Do Princípio do não-retrocesso social**. Disponível em:

<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1926>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

⁸⁴ O Pacto de São José de Costa Rica foi aprovado pelo decreto legislativo nº. 27, de 1992 (*DO* de 28.5.1992) e promulgado pelo decreto nº. 678, de 1992. Tal pacto proporciona sensíveis avanços garantistas para os direitos penal e processual penal brasileiro, permitindo, não só uma leitura mais constitucional desses ramos do direito, como também uma visão mais humanista dos mesmos. AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 31-48, abr./jun. 2003.

amparados na Constituição, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.⁸⁵

No contexto específico da vedação do retrocesso social, indaga-se qual seria o limite do legislador infraconstitucional, assim como, os demais órgãos estatais, de retroceder no que diz respeito com a implementação dos direitos fundamentais sociais, bem como, dos objetivos estabelecidos pelo Constituinte.

De fato, o conteúdo dos direitos fundamentais sociais não se encontram definidos ao nível da Constituição, sendo, até mesmo, indeterminável sem a intervenção do legislador, de tal forma que este deverá dispor de uma certa liberdade de conformação, a qual engloba a autonomia para voltar atrás no que diz com as próprias decisões, ressalvando a limitação dada pelo princípio da segurança jurídica e da necessidade de justificação das medidas reducionistas.⁸⁶

Nesse sentido, caso se admita a ausência de vinculação mínima do legislador ao núcleo essencial que já está concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais no que tange à matéria de justiça social, estar-se-ia diante de uma fraude à Constituição, uma vez que o legislador, no momento de legislar acerca da proteção social, apenas estaria cumprindo um mandamento do Constituinte e, assim, poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição.⁸⁷

Desta forma, não se pode permitir que o legislador elimine normas concretizadoras de direitos sociais e garantias fundamentais, já que isto resultaria na retirada da eficácia jurídica das normas constitucionais, uma vez que o cumprimento de um comando constitucional resulta na conversão em proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador.⁸⁸

Ademais, quando ocorre a supressão do núcleo essencial legislativamente concretizado de certo direito social, em especial, os vinculados ao mínimo existencial, tal evento afeta a própria dignidade humana, o que é inadmissível.

Nesta perspectiva, o princípio da proibição do retrocesso social, no âmbito do direito constitucional brasileiro, decorre de determinados princípios, como o do Estado Democrático e Social de Direito, que estabelece um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual abrange a segurança contra medidas retroativas e a manutenção de um nível ínfimo de continuidade da ordem jurídica; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de

⁸⁵ MACIEL, 2013.

⁸⁶ VAZ, Miguel Afonso. **Lei e Reserva de Lei**. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976. Porto, 1992. p. 383 e ss.

⁸⁷ SARLET, 2007.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

direitos fundamentais, estabelecido no art. 5º, parágrafo 1º⁸⁹, da Constituição Federal, abrangendo a maximização da proteção dos direitos fundamentais e a otimização do direito à segurança jurídica, exigindo a proteção contra medidas de caráter retrocessivo; do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual reclama a satisfação de uma existência mínima para todos, por meio de prestações positivas e de direitos fundamentais sociais, inviabilizando medidas que fiquem aquém deste patamar; e, por fim, do princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito, conectado com a segurança jurídica, que exige do poder público o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas, dentre outros.⁹⁰

Diante disso, é notório que não se pode negar o reconhecimento da proibição do retrocesso. Tal negação estaria admitindo que os órgãos legislativos tomassem livremente decisões, em flagrante violação à vontade expressa do Constituinte.⁹¹ Além do mais, o reconhecimento da vedação do retrocesso social impede a frustração da efetividade constitucional, uma vez que no caso do legislador revogar o ato que concretizou uma determinada norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, viabilizaria o retorno à situação de omissão anterior.⁹²

No âmbito do Direito de Família, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social pode ser verificada na Constituição Federal, quando esta estabelece a igualdade entre homens e mulheres, filhos e entidades familiares, constituindo, assim, uma garantia constitucional, razão pela qual não pode sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária.⁹³

Com isso, nenhuma norma poderá ser modificada no sentido de alcançar valor jurídico e social inferior ao que tinha originariamente, não podendo, o ordenamento jurídico retroceder.⁹⁴

⁸⁹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL, 1998.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível.** Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2013a.

⁹¹ Ibid.

⁹² BARROSO, 2001, p. 158.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 68-69.

⁹⁴ Ibid., p. 68-69.

Entretanto, a efetiva aplicação do referido princípio nas relações familiares será analisado de forma mais detalhada no próximo capítulo, o qual se focará no estudo da usucapião conjugal e a violação, em tese, da aludida garantia constitucional.

2.6 Princípio da não-intervenção ou da liberdade no Direito de Família

O princípio da não-intervenção ou da liberdade no âmbito do Direito de Família está consagrado no art. 1.513⁹⁵, do Código Civil de 2002. Tal princípio está intimamente ligado com o princípio da autonomia privada, também presente nas relações familiares.

A autonomia privada objetiva a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, com capacidade de decidir o que é bom ou ruim para si, com liberdade de fazer escolhas, desde que estas não perturbem os direitos de terceiros, nem violem outros valores relevantes para a comunidade.⁹⁶

No que tange às relações de Direito de Família, admite-se a intervenção do Estado a fim de que este promova o acesso e exercício dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna de 1988, tais como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, como, também, permita ao indivíduo o exercício da autonomia da vontade.

Contudo, tal intervenção estatal restringe-se às hipóteses elencadas no parágrafo acima, não se admitindo que a mesma ultrapasse esses limites.⁹⁷

Ademais, verifica-se a aplicação do referido princípio no Código Civil de 2002, no disposto no art. 1.513⁹⁸, o qual corrobora com a questão da não intervenção estatal na vida familiar.

Nesse sentido, prevalece como regra geral nas relações de cunho familiar a autonomia privada, a qual permite que o indivíduo atue de forma livre, razão pela qual somente se admite a intervenção do Estado como forma de garantir os direitos fundamentais ameaçados.⁹⁹

⁹⁵ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. BRASIL, 2002.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; SARLET, 2007.

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 111.

⁹⁸ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. BRASIL, 2002.

⁹⁹ FARIAS, 2011, p. 112.

Assim, tal vedação da intervenção estatal de forma abusiva pode ser verificada em doutrinas e jurisprudências dos Tribunais de Justiça brasileiros¹⁰⁰, evitando que o Estado interfira no poder que o indivíduo possui de gerenciar a própria vida, bem como as escolhas que faz, de forma que não viole a intimidade pessoal e a dignidade humana.

O Direito de Família brasileiro nem mesmo sob a máscara de função social da propriedade admite a intervenção estatal desarrazoada na vida privada, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana. No mais os princípios constitucionais possuem função de revelar e unificar o Ordenamento Jurídico, não permitindo afronta por normas infraconstitucionais. Assim, fazer da culpa a fênix que surge das cinzas pelo Usucapião dito pró-Família ofende a ordem constitucional posta, a qual é baseada na afetividade e não mais no patrimônio ou na tutela da moral.¹⁰¹

Ainda, vale ressaltar que o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal é a consideração de uma das cruciais questões da contemporaneidade, qual seja, o limite do público e do privado. O público e o privado são a dicotomia que permite pensar no espaço da vida privada em confronto com normas/regras de interesse público. A intervenção em excesso na vida privada está na contramão do discurso psicanalítico em que todo sujeito deve se responsabilizar pelos seus atos.¹⁰²

Portanto, vislumbra-se que a intervenção do Estado na vida privada do indivíduo, em especial nas relações familiares, deve ser de forma proporcional e limitada, na medida em que garanta às pessoas o exercício de direitos fundamentais e a autonomia de vontade das mesmas, bem como, o direito de gerenciar as próprias vidas e fazer suas próprias escolhas.

Analizados os princípios gerais que norteiam o instituto da usucapião e as relações familiares, conclui-se que as modificações sociais, culturais e tecnológicas refletiram diretamente na legislação brasileira, em especial, nos direitos sociais e garantias fundamentais

¹⁰⁰ Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento n.991090460740, de 10 de fev. de 2010**. Des. Relator: José Marcos Marrone. São Paulo: Tribunal de Justiça, 2010.

¹⁰¹ SILVA, 2012.

¹⁰² CUNHA, Rodrigo da. **Uma principiologia para o Direito de Família**. Disponível em: <www.rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=617>. Acesso em: 10 de ago. 2013.

conferidos ao cidadão, tendo como reflexo principal a busca da concretização do princípio da dignidade humana, da igualdade entre as pessoas e do bem-estar social.

Tal estudo principiológico auxiliará na compreensão do objeto principal do presente trabalho, qual seja a nova modalidade de usucapião, denominada de usucapião por abandono do lar conjugal, prevista no art. 1.240-A¹⁰³, do Código Civil de 2002. A nova modalidade de usucapião trouxe diversos questionamentos acerca da constitucionalidade deste, bem como da aplicação do mesmo no âmbito do Direito Civil brasileiro, razão pela qual será analisada a origem, os requisitos de aplicabilidade e, em especial, a violação dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e do retrocesso social e os reflexos no Direito de Família brasileiro.

¹⁰³ Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 02 (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). BRASIL, 2002.

3 DA USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL

Conforme analisado no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 tem como escopo a busca da concretização do princípio da dignidade humana, da igualdade entre as pessoas e a satisfação do bem-estar social, razão pela qual se exige do legislador obediência a tais valores fundamentais e direitos sociais.

Assim, pode-se afirmar que a busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, colocou a pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.¹ Nesse sentido, a proteção de um patrimônio mínimo põe em primeiro plano a pessoa e as necessidades fundamentais desta.²

Então, uma das mais relevantes formas de assegurar a estabilidade e a ordem social é por meio do instituto da usucapião, que possibilita o acesso à terra e proporciona ao cidadão, com condições sociais e econômicas mínimas, a chance de progredir e contribuir para o desenvolvimento social.³

Nessa vertente, a propriedade começou a ser tratada em face da função social da mesma, razão pela qual o legislador precisou enfatizar o direito à moradia, especialmente, no que tange à realização de obras ou serviços com caráter produtivo, para fins de aquisição de bens por meio da usucapião.⁴

Com base nisso, o Estado implanta projetos que buscam a satisfação do bem comum e dos direitos sociais, em especial o direito à moradia. Neste sentido, a União Federal criou o “Programa Minha Casa, Minha Vida”^{5,6}

O referido Programa é normatizado pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, que trouxe consigo a alteração no Código Civil brasileiro, uma vez que implementou uma nova modalidade de usucapião^{7,8}.

¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

² FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico de patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro. Renovar, 2001. p. 41.

³ SOARES. Rafael Machado. **Direitos Fundamentais e expectativas normativas: o caso da função social da propriedade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

⁴ VICOLA, Nivaldo Sebastião. **Revista FMU Direito**, São Paulo, ano 25, n. 36, p.99-107, 2011. ISSN: 2316-1515.

⁵ O “Programa Minha Casa, Minha Vida” tem por finalidade instituir mecanismo de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$4.650,00 (quatro mil e seiscentos e cinquenta reais). VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar – Usucapião entre Ex-Casal. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n. 27, p. 46, abr./maio 2012.

⁶ *Ibid.*, p. 46.

Tal alteração acrescentou no Código Civil brasileiro o art. 1.240-A⁹, que refletiu em diversas áreas do Direito, especialmente na área cível, uma vez que representa mais uma forma de aquisição de propriedade, e, também, na área do Direito de Família, já que abarca a relação marital e a dissolução da mesma.¹⁰

Depreende-se que a nova lei tem por objetivo assegurar e facilitar a propriedade do imóvel residencial àquelas famílias de baixa renda, visando garantir o patrimônio mínimo e as necessidades básicas das pessoas.¹¹ Da mesma forma, verifica-se que tal inovação decorre do princípio constitucional da função social da propriedade, como também, do direito social à moradia, anteriormente analisados.

Entretanto, a nova modalidade de usucapião deu margem a uma série de questionamentos, discussões polêmicas e dúvidas quanto à efetiva aplicação da lei e a interpretação da mesma.

Desta forma, analisar-se-á os requisitos gerais exigidos para a incidência da usucapião conjugal, bem como as violações ao texto constitucional e as repercussões geradas no ordenamento jurídico, em especial no Direito de Família brasileiro.

3.1 Origem e requisitos gerais

Em 16 de junho de 2011 foi publicada a Lei nº 12.424, a qual tutela questões relativas ao programa “Minha Casa, Minha Vida”, implantado pela União, alterando a redação do Código Civil de 2002, uma vez que incluiu o art. 1.240-A.

Ocorre que, a Lei 12.424/2011 se origina da Medida Provisória nº 514/2010, que tem como escopo o incentivo à construção e aquisição de mercadorias, e é justamente por isto que

⁷ Tal modalidade é denominada de usucapião conjugal, usucapião pró-família, usucapião familiar, usucapião por abandono do lar conjugal, entre outros nomes que vem recebendo. VILARDO, 2012, p. 46, 2012.

