

USUCAPIÃO FAMILIAR: UMA FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA OU (RE)CRIAÇÃO DE OUTROS?

Tula Wesendonck¹

RESUMO

Este artigo analisa a recente e polêmica alteração legislativa que modificou artigos do Código Civil e instituiu uma nova modalidade de usucapião no Direito brasileiro, denominada “usucapião pró-familiar”. A nova espécie de aquisição da propriedade trará grande repercussão no âmbito do Direito de Família e do Direito das Coisas, o que justifica a preocupação com a interpretação adequada dos novos dispositivos legais, o que será desenvolvido neste estudo. O artigo propõe a interpretação sistemática do Direito no exame da nova legislação como mecanismo de resolver alguns problemas que se colocam com a nova lei, pois a interpretação literal poderá trazer a violação dos princípios constitucionais do devido processo legal e do direito de propriedade, além de reacender a discussão a respeito de temas que já foram sepultados no Direito de Família.

Palavras-chave: Usucapião pró-familiar. Usucapião. Dissolução da sociedade conjugal.

ABSTRACT

This article analyzes the recent and polemic statute that changed the Civil Code and created a new form of adverse possession in the Brazilian Law, which is called "pro-family usucapion". The new way of acquiring property will have great impact in Family Law and in the Real State Law, what justifies the concern with the correct interpretation of the new statute, which will be developed in this study. The paper proposes a systematic interpretation of the law in consideration of the new legislation as a mechanism to solve some problems that arise with the new law, because the literal interpretation can bring the violation of constitutional principles of due process of law and property rights, and rekindle the discussion of issues that have been buried in family law.

Keywords: Pro-family usucapion. Adverse possession. Dissolution of marriage.

¹ Mestrado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2005) é doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, professora de Direito Civil do UNIRITER.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família é uma das matérias que mais inovações sofreu nos últimos anos, não somente pela entrada em vigor do Código Civil de 2002, responsável pela sedimentação de muitas orientações consagradas na doutrina e na jurisprudência, mas também pelas alterações ocorridas depois de sua entrada em vigor.

As mudanças no Direito de Família foram profundamente impactantes, trouxeram alterações no âmbito do Direito Pessoal e também no âmbito do Direito Patrimonial, mas talvez nenhuma delas apresentou tanta perplexidade quanto a que foi trazida pela Lei 12.424/2011.

A Lei 12.424/11 tem sido vista com surpresa, para não usar o termo estranheza, no meio acadêmico e jurídico, pois incluiu no art. 1240 do Código Civil de 2002 uma alínea que instaura uma nova modalidade de usucapião, que tem sido denominada por “usucapião pró-familiar” ou então “usucapião por abandono de lar”.

A própria denominação do termo utilizado para definição da nova modalidade de usucapião já é objeto de repulsa nos meios acadêmicos, pois o termo abandono de lar é uma figura ultrapassada no Direito de Família tendo em vista que a discussão a respeito da existência ou não da culpa para rompimento de vínculos matrimoniais ou de uniões estáveis passou a ser irrelevante e até mesmo repudiada no cenário atual, já que a doutrina comemorava fervorosamente o fato das mudanças no Direito de Família terem eliminado a aferição de culpa como requisito para a atribuição de qualquer efeito jurídico, no que concerne à dissolução do vínculo conjugal, na concessão de alimentos e na partilha de bens.

Além disso, a legislação trouxe uma série de dúvidas no que diz respeito ao cumprimento dos seus requisitos e também da possibilidade de reconhecimento dessa espécie de usucapião a casos não previstos na legislação.

Em virtude disso, torna-se necessário o estudo da inovação legislativa, pois dependendo da forma como a legislação for interpretada, os seus efeitos poderão ser extremamente prejudiciais. Assim, este artigo tem como objetivo apresentar as peculiaridades da legislação e os caminhos iniciais que podem ser seguidos para uma interpretação adequada aos princípios jurídicos e regras do Direito de Família.

2 A NOVA LEGISLAÇÃO

A Lei 12.424/11 trouxe para o Direito brasileiro uma série de inovações com o objetivo de regulamentar matéria objeto da Medida Provisória 514/2010, que dispunha sobre o funcionamento da política pública conhecida como "Programa Minha Casa Minha Vida".

O Projeto de transformação da Medida Provisória em lei tramitou no primeiro semestre de 2011 em caráter de urgência. Essa rápida tramitação talvez tenha sido responsável pelo fato de a comunidade acadêmica não ter participado ativamente da discussão da matéria, o que poderia ter evitado alguns equívocos que a legislação apresenta.

