



A USUCAPIÃO FAMILIAR E A FIGURA DO ABANDONO DE LAR: CONTRADIÇÕES E AMBIGUIDADES

ADVERSE POSSESSION AND FAMILIAR FIGURE OF HOME ABANDONMENT: CONTRADICTIONS AND AMBIGUITIES

¹Cláudia Franco Corrêa

²Cristina Gomes Campos De Seta

RESUMO

A Lei n.º 12.424/2011 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da usucapião familiar, introduzindo o artigo 1.240-A no Código Civil. Esta modalidade de usucapião apresenta como um de seus requisitos o abandono de um dos cônjuges ou companheiros do lar conjugal. A referida lei teve por escopo dar efetividade ao direito social à moradia; no entanto, introduziu uma ambiguidade no sistema normativo por ter permitido, em tese, reintroduzir a discussão do elemento culpa na dissolução da sociedade conjugal que já havia sido sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010. Tal emenda já havia extinguido a dicotomia vínculo matrimonial/sociedade conjugal do direito brasileiro fazendo desaparecer a avaliação da culpa para a dissolução da sociedade. Este novo instituto de aquisição da propriedade ensejou um conflito normativo com a nova dimensão dada ao direito de família fruto da releitura da família através dos direitos fundamentais. Este conflito normativo, assim como as suas consequências para a segurança jurídica é o tema do presente trabalho.

Palavras-chave: Usucapião familiar; Abandono do lar; Culpa e direitos fundamentais

ABSTRACT

The Law No. 12.424 / 2011 entered the Brazilian legal system the institution of the family adverse possession, introducing the article 1240-A in the Civil Code. This type of adverse possession has as one of its requirements the abandonment of one of the spouses or partners of the marital home. The law had the scope to give effect to the social right to housing; however, it introduced an ambiguity in the legal system for allowing, in theory, reintroduce the discussion of the guilty element in the dissolution of the conjugal society that had been buried by Constitutional Amendment 66/2010. Such amendment had already extinguished the marriage bond dichotomy / conjugal partnership of Brazilian law and has disappeared with the guilty analysis when the couple wanted to put an end to the family relationship. This new institute of acquisition of ownership has resulted in a legal conflict with the new dimension given to the family law due the interpretation given to the family rights through fundamental rights. This legal conflict as well as its consequences for legal certainty is the theme of this work.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Adverse possession; Home abandonment; Guilty; Fundamental rights

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Salvador, BA. Professor na Universidade Federal da Bahia-UFBA, Salvador, BA, (Brasil). E-mail: francocorrea@oi.com.br.

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF, Rio de Janeiro, RJ, (Brasil). Juíza de Direito, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, TJ/RJ, Rio de Janeiro, RJ. E-mail: cris.gomescampos@gmail.com.



INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.424/2011 incluiu no Código Civil o artigo 1240-A, que prevê a modalidade de usucapião na esfera familiar ao dizer que aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Tal figura jurídica advém do Programa Minha Casa, Minha Vida, criado pela Lei 11.977/09, que também tem sido nomeada como usucapião especial urbana familiar, usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal, usucapião conjugal, usucapião *pro-família* e até usucapião da meação.

A *ratio* da lei, ao que se infere, busca alcançar a proteção ao direito de moradia, na qualidade de Direito social assim descrito no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Trata-se de modalidade de usucapião que prevê a possibilidade de usucapir imóvel condominial, ou seja, o ex-companheiro (a) ou ex- cônjuge poderá usucapir a fração ideal do outro e que haja configurado o abandono do lar por parte daquele que perderá sua fração e a residência (posse exclusiva) do outro, que a usucapirá.

Em que pese a intrincada e controvertida discussão que assume o assunto, principalmente na questão da exiguidade do prazo de 2 (dois) anos, o objetivo do presente *paper* se detém, de modo especial, a um quesito de grande relevância encontrada no referido dispositivo legal, que se concentra na percepção e análise da figura do abandono de lar como pressuposto de admissão para que haja a configuração da aquisição da propriedade imobiliária de modo originário, considerado, por alguns, um retrocesso, no sentido de ressuscitar o tema da “culpa” na questão da separação e que vinha, há muito, sendo relevado.

Prima facie, problematizamos a extensão do significado do conceito de “abandono de lar”. Tal figura merece o devido estranhamento, tendo em vista sua complexa trajetória no Direito brasileiro e atualmente, sua associação à usucapião, outra figura complexa do ponto de vista adjetivo e operacional, levando em consideração sua implicada tratativa na esfera judicial e, mais recentemente, sua possível aderência à modalidade de usucapião administrativa trazida pelos novos ventos do Código de Processo Civil que entrará em vigor a partir de 2016.



A problematização a que nos referiremos no presente trabalho baseia-se, não apenas no renascimento da figura do abandono de lar e o que ela sempre representou no caminho percorrido dentro do Direito de família no Brasil ao consolidar o patenteamento de um paradigma familiar uniforme e, por certo aspecto, bastante excludente, mas, sobretudo, quais seriam suas reais motivações e interpretações, posto que há uma nebulosidade normativa no texto da lei.