⁸ Ibid., p. 46.

⁹ 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). BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Casa Civil, 2002.

¹⁰ GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por Abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n. 28, p. 98-99, jun./jul. 2012.

¹¹ Ibid., p. 98-99

surtem inúmeras críticas quanto à criação da nova modalidade de usucapião, já que a medida provisória não seria o meio adequado para a instituição de uma nova espécie do referido instituto.¹²

De acordo com o art. 62¹³, da Constituição Federal de 1988, a Medida Provisória é de autoria do Chefe do Poder Executivo, a qual tem como objetivo a regulamentação da situação urgente e relevante que não possa aguardar o regular processo legislativo. Por outro lado, a

¹² ORSELLI, Helena de Azevedo. Análise crítica da Usucapião Especial Urbana por Abandono. **Revista Síntese do Direito**, São Paulo, n. 69, dez./jan. 2012.

¹³ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001). § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) III - reservada a lei complementar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001). § 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

criação das normas jurídicas em geral de competência da União cabe ao Poder Legislativo, que adota procedimento próprio para a propositura, discussão e votação dos projetos de lei.¹⁴

Diante disso, questiona-se a urgência e a relevância que justifiquem a adoção do aludido procedimento para a criação da nova modalidade de usucapião, e não do procedimento legislativo ordinário, o que gera a discussão quanto à existência da legitimidade necessária para vigência no ordenamento jurídico brasileiro do art. 1.240-A, do Código Civil de 2002.¹⁵

Ademais, para a caracterização da usucapião por abandono do lar conjugal, são necessários os requisitos elencados no art. 1.240-A¹⁶, do Código Civil, os quais serão analisados individualmente, a seguir.

3.1.1 O prazo

O art. 1.240-A, do Código Civil, estabelece o prazo de dois anos para configurar a usucapião conjugal. Porém, esta nova forma de usucapir em face do outro cônjuge ou companheiro, só poderá ser exercida quando estiver presentes a posse mansa, pacífica, exclusiva, ininterrupta e direta.¹⁷

Desta forma, caso ocorra manifestação contrária por parte do cônjuge/companheiro durante o período aquisitivo de dois anos, não configurará a usucapião conjugal.

Como se pode verificar, a fixação do prazo de dois anos, nesta modalidade de usucapião, demonstra uma tendência pós-moderna de redução dos prazos legais em geral, como exige o mundo contemporâneo.¹⁸ Tal redução provoca inúmeras discussões e divergências entre o ordenamento jurídico, uma vez que se apresenta como o menor prazo existente entre as modalidades de usucapir previstas na legislação brasileira.

¹⁴ ORSELI, 2012.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ 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). BRASIL, 2002.

¹⁷ GUAZZELLI, 2012, p. 100.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **A Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar Conjugal**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Tartuce.pdf>. Acesso em: 08 set. 2013b.

Com efeito, por um lado, o prazo previsto para tal modalidade é considerado exíguo demais, uma vez que trata de situações que envolvem questões emocionais e afetivas que impedem, muitas vezes, rápida tomada de decisão.¹⁹ Reflete-se, também, que o lapso temporal de dois anos mostra-se curto diante das dificuldades e consequências trazidas por uma separação, sejam elas emocionais ou financeiras.

Ainda, questiona-se se tal redução do prazo não fará com que os casais deixem de refletir, reestruturar os projetos familiares e, eventualmente, buscar uma reconciliação, para, imediatamente, formalizar o divórcio e partilharem os bens, diante do receio de perderem o patrimônio que lhes pertencem.²⁰

Por outro lado, há quem considera tal redução temporal como positiva, já que pode possibilitar a tomada de decisões com maior rapidez, seguindo a tendência pós-moderna, que exige a diminuição dos prazos legais diante da grande demanda de litígios judiciais.²¹

Ainda, deve-se analisar a posição do cônjuge abandonado ter que aguardar dois anos para, então, desembaraçar o bem. Nesta situação, não parece ser curto tal lapso temporal, considerando o tempo de duração do trâmite processual, da prolação da sentença e do trânsito em julgado, para ter a plena disponibilidade sobre o imóvel, podendo levar mais alguns anos.²²

Contudo, verifica-se que tais questionamentos e reflexões quanto ao prazo estipulado na nova modalidade de usucapião é necessária e indispensável no momento da aplicação da mesma pelos operadores do Direito, uma vez que a dissolução conjugal, inevitavelmente, traz consequências tanto materiais, quanto psicológicas aos entes familiares, exigindo cautela e uma análise conjunta com os demais requisitos estabelecidos pelo legislador, como as características do bem imóvel a ser usucapido.

3.1.2 Do bem imóvel

¹⁹ SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?** Disponível em:

<http://professorflavioartuce.blogspot.com/2011_07_01_archive.html>. Acesso em: 05 maio 2012.

²⁰ SILVA, Cláudia Regina Fernandes da. **Usucapião familiar e suas consequências no direito de família.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/usucapi%C3%A3o-familiar-e-suas-consequ%C3%AAs-no-direito-de-fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 08 set. 2013a.

²¹ TARTUCE, 2013b.

²² VILARDO, 2012, p. 52.

A previsão normativa estabelece que, para incidência da usucapião por abandono do lar conjugal, o imóvel seja urbano e não superior a uma área de 250m². A referida área é a mesma disposta na usucapião urbana em geral, prevista no art. 183²³, da Constituição Federal, e no art. 1.240²⁴, do Código Civil.

Nesse sentido, há quem diga que a lei não está de acordo com a realidade dos menos favorecidos, uma vez que a ideia do legislador era de, justamente, proteger o hipossuficiente e cuidar da regularização fundiária em áreas de grande adensamento populacional, porém, com dificuldades de formalização dos títulos de propriedades.²⁵

Outro requisito essencial para aplicabilidade do referido instituto em relação ao imóvel, trata-se da copropriedade, ou seja, a propriedade do imóvel em questão precisa ser dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro. Pode-se dizer que se está diante de uma hipótese de condomínio²⁶, na qual o pretendente a usucapir deverá ser o coproprietário.²⁷ Contudo, a solução para o caso dependerá do regime de bens pactuado pelas partes.

Assim, importante salientar que o imóvel comum possível de ser usucapido pode ser fruto do regime de comunhão total ou parcial de bens ou do regime de participação final de aquestos, no caso de existir previsão de imóvel comum ou separação legal, com base na Súmula 377²⁸, do STF.

Já, em relação ao regime de separação convencional, pela ausência de bens, não é permitido a caracterização da usucapião conjugal, uma vez que não há perspectiva de comunicação de patrimônio entre cônjuges e companheiros, impossibilitando, assim, a nova modalidade de usucapião.

²³ 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. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, 1988.

²⁴ Art. 1.240: 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. BRASIL, 2002.

²⁵ EHRHARDT JR., Marcos. Disponível em: <<http://www.marcosehrardt.adv.br/inbdez.php/blog/2011/06/24/temos-um-novo-tipo-de-usucapião-criado-pela-lei-1242411-problemas-a-vista>>. Acesso em: 08 set. 2013.

²⁶ O condomínio ou compropriedade é o direito de propriedade que mais de um sujeito de direito titula sobre determinado objeto ou bem, devendo atingir as suas funções sociais a fim de beneficiar a coletividade dos que dominam. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/condominio-geral-e-edificio/23984/#ixzz2fD00h2SU>>. Acesso em: 17 set. 2013.

²⁷ GUAZZELLI, 2012, p. 102.

²⁸ **STF Súmula nº 377** – 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. **Regime de Separação Legal de Bens – Comunicação – Constância do Casamento**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Da mesma forma, quando se tratar de regime de separação total de bens, hipótese que a propriedade pertence exclusivamente ao cônjuge/companheiro que deixou o lar, não há também que se falar na incidência da usucapião conjugal.²⁹

Aliado ao prazo e às características do imóvel, outro requisito que merece ser analisado, é a configuração do abandono de lar, pressuposto este que enseja muitas discussões no ordenamento jurídico brasileiro, como se pode verificar a seguir.

3.1.3 Do abandono do lar

Além das condições elencadas acima, com certeza, o requisito mais polêmico trazido pelo novo dispositivo legal é a exigência do abandono do lar.

Com efeito, a referida norma dispõe acerca da necessidade de um dos cônjuges ou companheiros ter abandonado o lar, permanecendo o outro no imóvel de propriedade de ambos, pelo lapso temporal de, no mínimo, dois anos, ininterruptamente e sem oposição.

Tal disposição gerou um verdadeiro alvoroço jurídico, ao estabelecer a necessidade da verificação do abandono do lar por um dos cônjuges e, conseqüentemente, a análise do elemento da culpa na dissolução matrimonial.

Ocorre que, por meio da Emenda Constitucional nº 66/10, a qual deu nova redação ao art. 226³⁰, parágrafo 6º, da Constituição Federal, bem como pela doutrina e jurisprudência atual, a culpabilidade já vinha sendo ignorada nas discussões familiares, razão pela qual gerou diversas manifestações dos operadores do Direito.

Salienta-se que, antigamente, o conceito de abandono era interpretado de duas formas. De um lado, sustentava-se que se tratava do puro e simples afastamento do lar, onde o cônjuge recusava, de forma consciente e definitiva, os deveres de coabitação.³¹

De outro, tal abandono caracterizava-se pela existência da manifestação inequívoca, evidente e reiterada do propósito de alienar-se, não sendo necessária a efetiva saída do lar, bem como dispensava a verificação do fato material da ausência do cônjuge.³²

No entanto, atualmente, pode-se dizer que o abandono é visto em dois sentidos. Em

²⁹ GUAZZELLI, 2012, p. 102.

³⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. BRASIL, 1988.

³¹ CAHALI, Youssef Said. **Divórcio e Separação**. São Paulo: RT, 2001. p. 414 e ss.

³² Ibid.

sentido amplo, significa a negligência, omissão e recusa no cumprimento dos deveres e/ou exercícios dos direitos conjugais, caracterizando-se como um abandono negativo, o qual é confirmado pelo decurso do tempo.³³

Já, em sentido estrito, tem-se um abandono positivo, caracterizado pela conduta de sair, a deserção do lar conjugal, a negativa de manter o casamento, a cessação ou desamparo voluntário.³⁴

Nessa linha, o Código Civil de 2002, no art. 1.573³⁵, elenca os motivos em que pode ocorrer a impossibilidade de manter a vida conjugal, dentre eles, está o abandono voluntário do lar conjugal, estabelecendo o prazo de um ano consecutivo.

Assim, tal abandono seria um estado de fato, caracterizado quando comprovada a desvinculação física dos cônjuges ou companheiros, injustificadamente, ou seja, por vontade livre e por tempo não inferior a um ano.

Ocorre que, embora o abandono de lar seja reconhecido pelo Código Civil de 2002, tal ato já não era relevante para discussão acerca da dissolução conjugal e divisão patrimonial, uma vez que retomava a questão da culpa nestas situações, o que foi rechaçada pela Emenda Constitucional nº 66/10 e pela própria Constituição Federal, que será melhor analisada em tópico específico.

Diante disso, os motivos pelos quais geraram o término da relação conjugal, sendo eles graves ou não, em nada influenciam ou alteram no ordenamento jurídico, de modo que não interferem nos demais direitos e deveres correlatos ao casamento ou união.

Entretanto, a nova modalidade de usucapião ressuscita a identificação do fim do casamento ou da união estável, uma vez que para seu ensejo o que se perquire é a causa de um dos cônjuges ou companheiros ter saído da morada comum. Assim, caso tenha ocorrido o abandono do lar, o cônjuge que permaneceu no imóvel torna-se proprietário exclusivo do mesmo.³⁶ Questiona-se, ainda, acerca das situações em que ensejariam o abandono de lar ou não.³⁷

³³ GUAZZELLI, 2012, p. 103.

³⁴ Ibid., p. 103.

³⁵ Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. BRASIL, 2002.

³⁶ DIAS, Mara Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2013.

³⁷ Por exemplo, quando a mulher sair de casa pelo fato de sofrer atos violentos e pressões psicológicas por parte do marido, ou, quando este se retirar do lar por não suportar mais o convívio comum. Da mesma forma,

Há quem sustente que o abandono do lar não deve ser interpretado de acordo com a lei que o criou no passado. A interpretação deve ser feita no sentido de amparar a família que foi abandonada pelo cônjuge ou companheiro, de modo que confira maior segurança àquele que permaneceu no imóvel e se responsabilizou pela prole. Assim, possibilita que, em caso de necessidade, venda o imóvel comum, a fim de supri-las.³⁸

Contudo, pode-se dizer que o novo dispositivo estimula a imediata formalização do rompimento da conjugalidade, para que, assim, afaste a incidência da usucapião conjugal. Para isso, necessário se faz a promoção de uma notificação ou a propositura de ação de separação de corpos, a qual demonstra a inconformidade e descaracteriza a incidência legal.³⁹

Entretanto, ressalta-se que, tal notificação ou propositura da ação, não seria o meio mais adequado e coerente naquele determinado momento, uma vez que pode incitar a litigiosidade da ruptura do casal, que, muitas vezes, poderia ser resolvida amigavelmente, dispensando uma medida preventiva.⁴⁰

O novo dispositivo cria mais dúvidas e problemas para garantir o direito constitucional à moradia, como também desrespeita o tempo do casal, impondo a adoção de uma medida imediata e radical, no tempo da lei. Tal modalidade de usucapião, representa um verdadeiro obstáculo para a composição dos conflitos familiares e questões emergentes do fim dos vínculos afetivos.⁴¹

Nesta senda, imperioso será para os operadores do direito atentar aos clientes que buscam a dissolução conjugal quanto ao novo dispositivo, já que a aplicação deste poderá causar a diminuição no patrimônio daquele em que sair do lar, como também beneficiar aquele que permanecer no imóvel, possibilitando a este a utilização da nova modalidade de aquisição de propriedade, através do ajuizamento da ação de usucapião conjugal, cujo seu procedimento será tratado a seguir.

