

## USUCAPIÃO FAMILIAR: *QUO VADIS DOMINE?*

*Guilherme Augusto Pinto da Silva<sup>1</sup>*

---

**RESUMO:** O artigo 1.240-A do Código Civil trouxe uma alteração importante: a usucapião familiar. Dela decorre a aquisição do domínio daquele que exercer, dentre outros requisitos, a posse ininterrupta pelo período de dois anos, de propriedade dividida com ex-cônjuge. Todavia, a alteração legislativa é oriunda da conversão de Medida Provisória em Lei, apresentando problemas quanto ao cumprimento de formalidades no processo legislativo. Cogita-se que seja formalmente inconstitucional. No âmbito de aplicação prática, a usucapião familiar esbarra na juridicidade atribuída aos efeitos da separação de fato, seja reconhecido o estado de mancomunhão ou condomínio. Advinda de legislação do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV –, e visando consagrar o direito social e fundamental à moradia, a usucapião familiar acaba por tornar efetivo o dito direito apenas a um cônjuge: aquele que adquire o domínio e, posteriormente, a propriedade. Por fim, não há qualquer indicativo do rito processual que a presente inovação deve seguir. A usucapião familiar traz em seu bojo inúmeras patologias jurídicas, as quais o presente ensaio debruça análise.

**PALAVRAS-CHAVE:** usucapião. abandono. lar. medida provisória macomunhão. condomínio. moradia.

**ABSTRACT:** The article 1.240-A of the Code Civil brought a major change: the acquisitive prescription family. It dictates the acquisition of the partner's domain that exert, among other requirements, the uninterrupted possession for a period of two years of ownership divided with a former spouse. However, legislative change is coming from the conversion of "Medida Provisória" into Law, presenting problems regarding compliance of formality of the legislative process. It is thought to be formally unconstitutional. In the scope of practice, the acquisitive prescription family collides with the legality attributed to the effects of the separation of fact, in other words, recognition of the state of property hands together or condominium. Legislation arising from the Government Program My Home My Life - and seeking to enshrine the right to housing, the acquisitive prescription family ultimately makes effective law for only a spouse who acquire the domain and subsequently the property. Finally, there is no indication of procedural rite that family's acquisitive prescription should follow. The family's acquisitive prescription brings with

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Professor titular da AJES – Faculdades do Vale do Juruena – MT. Advogado.

it many legal pathologies, which this paper focuses analysis.

**KEY-WORDS:** Acquisitive prescription family; abandonment; home; provisional measure; property hands together; condominium; housing.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Histórico legislativo da Medida Provisória à conversão em Lei, 1.1 Inobservância das formalidades procedimentais: inconstitucionalidade formal e violação do princípio da legalidade; 2 Efeitos jurídicos da separação de fato: mancomunhão ou condomínio?, 2.1 Mancomunhão e suas conseqüências, 2.2 Condomínio e suas conseqüências; 3 Direito à moradia e o Programa Minha Casa Minha Vida – PGMV; 4 Questões processuais; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

Por meio da inclusão do artigo 1.240-A<sup>2</sup> no Código Civil, pretendeu o legislador instituir uma nova modalidade de usucapião, além das já existentes<sup>3</sup>. Nela, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que exercer, ininterruptamente, dois anos de posse direta, exclusiva e sem oposição sobre imóvel urbano de até 250 metros quadrados, adquire o domínio integral, atendidos os demais requisitos da lei.

A referida alteração legislativa surge como conversão da Medida Provisória nº 514 de 2010 - que dispõe sobre o “Programa Minha Casa Minha Vida” (PMCMV) - na Lei 12.424 de 16 de junho de 2011. À guisa de justificação da Medida Provisória, está a garantia de “*acesso à moradia adequada, a melhoria da qualidade de vida da população de baixa renda e a manutenção do nível de atividade econômica, por meio de incentivos ao setor da construção civil*”.

O que se percebe, porém, é que a alteração ovacionada pelo legislador veio a trazer mais problemas do que soluções à problemática da efetivação do direito à moradia. A uma pela manifesta ofensa ao princípio da legalidade no infecundo processo legislativo, que culminou em conversão de uma Medida Provisória cujo escopo era diverso do que se apresenta, agora, em Lei. Também por que a regulamentação é restrita ao imóvel urbano, deixando à mercê parcela da sociedade que vivencia ambiente social distinto,

<sup>2</sup>Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

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

<sup>3</sup>Dentre as modalidades de Usucapião instituídas pelo legislador cita-se a usucapião ordinária, extraordinária, especial urbana, especial rural, indígena (Lei 6.001/1973) e administrativa (Lei 11.977/2009).

bem como àqueles cuja área do imóvel exceda 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados).

Mas as inquietações não cessam: a usucapião familiar<sup>4</sup> não só pretende resgatar a discussão da questão da culpa na dissolução da união conjugal, como deturpa os efeitos jurídicos da separação de fato e do regime da comunhão de bens. Ou seja: verificada a separação de fato, os bens comuns regem-se pelo estado da mancomunhão ou condomínio? Nestes casos, é possível presunção *iuris tantum* de um comodato tácito a partir do exclusivo de bem comum? Da forma como se descortinam os questionamentos em torno do dispositivo, as reflexões se agigantam sem encontrar caminho que leve ao encontro do ideário legislativo.

O comprometimento do presente ensaio se traduz na análise das questões patológicas em torno da pretensa instauração de nova modalidade de usucapião, sem a pretensão de um aprofundamento que venha exaurir a temática, tampouco lançar soluções definitivas.

## 1 HISTÓRICO LEGISLATIVO: DA MEDIDA PROVISÓRIA À CONVERSÃO EM LEI

Conforme referido à guisa de intróito, a nova modalidade de usucapião trazida pelo legislador, é resultado da conversão da Medida Provisória número 514, do ano de 2010, em Lei.

