

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**ELIZABETH PEIXOTO DE CERQUEIRA**

**A CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO FAMILIAR**

**ARACAJU  
2018.2**

**ELIZABETH PEIXOTO DE CERQUEIRA**

**A CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO FAMILIAR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.  
ORIENTADOR: Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

**ARACAJU**  
**2018.2**

### Ficha Catalográfica

C411c CERQUEIRA, Elizabeth Peixoto de.

A Construção Do Instituto Da Usucapião Familiar / Elizabeth Peixoto de Cerqueira; Aracaju, 2018. 38 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

1. Usucapião 2. Família 3. Constitucionalidade I.  
Título.

CDU 347.232.4(813.7)

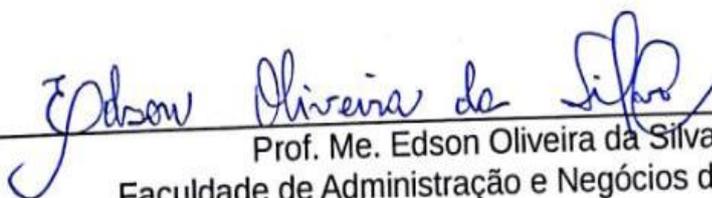
Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

# A CONSTRUÇÃO DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.  
ORIENTADOR: Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

Aprovada em 01/12/18

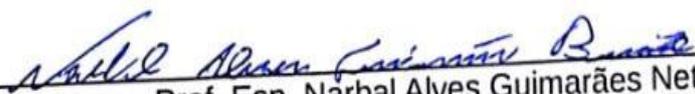
## BANCA EXAMINADORA

  
Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

  
Prof. Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

  
Prof. Esp. Nárbal Alves Guimarães Neto

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus bens maiores Cecília, Marli e Rômulo.

## AGRADECIMENTOS

Passei por períodos da minha vida em que me senti triste, sem ânimo, achando que nunca chegaria onde estou agora. Mas, com toda a minha fé acredito que Deus já tem tudo em Seus planos e que o tempo Dele não é o meu.

Hoje me sinto uma mulher realizada, na busca pelo que ainda não encontrei e grata por tudo aquilo que já ganhei.

Por isso, em primeiríssimo lugar dedico este trabalho ao Deus todo poderoso, que permitiu que eu chegasse até aqui sem desistir e me deu forças diariamente para que eu fosse em busca de mais essa vitória.

Toda Honra e toda Glória sejam dadas somente a Ti Senhor!

A minha linda filhinha, por muitas vezes negligenciada por conta das minhas ausências, das vezes em que não pude dar a assistência necessária por estar sobrecarregada com este trabalho, ainda tendo que associar com outras disciplinas. Filha, foi por você. Mamãe te ama.

Ao meu digníssimo esposo que me ajudou no que pode e que esteve ao meu lado todas às vezes em que pensei em desistir me incentivando e me fazendo sorrir com suas piadas muitas vezes sem graça, sempre dizendo que eu conseguiria, e eu consegui. Obrigada amor por tudo, por tudo mesmo. Eu te amo.

À minha super mãe, que nunca poupou esforços para me auxiliar no que eu precisasse, que sempre me apoiou e me incentivou ao máximo para que eu fizesse tudo na minha vida com satisfação e alegria. Mainha, você é a melhor mãe do mundo! Eu te amo incondicionalmente.

Às minhas amigas maravilhosas Larissa e Marcela, que foram luz quando minha mente se encontrava apagada e que sempre teve uma palavra de conforto para aliviar meu estresse e me fazer dar boas gargalhadas. Vocês, sem dúvida, foram peças fundamentais para que este trabalho estivesse concluído.

Ao meu queridíssimo orientador, que nunca me deixou na mão, sempre disposto a sanar minhas dúvidas, sempre me disponibilizando materiais e que, de maneira incansável, demonstrou total atenção e interesse pelo meu trabalho. Edson, você é nota 10!

Aos mestres da Fanese que, com muita dedicação e presteza, nos disponibiliza um pouquinho de seu conhecimento, sempre me enriquecendo e sendo verdadeiros espelhos para minha vida futura.

A todos aqueles que não citei por não estarem em minha mente no momento, mas que está no meu coração e que sabem que fazem parte dessa jornada, de uma forma ou de outra.

A toda minha família que me apoiou e se alegrou comigo por essa conquista e que me ajudou naquilo que cada um teve a me oferecer, meus singelos agradecimentos.

Nosso entendimento do que é possível ou impossível se baseia na forma que construímos a realidade, mas tais construções podem mudar e de fato mudam.

Howard Zehr

## RESUMO

Com o levantamento histórico da posse e da propriedade, tal como seus conceitos, finalidades e requisitos, chega-se ao direito da Usucapião. Após análise quanto ao seu modo de aquisição, foi possível vislumbrar o instituto da “Usucapião Familiar”, também chamada de “Usucapião por abandono de lar”, ou ainda “Usucapião Pró-Família”, instituto este que surgiu para tutelar um direito há muito tempo negligenciado. O presente trabalho monográfico tem como objetivo demonstrar a aplicabilidade do novo instituto da usucapião, bem como explicar sobre como se deu a sua construção. Para que fosse possível a realização deste trabalho foi utilizado o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, partindo de conceitos doutrinários e das especificidades da própria lei, disposta no Código Civil em seu artigo 1.240-A, sustentado pela Lei nº 12.424/2011. Em suma, a ideia central é que a aplicabilidade do dispositivo citado possui fundamentação diante das mudanças no contexto social conduzidos ao judiciário, bem como fora dele, e tem o condão de tutelar o direito social a moradia, amparando deste modo o direito daquele que sofre o abandono do ex-cônjuge/companheiro.

**Palavras-chave:** Usucapião. Família. Constitucionalidade.

## RESUMEN

Con el levantamiento histórico de la posesión y de la propiedad, tal como sus conceptos, finalidades y requisitos, se llega al derecho de la Usucapión. Después del análisis de su modo de adquisición, fue posible vislumbrar el instituto de la "Usucapión Familiar", también llamada "Usucapión por abandono de hogar", o aún "Usucapión Pro-Familia", instituto este que surgió para tutelar un derecho desde hace mucho tiempo tiempo descuidado. El presente trabajo monográfico tiene como objetivo demostrar la aplicabilidad del nuevo instituto de la usucapión, así como explicar sobre cómo se dio su construcción. Para que fuera posible la realización de este trabajo se utilizó el método deductivo, a través de investigación bibliográfica, partiendo de conceptos doctrinarios y de las especificidades de la propia ley, dispuesta en el Código Civil en su artículo 1.240-A, sostenido por la Ley nº 12.424 / 2011. En suma, la idea central es que la aplicabilidad del dispositivo citado tiene fundamentación ante los cambios en el contexto social conducidos al poder judicial, así como fuera de él, y tiene el condón de tutelar el derecho social a la vivienda, amparando de este modo el derecho de aquel que sufre el abandono del ex cónyuge / compañero.

**Palabras clave:** Usucapión. Familia. Constitucionalidad.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 DIREITO DE FAMÍLIA E O CASAMENTO .....</b>	<b>16</b>
2.1 Evolução Histórica do Casamento .....	17
2.2 Princípios que merecem Destaque na Relação Conjugal .....	18
2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	19
2.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar.....	20
2.2.3 Princípio da Igualdade entre Cônjuges e Companheiros.....	21
2.2.4 Princípio da Igualdade entre Filhos .....	22
2.2.5 Princípio da Afetividade .....	23
2.2.6 Princípio da não Intervenção Familiar ou a Liberdade.....	24
2.2.7 Princípio da Função Social da Família .....	25
2.3 Espécies De Dissolução do Casamento.....	25
2.3.1 Pela Morte de um dos Cônjuges.....	27
2.3.2 Por Morte Presumida.....	28
2.3.3 Por Separação Judicial.....	30
2.3.4 Pelo Divórcio.....	30
<b>3. POSSE E PROPRIEDADE .....</b>	<b>32</b>
3.1 Classificação da Posse .....	32
3.2 Função Social da Posse.....	32
3.3 Propriedade.....	33
3.4 Direito Real de Habitação.....	33
<b>4 INSTITUTO DA USUCAPIÃO .....</b>	<b>35</b>
4.1 Evolução Histórica.....	35
4.2 Espécies de Usucapião de Bens Imóveis.....	36
4.2.1 Usucapião Ordinária.....	36
4.2.2 Usucapião Extraordinária.....	37
4.2.3 Usucapião Indígena.....	37
4.2.4 Usucapião Especial Rural.....	38
4.2.5 Usucapião Especial Urbana.....	38
4.3 Requisitos da Usucapião.....	39
<b>5. USUCAPIÃO FAMILIAR .....</b>	<b>41</b>

5.1 Natureza.....	42
5.2 Legitimidade .....	42
5.3 Divergência Doutrinária na construção da Usucapião Familiar .....	44
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>49</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A usucapião é uma forma de aquisição originária da propriedade móvel ou imóvel. No entanto, para a sua aquisição é necessário que estejam presentes requisitos legais, como por exemplo: a posse, o tempo, bem como o justo título e a boa-fé.

Também é chamada de *prescrição aquisitiva*, pois a prescrição está ligada ao lapso temporal em que o proprietário perde seu direito a sua propriedade ao mesmo tempo em que o usucapiente adquire o direito a esta propriedade por ele usucapido. Apesar de haver divergência doutrinária quanto a este título, sabemos que o elemento 'tempo' é comum aos dois institutos que dão origem ao mesmo, sendo, portanto, o principal requisito deles.