3.1.4 Competência e processamento

quando um dos cônjuges ou companheiros deixar de pagar pensão alimentícia aos filhos, ou, quando estes não existirem, ausentar-se de contribuir com as despesas relativas ao imóvel em questão. GUAZZELLI, 2012, p. 103.

³⁸ VILARDO, 2012, p. 58.

³⁹ GUAZZELLI, 2012, p. 108.

⁴⁰ Ibid., p. 108.

⁴¹ DIAS, 2013.

Em relação ao rito processual da nova modalidade de usucapião, a lei não explicita o rito que deverá ser seguido. No entanto, há permissivo legal para que seja adotado o procedimento ordinário, previsto no art. 271⁴², do Código de Processo Civil.

Ainda, vale salientar que não há exigência para juntada de planta do imóvel e a citação dos confinantes ou de eventuais interessados, como, também, se faz desnecessária a manifestação da Fazenda Pública da União, Estado e Municípios.

Porém, é imprescindível a informação acerca da metragem do imóvel, que, em caso de exceder a área prevista, o julgador poderá analisar sobre a viabilidade ou não de conceder a usucapião.⁴³

Ademais, outro ponto que merece ser analisado é quanto à competência para processamento e julgamentos das ações de usucapião por abandono do lar conjugal, já que a nova forma de aquisição de propriedade também gerou discussões se tais feitos caberiam ser processados pelas Varas Cíveis ou de Família.

Nesse sentido, sabe-se que a competência para processar e julgar as ações que envolvam o instituto do direito das coisas é própria da Vara Cível. Entretanto, a nova modalidade de usucapião se fundamenta nas relações familiares, bem como envolve questões de caráter patrimonial decorrentes de direitos e deveres dos cônjuges ou companheiros, o que poderia remeter a competência à Vara de Família.⁴⁴

Nesta senda, sabe-se que as varas especializadas foram criadas com o objetivo de oferecer maior profundidade no conhecimento de casos peculiares, fazendo com que os profissionais que atuam nestas áreas adquiram mais conhecimento e facilidade para resolver os litígios que envolvam tais peculiaridades.⁴⁵

De forma especial, os negócios jurídicos entre familiares exigem uma forma de atuação não comum às Varas Cíveis, já que geram repercussões materiais e, principalmente, emocionais e psicológicas, exigindo, muitas vezes, a realização de acordos que levam em consideração a abordagem psicológica e social, tendo o amparo de equipes técnicas que compõem as Varas de Família.⁴⁶

⁴² Art. 271. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 4.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília, DF: Casa Civil, 1973b.

⁴³ GUAZZELLI, 2012, p. 108.

⁴⁴ VILARDO, 2012, p. 56-57.

⁴⁵ Ibid., p. 56-57.

⁴⁶ Ibid., p. 56-57.

Além disso, é habitual que exista mais de um feito, com as mesmas partes, em trâmite nas Varas de Família, o que possibilitaria o julgamento conjunto com a ação de usucapião, que, eventualmente, poderá ser alegada como matéria de defesa em futuras ações de partilha de bens.⁴⁷

Com base em tais fundamentos, pensa-se que a solução mais prudente para o processamento e julgamento das ações que envolvam a nova modalidade de usucapião compete à Vara de Família, que, como já referido, possui certas peculiaridades não existentes no Juízo Cível.

Ademais, percebe-se que o novo modo de aquisição de propriedade gerou diversas críticas e questionamentos em todos os aspectos. Desta forma, faz-se necessário uma breve análise acerca de possíveis inconstitucionalidades da referida norma, no que tange à violação dos princípios, já estudados, como o da segurança jurídica, da igualdade e do retrocesso social.

3.2 Da inconstitucionalidade do artigo 1.240-A, do Código Civil brasileiro

No capítulo anterior fez-se a análise dos relevantes princípios constitucionais que norteiam o instituto da usucapião, bem como as relações familiares, amparadas pelo Direito de Família.

Nesse sentido, constatou-se a necessidade de, em tais institutos, observar a aplicação dos princípios da função social da propriedade, da igualdade, da dignidade humana, da segurança jurídica, da vedação do retrocesso social, bem como do direito fundamental à moradia.

Da mesma forma, percebeu-se que o Código Civil de 2002 adotou os referidos princípios constitucionais para regularizar e adequar o instituto da usucapião e o direito de família, diante dos novos contornos e mudanças implementadas na sociedade atual.

No entanto, a criação do novo dispositivo legal, em especial, a exigência dos requisitos lá estabelecidos, faz com que se suscite a inconstitucionalidade da referida norma, em razão da violação de princípios que estão escancarados na Constituição Federal de 1988, como será visto a seguir.

⁴⁷ VILARDO, 2012, p. 56-57.

3.2.1 Violação do princípio da segurança jurídica e da igualdade

Como já visto, a nova modalidade de usucapião conjugal traz como consequência a aquisição exclusiva do imóvel pelo cônjuge ou companheiro que fora abandonado pelo outro, pelo prazo não inferior a dois anos.

Em que pese parecer que a intenção do legislador foi de assegurar ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que permaneceu no imóvel, a posse e propriedade integral do mesmo, torna-se evidente a violação do princípio da segurança jurídica e da igualdade, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e estudados no capítulo anterior.

Com efeito, o princípio da segurança jurídica tem como escopo a efetivação da justiça, de modo que outorga aos indivíduos a segurança necessária para o desenvolvimento das relações sociais mantidas entre os mesmos, bem como a proteção em face das mudanças que, eventualmente, venham ocorrer no ordenamento jurídico.⁴⁸

Da mesma forma, sabe-se que o Código Civil possibilita que os cônjuges optem por um dos regimes determinados no sistema civil brasileiro, permitindo que as partes regulamentem as relações econômicas criadas entre si. Assim, em caso de dissolução da sociedade conjugal, esta deverá seguir os preceitos legais estabelecidos pelo regime pactuado pelo casal.

Nota-se que o regime de bens traz segurança às partes envolvidas, uma vez que este fica à escolha das mesmas, salvo quando não estabelecido previamente ou nos casos em que a lei impõe o regime obrigatório.⁴⁹

Ocorre que, com o advento da nova norma, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, ficará desprotegido e desamparado pelo Direito, já que perderá a propriedade do imóvel, que antes pertencia ao casal, na hipótese de ser caracterizada a usucapião conjugal.

Ainda, não haverá mais a garantia de partilha dos bens, de forma justa e igual, na hipótese de rompimento do casamento ou da união estável, gerando a desigualdade patrimonial entre os ex-cônjuges/companheiros.⁵⁰

Por tais razões, parecer ser evidente a violação do princípio da segurança jurídica, o qual perde a sua eficácia com a aplicação da nova usucapião conjugal, já que afasta a garantia e a segurança que se tinha por meio do regime de bens pactuado pelas partes.⁵¹

⁴⁸ SILVA, 2013a.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

Por outro lado, faz-se necessário ressaltar a violação do princípio da igualdade, na aplicação do art. 1.240-A, do Código Civil.

A referida norma dispõe acerca da localização do imóvel, impondo a aplicação da mesma somente aos imóveis urbanos, deixando clara a discriminação quanto àqueles localizados em perímetro rural. Assim, não há razão para aplicar o referido instituto somente na cidade, uma vez que há a ocorrência de questões familiares nas áreas rurais, da mesma forma.

Como já visto, a Constituição Federal de 1988 considera o princípio da igualdade um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, razão pela qual tal discriminação não pode ser aceita, devendo conceder a mesma proteção a qualquer casal, seja na cidade ou no campo.⁵²

Além disso, pressupõe-se que o novo dispositivo seja direcionado às pessoas com menos condições financeiras, uma vez que o imóvel, objeto da usucapião, deverá ter no máximo 250m², não podendo o usucapiente ser proprietário de outro imóvel, urbano ou rural.

Deste modo, o cônjuge que abandonou o lar acabará ficando com nada ou com muito pouco, enquanto aquele que permaneceu no imóvel adquirirá a propriedade exclusiva do mesmo, gerando, assim, a desigualdade patrimonial e ferindo o princípio constitucional da igualdade.

3.2.2 Violação do Princípio da Vedação do Retrocesso Social e a volta da discussão da culpa no direito de família

Além da afronta ao princípio da igualdade e da segurança jurídica, o art. 1.240-A, do Código Civil, fere, também, o princípio da vedação do retrocesso social, cujo mesmo foi estudado no capítulo anterior.

No que tange ao âmbito do Direito de Família, tal princípio constitui garantia constitucional, de modo que a igualdade estabelecida entre homens e mulheres, filhos e entidades, não sofra limitações ou restrições da legislação ordinária. Assim, não se admite que

⁵¹ SILVA, 2013a.

⁵² VILARDO, 2012, p. 54.

a alteração de nenhuma norma, nem que esta alcance valor jurídico e social inferior ao que tinha originariamente. Em suma, veda-se a retrocessão do ordenamento jurídico.⁵³

Nesse sentido, o princípio da vedação do retrocesso social, visa a garantia e o progresso de conquistas alcançadas pela sociedade⁵⁴, de modo que uma nova norma não revogue um direito constitucional social já regulamentado, como, também, não estabeleça qualquer medida que seja prejudicial à efetivação do mesmo.

Ocorre que, a criação da Lei 12.424/11, traz à baila os reflexos acerca das dissoluções familiares, ressuscitando a questão do abandono e, conseqüentemente, da culpa, o que já havia sido rechaçado pela Emenda Constitucional nº 66/10. Tal dispositivo gera, novamente, o temor pela imputação moral no término do relacionamento.⁵⁵

Diante disso, surge a discussão acerca da violação ou não do princípio constitucional da vedação do retrocesso social, uma vez que a volta da perquirição da culpa no desenlace do casamento ou união estável ofenderia a ordem constitucional posta, cuja qual é baseada na afetividade e não mais no patrimônio ou na tutela da moral.⁵⁶

Desta forma, analisar-se-á, a seguir, a evolução da aplicação do elemento culpa nas relações familiares, bem como a hipótese da nova modalidade de usucapião efetivamente ofender o princípio da vedação do retrocesso social, em razão de reascender a perquirição da culpa na dissolução conjugal.

3.2.2.1 O retrocesso na análise da culpa na dissolução conjugal

Antes de adentrar-se na questão do retorno da discussão da culpa na dissolução conjugal, trazida pelo advento da Lei 12.424/11, com a nova modalidade de usucapião conjugal, faz-se necessário analisar alguns aspectos históricos da culpa e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 68-69.

⁵⁴ MACIEL, Álvaro dos Santos. **Do Princípio do não-retrocesso social**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1926>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

⁵⁵ SILVA, Luciana Santos. **Uma nova afronta à carta constitucional: usucapião pró-família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Luciana.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013b.

⁵⁶ Ibid.

Com efeito, pode-se afirmar que a culpa é a não observância, de forma consciente, de determinada norma de conduta, cujo resultado causa dano a outrem. Tal dano pode ter sido objetivado pelo agente, ou seja, de forma dolosa, como também, pode não ter sido desejado, mas era previsível, caracterizando a culpa em sentido estrito.⁵⁷

No que tange ao Direito de Família, a verificação da culpa era feita no desenlace conjugal, com o intuito de se apurar o responsável pelo término da vida em comum. O Código Civil de 1916 já exigia a análise da culpa nas causas que poderiam dar fim à união conjugal, sendo estas consideradas graves e determinadas pelos arts. 317⁵⁸ e 318⁵⁹, do antigo diploma legal.

Ademais, a legislação civil de 1916 adotava apenas duas formas de término da sociedade conjugal, quais sejam o desquite consensual e o litigioso, impondo constantemente a verificação da culpa na ruptura do matrimônio em face das causas especificadas nos artigos acima citados.⁶⁰

Como se observa, naquela época, o elemento culpa era o propulsor da dissolução do casamento, de modo que elevava as condutas culposas, como se fosse possível um prontuário de comportamento atentatórios da estabilidade patrimonial.⁶¹

Assim, o cônjuge que incorria em uma das causas determinantes para o término da sociedade conjugal, previstas pelo legislador de 1916, sofria discriminação e preconceitos pela sociedade da época.