A Medida Provisória, no Brasil, veio a suceder o decreto-lei, previsto na Constituição de 1937. A Constituição de 1946 nada disse acerca do decreto-lei, que somente tornou a merecer atenção do constituinte em 1967. Além dos pressupostos de urgência ou de interesse público relevante, guardava a peculiaridade de que a não-apreciação do texto dentro de certo período tornava-o definitivo, ao invés de sem efeito. A Constituição de 1988, orientada pelo modelo italiano de decretos-leis adotados sempre em situações excepcionais, extraordinárias e de urgência, trouxe a figura da Medida Provisória. O decreto-lei, no país europeu, tal como a Medida Provisória da Constituição de 1988, perde efeito se não convertido em lei no prazo de sessenta dias da sua publicação.

As medidas provisórias são, portanto, atos normativos primários de natureza cautelar e excepcional no quadro de separação de poderes. Somente

---

<sup>4</sup>Não se desconhece a existência de divergência quanto à nomenclatura atribuída à nova modalidade de usucapião. Há quem prefira designar de “usucapião conjugal”; “usucapião urbana por abandono do lar conjugal”; “usucapião especial urbana familiar”; “usucapião especial urbana por abandono”. Adota-se a nomenclatura “usucapião familiar” pelo motivo do diploma legislativo tutelar não só os interesses do cônjuge, mas da entidade familiar como um todo. É essa, inclusive, a leitura do enunciado de número 500 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federa, que restou assim ementado: “A modalidade de usucapião prevista no art. 1240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.

o Presidente da República tem o poder de editá-las, não se confundindo com projetos de Lei. Desde quando editada, a Medida Provisória já produz efeitos de norma vinculante<sup>5</sup>.

Da feição de cautelaridade – urgência e relevância – da Medida Provisória, resulta a necessidade de imediata comunicação do Presidente da República ao Legislativo, por meio de mensagem presidencial<sup>6</sup> a fim de que seja – a Medida Provisória – objeto de exame e parecer por comissão mista de deputados e senadores. No caso da Medida Provisória 514 de 2010, não houve sequer a instauração de comissão mista de deputados e senadores<sup>7</sup>, no âmbito da câmara dos deputados, para que o texto enfrentasse o necessário debate e a imprescindível análise das consequências que traria à sociedade, mormente no tocante à modificação que resultou no art. 1.240-A do Código Civil. Muito embora sob o ponto de vista formal esse requisito fosse imprescindível para conversão da Medida Provisória em Lei, o trâmite legislativo prosseguiu.

Inúmeras emendas foram dando forma à Medida Provisória, dentre as quais somaram-se àquelas a que instaurava uma nova modalidade de usucapião, posteriormente, denominada usucapião familiar. Ao final da atividade legislativa de exame da Medida Provisória, chegou-se ao Projeto de Lei de Conversão (PLC) número 10 de 2011. Inobstante a inclusão do art. 1.240-A no Código Civil não guardasse qualquer relação com os conceitos jurídicos de urgência e relevância, o processo legislativo culminou na promulgação presidencial da Lei 12.424/2011 e a consequente instauração de uma nova modalidade de usucapião no âmbito do direito de família: a usucapião familiar.

## **1.1 Inobservância de formalidades procedimentais: inconstitucionalidade formal e violação do princípio da legalidade**

A análise, ainda que superficialmente limitada às fases do processo legislativo que culminou implementação de uma nova modalidade de usucapião, permite alguns questionamentos. Esses questionamentos habilitam

---

<sup>5</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.886

<sup>6</sup>No caso da Medida Provisória ora analisada a mensagem emanada do Poder Executivo foi a seguinte:

*"Mensagem nº 674*

*Senhores Membros do Congresso Nacional,*

*Nos termos do art. 62 da Constituição, submeto à elevada deliberação de Vossas Excelências o texto da Medida Provisória nº 514, de 1º de dezembro de 2010, que "Altera a Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e dá outras providências".*

*Brasília, 1º de dezembro de 2010.*

<sup>7</sup>Embora seja expressa exigência na Constituição Federal, art. 62 – [...] § 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.

duas linhas de argumentação, que resultam em debilidades constitucionais, embora oriundas de fases distintas. Primeiro argumento se refere à ausência de instalação de comissão mista<sup>8</sup>, no âmbito da Câmara dos Deputados, a fim de que a alteração que culminou no art. 1.240-A do Código Civil fosse submetida ao debate e enfrentasse o trâmite habitual. O segundo argumento diz respeito à inexistência de qualquer correspondência entre a instauração de uma nova modalidade de usucapião e os conceitos jurídicos indeterminados de relevância e urgência, elementos vitais da Medida Provisória. Embora o uso dos termos seja de significado impreciso, na hipótese de analisados isoladamente do sistema do qual fazem parte, a compreensão sistemática atribui-lhes um sentido mínimo por força do contexto normativo<sup>9</sup>.

No que se refere ao primeiro argumento, não são poucos os que defendem que a inobservância “quanto ao cumprimento das formalidades procedimentais viciam o processo de formação da lei, tornando-a formalmente inconstitucional<sup>10</sup>”, embora no âmbito do Supremo Tribunal Federal se encontre entendimento, minoritário<sup>11</sup>, admitindo que a conversão da Medida Provisória em Lei, como no caso em testilha, convalida seus vícios formais encerrando a tarefa do legislativo e inviabilizando a apreciação do cumprimento das formalidades no âmbito do Poder Judiciário. Quanto a este

<sup>8</sup>Na tramitação do processo legislativo, o ofício 518 (CN) endereçado ao presidente da Câmara, Deputado Marco Maia, datado de 22 de dezembro de 2010, ao apagar das luzes em vésperas do recesso natalino, deixa claro que: “*A medida foram oferecidas 52 (cinquenta e duas) emendas e a Comissão Mista referida no caput do art. 2º da Resolução nº 1 de 2002 CN não se instalou*”.