A Usucapião visa garantir a estabilidade e segurança da propriedade, englobando a função social da posse e da propriedade, que tange as exigências fundamentais de desenvolvimento das cidades, conforme dispõe o artigo 182 da Constituição Federal.

A Usucapião tem sua origem no direito romano, expressamente na Roma do século IV a.C., com disposição na Lei das XII Tábuas, a qual determinava o tempo de uso da posse para que a propriedade passasse àquele que fosse o possuidor, ao qual era exigido apenas o elemento 'tempo' para aquisição da propriedade. Mais tarde, porém, passou a ser exigida para aquisição da propriedade a posse baseada num justo título e na boa-fé.

Encontra-se também registro da usucapião na Bíblia Cristã, no livro de Juízes, no antigo testamento, onde se tem a defesa das terras de Hesebon, a qual os hebreus a habitavam por 300 anos sem oposição.

A usucapião se dá através das modalidades: Usucapião Extraordinária, disposta no artigo 1.238 do Código Civil, a Usucapião Ordinária, encontrada no artigo 1.242 do Código Civil, e a Usucapião Especial Urbana, que encontra respaldo nos artigos 1240 do Código Civil e 183, §§ 1º ao 3º da Constituição Federal de 1988.

Esta última engloba a mais nova modalidade da usucapião trazida pela Lei nº 12.424 de 2011: a Usucapião Familiar, ou Usucapião por Abandono, a qual, com os mesmos requisitos da usucapião especial urbana, acresce a estes o fato do instituto tutelar o direito daquele que foi abandonado pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro e utiliza o lar como sua única moradia ou da sua família.

Ressalta-se que esta modalidade de usucapião traz consigo divergências entre os doutrinadores e aplicadores do direito, surgindo algumas indagações. Seria constitucional esse instituto? Como se deu a construção da Usucapião Familiar? Quais as reais consequências de sua aplicação? Foi utilizado o método dedutivo, e a partir de uma pesquisa bibliográfica foi possível a concretização da presente monografia, trazendo as respostas necessária à problemática.

Para tanto demonstrar-se-á no primeiro capítulo tanto o conceito de direito de família, como também seus fundamentos e os princípios que regem as relações familiares. Será exposto também a novas formas de constituição de família e a abrangência dos direitos e deveres que todas possuem. Terá uma breve análise das espécies e dissoluções de casamento, para que se possa assim chegar ao objetivo de vislumbrar a possibilidade de dissolução da relação conjugal pelo abandono do cônjuge.

No segundo capítulo tecer-se-á um breve histórico sobre a posse e a propriedade, analisando suas classificações, seus requisitos, a função social da posse e o direito real a habitação, chegando, com isso, na importância que a posse e a propriedade têm no núcleo familiar.

O terceiro capítulo tratar-se-á do instituto da usucapião, demonstrando sua evolução histórica, suas espécies e suas devidas aplicações no direito do usucapiente. Será definido como se dá cada modalidade de usucapião e a principal modalidade do presente trabalho. Aqueles que poderiam usucapir na origem desse pleito, as modalidades desse gênero e ainda as especificidades e requisitos de cada uma dessas modalidades, dos pressupostos pessoais do indivíduo que pretende usucapir em cada modalidade, aos pressupostos que cada bem deve ter para ser usucapido.

Por fim, no quarto capítulo será abordada a usucapião familiar, como deve se dar sua aplicação, quem possui legitimidade para adquiri-la as divergências doutrinárias que visam sua inconstitucionalidade.

Tem-se por objetivo principal mostrar que a modalidade de usucapião familiar encontra-se respaldada no direito constitucional, bem como apresentar os requisitos da usucapião, analisando sua origem, sua proposta de abrangência, os princípios que são levados em consideração no direito de família até englobar a usucapião e esclarecer que o elemento pelo qual a doutrina entende levar essa modalidade de

usucapião à inconstitucionalidade já está superada, inclusive no âmbito do abandono do lar.

Diante disto, pode-se afirmar que o instituto da usucapião familiar poderá ser usado de maneira efetiva pelo judiciário, sendo respeitados todos os seus requisitos e legitimados e que não existe inconstitucionalidade na usucapião por abandono do lar.

## 2 DIREITO DE FAMÍLIA E O CASAMENTO

O conceito de casamento não é algo pacífico na doutrina brasileira, no entanto, para Stolze e Pamplona Filho (2017, p. 1.096) “o casamento como instituição, por sua vez, deriva efetivamente de um sistema organizado socialmente, com o estabelecimento de regras formais, de fundo espiritual ou laico.” Ou seja, o casamento nada mais é que uma instituição dotada de normas e valores que devem ser cumpridos pelos envolvidos na relação, independentemente de conceitos doutrinários e/ou jurídicos, o qual é reconhecido pela sociedade, mesmo que não tenha havido um ato formal público para tal união.

Sendo assim, identifica-se que o casamento é uma relação entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, possuindo regras as quais deverão ser seguidas socialmente, possuindo características específicas que não são confundidas com os demais institutos existentes na vida civil.

O que se tem de mais próximo de um conceito de casamento é o conceito de família, uma definição importante, porém, que também é algo limitado, uma vez que a doutrina não se arrisca em defini-la, mas dá algumas ideias base do que seria, tendo como fundamento o reconhecimento dessa relação perante a sociedade, como bem traduz Maria Berenice Dias (2016, p. 258), quem melhor define a família é a Lei Maria da Penha em seu artigo 5º, inciso III “relação íntima de afeto”.

Mesmo diante de alguns conceitos doutrinários, visualiza-se o conceito de família como sendo algo além de uma relação material, mas uma relação íntima que se eleva o afeto, a ética, o respeito, a intimidade entre duas pessoas ligadas ao sentimento e a responsabilidade de assumirem uma relação baseada em seus valores morais.

Considerando o conceito de família como base para o que temos no instituto do casamento, é necessário analisar tal definição sob a luz da Constituição, uma vez que a Carta Magna abarca a importância da relação conjugal, trazendo princípios que traduzem o que podemos afirmar seja a família.

Nas palavras de Rodrigues da Cunha Pereira, “são eles que traçam as regras ou preceitos, para toda espécie de operação jurídica e têm um sentido mais relevante que o da própria norma jurídica” (PEREIRA, 2005 apud SCHVAMBACH, 2013, p. 34). Sendo assim, os princípios são a base para a fundamentação legal; são eles que norteiam as leis e sua criação, os atos civis, penais, administrativos da

sociedade, bem como servem como orientação para doutrina, jurisprudência e são o apoio na tomada de decisões do judiciário.

## **2.1 Evolução histórica do casamento**

As relações matrimoniais legais surgiram em 1891 na Europa, após as revoluções francesa e protestante; até então existia apenas o casamento religioso, consagrado e regido pela igreja católica, ou seja, somente quem era católico tinha acesso ao matrimônio. No entanto, foi o que carregou para as legislações o conceito de casamento indissolúvel, disposto em todas as Constituições Federais do país.

O conceito de casamento traz em sua principal característica a união de duas pessoas livres, por meio de uma formalidade onde é acordada conforme a vontade das partes, reconhecida e normatizada pelo Estado, que se origina no vínculo de afeto com o objetivo de constituir uma família.

O conceito de casamento é algo bastante discutido no mundo jurídico, uma vez que, as mudanças sociais afetam diretamente a família, pois há doutrinadores que trazem o conceito de casamento como sendo um acordo de vontade entre um homem e uma mulher com o intuito de constituir uma família.

Segundo a professora Maria Helena Diniz (2010, p. 1.051) “o casamento é um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família.”

No mesmo sentido, para Paulo Lôbo (2008, p. 76) “o casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado.” Com isso verifica-se que a doutrina é clara quanto à constituição do casamento ser inserido no direito civil como uma espécie de contrato, uma vez que é firmado entre as partes, e entre diferença de gênero. Porém, a doutrina moderna já faz citações sem a distinção gênero para a constituição familiar.

No entanto, como já foi citado, as mudanças sociais foram acompanhadas pelo direito de família e, devido as novas concepções de modelos de família, não se pode generalizar tal conceito identificando gêneros, mas ampliando para as novas modalidades de uniões conjugais e seus moldes.

Por isso, Flávio Tartuce (2018, p. 1.340) traz um excelente conceito do que pode ser considerado casamento como sendo “a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo afetivo.” Ou seja, retira-se do conceito clássico do casamento a menção aos sexos distintos e engloba quaisquer dos novos modelos sociais de relacionamento.

Com isso, percebe-se que o casamento é um ato personalíssimo que tem como principal objetivo constituir uma família pelos laços de afeto. Independentemente do que a doutrina traz como conceito de casamento, o que se vê é a possibilidade de união matrimonial tal qual a vontade dos interessados.

Atualmente, para dar início a relação matrimonial é necessário que alguns pressupostos sejam cumpridos, tais como: manifestação de vontade, capacidade civil (a partir dos 18 anos livremente e aos 16 anos com autorização dos pais – artigo 1.517 do Código Civil de 2002) e discernimento mental, desde que não o impeça de responder sozinho pelos atos da vida civil.

Portanto, tanto quanto os pressupostos que dão origem ao casamento, importante é o seu objetivo, disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1.566, qual seja, a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

## **2.2 Princípios que merecem destaque na Relação Conjugal**

É evidente a necessidade de se analisar o direito de família a partir da constituição; a necessidade de constitucionalização desse ramo do direito privado, afinal grande parte do direito civil e do próprio direito de família está na Constituição que abarcou os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade.