Tal nebulosidade comumente praticada no “mundo do Direito” que consiste basicamente em uma esfera à parte das relações sociais, onde só penetram aqueles fatos que venham a ser considerados como jurídicos ainda que não muito bem explicitados, permitindo a abertura interpretativa pelo não-dito ou pela prática de, implicitamente, alcançar certos objetivos por via oblíqua, acaba por dispensar o exame cuidadoso e rigoroso dos princípios e regras que organizam a especificidade dos campos e respondem por seu modo próprio de operar, conferindo frequentemente a uma implicação genérica e redutora ao mesmo tempo (KANT, 2008).

Deste modo, o presente artigo se propõe a investigar e tecer uma exposição analítica, com base na experiência adquirida pelos autores, após anos de atuação no judiciário, na área do direito civil, bem como na academia, onde habitualmente lecionam as disciplinas de Direitos Reais e Direito de Família, acerca das possíveis variáveis de ambiguidades e contradições encontradas em um aparente “simplório” dispositivo legal, no qual tem-se de um lado a efetivação tutelar ao acesso ao direito de moradia familiar, contudo, por outro, impõe a perda de um direito sob a vestuta de um velho manto rasgado inserido no arquétipo normativo subjacentemente.

Destarte, após vasta explanação dos institutos envolvidos no imbróglio em questão, resultado de ampla pesquisa de cunho bibliográfico, realizada na melhor doutrina pertinente ao tema e em precedentes jurisprudenciais recentes, pretendemos compartilhar algumas reflexões advindas da associação entre os institutos da usucapião e do abandono de lar e suas implicações práticas operacionais, bem como investigar suas condições contraditórias e ambíguas.

2. UMA BREVE DEFINIÇÃO DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO.



A usucapião¹ consiste em modo de aquisição da propriedade ou de outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com observância dos requisitos instituídos em lei (PEREIRA, 2003, p. 138). Ou seja, dois elementos são basilares neste modo aquisicional: a posse e o tempo. Outros requisitos serão exigidos dependendo da espécie da usucapião que se pretende exercer. Trata-se de modo originário da aquisição, uma vez que não se consolida qualquer transmissão com o novo titular. O usucapiente (quem pretende usucapir) não recebe a coisa em transmissão do antigo titular; ao contrário, por possuir o bem dentro dos requisitos que a lei estabelece, o usucapiente se tornará proprietário independente da vontade do anterior.

A *posse ad usucapionem* (aquela que habilita a pessoa a adquirir a propriedade) deve ser contínua, pacífica (sem contestação), por tempo que a política legislativa determina a cada espécie e com intenção de dono (*animus domini*), que exclui toda e qualquer posse que não se faça acompanhar da intenção de ter a coisa para si, como ocorre nos casos em que a posse é derivativa de um contrato, por exemplo. Outra condição essencial se encontra no bem sobre o qual recai a posse, portanto, na coisa a ser usucapida (*res habilis*), isto é, se o bem é passível de ser suscetível da usucapião. Nesse sentido, o bem público está fora do regime de aquisição na modalidade da usucapião, tanto por força constitucional (artigo 183, § 3º CF)² como no plano infraconstitucional, como se observa no artigo 102 do Código Civil³, a despeito de, recentemente e de forma excepcional, o Tribunal de Minas Gerais, em decisão que julgou a apelação civil nº 1.0194.10.011238-3/001 da comarca de Coronel Fabriciano, ter reconhecido a possibilidade de usucapião em um terreno público (LUPETTI E CORRÊA, 2015, p.09).

Justifica-se a usucapião sob o amparo do binômio: abandono tácito e aproveitamento econômico do bem, traduzido para alguns autores como função social da propriedade⁴, uma vez que em decorrência da inércia do precedente proprietário, outro concede ao bem usucapido os valores efetivos de utilidade social (PEREIRA, 2003).

No ordenamento jurídico brasileiro a usucapião encontra-se instituída na Lei 10.257/2001, denominado de Estatuto da Cidade, que ressalta a usucapião urbana nas formas individual e coletiva, além do Código Civil brasileiro e a própria Constituição Federal.

¹ *Usucapio* – Palavra do gênero feminino radical *usu*, que é masculino e ao qual se agregou o verbo *capere* (feminino), para formar o verbo *usucapere* e o substantivo *usucapio*. O Código civil de 2002, apegando-se ao purismo das raízes latinas optou em empregar o termo no feminino.

² Tal dispositivo veda que os imóveis públicos possam ser adquiridos por usucapião.

³ Dispositivo que determina que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

⁴ Nesse sentido: Serpa Lopes, Orlando Gomes, Lafayette e José dos Santos Carvalho Filho.



Somente no Código Civil encontramos 05 (cinco) espécies, sendo elas: usucapião extraordinária (artigo 1238), usucapião rural (artigo 1239), usucapião urbana individual (artigo 1240), usucapião familiar (artigo 1240-A) e usucapião ordinária (artigo 1242).