Contudo, no ano de 1977, criou-se a Lei nº 6.515, que previa a separação sem culpa e o divórcio, de modo que diminuíram as causas taxativas culposas e admitiu-se a dissolução sem culpa.⁶² O advento da referida lei teve como escopo a regulamentação da Emenda Constitucional nº 9/77, a qual modificou a redação do parágrafo 1º, do art. 175, da Carta Magna de 1977, surgindo à possibilidade de dissolução da sociedade conjugal, após prévia separação judicial pelo lapso temporal mínimo de três anos.

⁵⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Grandes temas de direito da família**. <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Direito_de_Familia_Regina_Beatriz_Tavares.pdf>. Acesso em: 10 set. 2013c.

⁵⁸ Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: (Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977). I. Adultério. II. Tentativa de morte. III. Sevícia, ou injúria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº. 3071, de 1º de janeiro de 1916**. Brasília, DF: Casa Civil, 1916.

⁵⁹ Art. 318. Dar-se-á também o desquite por mutuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado. (Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977). BRASIL, 1916.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. **O papel da culpa na separação e no divórcio**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Gustavo_Tepedino/PapelCulpa.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2012.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 18.

⁶² *Ibid.*, p. 50.

Após diversas modificações na legislação que regulamentava a dissolução conjugal, fazendo com que, ao longo do tempo, a perquirição da culpa fosse cada vez menos presente, ocorreu uma verdadeira revolução na aplicação da separação culposa prevista na Lei do Divórcio, com o advento da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, conforme a redação original do art. 226, parágrafo 6º, da Carta Magna de 1988, possibilitava-se a dissolução da sociedade conjugal por meio do divórcio, desde que houvesse a separação judicial pelo tempo mínimo de um ano ou a comprovação da separação de fato por mais de dois anos.

Com tal modificação, a discussão da culpa na ação de divórcio foi obstaculizada, bem como qualquer outro fato que não fosse relacionado ao lapso temporal, sendo este o objeto cognitivo das referidas ações.⁶³

Nesse sentido, pode-se frisar que as modificações advindas da Carta Magna de 1988 refletiram de diversas maneiras na dissolução do casamento civil, como por exemplo, a diminuição do lapso temporal para o divórcio por conversão, precedido de separação judicial, que fixou o prazo em um ano; a criação de uma nova modalidade dissolutiva do casamento, qual seja o divórcio direto, este submetido a um prazo de dois anos de separação de fato; e, por fim, superou o limite de uma única dissolução matrimonial por pessoa.⁶⁴

Desta forma, a identificação e a discussão acerca da culpa no término da sociedade conjugal foi sendo afastada pelos tribunais de justiça brasileiros, bastando, nas ações divorcistas, evidenciar a impossibilidade da continuação da vida em comum. Assim, a imputação a qualquer dos cônjuges da responsabilidade pelo fim do casamento deixou definitivamente de integrar o objeto litigioso das referidas demandas.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 considerar a perquirição da culpa um exercício indevido e desnecessário, bem como uma afronta às garantias constitucionais da pessoa humana⁶⁵, o Código Civil de 2002 manteve o instituto da culpa no âmbito do Direito de Família, uma vez que nos arts. 1.572⁶⁶, 1.573⁶⁷, 1.578⁶⁸ e 1.703⁶⁹ prevê a denominada

⁶³ FARIAS, 2007. p. 93-94.

⁶⁴ Ibid., p. 93-94.

⁶⁵ Ibid., p. 60.

⁶⁶ 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

separação culposa, bem como estabelece as consequências⁷⁰ ao cônjuge que deu causa na separação.

Tais consequências violam o direito à privacidade e à intimidade das pessoas, uma vez que impõe às partes exporem as suas vidas na lide processual, a fim de demonstrar a culpa do outro na separação.

No entanto, considerando que a Carta Magna de 1988 constitucionalizou o princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando o direito à privacidade e à intimidade⁷¹, os Tribunais não aplicaram tais dispositivos, dispensando a demonstração da culpa de um dos cônjuges nas ações de separação, de modo que o requisito a ser analisado era, tão somente, o lapso temporal imposto pela norma constitucional.

Com o intuito de afastar ainda mais a perquirição da culpa, bem como de diminuir a intervenção estatal nas lides familiares, editou-se a Emenda Constitucional nº 66/10, a qual aboliu a separação judicial, possibilitando, assim, o divórcio direto.

A referida emenda inovou a redação do parágrafo 6º⁷², do art. 226, da Constituição Federal, que deixou de exigir a separação judicial por mais de um ano ou a comprovação de fato por mais de dois anos, rechaçando a análise de qualquer outro requisito, especialmente, a culpa, para decretação do divórcio.

Vale ressaltar que, o divórcio direto consagrou o princípio da não intervenção estatal nas relações familiares, estudado no capítulo anterior, de modo que eliminou a discussão acerca da culpa e das causas que deram fim à união conjugal. Nesse sentido, sustenta-se que descabe ao Estado e ao legislador impor óbices para que o término da sociedade conjugal seja

adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Casa Civil, 2002.

⁶⁷ Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. BRASIL, 2002.

⁶⁸ 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. BRASIL, 2002.

⁶⁹ Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

⁷⁰ Como por exemplo, a perda do direito de usar o sobrenome do outro, o direito somente à pensão mínima, a diminuição nos direitos sucessórios, dentre outros.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. O fim do fim sem fim. In: WELTER, Belmiro Pedro (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 243.

⁷² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010). BRASIL, 1988.

levado a efeito, cabendo às partes saberem como e quando desconstituir a união das mesmas.⁷³

Assim, vista a evolução da perquirição da culpa no Direito de Família brasileiro, analisar-se-á a grande novidade do art. 1.240-A, do Código Civil, que diz respeito ao abandono do lar pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro, um dos requisitos necessários para incidir a usucapião conjugal, bem como as diversas discussões ensejadas em torno dele.⁷⁴

Com efeito, o novo dispositivo estabelece como requisito principal o abandono do lar por um dos cônjuges para que o outro adquira com exclusividade o imóvel onde permaneceu.

Nota-se que, o art. 1.573⁷⁵, inciso IV, do Código Civil, indica como uma das causas de inviabilidade da convivência do casal o abandono do lar conjugal. Assim, compreende-se que o abandono deve ser voluntário e injustificado, caracterizando, assim, a infração nos deveres conjugais.⁷⁶

Nesse sentido, por meio de uma interpretação extensiva, supõe-se que o abandono exigido pelo legislador na usucapião conjugal, também deverá ser voluntário e injustificado.⁷⁷

Ocorre que, tal requisito gerou diversas interpretações e discussões acerca do mesmo, sendo a principal delas a eventual alusão à culpa pela dissolução do relacionamento matrimonial.

Como já visto a Emenda Constitucional nº 66/10 extinguiu a culpa dos litígios familiares fazendo com que a jurisprudência majoritária e a doutrina se posicionassem no sentido de que a única ação dissolutória do casamento é o divórcio, o qual não mais exige a indicação da causa de pedir, bem como, que eventuais controvérsias relacionadas à causa, à culpa ou aos prazos, deixam de integrar o objeto da demanda.⁷⁸

Assim, com o fim da separação e das causas subjetivas e objetivas analisadas no término dos relacionamentos conjugais, a dissolução do patrimônio conjugal dar-se-á conforme as normas do regime de bens pactuado entre as partes, independentemente das

⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **O divórcio e Separação no Brasil** – Algumas Considerações após a Aprovação da EC 66, de 13 de julho de 2010. p. 06.

⁷⁴ VILARDO, 2012, p. 49.

⁷⁵ Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. BRASIL, 2002.

⁷⁶ SILVA, 2013a.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. Disponível em: <<http://arpens.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-por-maria-berenice-dias>>. Acesso em: 14 set. 2013.

causas que deram fim ao matrimônio ou união estável.

Entretanto, o requisito estabelecido pelo art. 1.240-A, do Código Civil, fez com que o mundo jurídico se indagasse a respeito do retorno do julgamento pela imputação moral para a decisão do direito material, o que representaria um verdadeiro retrocesso jurídico.⁷⁹

Assim, para que o cônjuge adquira a propriedade de forma integral terá que demonstrar o abandono pelo outro, conforme o disposto na nova norma, razão pela qual ressuscitaria a análise da culpa no fim do relacionamento e, mais, acirraria as demandas entre os cônjuges e companheiros, tornando-as ainda mais tumultuosas e padecentes.⁸⁰

Diante disso, evidente é a violação do princípio da vedação do retrocesso social pelo novo dispositivo, quando retoma a imputação da culpa nas lides familiares, já que esta já havia sido rechaçada e extinta do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a nova modalidade de usucapião faz renascer uma questão praticamente banida do sistema jurídico, de modo a representar um retrocesso legislativo. Tal instituto pune patrimonialmente o cônjuge/companheiro que deixou o lar, muitas vezes, justamente e por necessidade, enquanto premia o cônjuge/companheiro, que teria sido abandonado, com a aquisição da propriedade do imóvel de forma exclusiva e integral.⁸¹

Por outro lado, o abandono do lar deve ser observado com base na função social da posse e não quanto à moralidade da culpa pela dissolução do vínculo conjugal. Assim, não se podem analisar quais as causas que geraram o abandono, em especial se este caracterizou culpa, se é legítimo, cabível, ou, até mesmo, urgente.⁸²

Neste caso, buscar-se-á apenas qual dos cônjuges/companheiros que permaneceu no imóvel, dando destinação residencial ao mesmo, dispensando quaisquer outras interpretações acerca da origem do abandono.

Sendo assim, deve-se compreender que a questão do abandono do lar para fins de usucapião conjugal tem como fundamento a função social da posse e, caso interpretado contrariamente, retornará a discussão da culpa em torno do litígio conjugal, visando interesses meramente patrimoniais.⁸³

Não obstante, o legislador empregou o termo “abandono do lar” no referido

⁷⁹ SILVA, 2013a.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ GUAZZELLI, 2012, p. 107.

⁸² AMORIM, Ricardo Henrique Pereira. **Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas implicações no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6405>. Acesso em: 14 set. 2013.

⁸³ AMORIM, 2013.

dispositivo, de forma perigosa e arriscada, uma vez que possibilita aos operadores do direito uma interpretação divergente acerca do significado e do alcance do termo utilizado.⁸⁴

Sabe-se que eventual retorno da análise da culpa nas dissoluções conjugais apresenta-se absolutamente prejudicial para às partes envolvidas, do ponto de vista não só jurídico como, também, psicológico. Ao pensar na existência de um culpado e de um inocente, a relação entre os operadores da separação acaba abalando-se ainda mais, causando fissuras mais profundas, distanciando as pessoas e obstaculizando o diálogo entre as partes.⁸⁵

Ainda, vale lembrar que, com fundamento no princípio da autonomia da vontade, na intimidade e privacidade dos indivíduos, a ingerência do Estado nas relações familiares passou a ser limitada, de modo que as normas empregadas para reger o Direito de Família devem observar o essencial, não interferindo na liberdade ou na inviolabilidade da privacidade das pessoas.

Assim, por tais modificações ocorridas no ordenamento jurídico, em especial a criação da Emenda nº 66/10, a finalidade eudemonista da união estável e do casamento foi elevada ao patamar do princípio constitucional implícito, razão pela qual se inaugurou um novo modo do Estado relacionar-se com as entidades familiares.⁸⁶

Nesta perspectiva, diz-se que a nova modalidade de usucapião conjugal adota uma natureza patrimonialista, quando traz como sanção a perda do patrimônio, e de controle moral, em relação ao retorno da discussão da culpa no término dos relacionamentos no Poder Judiciário.⁸⁷

Diante disso, para que a aplicação do dispositivo “evite injustiças e não viole o princípio da vedação do retrocesso social”, aponta-se para a utilização dos elementos caracterizadores do instituto de direito real, porém, observando as peculiaridades que envolvem as questões de família.⁸⁸

Deste modo, o abandono previsto no art. 1.240-A, do Código Civil, deverá depender da intenção abdicativa do co-proprietário, ou seja, da vontade de abrir mão do bem, sendo evidente e devidamente provado. Assim, afastar-se-á a discussão da culpa pelo fim da sociedade conjugal, já abolida do Direito de Família brasileiro.⁸⁹

⁸⁴ AMORIM, 2013.

⁸⁵ GUAZZELLI, 2012, p. 105.

⁸⁶ Ibid., p. 105.

⁸⁷ PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A Nova Usucapião Especial por Abandono do Lar e a Função Social da Propriedade. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 14, n. 71, p. 36, abr./maio 2012.

⁸⁸ ORSELI, 2012, p. 136-137.

⁸⁹ Ibid., p. 136-137.

Contudo, verifica-se que a criação da nova modalidade de usucapião tomou uma direção contrária daquela que o Direito de Família brasileiro vem adotando, qual seja a busca pelo afastamento da intervenção estatal nas relações familiares e, por consequência, a abolição da perquirição da culpa pelo rompimento do vínculo conjugal.

Ainda, ao que parece, tal dispositivo demonstra-se ser inadequado, bem como apresenta uma série de dúvidas e divergências para a aplicação do mesmo nas disputas conjugais e familiares.