Os antigos princípios do direito de família, que já não mais correspondiam às necessidades atuais, foram sendo substituídos por novos princípios, que obedeciam a essa proposta de constitucionalização. Ademais, com o Código Civil brasileiro, os princípios ganham fundamental importância, eis que a atual codificação utiliza tais regramentos como linhas mestres do Direito Privado.

Muitos desses princípios são cláusulas gerais, janelas abertas deixadas pelo legislador para o preenchimento, para complementação por aquele que opera o

Direito. Ou seja, o próprio legislador, por meio desse sistema aberto, delegou parte de suas atribuições para que o aplicador do direito praticamente crie o direito.

### 2.2.1 Princípio da dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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;

É considerado o princípio máximo, ou super princípio, aquele que é posto sobre todos os outros princípios e todas as ações e obras do direito. Esse princípio traz ao direito de família a relevância do indivíduo diante dos bens materiais, sendo o ramo em que ele mais atua, pois o direito de família o tem como alicerce, princípio supremo, aquele que é soberano sobre as leis em que a família está inserida. Usado na jurisprudência para proteção ao direito individual à moradia, através da Súmula 364 do STJ, ele evidencia que este direito não protege somente um grupo específico de pessoas, mas aquele que tem naquele lugar seu lar, sua residência, protegendo assim o direito constitucional a moradia, também previsto na Constituição Federal de 1988, conforme segue:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

E na lei nº 8.009/1990, onde protege cada pessoa individualmente, tal como o solteiro, a pessoa viúva ou separada. Outro exemplo que encontramos da proteção da dignidade da pessoa humana dentro do direito de família é a *tese do abandono afetivo* onde a jurisprudência condenou pais a pagarem indenizações aos filhos, alegando a *teoria do desamor*, como já citado, o qual privava os filhos da convivência paterna, causando com isso um desamparo afetivo, moral e até mesmo psíquico, uma vez que é obrigação dos pais em dar assistência psicológica aos seus filhos, tornando os bens materiais insignificantes diante do dever de cuidado e de afeto.

Nas palavras do professor José Fernando Simão *apud* TARTUCE:

a indenização muito representa para Luciane<sup>1</sup> e para muitas outras pessoas abandonadas afetivamente. Para Luciane, compensa-se um vazio, já que os danos que sofreu são irreparáveis. O dinheiro não preenche o vazio, mas dá uma sensação de que a conduta lesiva não ficou impune. Para outros filhos abandonados, nasce a esperança de que poderão receber do Poder Judiciário uma decisão que puna os maus pais, já que o afeto não receberam e nunca receberão. (TARTUCE, 2018, p.1318)

Assim, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é parâmetro de validade de outros princípios e/ou normas que defendem o indivíduo e seus direitos fundamentais.

### **2.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar**

Proclamado pelo artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988, esse princípio visa à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido a solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, alcançando o direito de família, uma vez que a solidariedade deve existir no relacionamento pessoal entre os cônjuges, pois ela significa que um deve responder pelo outro.

Assim, “a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual” (TARTUCE, 2018 p. 1321) ou seja, a solidariedade está diretamente ligada aos relacionamentos pessoais, onde um tem o dever de ser solidário ao outro, respondendo pelo outro e preocupando-se com ele.

No direito de família, o princípio da solidariedade traz à baila a questão dos alimentos no que importa à solidariedade patrimonial, visto que os artigos 1.694 § 2º e 1.704 § único do Código Civil de 2002 prevê que, mesmo em caso de culpa do cônjuge que pôs fim ao relacionamento, o cônjuge inocente será obrigado a arcar com os alimentos do culpado, mesmo que o título da culpa já tenha sido pacificado no mundo jurídico quanto as relações conjugais, desde que este cônjuge não possua condições para o trabalho, nem parentes em condições de prestá-los.

---

<sup>1</sup> Caso Luciane Souza – STJ, Resp 1.159.242/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.24/04/2012, *Dje* 10/05/2012.

Sobre o princípio da solidariedade já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que até mesmo nos casos de união estável, mesmo antes da Lei nº 8971/94 entrar em vigor, o companheiro tem o dever de prestar alimentos ao outro que necessite, de acordo com os requisitos dos artigos citados do Código Civil, disposto a seguir.

ALIMENTOS x UNIÃO ESTÁVEL ROMPIDA ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 8971, DE 29.12.94. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Precedente da Quarta Turma (STJ, REsp 102819/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 23/11/1998, DJ 12/04/1999, p.154).

O STJ já fez o mesmo ao reconhecer a retroatividade da Lei nº 8.009/90, por meio da Súmula 205: “A Lei nº 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”. Assim, a solidariedade vai além da relação matrimonial dos envolvidos na relação, mas parte para uma visão ampla a respeito das necessidades do cônjuge que não possui como garantir sua própria subsistência.

Vale lembrar que a solidariedade, no que diz respeito ao direito de família, não é apenas patrimonial, mas também psicológica e afetiva. Assim, sempre que um dos cônjuges ou companheiro deixa o lar, está desrespeitando o princípio da solidariedade, e quebrando o laço de confiança que existe naquela relação, posto que esta deixa de prestar essa assistência imaterial.

No casamento, a exemplo, temos uma mudança de uma instituição rígida e autoritária para uma solidária, onde os envolvidos cooperam e colaboram entre si. Bem demonstra o artigo 226, §8º da Constituição Federal de 1988, que transfere também para o Estado uma parcela de responsabilidade quanto à assistência individual de cada ente da família, ou seja, impõe o dever de solidariedade, já que garante um amparo para cada pessoa que integra a família.

### **2.2.3 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros**

Previsto no artigo 226, §5º da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 5º desta mesma Constituição e no artigo 1.511 do Código Civil de 2002, o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, no que concernem direitos e deveres conjugais ou convivenciais, possibilita a pleitear direitos tanto do homem

para com a mulher quanto o contrário. Por exemplo, o dever de pagar alimentos pode ser requerido pelo marido ou companheiro à mulher ou companheira ou vice-versa, bem como um pode utilizar o nome do outro livremente, como traz o artigo 1.565, §1º do Código Civil de 2002.

Outra aplicação deste princípio se dá na despatriarcalização do direito de família, ou seja, as lutas pela igualdade de direitos entre homem e mulher tiveram uma dimensão tão grande que as mudanças sociais surgiram, inclusive, dentro da instituição familiar, onde o pátrio poder, expressão que foi substituída por *poder familiar*, desaparece, dando lugar a democratização dentro da família, fazendo com que a autoridade não fosse apenas da figura paterna, mas passando a ter uma participação ativa da esposa/companheira, e também dos filhos no que se refere à direção da família.

Vemos isso claramente expresso no artigo 1.631 do Código Civil de 2002, onde o poder familiar compete ‘aos pais’ podendo, inclusive, o Estado intervir em caso de divergência entre eles. Percebe-se com isso que há uma participação ativa do Estado enquanto ente protetor dos direitos da família, mais precisamente dos direitos individuais de cada pessoa da família, fazendo com que haja uma harmonização no lar e retirando da figura paterna um poder autoritário e ditador.

#### **2.2.4 Princípio da Igualdade entre Filhos**

Disposto nos artigos 227, §6º da Constituição Federal de 1988 e 1.596 do Código Civil de 2002, ambos com a mesma redação, “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Já demonstra a clareza do princípio da igualdade entre filhos.

Esse princípio protege quaisquer dos filhos dentro da relação familiar, pois, anteriormente havia uma distinção entre filhos havidos fora da relação conjugal, superando assim tal discriminação que constava no artigo 332 do antigo Código Civil.

Deste modo, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, todos eles, independentemente de serem do relacionamento atual ou não, filhos provenientes de adoção, filhos socioafetivos e os havidos por inseminação artificial (mesmo aqueles com material genético de terceiros), tem os mesmos direitos e deveres.

### 2.2.5 Princípio da Afetividade

Esse princípio tem uma representativa aplicação no direito de família, uma vez que está intimamente ligado à convivência familiar pois, sem o afeto não se concretizam laços materiais familiares, ainda que o casamento ou mesmo a união estável seja uma instituição formal, criada através de um contrato firmado entre as partes, antes disso houve uma relação íntima de afeto entre os futuros cônjuges/companheiros. Sobre o tema expõe Maria Berenice Dias (2015, p. 86), “A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes [...]”.

Nesse sentido, o princípio da afetividade demonstra que o vínculo familiar constitui mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico, surgindo assim uma nova forma de família, a socioafetiva, àquela onde prevalece os laços de afetividade. Segundo Dias (2015, p. 86) “A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família.”

Para Roberto Gonçalves a afeição está prevista no artigo 1.511 do Código Civil “Tal dispositivo tem relação como aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir. Demonstra a intenção do legislador de torná-lo mais humano” (GONÇALVES, 2015, p. 24).

Para a Ministra Nancy Andrighi, o afeto tem valor jurídico, sendo levado em consideração nas relações socioafetivas, uma vez que este se dá pela convivência familiar, prevalecendo os laços de afetividade sobre os meramente formais. Em um de seus julgados deslumbrantemente descreve a Ministra:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez,

em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. (ANDRIGHI *apud* TARTUCE, 2018, p. 1327)

Verifica-se, a partir desses conceitos, que o princípio da afetividade tem um elevado grau de importância no direito de família, pois com ele nasce um novo modelo de família caracterizada pelos laços sentimentais, não apenas pelo biológico.