Acresce-se a inclusão, em nosso aparato legal, do instituto da usucapião administrativa trazido pelo artigo 1.071 do Novo Código de Processo Civil, que acresce à Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) o artigo 216-A, permitindo que o reconhecimento da propriedade pela usucapião seja realizado de maneira extrajudicial perante o cartório de registro de imóveis, *in verbis*:

Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

O novo Código de Processo Civil, sancionado recentemente, tem como proposta precípua imprimir celeridade as ações judiciais de modo a desafogar o Judiciário, neste aspecto pontuam Lupetti e Corrêa:

Diante da crise de legitimidade decorrente de sua notória falta de efetividade no trato dos conflitos que lhe são submetidos, tanto que, inclusive, previu o instituto sobre o qual nos debruçamos neste artigo, a usucapião administrativa, com a proposta de conceder a propriedade de forma menos burocrática e menos formal. Nessa linha, verificamos, então, o recrudescimento do movimento conhecido como “desjudicialização”, surgido como remédio heroico para o descongestionamento do Poder Judiciário (CORRÊA E LUPETTI, 2015, p. 04).

A usucapião extrajudicial ou usucapião administrativa não é algo novo no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 11.977/2009, com as modificações da Lei nº 12.424/2011, que dispõe sobre o programa “Minha Casa, Minha Vida” e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, tratou do assunto ao atrelá-la como o fim esperado do procedimento de legitimação de posse, considerando-a um dos efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos proposta na lei.

No contexto do novo dispositivo impresso na lei processual em comento percebemos a instituição da usucapião extrajudicial condicionado a um processo administrativo oneroso de exigências documentais a serem acostadas aos autos administrativo, como ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores,





conforme o caso e suas circunstâncias, planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel⁵.

Outro fato pertinente ao assunto demarcado como problema essencial proposto no presente *paper* está na omissão da dita lei quanto à aplicação da usucapião extrajudicial nas espécies da usucapião dispostas na lei. A nova redação não obstaculiza o pedido de nenhuma delas. Logo, se conclui que há uma abertura para qualquer modalidade de usucapião, inclusive a familiar, objeto de nosso estudo.

Como já falamos alhures, trata-se de modalidade de usucapião que prevê a possibilidade de usucapir imóvel condominial, ou seja, o ex-companheiro(a) ou ex- cônjuge poderá usucapir a fração ideal do outro, desde que o imóvel seja urbano, de até 250 metros quadrados, utilizado pela unidade familiar e que haja configurado o abandono do lar por parte daquele que perderá sua fração e a residência (posse exclusiva) do outro, que usucapirá.

O primeiro problema que identificamos se dá na extensão do significado do termo ex-companheiro e ex-cônjuge, pois, presume-se que haja um rompimento da relação do casamento ou da união estável, por via de direito ou de fato. Na comprovação da condição de separados extrajudicialmente ou judicialmente, bastará, por óbvio, a juntada da certidão de casamento devidamente averbada com o divórcio, no caso do casamento, ou da escritura pública ou sentença de declaração da extinção da união estável.

Contudo, na esfera da separação de fato, isto implicará maiores problemas, uma vez que não haverá suporte documental que comprove a condição efetiva de “separados”, requisito fundamental para a aquisição da usucapião do imóvel condominial e que, imaginamos, será difícil de suprir por via administrativa.

A ausência no imóvel do casal por parte de um dos “ex” é de se esperar, em se tratando de um rompimento, porém isso, por si só, não poderia determinar um possível abandono.

⁵Conforme se extrai dos incisos I a IV do artigo 216-A da Lei de Registro Público.



Neste sentir, seria muito difícil admitir que a simples declaração de ausência da outra parte pelo pretendente a usucapir venha a ser suporte jurídico suficiente para admissão de usucapião na esfera extrajudicial, demandando uma longa e complicada instrução probatória, que nos parece não ter lugar na via administrativa.

Neste aspecto, independentemente do *locus* que se analisará a declaração da usucapião; Tribunal de Justiça ou cartório de registro de imóvel, nos parece imperioso elaborar maior análise no sentido da culpa ser (re) instituída na esfera legal, tendo em vista que tal incidência pode implicar sérias e desastrosas restrições de um direito tão relevante como a propriedade e, conseqüentemente, enredar substancialmente em um lastro de insegurança jurídica.

3. ABANDONO DO LAR E A CULPA NA LEGISLAÇÃO PRÉ E PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes da entrada em vigor da atual Constituição Federal de 1988, o instituto do casamento e a sua dissolução se encontravam regidos pelo Código Civil de 1916 e, posteriormente, pela Lei 6.515/77. De acordo com o antigo Código Civil, artigo 231, inciso II, o Estado estabelecia diversos deveres para ambos os cônjuges, entre estes, o dever de coabitação. A coabitação sempre foi entendida como o dever imposto por lei para que ambos os cônjuges residissem sob o mesmo teto, exercendo uma vida em comum, além de manterem relações sexuais, já que uma das finalidades do casamento era a procriação. Maria Helena Diniz ao interpretar o dever de coabitação afirma que, além do dever de residir no mesmo lar e de ter vida em comum, teria um cônjuge o direito sobre o corpo do outro.