No entanto, será preciso aguardar os posicionamentos que serão adotados nos julgados que envolvam tal matéria, acreditando na análise jurisprudencial e doutrinária da família contemporânea, atentando-se às peculiaridades de cada caso concreto, de forma que seja possível dirimir tais questões e formar um juízo de valor mais correto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos, a sociedade passou por um processo de mudança intenso, de modo que sofreu inúmeras modificações sociais, culturais, tecnológicas e políticas. Tais transformações também afetaram o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, no que tange à legislação constitucional de 1988 e aos princípios inerentes a ela, bem como aos valores e direitos fundamentais nela estabelecidos.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 trouxe como epicentro axiológico da ordem constitucional o princípio da dignidade humana e, em decorrência deste, fortaleceu os demais princípios e direitos fundamentais, como o da igualdade, da segurança jurídica, da moradia, da função social da propriedade e da vedação do retrocesso jurídico.

Em face destes novos contornos e mudanças implementadas no ordenamento jurídico constitucional, o Código Civil de 2002 adotou os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 a fim de regularizar e adequar os institutos civilistas, buscando, sempre, a concretização do princípio da dignidade humana, da igualdade entre as pessoas e a satisfação do bem estar-social.

A partir da segunda metade do século XX, a propriedade começou a ser tratada em face da função social da mesma, razão pela qual o legislador precisou enfatizar o direito à moradia, especialmente, a realização de obras ou serviços com caráter produtivo, bem como investimentos econômicos e sociais para fins de aquisição de bens por meio da usucapião.

Assim, a Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da usucapião, tornando efetiva a garantia da função social da propriedade, bem como modelo de equilíbrio social.

A usucapião é o modo originário de aquisição do domínio, através da posse mansa e pacífica, principal elemento, por determinado lapso de tempo. Constitui direito à parte, independente de qualquer relação jurídica com o anterior proprietário, e, tem como fundamento, a consolidação da propriedade, meio pela qual se estimula a paz social e diminui para o proprietário o ônus da prova de domínio.

Dentre as modalidades deste instituto, destaca-se a nova usucapião por abandono do lar conjugal, prevista no art. 1.240-A, do Código Civil de 2002, e introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 12.424/2011, a qual atingiu diretamente o Direito de Família e as relações regulamentadas por ele.

A nova modalidade possibilita que o cônjuge ou o companheiro, que foi abandonado pelo outro, adquira a propriedade exclusiva do bem de família, sendo necessário, para tanto, o cumprimento dos requisitos estabelecidos no novo dispositivo.

Nesse sentido, para que ocorra a configuração da usucapião conjugal é necessária a permanência do cônjuge abandonado pelo período de dois anos ininterruptos, na posse direta e exclusiva do imóvel, bem como que não haja oposição daquele que desprezou o lar. Além disso, o imóvel deverá ser urbano, com área máxima de 250m², salientando que esta forma de aquisição de propriedade só pode ser reconhecida uma única vez, assim como o beneficiário não seja proprietário de outro imóvel, seja urbano ou rural.

Por um lado, nota-se que a intenção do legislador foi de facilitar e de assegurar a aquisição de propriedade imóvel por famílias de baixa renda, bem como de garantir o patrimônio mínimo, observando a efetiva necessidade da pessoa, com base no princípio constitucional do uso social da propriedade, assim como da proteção à moradia.

Entretanto, por outro, com o advento da nova modalidade de usucapião, o legislador resgatou a necessidade de exame da culpa nas dissoluções matrimoniais, em especial acerca da interpretação do requisito do abandono de lar.

Desta forma, gerou uma grande repercussão no mundo jurídico, em especial no direito de família, no que se refere à atribuição da culpa ao cônjuge que abandonou o lar, punindo-o com a perda da propriedade do imóvel, razão pela qual se faz imprescindível a construção de uma interpretação de acordo com as modificações e necessidades da sociedade atual.

Contudo, sabe-se que a análise da culpa já vem sendo rechaçada pela jurisprudência e por meio da Emenda Constitucional nº 66/2010, que reformou o art. 226, parágrafo sexto, da Constituição Federal.

A referida Emenda Constitucional teve como escopo preservar a constituição da família, bem como a preservação da intimidade das partes, de modo que impossibilitou a contenda acerca do abandono de lar conjugal no Poder Judiciário.

Salienta-se que o término do matrimônio se dá pelo fim do amor ou pela impossibilidade de convívio, razão pela qual impede que o Estado exija prazo ou debata a fim de determinar quem agiu com culpa no fim da relação, inovando a relação entre o Estado e a sociedade familiar.

Apesar disso, com o advento da Lei nº 12.424/2011, ressurgiu a visão patrimonialista, em relação à diminuição ou perda do patrimônio e de controle moral, já que remonta a discussão da culpa na dissolução matrimonial.

Ademais, o Direito de Família Brasileiro, nem mesmo com base na função social da propriedade, admite a intervenção estatal desarrazoada na vida privada, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana. No mais, os princípios constitucionais possuem função de revelar e unificar o ordenamento jurídico, não permitindo afronta por normas inconstitucionais.

Assim, a nova modalidade de usucapião reascende a discussão sobre a culpa nas dissoluções matrimoniais, de forma que ofende a ordem constitucional posta, a qual é baseada na efetividade e não mais no patrimônio ou na tutela da moral.

Nesse sentido, com a criação da usucapião conjugal, percebe-se que a questão acerca da culpa e os reflexos patrimoniais da mesma voltaram à tona, devendo analisar novamente a imputação moral no término das relações conjugais, bem como se o abandono de lar do art. 1240-A é o mesmo do direito de família, determinado no art. 1.573, IV, do Código Civil.

Porém, é evidente que o direito de família não abriga mais os conceitos de culpa, uma vez que o art. 1.573, do Código Civil de 2002, foi revogado pela EC nº 66/2010, não subsistindo o abandono de lar no direito de família.

Desta forma, a usucapião por abandono do lar conjugal retoma a perpetuação do litígio conjugal em torno da culpa nos casos de separação, visando interesses meramente patrimoniais, bem como fazendo com que as partes intimidem-se cada vez mais de sair de casa após o fim do relacionamento afetivo, preferindo, muitas vezes, dividir o imóvel que contra a própria liberdade e intimidade.

Com isso, torna-se evidente a violação do princípio da vedação do retrocesso social, uma vez que a Emenda Constitucional nº 66/10 teve como objetivo finalizar a discussão acerca da incidência da culpa nos litígios familiares e, assim, acredita-se que qualquer dispositivo referente à culpa nas relações familiares está sujeito à revogação, refletindo na questão patrimonial do divórcio.

Por fim, é inquestionável que a nova modalidade de usucapião por abandono do lar refletiu diretamente no âmbito do Direito de Família, já que impõe o requisito do abandono de lar e, principalmente, retoma a discussão acerca da culpa no término das relações conjugais, já pacificada no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, diante do surgimento de inúmeras dúvidas e posicionamentos divergentes no que se refere à aplicação do novo instituto nas lides conjugais e familiares, ter-se-á que aguardar os posicionamentos que serão adotados nos julgados que envolvam tal matéria, confiando que os julgadores realizem uma análise jurisprudencial e doutrinária da família

contemporânea, de modo que se atentem às peculiaridades de cada caso concreto, sendo possível dirimir tais questões e formar um juízo de valor mais correto.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ricardo Henrique Pereira. **Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas implicações no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6405>. Acesso em 14 set. 2013.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 31-48, abr./jun. 2003.

AZEVEDO, Renan Falcão. **Posse, Efeitos e Proteção**. 2. ed. São Paulo: Coedição da Universidade de Caxias do Sul/RS e Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BARBOSA, Mario de Figueiredo. O direito constitucional à moradia, no contexto dos direitos sociais e econômicos. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In.: **Constituição e Segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOAVENTURA, Edivaldo. A Educação na Constituição Federal. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, n. 8, p. 78-97, jan./dez. 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Das modalidades de usucapião. A valorização da posse – trabalho como meio de aquisição da propriedade imobiliária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 12, n. 45, p. 237, jan./mar. 2011.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

_____. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

_____. Constituição Federal. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 25 jul. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº. 486, de 15 de novembro de 1977**. Brasília, DF: 1977.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, 1998.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Casa Civil, 2002.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Brasília, DF: Casa Civil, 2001.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Brasília, DF: Casa Civil, 1973a.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei 6.969, de 10 de dezembro 1981**. Brasília, DF: Casa Civil, 1981.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011**. Brasília, DF: Casa Civil, 2011.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 4.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília, DF: Casa Civil, 1973b.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº. 3071, de 1º de janeiro de 1916**. Brasília, DF: Casa Civil, 1916.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.211.658** – CE (2010/0159453-0). Relator: Sidnei Beneti. Julgado em: 16/04/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 10 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento n.991090460740, de 10 de fev. de 2010**. Des. Relator: José Marcos Marrone. São Paulo: Tribunal de Justiça, 2010.

BROCHADO, Daniel Keunecke. A regularização fundiária e a usucapião administrativa da Lei do Programa "Minha Casa Minha Vida". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2574, 19 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17004>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Edições Almedida, 1941.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CUNHA, Rodrigo da. **Uma principiologia para o Direito de Família**. Disponível em: <www.rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=617>. Acesso em: 10 de ago. 2013.

DIAS, Mara Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2013.

_____. **Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://arpens.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-por-maria-berenice-dias>>. Acesso em: 14 set. 2013.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUGUIT, León. **Las transformaciones Del Derecho: Publico y Privado**. Buenos Aires: Heliasta, 1931.

EHRHARDT JR., Marcos. Disponível em: <<http://www.marcosehardt.adv.br/inbdez.php/blog/2011/06/24/temos-um-novo-tipo-de-usucapião-criado-pela-lei-1242411-problemas-a-vista>>. Acesso em: 08 set. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico de patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 1979.

FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

_____. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **O divórcio e Separação no Brasil** – Algumas Considerações após a Aprovação da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010.

_____. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família** – Del Rey, Belo Horizonte: IBDFAM, 2004. p. 115.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família** – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **O Princípio da Igualdade**. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

GUAZZELLI, Mônica. Usucapião por Abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n. 28, p. 98-99, jun./jul. 2012.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Direito das cousas**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908. v. I e II.

LEI das Doze Tábuas. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$lei-das-doze-tabuas](http://www.infopedia.pt/$lei-das-doze-tabuas)>. Acesso em: 07 set. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

MACIEL, Álvaro dos Santos. **Do Princípio do não-retrocesso social**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1926>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MINAS Gerais. **Apelação Cível 408.555-5**, 7ª Câmara de Direito Privado. Relator: Unias Silva. Julgado em: 01/04/2004. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 12 mai. 2013.

MONTEIRO, Washington de Bairros. **Curso de Direito Civil**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65. p. 21-32, jul./set. 1993.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva (usucapião)**. 3. ed. Porto Alegre: Ajuris, 1981.

ORSELI, Helena de Azevedo. Análise crítica da Usucapião Especial Urbana por Abandono. **Revista Síntese do Direito**, São Paulo, n. 69, dez./jan. 2012.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A Nova Usucapião Especial por Abandono do Lar e a Função Social da Propriedade. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 14, n. 71, p. 36, abr./maio 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2005.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O instituto da usucapião: breves apontamentos**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11308>. Acesso em: 25 jul. 2013.

RECURSO Especial 466.329/RS, 2ª Turma. Relator: Min. Barros Monteiro. Julgado em: 14/09/2005, DJ 01/02/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 10 mai. 2013.

RECURSO Especial 812.012/RS, 4ª Turma. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em: 2/02/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 10 mai. 2013.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

RIZZARDI, Arnaldo. **Direito das coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das coisas**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO Paulo. **Apelação Cível n. 196.277-4**. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Aguilar Cortez. Julgado em: 23/08/2001. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 mai. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais:** manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/images/stories/PDF_artigos/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2013a.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-21-marco-2010-ingo-sarlett.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013b.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Cláudia Regina Fernandes da. **Usucapião familiar e suas consequências no direito de família**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/usucapi%C3%A3o-familiar-e-suas-consequ%C3%A2ncias-no-direito-de-fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 08 set. 2013a.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luciana Santos. **Uma nova afronta à carta constitucional: usucapião pró-família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Luciana.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013b.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Grandes temas de direito da família**. <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Direito_de_Familia__Regina_Beatriz_Tavares.pdf>. Acesso em: 10 set. 2013c.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de Direito de Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?** Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2011_07_01_archive.html>. Acesso em: 05 maio 2012.

SOARES, Rafael Machado. **Direitos Fundamentais e expectativas normativas: o caso da função social da propriedade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPERIOR Tribunal Federal. Súmula nº 340 – 13/12/1963 – **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal** – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 149.

_____. Súmula nº 377 – 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. **Regime de Separação Legal de Bens – Comunicação – Constância do Casamento.** No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família.** Disponível em: <http://professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_novos_principios_do_direito_de_familia_tartuce.pdf>. Acesso: 08 ago. 2013a.