Assim, encontramos uma nova forma de família, como já exposto, a socioafetiva, surgindo uma nova modalidade de parentesco, a “parentalidade socioafetiva” (GONÇALVES, 2018, p. 1329), baseada na posse do estado de filho. Esse estado de filho segue os mesmos requisitos do estado de casado, com fulcro no artigo 1.545 do Código Civil de 2002, o *tractatus* ou *tractatio*, que indica o tratamento entre os envolvidos perante a sociedade, eles relacionam-se como se existisse de fato um vínculo biológico, ou seja, como pai e filho.

A *reputatio* é a concretização do *tractatio*, ou tratamento, perante a sociedade, sendo analisada pela sociedade como uma instituição familiar a qual se originou desde o casamento dos cônjuges/companheiros, conforme consta no artigo 226, caput, da Constituição Federal de 1988.

E, por fim, o *nomen* ou *nominativo*, quando o filho, que não sendo biológico, carrega, ainda assim, o nome do pai, tanto civilmente quanto socialmente, com isso, ele é reconhecido como pai na comunidade onde vive. Neste sentido, Maria Berenice Dias (2015, p. 87), ressalta o princípio da afetividade é o norte no direito de família.

### **2.2.6 Princípio da não Intervenção familiar ou a liberdade**

Previsto no artigo 1.513 do atual Código Civil, ele possibilita a liberdade da família quanto ao planejamento familiar, a não intervenção do Estado na instituição, exceto para propiciar incentivos no controle da natalidade e planejamento familiar por meio de políticas públicas quando assim achar necessário (Artigo 226, § 7º da CF/88), a administração de seus bens, a escolha do regime de bens, ao modelo

educacional, cultural e religioso dos filhos, respeitando sempre a integridade físico-psíquica de cada indivíduo da família.

Reforçado também pelo artigo 1.565, § 2º do Código Civil, ele está ligado ao princípio da autonomia privada, por meio do qual a liberdade é a principal característica do ser humano. Acolhido pelo direito de família ele busca a livre manutenção dessa instituição, podendo ser entendido como o poder que a pessoa tem de administrar os seus próprios interesses.

### **2.2.7 Princípio da função social da família**

Mesmo sendo aplicado em tempos remotos, a frase a qual afirma que a *família é a “celula mater” da sociedade* ainda vigora nos dias atuais, uma vez que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, *caput*, defende que a família é a base da sociedade, tendo proteção especial do Estado. As famílias devem viver de acordo com o meio em que se encontram, de acordo com sua região e seus valores culturais e sociais, respeitando-se cada instituição familiar quanto a sua constituição e sua maneira de se auto gerir.

Para Pamplona e Stolze (2017, p. 1089)

A principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

Assim, pode-se afirmar que a família não vive apenas entre si, naquele ambiente em que estão convivendo uns com os outros exclusivamente mas, apesar de possuírem seus próprios valores e viverem segundo suas próprias regras, existe uma convivência maior, uma comunidade, a qual todos se unem e formam a sociedade como um todo, respeitando-se e cumprindo as regras magnas.

## **2.3 Espécies De Dissolução do Casamento**

Com a origem do casamento, associa-se a este instituto a criação de formas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, o que demorou anos para ser concretizado, pois a lei, assim como a igreja, previa que o casamento era indissolúvel.

No Código Civil de 1916 a dissolução das relações matrimoniais se dava apenas pelo desquite, o qual não extinguiu o vínculo matrimonial, impedindo os cônjuges a contrair uma nova relação matrimonial legal e/ou religiosa, principalmente.

Apenas em 1977, pela Emenda Constitucional nº 9, com o surgimento da Lei do Divórcio (Lei nº 6511) foi que o vínculo matrimonial passou a ser extinto, no entanto, era necessário que houvesse a separação judicial por mais de três anos, ou seja, durante esse período temporal as pessoas ainda permaneciam com o vínculo matrimonial, sendo, pois, impedidos de constituir uma nova relação matrimonial. Somente após esse prazo é que se dava o divórcio. Portanto, não existia, até então, o divórcio direto.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a separação judicial teve seu prazo reduzido para dois anos, sem a necessidade de comprovar a sua causa, para que o casamento fosse dissolvido pelo divórcio.

Diante de toda esta carga, foi apenas em 2010, com o surgimento da Emenda Constitucional nº 66 que, finalmente, o divórcio passou a ser direto, sem a obrigatoriedade de passar determinado prazo separado e com o vínculo conjugal amarrado evitando assim, como bem preleciona o deputado Sérgio Barradas Carneiros<sup>2</sup>, em sua justificativa à proposta que se converteu na Emenda Constitucional 66, o desgaste da relação do casal, que já não existe afeto entre si, bem como a onerosidade do judiciário em manter duas sentenças desnecessárias quando se há vontade mútua em pôr fim a relação conjugal.

Como afirma Veloso *apud* Gonçalves (2015, p. 209)

Numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do artigo 226, §6º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estatura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente.

---

<sup>2</sup>Proposta de Emenda à Constituição - PEC 413/2005 : <Proposta de Emenda à Constituição - PEC 413/2005>. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/70-135-1-SM.pdf >. Acesso em 20 jul. 2018.

Bem como aponta Maria Berenice Dias:

Sempre foi muito alardeada pela doutrina como indevida a intromissão do Estado na vontade das partes, estabelecendo prazos ou exigindo a identificação de "culpas" para desfazer o casamento. Evidente o desrespeito ao princípio da liberdade e da autonomia da vontade, daí reconhecidas como inconstitucionais as limitações que eram impostas à separação e ao divórcio, por afrontarem o princípio que consagra o respeito à dignidade da pessoa como bem supremo. Era absurdo forçar a manutenção do estado de casado, quando o casamento não mais existia. Afinal, ninguém pode ser obrigado a viver com quem não esteja feliz. 8 Ao depois, até para quem acredita que a Constituição dá preferência ao vínculo matrimonial (CF 226 § 3.º), obstaculizar a separação e o divórcio, mantendo à força o enlace conjugal, desatendia recomendação de transformar a união estável em casamento. (DIAS, 2016, p. 357)

Sendo devido ao Estado somente sua posição quanto à dissolução da sociedade conjugal, limitando-se este a não se posicionar quanto aos motivos para o fim da relação, bem como o cabimento da culpa por este fim, ficando evidente a necessidade de utilização de certos princípios para que assim se afaste qualquer espécie de imposição do Estado na relação entre o ex casal.

Diante do exposto, encontra-se no Código Civil de 2002 várias formas de dissolução do vínculo conjugal, como expõe o artigo 1.571, e como será vislumbrado a seguir.

### **2.3.1 Pela morte de um dos cônjuges**

A morte de um dos cônjuges dissolve não somente o vínculo conjugal, como também o patrimonial. A morte que trata o artigo 1.571, inciso I e §1º, primeira parte é a morte *real* ou efetiva. A morte real, já expressa desde o Código Civil de 1916, em seu artigo 315, parágrafo único, entendia que existia tão somente tal espécie de dissolução por morte, que determina a dissolução material e do vínculo conjugal, dando direito ao cônjuge sobrevivente de contrair nova relação matrimonial, salvo à mulher, que deve respeitar o prazo de dez meses para contrair novas núpcias, como dispõe o artigo 1.523, inciso II do atual diploma citado.

Podendo, caso não seja respeitado tal prazo, esse novo casamento ser suspenso; salvo, mais uma vez, se provada à ausência de prejuízo as partes, como

prever o parágrafo único deste mesmo artigo do Código Civil, como por exemplo, uma gravidez do *de cuius*.

Nessa espécie de dissolução há pacificação doutrinária quanto aos direitos do cônjuge sobrevivente, tanto matrimoniais quanto patrimoniais, não sendo, portanto, necessário provar tais efeitos, como continuar usando o nome do marido (no caso das viúvas), ter direito a herança em concorrência com os demais herdeiros ou, não havendo descendentes nem ascendentes, herdar a totalidade dos bens deixados pelo falecido. A morte *efetiva* refere-se àquela provada por meio da certidão de óbito, sem a obrigatoriedade de laudo médico para efetivação de tal situação.

### 2.3.2 Por morte presumida

Assim como o Código Civil trouxe a dissolução por morte real há também a possibilidade de extinção do vínculo matrimonial através da morte *presumida*, cuja disponibilidade se dá no artigo 1.571, §1º segunda parte, o qual considera como morto àquele que está desaparecido por um longo período de tempo.

A morte presumida entrou no ordenamento jurídico apenas no código Civil de 2002, o qual inovou e trouxe à baila tema antes polêmico, tendo em vista a vontade do cônjuge abandonado em contrair novas relações conjugais de maneira legal, pois, até a introdução da Lei do Divórcio, em 1977, não se discutia a dissolução do casamento por morte presumida. Essa espécie de dissolução trouxe ao sistema jurídico algumas discussões doutrinárias, uma vez que havia a possibilidade de retorno deste ausente.

Essa situação se dá pela ausência de um dos cônjuges, sem a necessidade de lapso temporal, desde que seja após a abertura de sucessão definitiva autorizada judicialmente, e poderá ser requerida se “*passados dez anos desde a abertura da sentença da sucessão, ou se o ausente conta oitenta anos e que de cinco datam a sua ausência*”, conforme expressa os artigos 37 e 38 do Código Civil vigente.

A possibilidade de dissolução trouxe discussões doutrinárias, como já foi dito, em decorrência da possibilidade de retorno do cônjuge que se ausentou sem a intenção de retornar ao lar, como prova a decorrência de tempo de seu ato.