Teria um cônjuge o direito sobre o corpo do outro e vice-versa, daí aos deveres de ambos de cederem seu corpo a/o normal atendimento dessas relações íntimas, não podendo, portanto, inexistir o exercício sexual, sob pena de restar inatendida essa necessidade fisiológica primária, comprometendo seriamente a estabilidade da família.” (DINIZ, 2008, p.130)

Neste contexto, sendo um dos deveres do matrimônio a coabitação, aquele cônjuge que decidia não mais residir sob o mesmo teto juntamente com o consorte infringia frontalmente um dos deveres imposto por lei ao instituto do casamento, sendo considerado o responsável pelo final da sociedade conjugal. Em outras palavras, o cônjuge que deixava o lar conjugal era legalmente um infrator das regras impostas pelo Estado àqueles que contraíam núpcias e, desta feita, o culpado pelo final do matrimônio. A infração a este dever autorizava



o pedido de separação judicial com causa culposa, com base no artigo 5º da Lei 6.515/77 que dispunha que “A separação judicial pode também ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento ou tornem insuportável a vida em comum”.

Com a finalidade de marcar a ruptura do dever matrimonial de coabitação, o cônjuge inocente comparecia a uma Delegacia Policial para registrar o “abandono do lar”, realizando-se um “registro de ocorrência” como se tal fato configurasse uma infração penal a ser apurada criminalmente. Tal registro tinha como escopo exclusivo a publicização do fato de o outro cônjuge ter se recusado a obedecer aos ditames legais impostos a todos os cônjuges: manter-se no domicílio conjugal, submetendo-se ao convívio comum, inda que forçosamente.

As consequências de ser considerado o culpado pelo final dos laços matrimoniais eram de diversas ordens. De acordo com o artigo 10 da Lei 6.515/77, se a separação do casal tivesse decorrido de infração aos deveres do casamento (conforme o artigo 5º acima citado) os filhos menores ficariam com o cônjuge que a ela não tivesse dado causa. Porém, a mais importante das consequências consistia na esfera econômica, já que o “culpado” perdia o direito ao recebimento de alimentos do outro cônjuge, considerado “inocente”.

Neste momento histórico, homens e mulheres não eram legalmente iguais, representando papéis distintos. Aos homens se impunha o dever de sustento do lar, família e filhos, exercendo a chefia da família. Já às mulheres, a sociedade reservava, essencialmente, o dever de criação dos filhos, do cuidado pelo lar, não lhes sendo fornecidas as mesmas condições de educação e nem lhes sendo possibilitadas significativas inserções no mercado de trabalho. Comumente, as mulheres eram economicamente dependentes dos seus maridos.

O abandono do lar, por conseguinte, possuía consequências devastadoras quando impostas às mulheres que deixariam de ser sustentadas por seus maridos, não podendo, ainda, após a sua saída do lar, exercer o direito à assistência material, outro dever legalmente imposto aos cônjuges (artigo 231, III do Código Civil de 1916), solicitando alimentos ao marido. Este, por sua vez, não sofreria tal sanção nesta seara porque, naquele momento, antes da Constituição Federal de 1988, aos homens não eram concedidos, em regra, alimentos. Washington de Barros Monteiro dispunha à época que “Se o abandono do lar se deve à mulher e não tem esta motivos para assim proceder, perde o direito de alimentos, cessando para o marido a obrigação de sustentá-la (artigo 234 do Código Civil de 1916)”⁶

⁶ Com efeito, de acordo com o referido artigo do Código Civil de 1916: “Art. 234. A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar.





(MONTEIRO, 1994, p.111). Apesar da afirmação do artigo 231, III do Código Civil de 1916 de que era dever de ambos os cônjuges a assistência material, tal dispositivo deveria ser interpretado com o artigo 234 do mesmo diploma que impunha ao marido o dever de sustento da mulher. Logo, a consequência financeira do abandono do lar tinha efeitos exclusivos ao cônjuge-mulher.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, a sociedade foi reconfigurada, pelo menos, no âmbito legislativo. Homens e mulheres passaram a ser considerados iguais (art. 5º da Constituição Federal/1988), preocupando-se o legislador constituinte em frisar que tal igualdade se aplicaria também à sociedade conjugal (art. 226, § 5º da CF/1988). A direção da sociedade conjugal foi dividida entre os cônjuges, assim como o exercício dos direitos e deveres em relação aos filhos, transformando-se o *pátrio poder* em *poder familiar*. Garantiu-se como direitos fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988), neste inserido o direito de privacidade e intimidade, integridade física e psíquica. Consagrou-se o direito à liberdade individual. Uma nova sociedade surgia com valores distintos influenciando na ordem jurídica estabelecida. Tais princípios passaram a ser aplicados, não somente no âmbito do direito público, mas também na esfera do direito privado. Uma nova leitura constitucional das regras em vigor se impôs. Toda norma constitucional, seja ela regra ou princípio, é de eficácia jurídica, merecendo ser aplicada com o escopo de sua máxima efetivação e otimização, tendo sido reconhecido um direito fundamental à efetivação da Constituição. (BARROSO, 2004, pp.377-8)