_____. **A Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar Conjugal.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Tartuce.pdf>. Acesso em: 08 set. 2013b.

TEPEDINO, Gustavo. **O papel da culpa na separação e no divórcio.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Gustavo_Tepedino/PapelCulpa.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2012.

VAMPRE, Spencer. **Manual de Direito Civil Brasileiro.** F. Briguiet & C. Editores. v. II.

VAZ, Beatriz Leão. **O papel da Defensoria Pública junto aos Juizados Especiais Cíveis.** Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K220603.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.

VAZ, Miguel Afonso. **Lei e Reserva de Lei.** A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976. Porto, 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 191.

VICOLA, Nivaldo Sebastião. **Revista FMU Direito**, São Paulo, ano 25, n. 36, p. 99-107, 2011. ISSN: 2316-1515.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Usucapião Especial e Abandono do Lar – Usucapião entre Ex-Casal. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, n. 27, p. 46, abr./maio 2012.

WELTER, Belmiro Pedro (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ANEXOS

ANEXO A

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.658 - CE (2010/0159453-0)

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI
 AGRAVANTE : A R DE P
 ADVOGADO : JOSÉ FELICIANO DE CARVALHO
 AGRAVADO : A L D R DE P
 ADVOGADO : EVANDRO MARQUES JUNIOR E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PARTILHA DE BENS. AQUESTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO.

1.- No regime da separação total de bens, à mingua de cláusula excludente expressa no pacto antenupcial, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges. Precedentes.

2.- Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de abril de 2013(Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI
 Relator

ANEXO B

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.658 - CE (2010/0159453-0)

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI
AGRAVANTE : A R DE P
ADVOGADO : JOSÉ FELICIANO DE CARVALHO
AGRAVADO : A L D R DE P
ADVOGADO : EVANDRO MARQUES JUNIOR E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI(Relator):

1.- A R DE P interpõe Agravo Regimental contra a decisão que, nos autos da ação de separação litigiosa e partilha de bens proposta por A L D R DE P, negou seguimento a seu Recurso Especial, ao entendimento de que, no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges.

2.- Alega o réu, ora agravante, violação dos arts. 1.641, I, II e III, e 1.687 do Código Civil, sustentando, em síntese, que em respeito ao regime da separação total de bens com que foi celebrado o casamento, não existe patrimônio a ser partilhado com a agravada.

Argumenta que o regime de participação final nos aquestos não consta do Código Civil de 1916. É instituto jurídico inserido nos arts. 1.672 a 1.686 do Código Civil de 2002 e vigora a partir de 10 de janeiro de 2003. (e-STJ fls. 622)

É o breve relatório.

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.211.658 - CE (2010/0159453-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI(Relator):

3.- O inconformismo não merece prosperar.

4.- Conforme assinalou o Acórdão recorrido, a despeito de o casamento ter sido realizado sob o regime da separação convencional de bens, e de existir pacto antenupcial firmado pelo casal, esse pacto não teria estabelecido, de forma expressa, a incomunicabilidade dos aquestos, razão pela qual seria cabível, no caso, a partilha igualitária desses bens, excluídos aqueles adquiridos por sucessão pelo cônjuge varão.

5.- Esse entendimento encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte sobre a matéria, segundo se infere dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVENTÁRIO QUE VISA À PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DE SOCIEDADE CONJUGAL FORMADA SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. ART. 258 DO CC/1916. ESFORÇO COMUM. SÚMULA N. 377/STF. PRECEDENTES DO STJ.

1. A partilha dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, erigida sob a forma de separação legal de bens (art. 258, parágrafo único, I, do CC/1916), não exige a comprovação ou demonstração de comunhão de esforços na formação desse patrimônio, a qual é presumida, à luz do entendimento cristalizado na Súmula n. 377/STF. Precedentes do STJ.

2. A necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana e de outras garantias constitucionais de igual relevância vem mitigando a importância da análise estritamente financeira da contribuição de cada um dos cônjuges em ações desse jaez, a qual cede espaço à demonstração da existência de vida em comum e comunhão de esforços para o êxito pessoal e profissional dos consortes, o que evidentemente terá reflexos na formação do patrimônio do

Superior Tribunal de Justiça

casal.

3. No caso concreto, a recorrente, ora agravada, foi casada com o agravante por aproximadamente 22 (vinte e dois) anos pelo regime da separação legal de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do CC/1916, portanto, perfeitamente aplicável o entendimento sedimentado na Súmula n. 377 do STF, segundo o qual os aquestos adquiridos na constância do casamento, pelo regime da separação legal, são comunicáveis, independentemente da comprovação do esforço comum para a sua aquisição, que, nessa hipótese, é presumido.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.008.684/RJ, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe 2.5.12);

CIVIL. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. AQUESTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO. SÚMULA 377/STF. INCIDÊNCIA.

1. No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges (art. 259 CC/1916).

2. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 442.629/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJ 15.9.03);

CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal. Aquestos. Comunicação. Comunicam-se os aquestos adquiridos na vigência do regime de separação legal.

Recurso não conhecido.

(REsp 442.165/RS, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJ 28.10.02);

Casamento. Separação obrigatória. Súmula n° 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte.

1. Não violenta regra jurídica federal o julgado que admite a comunhão dos aquestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma.

2. Recurso especial não conhecido.

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 208.640/RS, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES
DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 28.5.01).

6.- Ressalte-se que apenas "a cláusula do pacto antenupcial que exclui a comunicação dos aqüestos impede o reconhecimento de uma sociedade de fato entre marido e mulher para o efeito de dividir os bens adquiridos depois do casamento" (REsp 404.088/RS, Rel. p/ Ac. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, DJ 28.5.07).

7.- Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental.

Ministro SIDNEI BENETI
Relator



ANEXO C

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 812.012 - RS (2006/0013624-0)

RELATOR : MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
 RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO
 RECORRIDO : L A B E CÔNJUGE
 ADVOGADO : JOSMARI DOTTI

EMENTA

CIVIL. CASAMENTO. CÓDIGO CIVIL DE 1916. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. ALTERAÇÃO DE REGIME. COMUNHÃO UNIVERSAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA.

I. Ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte assentaram que o art. 2.039 do Código Civil não impede o pleito de autorização judicial para mudança de regime de bens no casamento celebrado na vigência do Código de 1916, conforme a previsão do art. 1.639, § 2º, do Código de 2002, respeitados os direitos de terceiros.

II. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região).

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2008(Data do Julgamento)

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator

ANEXO D

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 812.012 - RS (2006/0013624-0)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:
 Ministério Público interpõe, pela letra "a" do autorizador constitucional, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 63):

"APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO CELEBRADO SOB A VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. POSSIBILIDADE.

O art. 2.039 das Disposições Finais e Transitórias do Código Civil em vigor não impede a alteração do regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916. O regime de bens dos casamentos pela antiga lei é o por ele estabelecido, mas somente enquanto não se aplicar a regra geral do art. 1.639, § 2.º, CC/02, ou seja, enquanto não optarem os cônjuges pela sua alteração, até porque, o art. 2.039 não diz que o regime do casamento contraído pelo CC/16 é imutável ou irrevogável.

Precedentes doutrinários e jurisprudenciais.

Apelação provida."

Alega o recorrente que o acórdão contrariou os artigos 1.639, § 2º, e 2.039, do Código Civil de 2002. Pugna pelo reconhecimento da impossibilidade de alteração de regime de bens de forma retroativa, a alcançar matrimônios contraídos antes da entrada em vigor do atual Código Civil.

Aduz que, conforme o regime anterior aplicável ao caso concreto, o regime de bens é imutável.

Contra-razões, às fls. 100/106, pela manutenção do julgado.

Superior Tribunal de Justiça

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 116/120.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, por meio do Dr. Washington Bolívar Junior, pelo desprovimento do recurso (fls. 127/129).

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 812.012 - RS (2006/0013624-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
(Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pela letra "a" do art. 105, III, da Carta da República, que discute a possibilidade jurídica de alteração de regime de comunhão parcial de bens no casamento, instituído sob a égide do Código de 1916, para o de comunhão universal, conforme o novel diploma civil.

Ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte assentaram que o art. 2.039 do Código Civil não impede o pleito de autorização judicial para mudança de regime de bens no casamento celebrado na vigência do Código de 1916, conforme a previsão do art. 1.639, § 2º, do Código de 2002.

Nesse sentido:

"CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL - CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA.

1 - Apresenta-se razoável, in casu, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.

2 - Recurso conhecido e provido pela alínea 'a' para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de

Superior Tribunal de Justiça

matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002."

(4ª Turma, REsp n. 730.546/MG, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 03.10.2005)

"Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade.

- A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido.

- Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida.

- Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico.

- Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal.

- Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.

- Recurso especial não conhecido."

(3ª Turma, REsp n. 821.807/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU de 13.11.2006)

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME MATRIMONIAL DE BENS. MODIFICAÇÃO. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Superior Tribunal de Justiça

CONJUGAÇÃO DO ART. 1.639, § 2º, COM O ART. 2.039, AMBOS DO NOVEL DIPLOMA. CABIMENTO EM TESE DA ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. INADMISSIBILIDADE QUE JÁ RESTOU AFASTADA. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. ALTERAÇÃO SUBORDINADA À PRESENÇA DOS DEMAIS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 1.639, § 2º, DO CC/2002. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS ÀS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APRECIÇÃO DO PEDIDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA, ADMITIDA A MUDANÇA DE REGIME, COM A REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM.”

(4ª Turma, REsp n. 868.404/SC, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 06.08.2007)

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

ANEXO E

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 466.329 - RS (2002/0101677-0)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : JUSSARA FÁTIMA CORREA GIL
ADVOGADO : LAURO CECCATO FILHO
RECORRIDO : CÂNDIDO TELMO GIL
ADVOGADO : MARINO KURY E OUTROS

EMENTA

Civil. Recurso especial. Ação de separação judicial. Pedido de separação fundado na culpa. Não demonstração. Insustentabilidade da vida em comum. Caracterização. Decretação da separação. Julgamento diverso do pedido. Inocorrência.

- Ainda que se requeira a separação judicial com imputação de culpa e essa não reste provada nos autos, o juiz pode decretá-la caso verifique, nas provas coligidas aos autos, a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a decretação da separação não implica julgamento diverso do pedido.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após a retificação do voto Sra. Ministra Nancy Andrichi, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, não conhecer do recurso especial. Votou vencido o Sr. Ministro Castro Filho. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de junho de 2004(data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

ANEXO F

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 466.329 - RS (2002/0101677-0)

RECORRENTE : JUSSARA FÁTIMA CORREA GIL

ADVOGADO : LAURO CECCATO FILHO

RECORRIDO : CÂNDIDO TELMO GIL

ADVOGADO : MARINO KURY E OUTROS

Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Cuida-se do recurso especial, interposto por Jussara Fátima Corrêa Gil, contra acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Cândido Telmo Gil, ora recorrido, propôs ação de separação judicial litigiosa em face da recorrente.

Sustentou que com ela contraiu nupcias em 21 de janeiro de 1989, sob o regime da comunhão parcial de bens. Do casamento advieram dois filhos: Telmo Alexandre Corrêa Gil e Ronaldo Corrêa Gil.

No entanto, alegou a impossibilidade de manutenção de vida em comum com a recorrente em razão da total desarmonia que se estabeleceu entre o casal. Aduziu que a culpa pela separação deve ser atribuída exclusivamente à recorrente, pois se trata de pessoa agressiva, violenta e alcoólatra, o que ensejou o seu afastamento da morada do casal.

Por sua vez, a recorrente propôs ação cautelar de seqüestro em face do recorrido, sob o fundamento de que ele estaria procedendo à dilapidação do patrimônio do casal com a venda do veículo de propriedade de ambos. Ademais, propôs em face dele ação cautelar para fixação de alimentos provisionais em seu nome e em nome dos filhos do casal.

O Juiz julgou procedente o pedido formulado pelo recorrido para o fim de decretar a separação judicial do casal, imputando-lhes culpa recíproca pela separação, e declarando dissolvida a sociedade conjugal.

Superior Tribunal de Justiça

Ademais, julgou parcialmente procedente o pedido constante da ação cautelar para fixação de alimentos provisionais para arbitrar em favor da recorrente alimentos no valor de 15% dos rendimentos líquidos do recorrido. Por fim, julgou improcedente o pedido constante da ação cautelar de seqüestro.

Inconformadas, as partes apelaram ao TJRS. O acórdão restou assim ementado:

"Separação litigiosa. Ações cautelares.

Culpa. O entendimento atual é no sentido de se afastar a identificação do culpado pela ruptura da sociedade conjugal. Mantém-se a separação do casal sem a atribuição de culpa.

Alimentos à mulher. Eleva-se a verba alimentar, vez que comprovada a necessidade da recorrente, e demonstrada a possibilidade do alimentante.

Nome. Mantém a recorrente o nome de casada quando manifesta interesse neste sentido e não há nos autos oposição do ex-marido.

Partilha de bens. Pedido de inclusão de veículo e exclusão de bens pertencentes à microempresa da recorrente. Afasta-se o conhecimento da matéria não aventada no curso da lide.