Porém, é majoritário que, mesmo com o retorno do ausente, a nova relação conjugal permaneça, sem que esta seja dissolvida, como bem aponta Diniz (2011),

em sua obra que, com o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6515/1977), a ausência do cônjuge era causa de separação judicial, uma vez que “o desaparecimento do cônjuge importa em conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento, tornando impossível a vida em comum, impossibilitando a sua reconstrução”.

Para Tartuce (2018) a valorização da boa-fé e da eticidade são baluartes para a efetivação do artigo que traz a dissolução dos vínculos quanto à morte presumida, uma vez que existe a possibilidade do cônjuge abandonado contrair novo casamento e assim viver feliz em sua nova relação, amparado pela lei e sem o temor de ver o seu novo vínculo ser desfeito pela volta daquele que o abandonou.

Segundo Veloso *apud* Tartuce (2018, p. 1440) leciona:

Começando a terminar, e sintetizando: vimos que o novo Código Civil brasileiro, artigo 1.571, §1º, *in fine*, considera dissolvido o casamento do ausente cuja morte presumida é declarada (ver também os artigos 6º, segunda parte, e 37). Está habilitado, portanto, o cônjuge presente a contrair novas núpcias, a celebrar outro casamento, reconstruir, enfim, a sua vida afetiva, buscar o seu direito (natural, constitucional) de ser feliz. Mas tudo é possível, mesmo que o consideramos impossível, e o ausente pode reaparecer, como alguém que ressurgue das sombras, como um ser que ressuscita. *Quid juris?* O novo Código Civil não resolve o problema, e precisa fazê-lo, como muitas legislações estrangeiras, até em nome da segurança jurídica. Assim, encerrando essas digressões, e não me limitando à crítica, venho sugerir que seja introduzido no Código Civil o artigo 1.571-A, com a redação seguinte: ‘Art. 1.571-A. Se o cônjuge do ausente contrair novo casamento, e o que se presumia morto retornar ou confirmar-se que estava vivo quando celebradas as novas núpcias, o casamento precedente permanece dissolvido.

Assim como outras legislações já expõem o tema, atentando para o direito que ficou no lar sem perspectiva de retorno do outro e se vendo impossibilitado de aguardá-lo, sujeitando-se a prover seu sustento e da sua família pela falta de honra pelos compromissos firmados com o cônjuge que foi abandonado.

Portanto, verifica-se que a doutrina entende necessária a introdução de uma norma que ampare os novos casamentos da possibilidade de retorno do ausente que não respeitou seus deveres conjugais e, quando achar conveniente para si, retornar ao lar como se este ainda estivesse nas mesmas condições que o deixou.

### **2.3.3 Por separação judicial**

A separação judicial é uma modalidade de dissolução apenas da sociedade conjugal, mantendo, portanto, o vínculo conjugal, e está expresso no artigo 1.571, inciso III, do CC/2002. Essa modalidade abarca duas espécies: a separação consensual e a litigiosa.

A separação consensual trata-se de separação de corpos por consentimento de ambos os cônjuges onde as obrigações conjugais, tais quais o dever de fidelidade, coabitação e o regime de bens se extinguem, permanecendo apenas os outros três deveres impostos pelo artigo 1.566 do Código Civil de mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos.

O vínculo conjugal permanece, podendo este ser revertido em divórcio a qualquer momento, uma vez que a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 trouxe a possibilidade do divórcio direto, sem que houvesse nenhum lapso temporal para sua requisição.

Mesmo havendo na doutrina o estudo da separação judicial, essa modalidade de dissolução da relação conjugal tem sido superada, através da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, conhecida também como a PEC do Divórcio, que, buscando a celeridade nas ações judiciais, trouxe o divórcio com a finalidade de por fim ao casamento sem maiores burocracias.

### **2.3.4 Pelo Divórcio**

O divórcio trata-se da dissolução do vínculo matrimonial, disposto no artigo 1.571, inciso IV, § 1º, do Código Civil, mediante sentença judicial ou escritura pública. Ele se tornou uma modalidade mais efetiva à medida que a Emenda Constitucional nº 66/2010 tornou o divórcio uma espécie de dissolução da relação conjugal mais célere, fazendo com que não houvesse mais a necessidade de aguardar um determinado período de tempo separados de corpos para que fosse extinguido o casamento e eliminando a culpabilidade dos cônjuges pelo término da relação.

Esse pode ser consensual, realizado em cartório, sem presença de testemunhas e sem necessidade de lapso temporal para sua efetivação, desde que

não tenha havido filhos entre os cônjuges (menores ou incapazes), tem que estar acompanhado de seu advogado, não possuírem bens comuns e ter a real intenção de romper com o vínculo matrimonial.

Já o litigioso, nas belas palavras de Diniz (2011, p. 363) “é obtido mediante uma sentença judicial proferida em processo de jurisdição contenciosa, onde um dos consortes, judicialmente separado, havendo dissenso ou recusa do outro em consentir no divórcio, pede sua conversão em divórcio.” Ou seja, para a solicitação do divórcio judicial, antes deve haver uma separação judicial e que o outro não esteja de acordo com o divórcio.

### 3. POSSE E PROPRIEDADE

Não há um entendimento pacífico sobre a origem da posse, “a origem da posse é questão controvertida, malgrado se admita que em Roma tenha ocorrido o seu desenvolvimento” (GONÇALVES, 2017, p. 47), os preceitos sobre posse dividem-se em dois grupos, sendo a primeira que prega que a posse foi conhecida antes dos interditos, e a segunda considera a posse como mero instrumento do processo reivindicatório. O conceito de posse pode ser identificado nos artigos 1196, 1198, e 1208 do Código Civil Brasileiro. Em suma, a posse seria a exteriorização do animus de dono.

#### 3.1 Classificação da Posse

Existem diversas classificações de posse, no presente estudo monográfico será usada a classificação posta por Tartuce (2018, p. 990), quanto ao tempo (posse nova e posse velha) e quanto aos efeitos (posse *ad interdicta* e posse *ad usucapionem*).

Quanto ao tempo, a posse nova é aquela com menos de um ano; já a posse velha é acima de um ano, a doutrina majoritária entende que a posse que tiver um ano e um dia já é considerada posse velha.

Quanto aos efeitos, segundo Tartuce (2018, p. 1.081), a posse *ad interdicta* é aquela “que pode ser defendida pelas ações possessórias diretas ou interditos possessórios”, sendo posse *ad usucapionem* “é a que se prolonga por determinado lapso de tempo previsto na lei, admitindo-se a aquisição da propriedade pela usucapião, desde que obedecidos os parâmetros legais”.

#### 3.2 Função Social da Posse

Atualmente a doutrina vem discorrendo sobre a função social da posse, pois essa ideia foi aceita na V Jornada de Direito Civil em 2011.

Ainda em sede doutrinária, a ideia de função social da posse consta de enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, de 2011, com a seguinte redação: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais

merecedores de tutela” (Enunciado n. 492). A título de exemplo, pode ser citado o contrato de gaveta, em que o possuidor tem um direito autônomo à propriedade, merecendo proteção pela utilidade positiva que dá à coisa.

Portanto, a posse é um direito autônomo que não depende de outro para ser constituído e sua principal função é garantir àqueles que não possuem condições financeiras abastadas a aquisição de bens, pela principal característica para tal no direito brasileiro, que é a compra e venda, literalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3.3 Propriedade**

Percebe-se que o código civil não se preocupou em definir o conceito de proprietário, dispondo que o proprietário tem a faculdade de usar, dispor e gozar da coisa.

Nos preceitos de Gonçalves

Trata-se do mais completo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas. Na dicção de WASHINGTON BARROS DE MONTEIRO, constitui o direito de propriedade o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, e o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas. (2017, p. 223)

Maria Helena Diniz (2014, p. 146) define o direito de propriedade como o direito em que a “pessoa natural ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”. Dessa maneira, aquele que está sob a posse de um bem, seja usando, gozando ou dispondo deste, detém o direito a tê-lo para si, dentro das normativas trazidas pela legislação vigente.

### **3.4 Direito Real de Habitação**

Encontra-se o direito real de habitação no artigo 1.225, inciso VI do Código Civil de 2002, bem como, de maneira mais específica dos artigos 1.414 ao 1.416 do mesmo diploma legal, os quais demonstram que na habitação de casa alheia,

devendo ser gratuito, o seu titular não poderá fazer outro uso deste imóvel se não o de sua moradia e da sua família.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 514) “O instituto em apreço assegura ao seu titular o direito de morar e residir na casa alheia. Tendo, portanto destinação específica: servir de moradia ao beneficiário e sua família. Não podem alugá-la ou emprestá-la.”. Ou seja, o direito real de habitação assegura àquele que está no imóvel, conforme acordo firmado entre as partes, o direito de morar e residir neste imóvel, estando o beneficiário proibido de obter alguma renda com o mesmo.

Para Maria Helena Diniz (2014, p. 504) “A habitação é, pois, um direito real limitado, personalíssimo, temporário, intransmissível e gratuito.”, ou seja, ao titular não cabe fazer outro uso do imóvel se não o da habitação.

Existem, dentro do direito real de habitação, obrigações, como guardar e conservar o imóvel, não alugar nem emprestá-lo, pagar seus impostos, tal qual direitos do habitador de morar na casa com sua família, podendo hospedar seus parentes, defender sua posse, receber compensação financeira das benfeitorias que fizer no imóvel e o direito real de habitação será passado ao cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens e da participação que lhe cabe na herança, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar (artigo 1.831 do Código Civil atual).