Neste caminhar, mesmo antes do Código Civil de 2002 ter entrado em vigor, a doutrina já efetivava uma releitura dos diversos institutos do direito de família vigentes pelo vetusto Código Civil de 1916 e da referida Lei 6.515/77, entre eles, do casamento. Washington de Barros Monteiro, nos idos de 1994, já lecionava sobre algumas das consequências da culpa na dissolução da sociedade conjugal “Duvidosa, porém, a vigência desse dispositivo (proibição de nomeação do cônjuge como cabeça do casal), em favor da igualdade entre os cônjuges introduzida pela Constituição de 1988.” (MONTEIRO, 1994 p. 111). Somados a isto, a economia de mercado e a igualdade entre os sexos passaram a inserir a mulher no mercado de trabalho, enfraquecendo a sua dependência econômica em relação ao cônjuge-varão. Neste novo quadro, o dever de coabitação passou a arrefecer. Os tribunais

Neste caso, o juiz pode, segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher”.





passaram a relativizá-lo, permitindo a saída dos cônjuges por motivos justificados, entre eles, o desempenho de atividades laborativas ou de cunho relevantes.

O Código Civil de 2002, não obstante, manteve o dever de coabitação como um dos deveres do matrimônio (art. 1566, II) inserindo, como exceções, os fatores já costumeiramente aceitos pelos tribunais (art. 1.569 do Código Civil). A infração aos deveres do matrimônio, entre eles o de coabitação, permaneceu ensejando a separação com causa culposa (art. 1.572 do Código Civil).

A hegemonia entre os princípios constitucionais e tais deveres matrimoniais impostos pela legislação ordinária passou, contudo, a ser tarefa hercúlea. Como aceitar o dever de coabitação, norma legal, com o princípio da liberdade? Como coadunar o princípio da dignidade da pessoa humana com o dever de se manter residindo em local ou com pessoa que não mais se ama? De que forma aceitar a imposição da ocorrência de relações sexuais entre os consortes com o princípio da dignidade da pessoa humana?

A opção legislativa pós-constituente de permanecer diagramando o casamento, modelando-o a uma forma única, disciplinando os seus efeitos, direitos e deveres, vem desde o seu nascedouro recebendo críticas da doutrina pelos seus ares de inconstitucionalidade, além de se apresentar como um molde anacrônico, caso se considerem as grandes modificações sociais.

Na tentativa de se amenizar a inconstitucionalidade, os efeitos da “culpa” foram minimizados, permitindo-se que o cônjuge inocente passasse a receber alimentos (art. 1704, parágrafo único do Código Civil), apesar de em quantidade mínima para sua subsistência, por força dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Contudo, a culpa permaneceu como decorrência da infração dos deveres do matrimônio impostos pela legislação civil de 2002, entre eles, o dever de coabitação.

Quanto a este, a doutrina passou a buscar uma nova roupagem para o vetusto dever legalmente imposto. Cristiano Chaves de Farias afirma que “A expressão *vida em comum no domicílio conjugal* deve ser entendida como a formação de uma unidade de projetos em comum, de sonhos, de perspectivas presentes e futuras” Prosseguindo, afirma “tudo enfim voltado à realização pessoal e espiritual recíproca. Isto é uma *vida em comum* quando há projetos e perspectivas planejadas em comum, conjuntamente, respeitando-se a individualidade de cada um” (FARIAS, 2015 p. 192).





Curiosamente, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter equiparado a figura do casamento à união estável (artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988), o dever de coabitação, imposto pelo Código Civil de 2002 aos cônjuges como um dos deveres do matrimônio, cuja infração acarretaria a culpa pelo final do matrimônio, não é requisito essencial para a configuração da união estável. A sua configuração prescinde da residência comum entre os conviventes por força da ausência de imposição legal. Com efeito, as leis promulgadas para regulamentar a união estável - Lei 8.971/94, Lei 9278/96⁷ e, posteriormente, o próprio Código Civil de 2002⁸ em seu artigo 1.723 ao afirmar o reconhecimento como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, não trazem como um dos deveres dos conviventes a vida em comum sob o mesmo teto. Aplica-se, pois, antiga posição do Supremo Tribunal Federal construída antes da Constituição. De acordo com a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal: “A vida em comum sob o mesmo teto *more uxório*, não é indispensável a caracterização do concubinato”.