<sup>9</sup>ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1997. P. 79.

<sup>10</sup>SARLET, Ingo Wolfgang, *at al. Curso de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 390. p. 776.

<sup>11</sup>[...] Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. 3. Prosseguimento do julgamento quanto à análise das alegações de vícios formais presentes na Medida Provisória nº 144/2003, por violação ao art. 246 da Constituição: “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”. Em princípio, a medida provisória impugnada não viola o art. 246 da Constituição, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 6/95 não promoveu alteração substancial na disciplina constitucional do setor elétrico, mas restringiu-se, em razão da revogação do art. 171 da Constituição, a substituir a expressão “empresa brasileira de capital nacional” pela expressão “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país”, incluída no § 1º do art. 176 da Constituição. Em verdade, a Medida Provisória nº 144/2003 não está destinada a dar eficácia às modificações introduzidas pela EC nº 6/95, eis que versa sobre a matéria tratada no art. 175 da Constituição, ou seja, sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico. Vencida a tese que vislumbrava a afronta ao art. 246 da Constituição, propugnando pela interpretação conforme a Constituição para afastar a aplicação da medida provisória, assim como da lei de conversão, a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia. 4. Medida cautelar indeferida, por maioria de votos.”(ADI 3090 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2006, DJE-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 P-00027 EMENT VOL-02295-01 P-00049 RTJ VOL-00202-03 P-00972).

aspecto,

“opiniões categorizadas sugerem que, sendo a lei de conversão um diploma autônomo com relação à medida provisória, os vícios próprios da medida provisória não se comunicariam à lei de conversão. Há a ponderar, entretanto, que, nos termos da jurisprudência do STF, a medida provisória confirmada pelo Congresso Nacional não sofre solução de continuidade com a sua transformação em lei. A lei resultante da sua aprovação atua para ratificá-la com relação ao passado e assegurar sua vigência para o futuro. Havendo a confirmação da medida provisória, o STF entende espiciosa a distinção entre lei de conversão e a própria medida provisória. Se assim é, não parece que se possa dar a lei de conversão como impermeável aos vícios da medida provisória. Afinal, aquela é a ratificação desta. Ademais, a lei é editada porque o Congresso foi provocado a legislar, ao ser editada a medida provisória. A medida provisória foi o fato defragrador do processo legislativo, na sua origem, por ter sido provocado por um ato que a Constituição tem como inválido, não parece possível dissociar a lei daí resultante do grave vício ocorrido no seu nascedouro<sup>12</sup>”.

Desta perspectiva, o segundo argumento ganha vulto. Se entendermos a lei de conversão verdadeira afirmação da Medida Provisória e, como corolário, insuscetível de convalidação de qualquer vício formativo, há no mínimo que se duvidar da constitucionalidade do artigo 1.240-A do Código Civil. É que apesar do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV – ter agregado medidas relevantes e urgentes que reclamem o manejo de Medida Provisória, não se pode dizer o mesmo acerca da instauração de uma nova modalidade de usucapião.

Os pressupostos de urgência e relevância estão sujeitos à larga margem de apreciação política do Presidente da República, que por sua vez está atrelado ao (re)exame dos pressupostos de constitucionalidade por parte do Congresso Nacional, antes mesmo de adentrar no mérito da Medida Provisória. Por esse motivo, durante muito tempo se entendeu que o Poder Judiciário não detinha competência para exercer controle da existência dos pressupostos de urgência e revância, que no constitucionalismo anterior estavam vinculados aos decretos-lei.

A partir do enfrentamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 162 de relatoria do Ministro

---

<sup>12</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 896.

Moreira Alves<sup>13</sup>, o entendimento anteriormente firmado se modificou<sup>14</sup> para admitir a possibilidade do controle judicial dos pressupostos de relevância e urgência das Medias Provisórias, em especial nos casos de “abuso manifesto”<sup>15</sup>.

Dos constatados vícios procedimentais na formação do processo legislativo que resultou na inclusão do artigo 1.240-A do Código Civil, aponta-se como corolário a ofensa ao princípio da legalidade. O constituinte ao apresentar a garantia a partir da qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, deixou suficientemente claro a necessidade da estrita observância das regras básicas na feitura das espécies normativas. Ou seja, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional (artigos 59 à 69, da Constituição Federal)<sup>16</sup>”. Daí por que afirmar que a inobservância das normas constitucionais atinentes ao processo legislativo acarretam a inconstitucionalidade formal da lei ou ato produzido<sup>17</sup>.

Como resultado, o que decorre do processo legislativo é inexistente, ou formalmente inconstitucional<sup>18</sup>. O Poder Judiciário até então dedicou análise dessas questões preliminares, no tocante ao surgimento do artigo 1.240-A do Código Civil. Mas existem outros desdobramentos patológicos que decorrem da pretensa instauração de uma usucapião familiar.

<sup>13</sup>[...] - Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto. - [...] (ADI 162 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 14/12/1989, DJ 19-09-1997 P-45525 EMENT VOL-01883-01 P-00001).

<sup>14</sup>Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e ‘urgência’ (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997).” (ADC 11-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-3-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007.)

<sup>15</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. op. cit. p. 887.

<sup>16</sup>MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 3ª ed., Editora Atlas. 1998. p. 487.

<sup>17</sup>Ibidem.

<sup>18</sup>Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thaís Boia Marçal fazem um apanhado geral dos argumentos que sustentam a “tese da inconstitucionalidade da usucapião conjugal”. Não há nenhum posicionamento próprio ou por eles referidos que se alinhe aos argumentos aqui trazidos quanto aos vícios no processo legislativo. Ver: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MARÇAL, Thaís Boia. Aspectos polêmicos da “Usucapião Conjugal: questões afetas ao art. 1240-A do Código Civil Brasileiro”. *Revista de Direito Privado*. RDPriv. 54. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 272-273.