Aponta Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 516), que “O direito real de habitação é concedido sem prejuízo da participação do viúvo na herança. Mesmo que o cônjuge sobrevivente seja herdeiro ou legatário, não perde o direito de habitação”. Desta feita, o direito de habitação é dado, independentemente do que o viúvo tem direito quanto aos bens deixados pelo falecido, com base na verificação de que este viúvo não possui outra bem para sua habitação e da sua família.

## 4 INSTITUTO DA USUCAPIÃO

### 4.1 Evolução Histórica

O instituto da usucapião tem como origem as arraigadas do direito privado, através do ramo do direito civil, deste modo, pode ser interpretado segundo Olimpio (2011, p. 2). Como a “aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso de tempo estabelecido e com a observância dos instituídos em lei”

Usucapião é uma forma de aquisição do direito à propriedade em função da utilização de um bem móvel e ou imóvel por um lapso temporal, deste modo, obtendo a tutela do mesmo do ponto de vista legal.

Sarmiento (2013, p. 51) enfatiza que:

usucapião como modo de aquisição da propriedade de bens móveis ou imóveis pelo exercício da posse, nos prazos previamente estabelecidos em lei. Surgiu no Direito Romano com o objetivo de regularizar a situação daqueles que, por irregularidades no momento da aquisição de bens, desejavam consolidar a nova situação patrimonial de acordo com as normas vigentes. A usucapião, que só passou a ser tratada no feminino pelo novo Código Civil, não representa um ataque ao direito de propriedade, mas sim uma homenagem à posse, em detrimento daquele que, tendo o domínio, abandona o imóvel, deixando que outro o ocupe e lhe confira função social e econômica mais relevante.

Tal instrumento se pauta atualmente pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, que inclui no ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de usucapião, que pode ser entendida como urbana (TARTUCE, 2012).

Segundo SCHAEFER (201, p. 93):

A usucapião pode ser entendida como uma modalidade de aquisição de propriedade de bens móveis ou imóveis pelo exercício da posse nos prazos fixados em lei [...] Um velho acórdão do Supremo Tribunal Federal, por sinal em recurso extraordinário originário de Santa Catarina, disse que: “a usucapião é a aquisição do domínio pela posse ininterrupta e prolongada: são condições para que ela se verifique a continuidade e a tranquilidade” (RE 6287/SC, RT 49/352).

Assim, a usucapião representa uma forma de tornar possível do ponto de vista jurídico o reconhecimento de perecimento do direito à propriedade pela não

utilização e ou descaso de seus titulares, desta forma, podendo promover a troca de propriedade legal do bem. Ademais, vale ressaltar que tal procedimento se dá após cinco anos contados do registro do pedido de legitimação de posse ou reivindicação de propriedade (SALES, 2010).

A usucapião possui várias modalidades tendo, cada uma delas, requisitos peculiares à sua espécie. No entanto, esse instituto tem como principal requisito um lapso temporal, a perda da pretensão pelo titular do imóvel. Seu principal fundamento é o princípio da utilidade social, combinado com a posse de forma mansa e pacífica, não podendo ser objeto de usucapião bens que não foram assim adquiridos.

## **4.2 Espécies de Usucapião de Bens Imóveis**

Nos direitos reais existem várias espécies de usucapião de bens imóveis. Dentre elas estão a usucapião extraordinária, a ordinária e a especial, também chamada de constitucional, as quais serão conceituadas a seguir.

A usucapião constitucional divide-se em rural (*pró-labore*) e urbana (*pro misero*), possuindo diferenças peculiares não somente nas nomenclaturas como, principalmente, nas suas características e requisitos para sua aquisição. Existe ainda uma modalidade especial de usucapião, a indígena, disposta no Estatuto do Índio, na Lei nº 6.001 de 1973, do CC/2002.

### **4.2.1 Usucapião Ordinária**

Essa modalidade de usucapião está prevista no artigo 1.242 do Código Civil de 2002, onde elenca como requisitos para sua aquisição posse mansa e pacífica, exercida com *animus domini*, por dez anos e continuamente, além do justo título e boa-fé.

O parágrafo único deste dispositivo traz a possibilidade de outra modalidade de usucapião ordinária, aquela que se dá pelo possuidor, onerosamente, que estabeleceu no imóvel sua moradia ou que fez investimentos de interesse social e econômico, se fazendo necessário apenas o prazo de cinco anos para que lhe seja conferido o direito de adquiri-la, desde que tenha havido um documento registrado em cartório e este fora cancelado.

Entende-se por justo título um documento que seria hábil para transferência do imóvel, porém, não o é, ou seja, independe de seu registro no cartório de registro de imóveis.

#### **4.2.2 Usucapião Extraordinária**

A usucapião extraordinária está disciplinada no artigo 1.238 do Código Civil, tendo como requisitos a posse de quinze anos, ou de dez anos se o possuidor estabeleceu no imóvel sua moradia habitual ou realizou neste imóvel obras ou serviços de caráter produtivo, *animus domini*, posse mansa, pacífica e contínua, sendo, para esta modalidade, dispensados os requisitos do justo título e da boa-fé.

Essa modalidade de usucapião tem o maior prazo para sua aquisição prevista no título, por conta da não obrigatoriedade da boa-fé e do justo título. Porém, para fazer jus à redução do prazo previsto no parágrafo único desse artigo necessário é que se comprove a construção de uma residência ou a existência de investimentos na produção com o intuito de retorno financeiro.

Essa modalidade de usucapião não determina tamanho mínimo para sua aquisição, uma vez que o artigo não dispõe, e o usucapiente pode adquiri-lo mesmo possuindo outro imóvel, desde que cumpra com o requisito de realizar obras e fazer dela sua moradia, podendo ainda estar agindo de má-fé.

#### **4.2.3 Usucapião Indígena**

Essa espécie de usucapião está prevista no artigo 33 do Estatuto do Índio, originado pela Lei 6.001/1973. A usucapião indígena tem como requisitos a área de até cinquenta hectares, posse mansa e pacífica, por dez anos, desde que exercida pelo próprio índio.

Para que o índio possa requerer a usucapião ele precisa ter entendimento de seus atos, já sendo integrado à civilização e que preencha os requisitos do artigo 9º da Lei supra citada, ter idade mínima de vinte e um anos, conhecimento da língua portuguesa, razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional e habilitação para o exercício de atividade útil à comunidade nacional.

A habilitação se dá por ato judicial ou pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, homologado por órgão judicial, ou seja, se o índio possuir capacidade plena

poderá propor diretamente a ação de usucapião. O índio incapaz será representado pela FUNAI. A usucapião indígena se dá apenas em área rural e particular, sendo vedado pela Constituição Federal a usucapião de bens públicos.

#### **4.2.4 Usucapião Especial Rural**

Essa usucapião tem origem na Constituição Federal de 1934, tendo sido abarcada pelas Constituição Federal de 1937 e Constituição de 1946. Não foi contemplada na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969.

Hoje a usucapião especial rural está disciplinada no artigo 191, caput da Constituição Federal de 1988 que traz os requisitos para sua aquisição, bem como no artigo 1.239 do Código Civil de 2002 e na Lei nº 6.969 de 1981, que são posse ininterrupta por cinco anos, mansa, pacífica, sem oposição e com *animus domini*, sendo o imóvel utilizado para subsistência ou trabalho, sob qualquer forma de produção rural, desde que a família esteja tornando produtiva a terra por força do seu trabalho e que não possua outra propriedade urbana ou rural.

Nesta modalidade dispensa-se o justo título e a boa-fé, uma vez que estes se presumem de maneira plena, presunção *iure et de iure*, pela destinação do imóvel e sua função social.

Na Lei nº 6.969/81 existia a possibilidade de objeto de usucapião as terras devolutas, ou seja, bens públicos poderiam ser usucapidos, no entanto, a Constituição de 1988 proibiu tal aquisição. Atendendo aos requisitos desta modalidade de usucapião a pessoa jurídica não pode requerê-la, uma vez que esta não possui família, nem moradia.

#### **4.2.5 Usucapião Especial Urbana**

Essa modalidade foi uma inovação trazida ela Constituição Federal de 1988, nunca tendo sido tratada nas legislações anteriores, e está disposta em seu artigo 183, caput, como também no artigo 1.240 do Código Civil de 2002 e na Lei nº 10.257 de 2001 em seu artigo 9º, conhecido como Estatuto da Cidade.

No Estatuto da Cidade, o título de domínio será conferido ao homem, ou a mulher, ou aos dois, independente do estado civil, não sendo possível a aquisição àquele que já possui outra propriedade, atendendo ao direito mínimo de moradia.

O terreno a ser usucapido por esta modalidade precisa ter construção, uma vez que seu principal requisito é a moradia do possuidor e/ou da sua família.

Por se tratar de um direito recente, previsto apenas na Constituição de 1988, como já informado, o prazo para iniciar a contagem da prescrição e, conseqüentemente, aquisição da propriedade, se deu apenas a partir de tal origem, ou seja, para aqueles que se encontravam na situação de possuidor nestes requisitos antes de 1988 não faziam jus ao direito de ter para si o imóvel pela modalidade de usucapião.

Os requisitos para o alcance do imóvel pela usucapião especial urbana é posse mansa e pacífica, por cinco anos ininterruptamente, sem oposição e com *animus domini*, desde que o imóvel seja usado para moradia e que o possuidor não tenha outro imóvel, urbano ou rural e que a área urbana não seja superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

Assim como na usucapião especial rural, pela presunção absoluta ou *iure et de iure*, não existe a possibilidade de exigência do justo título e da boa-fé. Como também a pessoa jurídica não possui titularidade para aquisição de propriedade por essa modalidade.