Não fosse a questionável inconstitucionalidade da disposição impositiva da coabitação para as pessoas casadas, em igual passo, a consequência pela ruptura do casamento pela sua infração, a “culpa”, se apresentava na contramão dos princípios constitucionais, na medida em que ninguém pode ser considerado culpado por ter exercido direito fundamental reconhecido pela Constituição, por ter deixado de amar, por exemplo, ou por não querer residir conjuntamente com outra pessoa. O exercício de um direito constitucionalmente assegurado não pode ter consequências jurídicas negativas. Simultaneamente, o reconhecimento da culpa, para que pudesse ter eficácia jurídica, dependeria de ação judicial em que os fatos que a determinaram seriam expostos e publicizados, o que afrontaria o direito à intimidade, violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Maurício Luiz Mizrahi “a intromissão da culpa nas dissoluções matrimoniais contraria a dignidade humana e a guerra judicial gera a perda da intimidade”. (MIZRAHI, 2001 p. 202)

Através de uma leitura constitucional, não somente os deveres do casamento, como também a “culpa” pelo final do casamento, passaram a ser rechaçados pela doutrina, pelo seu viés inconstitucional. Com o enfraquecimento dos seus efeitos, a própria sociedade passou a se desinteressar pelo reconhecimento judicial da culpa, o que fez com que a vetusta figura do

⁷ A primeira lei a estabelecer os deveres dos companheiros foi a Lei 9.278/96 em seu artigo 2º *verbis*: “Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca; III - guarda, sustento e educação dos filhos comum”.





abandono do lar passasse a praticamente desaparecer do cenário jurídico. Para que serviria a publicização do abandono do lar se não haveria consequência jurídica significativa, sendo visto, inclusive, como o exercício regular de um direito? As mulheres já não dependiam essencialmente do sustento marital. A legislação permitiu a recepção de alimentos pelo culpado (art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil); a guarda dos filhos, unilateral ou compartilhada, passou a ser decidida com base no melhor interesse da criança (art. 1.584, § 5º, do Código Civil) e a perda do sobrenome por parte do culpado passou a ter inúmeras exceções legais (art. 1.578, incisos I a III, do Código Civil). O abandono do lar perdeu, portanto, enquadramento jurídico e social, assim como a figura da culpa no final do matrimônio. Leonardo Barreto Moreira Alves chegou a afirmar em pesquisa destinada ao tema que no que se referia às consequências “baseadas na culpa pela separação judicial, o Código Civil de 2002 é natimorto” (ALVES, 2007 p.170-1).

Pondo um fim à culpa como causa da ruptura do casamento, a Emenda Constitucional 66/2010 alterou a redação do § 5º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 passando a permitir o fim do vínculo matrimonial sem qualquer outra exigência, bastando a livre vontade dos cônjuges ou de um deles. Para a maioria da doutrina, a emenda constitucional acabou com a forma dual de finalização do casamento: término da sociedade conjugal (separação) e do vínculo matrimonial (divórcio e morte), sepultando, por consequência, a culpa como causa jurídica para a sua dissolução, posto que esta se encontrava vinculada à separação e não ao divórcio, instituto que independe de causa para a sua configuração. Paulo Lôbo debruçando-se sobre o projeto de emenda constitucional que permitiria o divórcio sem qualquer outra exigência já apontava que a referida emenda constitucional, se aprovada, acarretaria na revogação automática de diversos dispositivos infraconstitucionais que abordavam o tema da separação (LOBO, 2009), entre eles, obviamente, a questão atinente à culpa.

Analisando a referida alteração constitucional, Rodrigo da Cunha Pereira pugnava pela revogação do instituto da separação porque não mais poderia, após a vigência da emenda constitucional, transformar a separação em divórcio, daí o desaparecimento do sentido jurídico da separação judicial. (PEREIRA, 2010, p.28)

Tal iniciativa foi vista com aplausos pela doutrina que se debruça sobre o direito das famílias por valorizar a vontade do indivíduo que não mais se interessava pela convivência matrimonial, sem que necessitasse se preocupar com a pecha de “culpado” ou da imputação de ruptura com o dever de coabitação. Alexandre Rosa defende, com fundamento da





dignidade da pessoa humana, a valorização da manifestação da vontade do indivíduo que se desinteressava pela convivência matrimonial (ROSA, 2001, p.101). Em posição semelhante, Rolf Madaleno afirma ter a emenda constitucional sido oportuna por livrar os cônjuges da degradação de continuarem infelizes. (MADALENO, 2001, p.350)

4. ABANDONO DO LAR E USUCAPIÃO FAMILIAR

Na contramão do caminhar acima citado, a Lei 12.424/2011 inseriu o artigo 1.240-A no Código Civil de 2002, criando o instituto da usucapião familiar, exigindo, como um de seus requisitos, o abandono do lar pelo cônjuge meeiro. Tal requisito – “abandono do lar” - passou a propiciar grande celeuma. Tal instituto está vinculado ao dever de coabitação e, como comentado anteriormente neste trabalho, à existência de um rol de deveres do matrimônio vem sendo um desafio hermenêutico da doutrina que tentava coadunar o dever legalmente imposto de coabitação entre os cônjuges com os ditames constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana e da liberdade. A inserção do referido requisito em instituto criado após a Emenda Constitucional 66/2010 se apresentou como um retrocesso por permitir ressuscitar a figura de um dever que, aparentemente, em sua interpretação histórica, afronta aos ditames constitucionais. Igual retrocesso se configura no que tange à possibilidade de ressuscitar a “culpa” pela ruptura do matrimônio, o que afronta o princípio da dignidade em todos os seus aspectos, entre eles o da intimidade.