## 2 EFEITOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO DE FATO: MANCOMUNHÃO OU CONDOMÍNIO?

Contraído o casamento ou a união estável, nasce a entidade familiar<sup>19</sup> que tem especial proteção do Estado (art. 226 da Constituição Federal). Não há nenhuma dificuldade em identificar o momento jurídico em que os cônjuges ou companheiros assumem os deveres relativos à comunhão plena de vida. Por outro lado, não é com tanta facilidade que se dá a identificação do momento em que esse laço se rompe, fazendo cessar direitos e deveres oriundos dessa relação.

O reconhecimento jurídico das situações de fato é a mais primitiva tarefa do direito. Através da usucapião, por exemplo, se atribui juridicidade a uma situação do mundo dos fatos. Sem se distanciar do direito de família, ainda, é possível utilizar como exemplo o pedido de regulamentação de guarda, que também empresta juridicidade à situação do mundo dos fatos: a guarda fática. No que diz com o rompimento da sociedade conjugal através da separação de fato, o reconhecimento jurídico da situação fática comporta controvérsias. Diz-se isso, pois, hodiernamente, em especial naquelas classes sociais que o legislador tomou como destinatárias da alteração legislativa ora em exame, constata-se o aumento significativo do número de casais que, sem buscar o Poder Judiciário, decidem pôr fim à vida conjugal.

A proliferação da separação de fato, em que pese recentes alterações legislativas no sentido de desburocratizar a separação pela via cartorária, ainda é bastante comum, não raro se verificando o surgimento de famílias ilegítimas com nova união sem que estejam efetivamente rompidos os vínculos conjugais anteriormente estabelecidos. A separação de fato, ao contrário das demais situações fáticas, encontra dura resistência em encontrar juridicidade, existindo o argumento de que “a separação de fato não altera, em nada, o direito, pois os cônjuges separados de fato permanecem sempre na situação de pessoas casadas<sup>20</sup>”.

O exame dos efeitos jurídicos da separação de fato é cerne da discussão a respeito da implementação da nova modalidade de usucapião. Dentre os requisitos para a implementação da usucapião familiar está o abandono do lar, circunstância que deve ser lida não como um resgate da discussão da culpa conjugal<sup>21</sup> (art. 1573, IV, CC), mas como a ocorrência da

<sup>19</sup>Embora o Estado garanta proteção especial à família como um todo, aqui referimo-nos – e doravante iremos adotar a mesma denominação – à entidade familiar limitada à figura dos (ex)cônjuges, que são os protagonistas da denominada usucapião familiar.

<sup>20</sup>LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de fato entre cônjuges: efeitos pessoais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 3.

<sup>21</sup>Veja-se, neste sentido, o enunciado 499 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: *“A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240- A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa*

separação de corpos no mundo dos fatos. Sendo o abandono do domicílio conjugal um ato unilateral, o gesto pode ensejar ambiguidade: *quo vadis domine*<sup>22</sup>? Constatado o abandono do lar pelo cônjuge pode-se falar que não há mais dever de coabitação, tampouco comunhão plena de vida. É dizer que:

“quando cessa a convivência, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz, porque simplesmente deixou de existir. Não há mais sequer o dever de fidelidade, a impedir a constituição de novos vínculos afetivos. Tanto isso é verdade que os separados de fato podem constituir união estável. Só há proibição de casar.”<sup>23</sup>

A partir desta constatação, quando o abandono do lar fica caracterizado pela separação de fato, a questão toma dois desdobramentos no que diz com os efeitos jurídicos no âmbito de tutela do patrimônio comum. Primeiro, seria de admitir que a separação de fato não tem efeitos jurídicos. O casamento mantém-se incólume e o patrimônio comum permanece regido pelo estado de mancomunhão. Doutra perspectiva, pode-se afirmar que verificada a separação de fato, está rompido o vínculo conjugal: inexistente coabitação, dever de fidelidade, é dizer que não existe casamento! Rompe-se o regime de bens e o patrimônio comum, antes regido pelo estado de mancomunhão, agora comporta regulamentação pelas disposições atinentes ao Condomínio (art. 1315 e 1.319 do CC). Dependendo da juridicidade atribuída à separação de fato, conforme visto, as variações são significativas e, desta perspectiva, comportam algumas distinções importantes.

## 2.1 Mancomunhão e suas consequências

Se compreendermos que a separação de fato não possui efeitos jurídicos e em nada altera o regime de bens, o patrimônio comum fica em estado de mancomunhão.

A mancomunhão se caracteriza como a situação jurídica da propriedade dos bens em relação ao casal. Aqueles os pertencem de forma igual, sem qualquer distinção ou divisão ou preferência. Significa dizer que na mancomunhão, não há direito individual, não havendo qualquer distinção, hierarquia ou primazia quanto à possibilidade de exercer direitos entre ambos. O direito pode ser exercido de forma idêntica. A mancomunhão existente

---

*descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.”*

<sup>22</sup>Em tradução livre do latim para o português: “Aonde vais Senhor?”

<sup>23</sup>DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005. p. 285.

sobre os bens, decorrente do casamento, somente se extingue com a dissolução deste, o que nesta acepção somente pode ser dar através de sentença judicial de separação, divórcio, ou por meio de escritura pública lavrada em cartório, nos casos permitidos em lei.