Para Farias e Rosenvald (2011, p. 184)

Nas modalidades urbana e rural, a usucapião especial é uma das mais claras demonstrações do princípio da função social da posse na Constituição de 1988, pois homenageia aqueles que, com *animus domini*, residem e/ou trabalham no imóvel em regime familiar, reduzindo os períodos aquisitivos de usucapião para cinco anos. Tanto a usucapião urbana como a rural seriam as espécies de *minusucapiões* extraordinárias, já que ambas dispensam os requisitos do justo título e boa-fé, contentando-se com a posse com *animus domini*, mansa e pacífica.

Assim sendo, essa modalidade de usucapião presenteou aquele que com *animus domini*, imprimiu ao imóvel a finalidade dele, seja cultivando as terras, seja fazendo dele a sua moradia. E mais, reduziu o tempo para usucapir sob esta modalidade para tornar mais célere à aplicação da função social da propriedade.

#### **4.3 Requisitos da Usucapião**

Partindo do entendimento jurídico sobre a usucapião, a legislação vigente estabelece requisitos rígidos para que o indivíduo possa ter direito à posse de algum bem a partir dessa modalidade de aquisição, isso, pois, se trata de um modo originário de obtenção de bens, onde ocorre a transmissão de propriedade de um bem sem a necessária relação de compra e venda (SARMENTO, 2013).

Neste sentido é oportuno salientar que a legislação disciplina a usucapião através de decisões jurisprudenciais que determinam:

A posse, Lei nº 6.001 de 1973, da respectiva área seja sem oposição e ininterrupta pelo prazo de cinco anos [...] admite o legislador (§ 1º do artigo 10) a soma das posses, tanto pela *accessio* como pela *successio possessionis*, bastando que ambas sejam contínuas e cumpram os demais requisitos da usucapião. A doutrina costuma apontar como razão dessa diversidade de tratamento a própria função exercida pelas duas modalidades de usucapião especial. Enquanto o individual presta-se primordialmente à regularização fundiária, o coletivo volta-se, também e com a mesma intensidade, à urbanização de áreas degradadas, mediante constituição de condomínio peculiar. Outrossim, esse período de cinco anos pode ser computado a partir da vigência da Constituição de 1988, e não somente o período de posse posterior à vigência do Estatuto da Cidade. E, por fim, apesar de haver divergência doutrinária existente, entendo que a posse ininterrupta e pelo prazo de cinco anos deva incidir sobre a área total, vista como uma unidade, independentemente da variação de tempo dos ocupantes particulares. Ou melhor explicando, o prazo de ocupação da área total deve ser, no mínimo, de cinco anos, independentemente de um ou outro particular possuir seu barraco ou casa por período inferior a esse prazo. Melhores esclarecimentos sobre esse particular ponto de vista será demonstrado logo a seguir, quando da análise da sentença proferida na ação de usucapião (OLIMPIO, 2011, p. 5).

Contudo, a doutrina admite duas ordens consideradas fundamentais para a aplicação do conceito de usucapião, subjetivo e objetivo; no aspecto subjetivo se observa a perda de propriedade por parte do titular a partir da renúncia presumida, pelo seu direito real ao bem em favor do possuidor, então é reconhecida a atitude de negligência e/ou omissão com relação ao bem; já no modelo objetivo se analisa o interesse social envolvido no caso, pelo fato de ser uma garantia de estabilidade do direito real que é tutelado pelo judiciário face ao fato de não haver segurança real se existisse a possibilidade de se investigar a legitimidade dos títulos de propriedade.

## 5. USUCAPIÃO FAMILIAR

O instituto da Usucapião Familiar, objeto desta pesquisa, surgiu com o estudo da separação judicial, previsto no artigo 1.571, inciso III do atual Código Civil, onde traz uma espécie dentro de seus moldes, qual seja a separação judicial a pedido de um dos cônjuges, bem como o rol de suas espécies: adultério, injúria grave e sevícia, imputação caluniosa, abandono material e moral dos filhos e o abandono voluntário do lar conjugal, sendo este último o objeto de análise acerca da constitucionalidade, ou não, deste instituto diante de sua construção.

A separação judicial por abandono voluntário do lar conjugal faz jus ao direito de não permanecer com um vínculo conjugal quando o outro abandona o lar, de maneira voluntária, sem o consentimento do seu cônjuge, com a intenção de não mais retornar e passado o prazo mínimo de um ano. Descartando, claro, uma impossibilidade física ou mesmo moral que o obrigue a abandonar o lar.

Diante dessa situação, do abandono voluntário do lar, foi que surgiu o instituto da Usucapião Familiar. Esse instituto surgiu para assegurar um direito, há muito negligenciado pelo Poder Judiciário, daquele que permaneceu no lar com sua família e que passou a ser fonte de subsistência deste lar.

Portanto, a respeito da usucapião, buscando corroborar a todos que fazem parte do mundo jurídico que, de fato, esse novo instituto servirá como parâmetro para aquisição do imóvel àqueles que não podiam contar com nenhuma lei que os resguardasse, uma vez que este imóvel é seu único lar e de sua família. Essa modalidade abrange todas as espécies de famílias ou entidades familiares, inclusive as homoafetivas, pressupondo que o imóvel seja bem comum do casal, atingindo cônjuges e companheiros.

Outra aplicação da modalidade de usucapião descrita é o afastamento da culpa para que não haja influência sobre um ou outro cônjuge que, porventura, seja atingido pela culpa, característica esta já superada na discussão de dissoluções matrimoniais ou de união estável do judiciário, uma vez que não cabe ao juiz decidir de quem veio à culpa pela dissolução da relação conjugal, dificultar ou penalizar o que não tem mais interesse em permanecer com a relação.

Portanto, o abandono deve se dá de forma voluntária, incluindo neste sentido a ausência de subsistência da família por parte do cônjuge que deixou o lar, fazendo com que aquele que permaneceu no imóvel seja o único provedor da família.

## 5.1 Natureza

Foi a Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011 que introduziu ao ordenamento jurídico uma nova modalidade de usucapião especial urbana, a usucapião especial urbana por abandono de lar, prevista no artigo 1.240-A do Código Civil de 2002, onde expressa a possibilidade daquele que foi abandonado pelo cônjuge, o qual dividia o lar, pelo prazo de dois anos, ininterruptamente e sem oposição, a posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade utiliza como sua moradia ou da sua família, ter direito de propriedade sobre aquele bem, desde que este não possua outro imóvel urbano ou rural.

Esse artigo teve origem na alteração parcial da Medida Provisória número 514, efetivada na Câmara dos Deputados. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 270) o artigo que trouxe à possibilidade da usucapião familiar a disciplina no mesmo formato previsto no artigo 183 da Constituição Federal de 1988, sendo necessário que o usucapiente não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural e que sua posse tenha sido mansa, pacífica e ininterrupta.

Pamplona e Stolze (2016, p. 1013) defende que o direito à propriedade está acima do direito de meação, “Por óbvio, esta forma de usucapião, por se tratar de modo originário de aquisição da propriedade, prevalece em face do próprio direito decorrente da meação.”, ou seja, mesmo diante do direito referente ao regime de bens escolhido pelo casal no momento da celebração do matrimônio, o direito a usucapião do imóvel deixado pelo cônjuge que o abandonou supera o do regime de bens.

## 5.2 Legitimidade

A legitimidade trata-se de tudo aquilo que está de acordo com as normas legais. Àquele que cumpre o que determina a lei. O indivíduo legítimo é aquele que cumpre com os requisitos legais aos quais faz jus a um direito que lhe é adquirido.

Na usucapião familiar, previsto no artigo 1.240-A do Código Civil em vigor, cuja redação traz “aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divide 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”.

Diante do que expõe o artigo, é legítimo o estado de usucapiente àquele que é deixado no lar o qual convivia com o cônjuge que se ausentou do seu lar sem pretensão de retorno, tendo em vista o lapso temporal de dois anos para que seu direito total ao imóvel se faça efetivado.

À vista disso, trata a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro do direito adquirido em seu artigo 6º, parágrafo 2º, e, segundo Flávia Bahia (2017, p. 26) “Poderíamos asseverar que o direito adquirido é aquele que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e/ou à personalidade de seu titular.” Isto é, o direito já normatizado faz parte de seu titular, não podendo este lhe ser desaplicado, usurpado. Aproveitando este título, importante se faz analisar a perspectiva do que se entende por Constitucionalidade e Inconstitucionalidade.

A Constitucionalidade está inserida naquilo que se entende como algo legal, que está dentro das normas da Carta Magna, seguindo os requisitos que são impostos pela Constituição Federal, o documento supremo que estabelece as regras de conduta da sociedade levando em consideração o bem maior.

Bem como, obedece a princípios basilares para a criação das regras que devem ser impostas à sociedade através das leis, como por exemplo, o Princípio da Legalidade, o qual dispõe que ninguém é obrigado a fazer, ou não fazer, se não em virtude de lei, cessando, segundo Moraes (2016, p. 51) “o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.”.

Obviamente, a Inconstitucionalidade é tudo aquilo que está contrário a Constituição. O que não segue os trâmites legais para sua elaboração e, conseqüentemente, não pode ser objeto de aquisição de direito, tanto administrativamente quanto pelas vias judiciais. Assim sendo, posteriormente analisar-se-á, sob o ponto de vista doutrinário, a possibilidade de Inconstitucionalidade do tema do presente trabalho.