A preocupação ganhou relevância, tendo sido aprovado o Enunciado 499 da V Jornada de Direito Civil sugerindo uma apreciação cautelosa do instituto do abandono do lar para aplicação do instituto da usucapião familiar, que deveria ser analisado concomitantemente com a ruptura de outros ditames legais, como o dever de assistência material.

Enunciado 499 da V Jornada De Direito Civil 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 cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.





Cristiano Chaves de Farias ressalta que não se poderá reconhecer a usucapião quando a saída do lar conjugal tiver sido autorizada judicialmente em sede de ação de separação de corpos, devendo ser qualificadas por condutas (comissivas ou omissivas) que explicitem uma ruptura da vida conjugal. (FARIAS, 2015, p. 465).

Contudo, é de ressaltar que, também no vetusto regime, o abandono do lar não se configurava quando o cônjuge obtinha uma autorização judicial para a sua saída do lar conjugal. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a concessão de tais autorizações decorria de comprovação, pelo cônjuge cuja saída era pleiteada, de alguma conduta infratora dos deveres do matrimônio, o que tornava a vida conjugal insuportável. Com a promulgação da Constituição Federal, a autorização para a saída do lar passou a ser mais flexível por força da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana às relações de direito de família, como acima mencionado, mas não prescindia da exposição fática sobre os motivos da decisão de ruptura com o dever de coabitação. Com o advento da Lei 12.424/2011, retorna-se, por consequência óbvia, à análise da saída justificada ou não do cônjuge do lar conjugal, o que implica em exposição de fatos afetos à intimidade das pessoas envolvidas. Repristina-se, mesmo que pela via indireta, a análise da justa-causa do abandono do lar (leia-se, quebra do dever de coabitação) e culpa, elementos associados por sua própria essência ontológica.

Tenta-se argumentar que o requisito “abandono do lar” estaria dissociado desta noção culposa, devendo ser interpretado, apenas, como uma separação de fato. Contudo, mais uma vez, a solução não se desvirtua da possibilidade de o cônjuge que se retirou provar a justa causa em fazê-lo, imputando ao cônjuge que permaneceu no imóvel condutas que tornaram insuportável a vida em comum, assim como a infração a algum dos “deveres” do casamento. A culpa, pois, volta a assombrar a vida dos cônjuges, afrontando-se o direito à intimidade e da dignidade da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

Em que pese o grande esforço na esfera legislativa para dar efetividade ao direito social à moradia, a usucapião familiar se apresenta como um instituto com ares de efetivo retrocesso na esfera do direito de família e, essencialmente, quanto aos direitos fundamentais que lhe são aplicados, entre eles o da liberdade, privacidade e intimidade, apresentando-se fundadas as críticas que lhe são dirigidas. O emprego do termo “abandono do lar” como requisito para a perda do direito sobre a propriedade imobiliária já permite concluir que a velha figura dos “deveres do matrimônio”, nele inserindo o dever de coabitação entre os cônjuges, ainda povoa o imaginário da sociedade brasileira. No que tange às uniões





concretizadas pelo casamento, chamadas de famílias matrimonializadas, a culpa pelo final da sociedade conjugal, que se apresenta irrelevante para o direito de família da atualidade por força da Emenda Constitucional 66/2010, foi ressuscitada para fins de aquisição da propriedade, demonstrando a fragilidade da malha legislativa brasileira.

No que se refere às uniões não matrimonializadas, ou seja, as efetivadas pela via da união estável, para as quais jamais se exigiu convivência sob o mesmo teto, o legislador inovou criando aparentemente requisito jamais exigido para o reconhecimento de tais vínculos. A questão é efetivamente curiosa na medida em que, para configurar a união estável, não se exige a convivência na mesma unidade habitacional, conforme solidificada jurisprudência, porém, para a aquisição da fração do outro convivente pela via da usucapião familiar, impõe-se a análise da ruptura deste “dever”, já que a aquisição da propriedade se dará quando o convivente tiver “abandonado o lar” conjugal.

Não se apresenta duvidosa a necessidade de que o “justo motivo” deva ser avaliado para fins de concessão do direito à propriedade, já que, como explicitado neste *paper*, a saída ensejadora da perda da fração sobre o imóvel é a injustificada. Assim, quando a saída tiver sido autorizada judicialmente, por exemplo, se teria a configuração de uma retirada justificada, afastando-se a aplicação do instituto. Não há dúvida, portanto, que o fato gerador da retirada do cônjuge aparentemente deva ser analisado: a saída fora autorizada, justa ou injusta? A saída do lar por força de violência doméstica não solucionada pelas vias oficiais seria uma forma de abandono? Quem milita no âmbito das varas e família sabe que diante do conflito, para a proteção dos filhos, a saída de um dos cônjuges do lar conjugal é inevitável, como forma de proteção da prole. Após a saída, questões pessoais diversas impedem, em muitos casos, a divisão do imóvel. A única saída é o ajuizamento de ação de venda de coisa comum, o que acarreta, diante de posições egoístas e conflitantes de um ou de ambos os envolvidos, a venda do bem em leilão acarretando uma enorme perda no seu valor. Para evitar a usucapião, o manejo desta ação parece, então, ser obrigatória, sob pena de a mera saída ser caracterizada em abandono. Em última análise quem perde é mesmo a eventual prole que para perderá a moradia para que um dos cônjuges não perca a sua fração sobre o imóvel. Não se previne litígio, mas sim o incentiva.