Embora possa parecer irrelevante, o reconhecimento jurídico da situação fática da separação pode comportar consequências importantes, conforme explica Maria Berenice Dias:

A doutrina chama de mancomunhão o estado de indivisão patrimonial decorrente do regime de bens. Tal orientação leva boa parte da jurisprudência a negar à separação de fato e à separação judicial a possibilidade de romper o regime de bens, o que só ocorreria com a ultimação da partilha. Esta posição pode levar à injustiças enormes, pois, estando o casal separado, a posse de fato dos bens por um deles sem se impor a ele qualquer dever pelo uso, gera injustificável locupletamento<sup>24</sup>

Embora parcela significativa da jurisprudência já tenha evoluído em reconhecer a juridicidade da separação de fato<sup>25</sup>, ainda existem entendimentos

<sup>24</sup>Ibidem. p. 286.

<sup>25</sup>A própria evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça demonstra a reflexão a partir do voto vencido do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que por ocasião do julgamento do RESP 3710/RS, entendeu que mesmo após a separação judicial, antes de ultimada a partilha, os bens do casal permanecem sob estado de mancomunhão. Eis a ementa do referido julgado: “CASAMENTO. REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. DIREITO AO USO DESTES. - A COMUNHÃO RESULTANTE DO MATRIMÔNIO DIFERE DO CONDOMÍNIO PROPRIAMENTE DITO, PORQUE NELA OS BENS FORMAM A PROPRIEDADE DE MÃO COMUM, CUJOS TITULARES SÃO AMBOS OS CONJUGES. - CESSADA A COMUNHÃO UNIVERSAL PELA SEPARAÇÃO JUDICIAL, O PATRIMÔNIO COMUM SUBSISTE ENQUANTO NÃO OPERADA A PARTILHA, DE MODO QUE UM DOS CONSORTES NÃO PODE EXIGIR DO OUTRO, QUE ESTIVER NA POSSE DE DETERMINADO IMÓVEL, A PARTE QUE CORRESPONDERIA A METADE DA RENDA DE UM PRESUMIDO ALUGUEL, EIS QUE ESSA POSSE, POR PRINCÍPIO DE DIREITO DE FAMÍLIA, ELE EXERCE EX PROPRIO JURE. - RECURSO CONHECIDO PELA LETRA “C” E PROVIDO. (REsp 3710/RS, Rel. Ministro ANTONIO TORREÃO BRAZ, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/1995, DJ 28/08/1995, p. 26636)”. Mais recentemente, preponderou o entendimento anteriormente exarado em voto vencido do Ministro Rui Rosado de Aguiar Júnior, verificando uma modificação no entendimento do Superior Tribunal de Justiça para admitir, nos casos de separação (de fato ou judicial) a possibilidade de cobrança de aluguéis do cônjuge que permanece no imóvel, por uso exclusivo de bem comum, aplicando, para tanto, a disciplina relativa ao Condomínio. Veja-se: “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO ENTRE EX-CÔNJUGES, EM DECORRÊNCIA DO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL AINDA NÃO PARTILHADO. ESTADO DE CONDOMÍNIO. INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE A METADE DO VALOR DA RENDA DE ESTIMADO ALUGUEL, DIANTE DA FRUIÇÃO EXCLUSIVA DO BEM COMUM POR UM DOS CONDÔMINOS. CONCORRÊNCIA DE AMBOS OS CONDÔMINOS NAS DESPESAS DE CONSERVAÇÃO DA COISA E NOS ÔNUS A QUE ESTIVER SUJEITA. POSSÍVEL DEDUÇÃO. ARTS. 1.319 E 1.315 DO CC/02. - Com a separação do casal cessa a comunhão de bens, de modo que, embora ainda não operada a partilha do patrimônio comum do casal, é facultado a um dos ex-cônjuges exigir do outro, que estiver na posse e uso exclusivos de determinado imóvel, a título de indenização, parcela correspondente à metade da renda de um presumido aluguel, devida a partir da citação. - Enquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, notadamente aquela que

contemporâneos que ressentem em admitir a separação de fato como termo final da vida conjugal<sup>26</sup>, resultando na ruptura do regime de bens. Veja-se que nessa situação o vínculo matrimonial permanece incólume, mantendo casados os cônjuges que no mundo dos fatos talvez já tenham constituído nova família.

A usucapião é tida como forma de *prescrição aquisitiva*, mediante a implementação de lapso temporal e atendimento dos pressupostos que conduzem à aquisição do domínio e, posteriormente, da propriedade<sup>27</sup>. Sem maiores delongas: novas inquietações se descortinam. De plano, a questão da prescrição entre os cônjuges. A segunda com a consequência imediata da usucapião: aquisição da propriedade.

A jurisprudência resiste em admitir a separação de fato como fim da sociedade conjugal, de modo que a união restaria hígida mesmo depois de cessada a coabitação, pois os cônjuges permaneceriam casados. Assim, vale dizer que a questão da prescrição toma aquilatada importância neste interregno entre a separação de fato e dissolução da sociedade conjugal<sup>28</sup> já que conforme o art. 197, I<sup>29</sup>, do Código Civil, não há que se falar em

---

*estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, nos termos do art. 1.319 do CC/02. Assim, se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição da coisa. (...) Inteligência do art. 1.315 do CC/02. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 983450/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 10/02/2010)"*

<sup>26</sup>O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, apresenta decisões monocráticas recentes em descompasso à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Não reconhece a separação judicial ou de fato como causa apta a romper o regime de bens substantivados pelo estado de mancomunhão, para aplicar as regras relativas ao estado de condomínio. Veja-se, alguns julgados: "*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS PELO USO EXCLUSIVO DE BEM COMUM POR UM DOS CÔNJUGES. DESCABIMENTO. Enquanto não levada a efeito a partilha dos bens comuns, período em que se mantém em estado de mancomunhão, descabe a fixação de aluguel pelo uso exclusivo de imóvel por uma das partes. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70044282770, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinbo, Julgado em 19/12/2011)"*