### 5.3 Divergência Doutrinária na construção da Usucapião Familiar

O instituto da usucapião familiar foi construído para dispor àqueles que fazem jus a um direito de ter para si a propriedade que o foi garantido através da contração de matrimônio com o indivíduo que o abandonou.

A doutrina entende tanto quanto sua constitucionalidade como também há autores que dispõe sobre a criação deste instituto fora das normas constitucionais, assim, encontra-se amparo em várias disposições doutrinárias, leis e redações de enunciados sua construção e sua legalidade.

Foi a partir das questões suscitadas quanto à abrangência do programa do governo federal Minha Casa, Minha Vida na Medida Provisória nº 514 de 1º de dezembro de 2010 que a então originada Lei nº 12.424/2011 do mesmo ano alterou o dispositivo redacional do artigo 1.240 do Código Civil de 2002, acrescentando a este o artigo 1.240-A, que dispõe sobre o direito do cônjuge abandonado, que possua baixa renda, de usucapir o imóvel que o tem como lar e que utiliza como sua própria moradia e da sua família.

Essa nova modalidade de usucapião é chamada de pró-moradia, também conhecida como usucapião familiar. A usucapião familiar suscita, para alguns doutrinadores, o retorno de uma questão já discutida e superada pelo judiciário, que é a culpa pelo fim da relação conjugal.

Suzana Oliveira Marques Brêtas (2018, p. 189) se posiciona em sua obra dizendo que “a Lei nº 12.424/2011, que inseriu o artigo 1.240-A no código Civil, criando a usucapião familiar, pode ser tida como retrocesso, à medida que traz à tona discussão sobre culpa no rompimento da sociedade conjugal”. Ferindo, diante disso, o dispositivo constitucional quanto ao controle material, contido no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, que se refere ao direito fundamental à propriedade.

Diniz (2014, p. 194), aponta que para um dos cônjuges ter o direito de pleitear a usucapião é necessário que o outro não tenha apenas saído do lar, como também tenha abandonado o imóvel a ser usucapido, revelando sua *intentio* de não o ter mais para si, demonstrando se desinteresse. Assim, verifica-se que há requisitos para que essa modalidade de usucapião seja efetivada sem que traga à baila a discussão da culpa.

Ainda sobre os preceitos de Diniz (2014, p. 195), encontra-se a asserção de que “A usucapião familiar, portanto, visa preservar a segurança e os interesses das pessoas integrantes da família, dando uma excepcional tutela social ao núcleo.” Destarte, a modalidade em estudo busca o direito da família que não possui outra moradia se não a deixada pelo cônjuge que a abandonou.

Para Nader (2016, p. 172) “O abandono do lar pelo ex-consorte, embora a lei não mencione, há de ser voluntário e injustificado, sendo fundamental, pois, a verificação do elemento culpa.” Deste jeito, consegue-se vislumbrar que para este doutrinador o elemento culpa está inserido nos requisitos para essa modalidade de usucapião.

Donizetti e Quintella (2017, p. 753) ao discorrer sobre a possibilidade do abandono do lar não caber nos casos de abandono compulsório diz que o dispositivo deveria conter em seu texto a “injustiça do abandono” como requisito, uma vez que se impõe como requisito do princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, é claro que a possibilidade de se usucapir o imóvel pelo abandono do cônjuge se faz através da análise dos reais motivos, ou pela falta destes, de sua saída sem intenção de retorno.

Tartuce (2018, p. 1083) traz a discussão que o elemento culpa deve ser afastado do debate quanto a usucapião por abandono do lar, visando não influenciar a usucapião em favor de um ou outro consorte.

O Enunciado 499 da V Jornada de Direito Civil dispõe sobre a modalidade de usucapião e a separação da discussão da culpa:

A aquisição da propriedade da modalidade de usucapião prevista no artigo 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito ‘abandono do lar’ deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e dever de sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente com as despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, justificando a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

Diante do exposto, defende-se no presente trabalho que a nova modalidade de usucapião por abandono do lar possui seus próprios requisitos e que, mesmo diante de tantos embates quanto a sua inconstitucionalidade, trata-se de um direito

adquirido, originado dentro das formalidades constitucionais e que busca garantir a dignidade daqueles que ficaram desamparados por aquele que abandonou o lar sem interesse de retornar e sem garantir sua responsabilidade de provedor financeiro, psicológico e afetivo, bem como, educador de sua prole, deixando o cônjuge desamparado e na obrigação de comprometer-se com a sua família e preencher a ausência que o outro deixou, sem falar no dever de cumprir com as obrigações financeiras do lar.

## 6. CONCLUSÃO

A sociedade se encontra em constante mudança, assim também o direito e sua abrangência. Como exemplo tem-se as novas formas de constituição familiar, bem como seus moldes e regras dentro do seio familiar, limitando cada indivíduo a um comportamento condizente com seus princípios e valores.

As leis surgem a partir dessas mudanças sociais e procuram garantir direitos que antes não eram reconhecidos, assim como regem deveres para a sociedade em busca do bem comum.

Um grande avanço legal foi a criação da modalidade de usucapião por abandono de lar, garantindo àquele que ficou desamparado pelo cônjuge, na maioria das vezes sem esperar tal atitude de seu companheiro, e que não tem condições financeiras, muitas vezes nem psicológicas, de superar e sustentar a situação do abandono junto aos filhos.

Diante de várias discussões acerca do aspecto inconstitucional da usucapião familiar, o que se encontra é o enalço de doutrinadores que buscam avidamente meios para a desconstituição de direitos que são, por natureza, garantidos, mesmo antes das formalidades, reconhecidos por estudiosos e aplicadores do direito social como um direito fundamental ao desfavorecido.

A busca pela inconstitucionalidade da modalidade de usucapião pró-família através do elemento culpa, já superado pelo judiciário, como já apresentado anteriormente, uma vez que não cabe a este órgão discutir a vida íntima do casal que não tem a pretensão de permanecerem juntos, está, majoritariamente, reconhecida que não entra esse quesito na modalidade de usucapião em estudo.

De qualquer forma, o presente trabalho procurou demonstrar, por meio da interpretação de diversos doutrinadores e dos princípios constitucionais presentes no direito de família, que na verdade o instituto nada mais é do que novo elemento do direito real de usucapião, sendo que, dessa forma não há necessidade de se discutir a culpa no fim da relação conjugal, para que conseqüentemente haja uma sanção patrimonial do culpado, mas sim que, ao se falar equivocadamente em abandono de lar, não se deve remeter ao conceito do direito de família usado no século passado, mas sim, reportar-se ao abandono do imóvel, enquanto patrimônio da família, que requer cuidados e conservação, e que para tanto deve haver despesas de ambos os cônjuges/ companheiros.

Obviamente que não se obriga duas pessoas a se amarem e permanecerem juntos até o fim de suas vidas, no entanto, é importante que se cumpra cada um com seus deveres conjugais e respeite a liberdade do outro, podendo a lei intervir na relação a partir do momento em que um esteja ferindo preceitos constitucionais como o mais importante deles, a dignidade da pessoa humana.

Assim, como resultado da pesquisa deste trabalho, apesar de se tratar de questão conflituosa, percebe-se que gradativamente restará consolidado o reconhecimento da possibilidade da usucapião familiar, e que no futuro a questão a ser analisada em cada caso concreto ater-se-á apenas ao fato de estarem ou não preenchidos os requisitos necessários para tanto, sem que se questione a cerca de sua constitucionalidade, e que, esse direito esteja, tão somente, protegendo o mais vulnerável na situação do abandono.

O presente trabalho trouxe as características desta modalidade de usucapião, sua origem, bem como seus conceitos e a fundamentação jurídica para sua construção, assim como se dá sua colocação no mundo jurídico, buscando, evidentemente, uma clara aplicação deste instituto àquele que tem os requisitos para tal aquisição, através de diversos doutrinadores, assim como leis, posicionamentos dos órgãos superiores do poder judiciário e redações trazidas por jornadas jurídicas as quais trazem uma importante carga para a criação e aplicação de direitos adquiridos.

A construção da usucapião familiar foi exposta nesta pesquisa mostrando sua origem, seus aspectos históricos e seus princípios, tão importantes para sua criação, da mesma maneira que para sua aplicação.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. **Descomplicando Direito Constitucional**. 3ª ed. Recife: Editora Armador, 2017.

BRASIL. **Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em 10 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei 6.969, de 10 de dezembro de 1981**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6969.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6969.htm). Acesso em 10 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm). Acesso em 06 outubro de 2018.

BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. **Inconstitucionalidade da Usucapião Familiar**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 4: direito das coisas**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil / Elpídio Donizetti e Felipe Quintella**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2017.

FARIAS, FIGUEIREDO, JÚNIOR, DIAS **Código Civil para Concursos / Cristiano Chaves de Farias, Luciano Figueiredo, Marcos Ehrhardt Júnior, Wagner Inácio dias**. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**; volume único/Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

NADER, Paulo. **Curso didático de direito civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

NOBRE, Dennis Cavalcante. **Usucapião Especial por Abandono de Lar, Um Enfoque a Lei 12.424/2011**. 1ª ed. São Paulo: Alpha Graphics Publishing S.L. 2013. Impresso no Brasil.

SANTOS, Evelyn Constantina de Freitas - **Usucapião Extrajudicial: a desjudicialização do processo e sua regulamentação no estado de Sergipe**/ Tatiana Baptista da Silva, Aracaju, 2017. 71 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 8 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Reais, volume 4**. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil – Família, volume 5**. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.