Mesmo que se aceite entendimento de que o termo deva ser interpretado de forma “objetiva”, levando-se em conta apenas o elemento fático, ou seja, a mera saída do cônjuge ou companheiro do lar conjugal, outros questionamentos podem ser apresentados: aquele que se retirou do lar, mas permanece contribuindo para as despesas da casa através de pagamento de valores alimentícios podem estar sujeitos à consequência da perda da sua fração imobiliária?





Sabe-se que dentro o conteúdo dos alimentos se insere a habitação. Aquele que contribui para o pagamento dos tributos ou financiamento sobre o imóvel de maneira informal, mas nele não mais habita por dele ter se retirado, poderia perder a sua fração sobre o imóvel?

Não fossem estas questões substanciais, outras se apresentam de natureza procedimental. A matéria acerca dos deveres do matrimônio e união estável, assim como a verificação da culpa e do abandono do lar é de competência das varas de família, enquanto que o direito à aquisição da fração imobiliária se encontra afeta aos juízos das varas cíveis, cuja competência é residual. O reconhecimento da culpa se daria junto aos juízos da vara cível ou a usucapião será reconhecida nas varas de família? Caso haja a manutenção das competências, será necessário o ajuizamento prévio da ação judicial na esfera de família para perquirir sobre o abandono do lar? No mais, a possibilidade de tal instituto ser reconhecido pela via administrativa em decorrência de sua aderência ao novo Código de Processo Civil vem trazer mais perplexidade ao cenário jurídico, posto que a análise da “justa causa” do “abandono do lar” poderá vir a ser objeto de apreciação pela esfera administrativa. Não sendo tal decisão agasalhada pelo manto da coisa julgada, tais questões poderiam ser objeto de ação judicial, que teria a última palavra sobre a ocorrência ou não da justa causa, abandono do lar.

Todos estes questionamentos e outros que poderiam ser aqui mencionados explicitam, em verdade, a fragilidade da malha legislativa brasileira que se caracteriza por uma produção legislativa que não “dialoga” entre si com o escopo de obtenção de uma teia legislativa coesa e coerente. As evoluções de determinados setores, como a da nova visão da família e dos direitos fundamentais de seus integrantes, fruto de décadas de luta pela aplicação aos institutos do direito de família dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, são desrespeitadas pelo mesmo legislador que as reconheceu. A emenda constitucional 66 é datada de 13 de julho de 2010, enquanto que a Lei 12.424 se encontra datada de 16 de junho de 2011, o que demonstra a ausência de preocupação com uma uniformidade no sistema jurídico brasileiro marcado por retrocessos e ausência de preocupação com a uniformidade do sistema jurídico. A consequência para esta marcante falha de comunicação do sistema é a sobrecarga do Poder Judiciário sempre chamado a recompor este confuso e conflitante tecido legislativo. A insegurança das fontes do direito é novamente a característica predominante. Com isto, perde-se a celeridade de reconhecimento de direitos, a permissão de decisões judiciais conflitantes, frutos de interpretações individualizadas, aprofundando, ainda mais, a insegurança jurídica objeto de reclames da sociedade como um todo.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 7ª Edição, 2009.

BRASIL. Lei no 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **(Código Civil)**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 23 março. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.**

DIAS, Maria Berenice. Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa? Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos. Acesso em 16/08/2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2015, 23ª edição.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2015. 30ª Edição.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

_____. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. 7ª edição.

KANT DE LIMA, Roberto. **Ensaio de Antropologia e de Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LOBO, Paulo. **PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – RBDFFamSuc, n.11, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, ago./set. 2009.

LUPETTI, Bárbara Gomes; CORRÊA, Cláudia Franco. “**A desjudicialização da usucapião imobiliária: entre a promessa e as dúvidas**”. Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, Sergipe: 2015. No prelo.

MADALENO, Rolf. **A infidelidade e o mito causal da separação**. In *Revista Brasileira de*



Direito de Família, Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, out-nov-dez, nº11, 2001 p. 350.

MIZRAHI, Maurício Luís. **Família, matrimônio y divórcio**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1994. 31ª edição

_____ **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011. 42ª edição

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: Teoria e Prática**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, pág. 28.

_____. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal**, IBDFAM 20 de julho de 2010, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

ROSA, Alexandre. **Amante virtual: (In) Conseqüências no Direito de Família e Penal**. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 351