*"AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNLÃO ESTÁVEL. IMÓVEL DO CASAL EM USO EXCLUSIVO DA COMPANHEIRA. PAGAMENTO DE ALUGUEL AO VARÃO. Descabe a condenação da agravante ao pagamento de aluguel do imóvel pertencente ao casal antes da partilha, ante a existência da mancomunhão. Precedentes jurisprudenciais. Agravo de instrumento desprovido (Agravo de Instrumento Nº 70041315003, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 27/04/2011)"*

<sup>27</sup>ARONNE, Ricardo. *Código Civil Anotado – direitos das coisas – disposições finais e legislação especial selecionada*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 153

<sup>28</sup>Cujas situações são previstas no art. 1571:

A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

<sup>29</sup>Art. 197. Não corre a prescrição:

prescrição entre cônjuges. Lembra Yussef Said Cahali, ao se referir aos diálogos doutrinários pretérios em relação ao desquite, que “estabelecendo a lei eu a prescrição não ocorre entre cônjuges, na constância do matrimônio, estabeleceu que o desquite não elimina a causa legal impeditiva do curso da prescrição, entendimento que foi consagrado em julgado do STF.<sup>30</sup>” Lembrando que o antigo desquite pode ser equiparado à separação judicial, que antecede o divórcio.

Como consequência, então, mesmo no exíguo prazo de dois anos, proposto pela Lei que instituiu a usucapião familiar, se não houver o término da sociedade conjugal por intermédio da realização de uma das hipóteses do art. 1.571, se assim equacionarmos a questão, a usucapião familiar acaba por ruir, sem qualquer utilidade. Mas as consequências ainda não se esgotam.

Transgredindo as limitações do argumento – supondo, ainda, que fosse possível a ocorrência de prescrição, admitindo a separação de fato como término da sociedade conjugal, mantido o estado de mancomunhão. Ambos os cônjuges são titulares do direito de propriedade. Explica Ricardo Aronne, também, “que a usucapião é modo originário de aquisição do domínio e constituição de propriedade, consoante se demonstra incontroverso dentre os mesmo clássicos, e a doutrina pátria é pacífica neste sentido.<sup>31</sup>”

Como admitir, então, que o proprietário possa adquirir parcela de domínio que se transmutará em titularidade de proprietário? A colocação não é despropositada: soa uma contradição lógica que o proprietário de bem comum, em macomunhão, possa adquirir a (mesma) propriedade pela via da usucapião. Em sendo modo de aquisição *originária* da propriedade, “não se adquire, por tal via, parcela de domínio e sim a totalidade deste, cuja titularidade que se alcançará, é a de proprietário<sup>32</sup>”, o que permite concluir que a usucapião familiar imposta pelo art. 1240-A do Código Civil carece de utilidade e aplicação prática, a partir da interpretação emprestada à separação de fato.

## 2.2 Condomínio e suas consequências.

Doutra perspectiva, ainda no sentido de atribuir efeitos jurídicos à separação de fato, supondo que a separação de fato ponha fim ao regime de bens, mesmo quando não ultimada a partilha – os bens estariam, então, regidos pelo estado de condomínio. O fenômeno de concorrência de direitos iguais sobre a propriedade indivisa entre os cônjuges toma o nome de

---

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; (...).

<sup>30</sup>CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 689.

<sup>31</sup>ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 259.

<sup>32</sup>Ibidem.

condomínio ou co-propriedade, o que se verifica, embora mais raramente, em outros direitos reais como a enfiteuse<sup>33</sup>. Enquanto na mancomunhão não há direito individual, no condomínio, cada condômino: “tem um direito autônomo, independente, isolado, que, pelo caráter e pelo conteúdo é o direito de propriedade, mas que por extensão é limitado numa quota que seria sua expressão total<sup>34</sup>.”

A chamada mancomunhão (*Gesamthand*<sup>35</sup>), distingue-se claramente da chamada comunhão por quotas do tipo romano, entre nós denominado condomínio. Na mancomunhão, (*communio juris germanici*<sup>36</sup>), existe a cotitularidade sobre o patrimônio comum indiviso, de modo que os cônjuges não têm uma determinada parte ideal da propriedade comum<sup>37</sup>, eis que pertence a ambos de forma igualitária. No condomínio (*communio juris romani*), por sua vez, verifica-se a existência de uma co-titularidade sobre cada objeto individualizado. Desta perspectiva, ao menos em um primeiro momento, parece mais adequado que o regime de bens após o rompimento dos laços conjugais pela separação de fato seja regido pelo estado de condomínio, até por que, via de regra, apenas um dos cônjuges fará uso exclusivo do patrimônio comum.

Neste particular, existem entendimentos que consagram a possibilidade de existência da prescrição aquisitiva entre condôminos, embora nem sempre tenha se decidido assim<sup>38</sup>. Independente do entendimento adotado – sobre a possibilidade ou não da usucapião entre condôminos –, nasce para o cônjuge que deixa o domicílio conjugal, a pretensão de arbitramento de aluguéis por uso exclusivo de bem comum.

A ação de arbitramento de aluguéis por uso exclusivo de bem comum, pauta-se como um instrumento de reivindicação da propriedade – e que inviabiliza, em tese, a aquisição pela via da usucapião – repondo a

<sup>33</sup>GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1985. p. 201.

<sup>34</sup>Ibidem.

<sup>35</sup>Também denominada de comunhão de “mãos juntas”, pela doutrina alemã.

<sup>36</sup>ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 1984. Tomo I. §248-249.

<sup>37</sup>FRANCISCO CAVALCANTI, Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Borsoi. 1955. Tomo XII, p. 12-13.