Compensação de honorários advocatícios. Cabível a compensação da verba, em face da sucumbência recíproca.

Cautelar de alimentos. A alteração da guarda dos menores enseja a procedência parcial da demanda cautelar. Mantém-se a sentença e os ônus decorrentes da sucumbência.

Cautelar de seqüestro. Configurados os pressupostos da cautelar, impera a procedência da demanda. Reforma-se a sentença e inverte-se o ônus da sucumbência.

Litigância de mãe-filho. Incabível quando não comprovada a ocorrência de qualquer hipótese elencada no art. 17 do CPC.

Apelos provido em parte e desprovido."

Iresignada, a recorrente interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, inc. III, alíneas "a" e "c" da Constituição Federal, sob a alegação de ofensa aos arts. 5.º da Lei nº 6.515/77, 2.º, 128, 459 e 460 do CPC.

Em síntese, alega que houve julgamento diverso do pedido. O acórdão recorrido reconheceu a inexistência de culpa recíproca por qualquer das partes. No entanto, manteve a decretação da separação judicial do casal, em contrariedade ao pedido formulado na petição inicial, que era de decretação da separação com fundamento na imputação de culpa à recorrente.

Superior Tribunal de Justiça

Dessa forma, como não restou demonstrada pelo recorrido a culpa da recorrente, o pedido há de ser julgado improcedente.

Sobre o tema, também alega dissídio jurisprudencial, tendo colacionado ao recurso especial diversos arestos que corroboram a tese explicitada.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional e seu provimento no parecer às fls. 338/343.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 466.329 - RS (2002/0101677-0)

Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

A questão posta a debate pela recorrente consiste em aferir se a separação judicial do casal pode ser decretada sem a imputação de culpa a qualquer dos cônjuges, embora o fundamento do pedido de separação seja a atribuição de culpa pelo desfazimento da sociedade conjugal.

I - Arts. 2.º, 128, 459 e 460 do CPC

Compulsando os autos, verifica-se que os dispositivos legais tidos por violados não restaram apreciados pelo acórdão recorrido de modo a evidenciar o prequestionamento, requisito específico de admissibilidade do recurso especial.

Incide, na espécie, o óbice imposto pelo Enunciado 282 da Súmula do eg. STF.

II - Art. 5.º da Lei nº 6.515/77 e dissídio jurisprudencial

Pela análise da petição inicial, constata-se que o pedido de separação judicial formulado pelo recorrido lastreia-se na imputação de culpa à recorrente pela separação.

O Juiz assim se pronunciou sobre o pedido (fl. 198):

"O requerente não provou a culpa na separação imputada à requerida, tendo, inclusive, desistido da prova testemunhal arrolada. Por sua vez, a requerida não apresentou pedido reconvenional. Do contexto dos processos, extrai-se a vontade de ambas as partes na

Superior Tribunal de Justiça

separação, face à insuportabilidade da vida em comum, observando que o casal está separado de fato.

Desta forma, como bem referiu o Ministério Público, embora o tecnicismo da defesa, pedindo a improcedência da separação, é possível prevalecer o entendimento de, nesses casos, como não comprovada a imputação de culpa a uma das partes, seja decretada a separação do casal, com o reconhecimento da culpa recíproca."

O TJRS, ao apreciar o recurso de apelação interposto pela recorrente, consignou que (fl. 292):

"Muito embora tenha sido ajuizada a demanda com fulcro no 'caput' do art. 5.º da Lei n. 6.515, e não tenha a recorrente ofertado reconvenção, correta a sentença hostilizada. Mesmo sem a comprovação da culpa exclusiva da mulher, tem-se como recomendável a decretação da separação judicial dos litigantes.

A impossibilidade de reatarem fica caracterizada pelo simples fato de um dos cônjuges ir a juízo postular a separação."

Ora, porquanto o pedido de separação se lastreou no *caput* do art. 5.º da Lei nº 6.515/77, ou seja, a imputação de culpa exclusiva ao outro cônjuge pela separação, e não restou demonstrada a culpa da recorrente, consequência lógica seria o julgamento pela improcedência do pedido formulado pelo recorrido, sob pena de ocorrência de julgamento diverso do pedido.

Esse era o entendimento assente na Quarta Turma, conforme demonstram os acórdãos do Recurso Especial nº 62.322, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 10/11/1997, e do Agravo no Recurso Especial nº 222.830, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 26/08/2002.

Contudo, em razão da entrada em vigor do novo Código Civil, a Quarta Turma passou a entender de maneira diversa, em atenção especial ao art. 1.573, parágrafo único, do CC02.

No Recurso Especial nº 467.184, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 17/02/2003, quando da apreciação de questão idêntica a dos autos, assim consignou o relator em seu voto condutor:

"Manifestando os cônjuges o propósito de obter do Juiz o decreto de separação, e não provados os motivos que eles apresentaram,

Superior Tribunal de Justiça

as configurada a insuportabilidade da vida conjugal, parece que a melhor solução é decretar-se (sic) a separação do casal, sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no art. 5.º da Lei 6.515, de 26.12.77, deixando de se constituir a sentença um decreto de separação-sanção para ser apenas uma hipótese de separação-remédio."

O precedente citado restou assim ementado:

"SEPARAÇÃO. Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte."

A mesma orientação restou adotada no Recurso Especial nº 433.206, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 07/04/2003.

De fato, o novel entendimento melhor se coaduna com a posição já adotada por grande parte da doutrina sobre a questão, também adotada pelo legislador ao prever, no art. 1.573, parágrafo único, do CC02, a possibilidade de o juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum ao analisar o pedido de separação judicial.

Nesse particular, há de se ressaltar que, se a separação judicial já impinge aos cônjuges, bem como à sua prole, caso haja, considerável sofrimento e desgaste emocional, a aferição de culpa pela separação ocasionará, indubitavelmente, a intensificação desses dissabores, máxime quando utilizada por motivo de vaidade ou vingança pelo cônjuge que se considera inocente.

Tal propósito acarretará inteira devassa na intimidade do casal, e certamente serão trazidos à lide fatos que, objetivamente, em nada influenciariam na

Superior Tribunal de Justiça

separação, se paralelamente à culpa pela separação, essa também se funda na ruptura da vida em comum pelo desaparecimento do *affecio societatis*.

Ninguém deve ser considerado culpado por buscar amor e felicidade. Se a vida em comum se tornou insustentável para os cônjuges, ao ponto de levar à separação, que essa seja considerada a sua causa principal, para que a dignidade das pessoas envolvidas nesse processo seja efetivamente resguardada.

Nos tempos modernos, a visão que se deve ter do casamento é outra. Se a realidade do matrimônio não permite o prosseguimento da vida em comum, a separação há de ser decretada caso se verifique a vontade dos cônjuges em não mais manter o vínculo conjugal. Ademais, assinala-se que a manutenção do casamento nesse caso somente trará prejuízos, principalmente à prole, caso exista.

Conclui-se, pois, que a separação pode ser decretada sem a imputação de culpa a qualquer das partes caso o juiz verifique a insustentabilidade da vida em comum, ainda que a parte supostamente inocente requeira a separação com fundamento na culpa.

Dessa forma, não há se falar em julgamento diverso do pedido e ofensa ao art. 5.º, *caput*, da Lei nº 6.515/77, já que o entendimento acima explicitado se afina à jurisprudência firmada no STJ.

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do presente recurso especial.

ANEXO G



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
 ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
 REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



02823245

Execução – Cédula de crédito bancário – Lei 10.931/2004, reputando a cédula de crédito bancário como título executivo extrajudicial, que apresenta grave vício de origem – Lei que cuidou de diversas outras matérias, além das mencionadas em seu art. 1º - Cédula de crédito bancário que não guarda nenhuma correlação com a incorporação imobiliária - Transgressão ao art. 7º da LC 95/1998 – Fato que afasta a observância obrigatória aos preceitos da Lei 10.931/2004.

Execução – Cédula de crédito bancário – Execução que não deve prosseguir nem sequer contra o avalista – Não sendo o título executável, a ação executiva é incabível tanto em face do devedor principal quanto em face do avalista.

Execução – Cédula de crédito bancário – Falta de título executivo eficaz que constitui matéria que deve ser conhecida de ofício – Art. 267, § 3º, do CPC – Inexistência de título com eficácia executiva, nos moldes do art. 586 do CPC – Declarada a nulidade da execução – Carência da ação – Falta de interesse processual – Art. 618, I, do CPC – Ressalvada ao agravado, para o recebimento do seu crédito, a utilização das vias monitoria ou ordinária – Anulada, de ofício, a execução – Extinção do processo – Perda do objeto do agravo – Agravo prejudicado.

Recurso - Agravo de instrumento – Executados que constituíram procuradores diferentes – Prazo para recorrer que é contado em dobro – Art. 191 do CPC – Irrelevante que apenas um dos litisconsortes tenha agravado – Precedentes jurisprudenciais – Agravo interposto dentro do prazo de vinte dias.

Recurso - Agravo de instrumento – Agravante que comunicou ao juízo de origem, tempestivamente, a interposição do recurso – Impossibilidade de se falar em descumprimento do art. 526 do CPC – Preliminares de não-conhecimento do recurso rejeitadas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 991.09.046074-0 (7.405.312-0), da comarca de Piracicaba, sendo agravante Lucas Peres Vera, agravado "Banco Luso Brasileiro S/A" e interessada "Sanpaolo Construções e Comércio Ltda."

ACORDAM, em Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, por votação unânime, rejeitar as preliminares de não-conhecimento do agravo, anular de ofício, a execução, julgar prejudicado o agravo.

1. Trata-se de agravo de instrumento (fl. 2), interposto, tempestivamente, da r. decisão proferida em ação de execução por quantia certa (fl. 11), fundada em "Cédula de Crédito Bancário - Conta Garantida" (fl. 28), que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelo agravante (fl. 35), ao abrigo dessa argumentação: "(...) o Superior Tribunal de Justiça, instância máxima de interpretação da legislação federal, tem pacificado o entendimento de que 'a chamada exceção de pré-executividade tem lugar apenas nas hipó-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

teses em que a matéria nela versada puder ser conhecida pelo julgador até mesmo de ofício ou quando a nulidade do título executivo for evidente (...), acrescentando, ainda, que 'somente é cabível a exceção de pré-executividade nas hipóteses em que a aferição da inviabilidade da execução dispense maior dilação probatória (...)'. Logo, e em se verificando que a situação posta na petição inicial não se enquadra em nenhuma das hipóteses acima apontadas, momentaneamente porque alude a 'excesso de execução', cumpre indeferir a presente objeção" (fl. 46).

Sustenta o agravante, executado na aludida ação, em síntese, que: o valor da cédula de crédito corresponde a R\$ 2.500,00, com vencimento em 25.2.2009; de acordo com o cálculo apresentado pelo agravado, o valor do débito alcança R\$ 17.834,78; segundo os seus cálculos, o valor devido atinge R\$ 2.695,52; os débitos lançados pelo agravado são abusivos; o excesso de execução é perceptível "a olho nu"; deve ser reconhecido o excesso de execução (fls. 5/10).

Este relator concedeu o efeito suspensivo ao recurso oposto, tendo sobrestado, até o seu julgamento, a execução em exame (fl. 52).

O agravado apresentou resposta (fls. 71/81).

A interessada "Sanpaolo Construções e Comércio Ltda.", apesar de intimada (fl. 56), não respondeu ao agravo (fl. 84).

É o relatório.

2. Defere-se, nesta oportunidade, provisoriamente, apenas em relação a este recurso, o benefício da justiça gratuita ao agravante (fl. 4), considerando-se a declaração de pobreza por ele juntada (fl. 40), não infirmada nos presentes autos.

3. Devem ser repelidas as preliminares de não-conhecimento do agravo suscitadas pelo agravado em sua contraminuta (fls. 72/74).

Justificando:

3.1. Os executados, isto é, o agravante Lucas Peres Vera e a interessada "Sanpaolo Construções e Comércio Ltda." (fl. 11), constituíram procuradores diferentes (fls. 39, 44).

Logo, o prazo para recorrer é contado em dobro, nos termos do art. 191 do CPC, sendo irrelevante que apenas um dos litisconsortes tenha agravado, segundo entendimento pacífico na jurisprudência (RTJ: 95/1338, 107/374, 114/923, 121/182; RT: 568/73, 598/262).

Como o prazo recursal começou a fluir em 19.8.2009 (fl. 73), tempestivo mostrou-se o agravo em estudo, interposto em 1.9.2009 (fl. 2), dentro do prazo de vinte dias.

3.2. Ademais, o agravante comunicou ao digno juízo de origem, tempestivamente, a interposição do recurso.

AGRV.Nº 991.09.046074-0 (7.405.312-0) - Piracicaba - Voto 10145 - Cleide/Ludiana/Sotange/Denise



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

Tendo em vista a incidência do art. 191 do CPC, como já exposto (vide Item 3.1), a interposição do agravo em 1.9.2009 (fl. 2), regular foi a ventilada comunicação em 8.9.2009 (fl. 59).