<sup>38</sup>No Superior Tribunal de Justiça: *USUCAPLÃO. CONDOMÍNIO. PODE O CONDOMINIO USUCAPIR, DESDE QUE EXERÇA POSSE PRÓPRIA SOBRE O IMÓVEL, POSSE EXCLUSIVA. (...)* (REsp 10.978/RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/1993, DJ09/08/1993, p. 15228) No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJ/RS: *USUCAPLÃO EXTRAORDINÁRIO. ÁREA EM CONDOMÍNIO. POSSIBILIDADE. Na esteira do entendimento que vem professando este Órgão Colegiado é possível, em sede de usucapião extraordinário, ser declarado o domínio em favor de condômino, desde que exerça posse própria e exclusiva sobre o bem, sem oposição e com animus domini. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70039026869, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Günther Spode, julgado em 14/06/2011).* No Supremo Tribunal Federal, com antigo entendimento em sentido contrário: *USUCAPLÃO. INVULNERABILIDADE ENTRE CONDOMÍNIOS, NÃO HAVENDO POSSE SOBRE ÁREA CERTA E INDIVIDUADA.* (RE 69252, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/1970) *USUCAPLÃO - IMPOSSIBILIDADE ENTRE CONDOMÍNIOS -* (RE 45122, Relator(a): Min. ARI FRANCO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/07/1961).

igualdade material entre os ex-conjuges. Ou seja, aquele que deixa o lar terá que pagar aluguéis ou adquirir outro imóvel; enquanto aquele que permanece, paga aluguéis para que não haja locupletamento indevido com uso exclusivo de bem imóvel de propriedade de ambos, sem contraprestação.

Outra patologia facilmente identificada na pretensa instauração da usucapião familiar por abandono do lar, diz com a inexistência de obrigatoriedade quanto aos pressupostos da usucapião: posse justa, mansa e pacífica com ânimo de dono. Compreensível desta perspectiva, que seja desnecessário exigir posse mansa e pacífica de quem já é proprietário, portanto não só com ânimo de dono, mas legalmente proprietário. Veja-se que a partir da citação na ação de arbitramento de aluguéis por uso exclusivo de bem comum, não é forçoso dizer que a posse adquire certa precariedade. A citação válida (art. 219 do CPC) basta para que se interrompa o prazo prescricional de 2 (dois) anos. E valendo-se desse instrumento – arbitramento de aluguéis – a usucapião familiar não subsiste.

Do papel de defesa do direito à moradia, à família, ao Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV, a usucapião familiar em nome de causas nobres, deturpou qualquer possibilidade de sucesso na sua aplicação. A efetividade do direito à moradia e questões patológicas em torno de programas sociais do qual adveio a implementação legislativa, são questões que, doravante, merecem análise em particular.

### **3 DIREITO À MORADIA E O PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA – PMCMV**

Em exercício de abstração, supondo que não existisse qualquer dos problemas já apontados no que diz com a instauração da usucapião familiar, debruça-se análise à pretensão do legislador. A Lei 12.424/11 surgiu com a finalidade de instrução de justiça social, pois trouxe como desiderato o regramento do Programa Minha Casa Minha Vida, direcionado ao direito social de moradia em sua vertente prestacional (art.6º, CF). Com destinação às famílias de baixa renda, o programa social possibilita a realização do sonho da casa própria através de financiamentos em longo prazo e taxas módicas, lançando gravame sobre o bem adquirido.

Nessas circunstâncias, caso o cônjuge abandone o lar em meio ao financiamento, se efetivada a aquisição da propriedade pelo cônjuge remanescente através da usucapião familiar, o gravame não poderá ser mantido. Parece, pois, que os responsáveis pela alteração legislativa não mediram as conseqüências nefastas que podem inviabilizar economicamente o dito programa social, isso pois:

“Sem prejuízo do exposto, nenhum modo de aquisição originário mantém gravames no bem, cediço que esses decorrem de desdobramentos dominiais, somente mantidos nos modos de aquisição

derivada. Em sendo a usucapião um modo de aquisição originário, mesmo que já houvesse um aforamento, esse seria desconstituído pela perspectiva da sentença, quiçá, poder-se-ia imaginar que o proponente adquira o próprio gravame e não a propriedade. Portanto, a usucapião guarda especialidade justamente por ser modo de aquisição originário, e justamente por tal especialidade, sem prejuízo dos demais argumentos, jamais se prestará a constituição de direitos reais sobre coisas alheias, sendo ao contrário, elemento de extinção de qualquer gravame existente no bem usucapido<sup>39</sup>

Em sendo a modalidade de aquisição originária – usucapião – não há sequer a possibilidade de manter eventual gravame sobre o bem, o que por certo não está previsto como consequência da aplicação da bem fadada alteração legislativa. Ademais, do ponto de vista da efetividade do direito à moradia, é de todo questionável seus desdobramentos. Caso aplicado, um cônjuge terá o direito à moradia efetivado pela concretização do sonho da casa própria. O outro estará a mercê de sua própria sorte pelo fato de ter “abandonado” o domicílio conjugal, sem qualquer direito ou contrapartida que lhe assista. Ainda, o direcionamento exclusivo ao imóvel urbano de até 250 metros quadrados se revela um limitador injustificado. É certo que ainda existe parcela da população brasileira que se estabelece em imóveis rurais, inclusive em agricultura de subsistência. Assim como famílias mais numerosas, que residem em imóveis cuja área excede 250 metros quadrados.

Essa leitura se dá sem antever, ainda, eventual e pertinente discussão no que diz com a violação do princípio da igualdade (art.5º, I, e art.226, § 5º, CF), já que o imóvel comum será destinado a um dos cônjuges em detrimento do outro. Fica o questionamento: efetividade do direito à moradia para que(m)?

#### 4 QUESTÕES PROCESSUAIS

Tal como concebida, a alteração implementada pelo artigo 1.240-A do Código Civil plantou, além das inúmeras inquietações no âmbito do direito material, alguns questionamentos de ordem processual. Isto é, ainda em exercício de abstração em relação aos problemas anteriormente referidos, já que suficientes para demonstrar as patologias decorrentes da usucapião familiar, é possível antever outros questionamentos.