A propósito, esclarece ARAKEN DE ASSIS que:

"O prazo para o agravante comunicar ao órgão 'a quo' a interposição do agravo é de três dias (art. 526, 'caput'). A respectiva contagem segue o regime comum. Por exemplo: interposto o agravo por um dos litisconsortes, e dispondo de advogado diverso, incidirá o art. 191. E o prazo comunga a sina dos seus congêneres. Importa, sobretudo, fixar-lhe o termo inicial. E este só pode ser o dia em que o agravante interpôs o recurso" ("Manual dos recursos", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, nº 51.1.4, p. 511) (grifo não original).

Não se pode falar, destarte, em "descumprimento do art. 526 do CPC" (fl. 73).

4. Por outro lado, inviável o prosseguimento da execução em análise.

Explicando:

4:1. Almeja o agravado o recebimento de seu suposto crédito, representado pela "Cédula de Crédito Bancário – Conta Garantida" (fl. 28), no valor correspondente a R\$ 17.834,78, atualizado até a data da propositura da execução (fl. 11).

Todavia, a cédula de crédito bancário não constitui título executivo extrajudicial representativo de dívida líquida.

Tal título, mediante o qual é aberto um crédito rotativo em conta corrente em favor do correntista, não configura título executivo, porquanto não consubstancia obrigação de pagar quantia certa e determinada.

Nos dizeres de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

"(...) a cédula de crédito bancário não é, em princípio, um título líquido; só se tomará líquido se acompanhado de instrumentos criados unilateralmente pelo credor. Ou seja, para ser líquido, bastaria a intervenção unilateral do banco credor, que cria o 'conteúdo' do título. Nisso reside a inconstitucionalidade desse título, independentemente de haver sido previsto, originariamente, por MedProv ou, agora, por lei (...)" ("Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante", 10ª ed., São Paulo:

AGRV Nº 991.08.046074-0 (7.405.312-0) - Piracicaba - Voto 10145 - Cleide/Luziana/Solange/Denise



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

Revista dos Tribunais, 2008, nota 27 ao art. 585 do CPC, p. 988).

No mesmo diapasão houve pronunciamento do extinto Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo:

"Execução por título extrajudicial – Cédula de crédito bancário – Operação de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente – Valor da dívida que se apura sobre saldo devedor em planilha ou extratos da conta por ato unilateral do credor – Liquidez e certeza que, assim, não são contempladas – Exceção procedente – Extinção da execução determinada – Recurso provido para esse fim" (AI nº 1.187.802-9, de São Paulo, 6ª Câmara, v.u., Rel. Juiz MARCIANO DA FONSECA, j. em 12.8.2003).

4.2. Ademais, a Medida Provisória nº 2.160-25, de 23.8.2001, que instituiu a cédula de crédito bancário, não está mais vigendo, tendo em vista que foi convertida na Lei nº 10.931, sancionada em 2.8.2004.

A referida Lei nº 10.931, publicada no Diário Oficial da União em 3.8.2004, que reputou a cédula de crédito bancário como título executivo extrajudicial, apresenta grave vício de origem.

Isso porque a Lei Complementar nº 95, de 26.2.1998, publicada no Diário Oficial da União em 27.2.1998, que "dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos", prevê, no art. 7º, incisos I e II, que:

"O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

- (...) excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;
- (...) a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão";
- (...).

O art. 1º da Lei nº 10.931/2004 estipula que:

"Fica instituído o regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias, em caráter opcional e irretroatível enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação".



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

Entretanto, a aventada Lei nº 10.931/2004 cuidou de diversas outras matérias, além das mencionadas no art. 1º, dentre as quais a cédula de crédito bancário e sua configuração como título executivo extrajudicial, nos arts. 26 a 45.

Ora, a cédula de crédito bancário não guarda nenhuma correlação com a incorporação imobiliária.

A esse respeito, precisos os escólios de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, já citados:

"(...) O objeto da LPAII [Lei do Patrimônio de Afetação em Incorporações Imobiliárias] é a regulação do patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias. São conexas e correlatas a esse objeto a instituição da letra de crédito imobiliário (LPAII 12) e a cédula de crédito imobiliário (LPAII 20), matérias afetas ao objeto da LPAII. Ao contrário, a cédula de crédito bancário não é matéria conexa ou correlata ao patrimônio de afetação de incorporação imobiliária. Constitui, isso sim, instrumento a que se pretende dar eficácia executiva genérica, nada tendo a ver com incorporação imobiliária. É o 'Pilatos no Credo' da lei do patrimônio de afetação. Essa intromissão de assunto que nada tem a ver com o objeto da lei – que tem de ser um só (LC 95/98 7º I) – foi banida do sistema jurídico brasileiro pela LC 95/98 7º, que, como norma complementar à Constituição, deve ser entendida como extensão da CF, motivo por que suas regras têm de ser respeitadas pela legislação ordinária. Criando e regulando a cédula de crédito bancário, a LPAII desrespeitou flagrantemente o art. 7º da lei complementar que regula a elaboração de leis no País, ofendendo-se a garantia do 'due process of law', maculando-se de inconstitucionalidade, no tópico que cria e regula a cédula de crédito bancário. Essa inconstitucionalidade, por ofensa às regras do processo legislativo, é, a um só tempo, 'formal e substancial'. São inconstitucionais, portanto, os arts. 26 a 45 da LPAII" ("Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante", 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, nota 26 ao art. 585 do CPC, p. 988) (grifo não original).

Na mesma esteira houve manifestações desta Colenda

Câmara:

"Extinção do Processo – Execução de título extrajudicial – Cédula de crédito bancário – Previsão na Lei nº 10.931/2004 de que a mesma constitui título executivo ex-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

trajudicial – Lei que não observou as disposições da Lei Complementar 95/98, quando de sua elaboração – Lei nº 10.931/2004 que dispõe sobre regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias – Objeto desta que, portanto, não guarda relação com a cédula de crédito bancária – Invalidez da referida lei verificada – Cédula que, no caso, ademais, é nula de pleno direito, por infringência ao art. 54, § 3º, c/c o art. 51, XV, do CODECON, Lei nº 8.078/90 – Presença na cédula, de caracteres minúsculos e termos bancários incompreensíveis ao homem comum – Invalidez do título caracterizada – Fundamentação da sentença alterada – Extinção do processo mantida por outro fundamento – Recurso improvido* (Ap nº 7.053.787-6, de Diadema, v.u., Rel. Des. OSÉAS DAVI VIANA, j. em 13.12.2006) (grifo não original).

Execução por quantia certa – Cédula de crédito bancário – Ausência de título com força executiva – Determinada a extinção do processo – Recurso prejudicado (AI nº 7.250.201-3, de São Paulo, v.u., Rel. Des. PAULO ROBERTO DE SANTANA, j. em 28.5.2008).

Execução de título extrajudicial – Cédula de crédito bancário – Ausência de título líquido, certo e exigível – Hipótese, inclusive, que a Lei 10.931/04, pela não-observância obrigatória dos requisitos da Lei Complementar 95/98, regulando matérias diversas daquelas invocadas no seu art. 1º, apresenta grave vício de origem, sendo, pois, inconstitucional – Nulidade da execução reconhecida de ofício – Extinção do processo, com fundamento no art. 267, VI, do CPC – Agravo prejudicado, com decisão de ofício (AI nº 7.260.879-4, de Guarulhos, v.u., Rel. Des. RIZZATTO NUNES, j. em 6.8.2008).

*Execução por título extrajudicial – Cédula de crédito bancário – Ausência de título executivo – Ilegalidade da lei que prevê tal título (Lei nº 10.931/04) – Inobservância do princípio da hierarquia das leis – Não-cumprimento do estipulado no art. 7º, 'caput' e seus incisos, da Lei Complementar nº 95/98 - Determinação 'ex officio' para que seja anulado o processo de execução 'ab initio' (...) (AI nº 7.219.213-7, de Santo André, v.u., Rel. Des. J.B. FRANCO DE GODOI, j. em 4.6.2008).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

Caracterizou-se, assim, a transgressão ao aludido art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998, o que afasta a observância obrigatória aos preceitos da Lei nº 10.931/2004.

4.3. A execução em debate, de outra banda, não deve prosseguir tampouco contra o avalista, isto é, contra o co-executado Lucas Pereira Vera (fl. 11), ora agravante.

Não sendo o título exeqüível, a ação executiva é incabível tanto em face do devedor principal quanto em face do avalista.

Discorrendo sobre esse tema, elucida FRAN MARTINS que:

"A responsabilidade do avalista persiste enquanto são exeqüíveis os direitos emergentes do título; assim, não pago o cheque pelo sacado, enquanto o portador tiver direito de ação contra os endossantes e sacador, terá também contra os avalistas desses. Mas, uma vez prescrito ou caduco o cheque, ou seja, decorrido o prazo para o exercício da ação pelo portador sem que tal ação tenha sido exercida, cessa a responsabilidade do avalista. O portador poderá, pelo direito comum, mover ação contra os obrigados no título por locupletamento indevido dos mesmos. Não pode, entretanto, agir contra os avalistas, pois esses assumiram obrigações cambiárias – e uma vez que o documento perde sua natureza de título cambiário, a ação não tem cabimento" ("Títulos de crédito", 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, nº 70, p. 338) (grifo não original).

No mesmo rumo já houve deliberação dessa Colenda Câmara:

"Execução por título extrajudicial – Execução fundada em cédula de crédito bancário - Ausência de título com força executiva – Nulidade da execução reconhecida (art. 618, I, CPC) – Título criado pela Lei nº 10.931/2004 - Inobservância da Lei Complementar nº 95/98 - Impossibilidade de prosseguimento da execução contra o avalista (parte final do § 2º do art. 32 da Lei Uniforme) – Precedentes – Recurso provido" (AI nº 7.074.122-5, de São Paulo, v.u., Rel. Des. PAULO ROBERTO DE SANTANA, j. em 16.8.2006).

4.4. Cabe destacar-se que a falta de título executivo eficaz constitui matéria que pode e até mesmo deve ser conhecida de ofício, independentemente de arguição da parte interessada, a todo tempo, nos termos do § 3º do art. 267 do CPC.

AGRV Nº 991.09.048074-0 (7.406.312-0) - Pirocaba - Voto 10145 – Cleide/Ludena/Solange/Denise



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

8

Apropriadas, acerca de tal assunto, as lições de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

"(...) a inépcia da petição inicial executiva ou a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição 'in executivis' constituem matéria a ser apreciada pelo juiz da execução, de ofício ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento. Da circunstância de ser a execução coordenada a um resultado prático e não a um julgamento, não se deve inferir que o juiz não profira, no processo executivo, verdadeiros julgamentos, necessários a escoimá-lo de irregularidades formais e a evitar execuções não desejadas pela ordem pública (...)" ("Execução civil", 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, nº 294, p. 450) (grifo não original).

Ao mesmo resultado levam as explicações de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"Não basta (...) que o credor seja portador de um título executivo (uma sentença ou uma escritura pública por exemplo). Tem ele, para ser admitido a executar, de exibir título que represente obrigação certa, líquida, e exigível (art. 586). E se não o faz, sua petição deve ser indeferida por inépcia (art. 616). Pode, no entanto, acontecer que, por descuido, o juiz dê seguimento à execução com base em título ilíquido ou inexigível. Se tal ocorrer, todo o processo será nulo de pleno direito e a nulidade poderá ser declarada em qualquer fase de seu curso, tanto a requerimento da parte como 'ex officio' (Cód. Civ., art. 168 e parág. único)" ("Processo de execução e cumprimento da sentença", 25ª ed., São Paulo: Leud, 2008, nº 133, p. 193) (grifo não original).

4.5. Enfim, inexistindo título com eficácia executiva, nos moldes previstos no art. 586 do CPC, deve ser declarada a nulidade da execução, julgando-se o exeqüente carecedor dessa ação, por falta de interesse processual, com suporte no art. 618, inciso I, do CPC.

Note-se que fica ressalvada ao agravado, para o recebimento de seu crédito, a utilização das vias monitória ou ordinária.

5. Nessas condições:

a) rejeitam-se as preliminares de não-conhecimento do recurso, argüidas pelo agravado em sua resposta;

AGRV. Nº 991.09.048074-0 (7.405.312-0) - Placacaba - Voto 10140 - Cleide/Lucliana/Solange/Denise



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

b) anula-se, de ofício, a execução em estudo, julgando-se extinto o processo, com fulcro no art. 267, inciso VI, do CPC;

c) reputa-se como prejudicado o agravo de instrumento contraposto, em virtude da perda de seu objeto.

Deve o exequente, ora agravado, suportar o pagamento das custas e despesas processuais, ficando ele isento, porém, do pagamento dos honorários advocatícios, uma vez que a matéria aqui discutida foi apreciada de ofício.

Participaram do julgamento os Desembargadores **PAULO ROBERTO DE SANTANA** e **ELMANO DE OLIVEIRA**.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2010.


OSÉ MARCOS MARRONE
Presidente e Relator