A usucapião ordinária, extraordinária, especial urbana ou rural alcança o Poder Judiciário através de ação própria, ou como matéria de defesa em preliminar. Em contrapartida, na usucapião familiar o legislador não apontou nenhum indicador que leve a crer que possa ser requerida nos próprios autos da separação judicial, em forma de incidente, ou, ainda, se poderá ser invocada como matéria de defesa através de preliminar.

<sup>39</sup>ARONNE, Ricardo. op. cit. p. 259-260.

Por tratar-se de procedimento especial, a ação de usucapião tem rito próprio (art. 942 do CPC) que impõe, de plano, o cumprimento de alguns requisitos básicos<sup>40</sup>, que não encontram correspondência na assim chamada usucapião familiar. Não há menção à aplicação do rito especial ao trâmite da usucapião prevista pelo art. 1.240-A do Código Civil, tampouco o indicativo da necessidade de citação dos confinantes ou apresentação de memorial descritivo de confrontações, limites e área do imóvel a ser usucapido. A intimação da Fazenda Pública (Federal, Estadual e Municipal) também se apresenta como pressuposto essencial de existência e validade específicos da ação de usucapião, não encontrando, igualmente, correspondência e aplicação prática na usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil.

Aspecto interessante e que pode suscitar maior debilidade das boas intenções legislativas, diz com a defesa apresentada para causa de pedir na usucapião. Noutras palavras, supondo que a ex-cônjuge que “abandonou” o lar alegue que o fez por que vítima de violência doméstica<sup>41</sup>? Ou, ainda, que o ex-conjuge justifique e alegue ter deixado o lar para que a beligerância havida entre o casal não prejudicasse a prole. De quem é o ônus da prova?

Sem contar que a Associação de Notários e Registradores do Brasil (ANOREG-BR) quer ampliar a dicção da Lei que culminou na usucapião familiar para, adotando o ideário do direito português, admitir que a usucapião se dê pela via extrajudicial. Assim, vários entraves para regularização de imóveis poderiam ser solucionadas pela via administrativa, o que hoje só se vislumbra em áreas em que haja interesse social. Qualquer outra alteração legislativa que não seja a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.240-A do Código Civil, por certo trará novos problemas, tornando necessário inimaginável esforço interpretativo.

## CONCLUSÃO

A usucapião familiar despontou como uma festejada e inconsequente inovação. A superficial análise do processo legislativo, permite identificar que requisitos essenciais à formação da lei foram ignorados, como a instauração da comissão mista de deputados e senadores, quando da conversão da Medida Provisória em Lei. Como corolário, viola-se o princípio da legalidade, já que o constituinte estabelece expressamente o trâmite que o processo legislativo deve seguir. É dizer, em uma primeira leitura procedimental, que o dispositivo é formalmente inconstitucional – seja pelos vícios que apresenta, ou pela inexistência de correspondência da usucapião familiar com os conceitos jurídicos imprecisos de urgência e relevância.

<sup>40</sup>ARAÚJO, Fabio Caldas. *O usucapião no âmbito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.283.

<sup>41</sup>DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf)> Acesso em 30 de ago. 2013.

Ademais, o artigo 1.240-A do Código Civil da forma como colocado, pode supor um resgate da discussão acerca da culpa na dissolução na união conjugal. Parece mais adequado, todavia, que o “abandono” seja visto como sinônimo de separação de fato, ou separação de corpos.

Disso decorre a análise acerca dos efeitos juridicamente atribuídos à separação de fato. Se entendermos a separação de fato substantivada pelo estado de mancomunhão, a usucapião familiar não tem qualquer utilidade. Primeiro porque não ocorre prescrição entre cônjuges, e, desta perspectiva, o vínculo matrimonial permanece incólume. Segundo porque não há, ao menos sem um imenso esforço interpretativo, como se operar a prescrição aquisitiva em imóvel do qual já se é titular da propriedade. Doutra perspectiva, concebendo o estado de condomínio como resultado da separação de fato, nasce a pretensão para arrendamento de aluguéis por uso exclusivo de bem comum. E isso por si só basta para que a prescrição se interrompa e a usucapião permaneça carecendo de sentido prático.

Nem abstraindo todas as patologias que foram indicadas, a usucapião familiar seria capaz de servir de instrumento para efetivação do direito à moradia, porque se presta à satisfação dos interesses de apenas um dos cônjuges e impõe limitações de extrato social, bem como de área do imóvel a ser usucapido. No âmbito de aplicação prática, a usucapião familiar carece de qualquer disposição ou indicativo acerca da aplicabilidade, ou não, do rito especial previsto no artigo 942 do Código de Processo Civil, bem como exigibilidade de memorial descritivo, citação de confinantes ou intervenção da fazenda pública. Por fim, tem-se a notícia da pretensão de que a Lei seja ampliada para desburocratizar a usucapião, possibilitando que se concretize pela via extrajudicial. Pois se no âmbito do judiciário os problemas que dela decorrem não são poucos, fica novamente o questionamento: usucapião familiar: *quo vadis* ?

## REFERÊNCIAS

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

ARONNE, Ricardo. *Código Civil Anotado – direitos das coisas – disposições finais e legislação especial selecionada*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados: das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Livraria do Advogado:

Porto Alegre, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?* Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf) Acesso em 30 ago 2013

FRANCISCO CAVALCANTI, Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Borsoi. 1955. Tomo XII.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MARÇAL, Thais Boia. Aspectos polêmicos da “Usucapião Conjugal: questões afetas ao art. 1240-A do Código Civil Brasileiro”. *Revista de Direito Privado*. RDPriv. 54. Editora Revista dos Tribunais. 2013.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1985.

LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de fato entre cônjuges: efeitos pessoais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. Tomo I.

SARLET, Ingo Wolfgang, at al. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais. 2012.