A Medida Provisória 514/2010 não tratava da viabilidade de reconhecimento de usucapião entre os cônjuges, e não incluía a alteração prevista no art. 1240-A.

Tal alteração foi objeto de redação na Câmara dos Deputados por proposição do Deputado André Vargas do PT/PR, que incluiu então a possibilidade de reconhecimento de usucapião pró-familiar, com o objetivo de permitir o "fortalecimento das mulheres como chefes de família".

A lei foi dirigida a um segmento específico da sociedade, com a finalidade de autorizar que mulheres de baixa renda, incluídas no rol das pessoas que poderiam se beneficiar do "Programa Minha Casa Minha Vida", e que são "abandonadas pelos maridos", pudessem garantir a aquisição da propriedade exclusiva de um bem imóvel através de usucapião.

A conclusão de que a lei teria esse objetivo pode ser retirada das palavras do próprio Deputado, a se ver: "O Minha Casa, Minha Vida tem como prioridade as mulheres. Vamos possibilitar a assinatura de convênio pelas mulheres, é o chamado usucapião pró-familiar, que pode ser usado quando o cônjuge não estiver mais no lar, possibilitando a resolução da posse"².

Outra conclusão que se pode tirar das palavras do Deputado André Vargas é que a alteração legislativa tinha por objetivo reconhecer o acesso à moradia àquelas mulheres, que mesmo abandonadas pelos maridos ou companheiros, pudessem buscar a regularização de sua posse e por conseqüência a aquisição de propriedade.

A redação sugerida pelo Deputado André Vargas foi aprovada pelo Senado Federal, e a lei foi sancionada em junho de 2011.

Assim, com base na redação do art. 9º da Lei 12.4242/2011, o art. 1240 do Código Civil de 2002, que trata da aquisição da propriedade por meio da usucapião especial urbana, passa a contar com a alínea A, que irá dispor da matéria da seguinte forma:

Art. 9º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.240-A:
"Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-

² Informação retirada do site do Deputado Andre Vargas <http://www.andrevargas.com.br/noticias/?id=2438>, acesso em 10 de agosto de 2011.

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.

§ 2º No registro do título do direito previsto no **caput**, sendo o autor da ação judicialmente considerado hipossuficiente, sobre os emolumentos do registrador não incidirão e nem serão acrescidos a quaisquer títulos taxas, custas e contribuições para o Estado ou Distrito Federal, carteira de previdência, fundo de custeio de atos gratuitos, fundos especiais do Tribunal de Justiça, bem como de associação de classe, criados ou que venham a ser criados sob qualquer título ou denominação."³

A finalidade da lei foi atingir determinado setor da sociedade que necessitava de proteção, porém a solução apontada pela legislação de alterar o dispositivo do Código Civil de 2002 pode ser desastrosa em virtude dos prejuízos que a sua aplicação literal ou interpretação conforme a "vontade do legislador" poderá acarretar.

A incidência genérica de uma lei que é dirigida a um caso específico, como é o caso da aplicação do art. 1240 A, poderá ser perigosa, pois poderá violar uma série de princípios do Direito de Família e do Direito das Coisas, podendo representar grande retrocesso a respeito de matérias que ao longo de décadas foram sendo superadas pela sociedade e pelo Direito, tais como as noções de "chefe de família" e "abandono do lar".

3 OS PROBLEMAS DA NOVA LEI

A nova legislação apresenta uma nova espécie de usucapião, denominada usucapião familiar, na qual "Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e

³ Conforme consulta ao texto da Lei 12.424/2011 no site <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=243567&norma=263696>, acesso em 10 de agosto de 2011.

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.”

Para exame da extensão da norma é necessário refletir sobre os requisitos previstos no texto legal.

1) O **prazo** do exercício da posse é substancialmente menor que qualquer prazo de prescrição aquisitiva mencionado no Código Civil de 2002. Basta comparar com os prazos de usucapião constitucional, que são os casos de menor prazo de usucapião sobre imóveis e nos quais a prescrição aquisitiva ocorre em 05 anos. Também vale referir o caso de bens móveis, nos quais a prescrição se implementa em 03 anos para os casos de boa-fé e justo título e 05 anos para os casos de usucapião extraordinário.

Segundo a lei, o afastamento do lar terá como efeito a perda do direito de propriedade pelo decurso do prazo de dois anos, em outras palavras: o cônjuge adquire direito a propriedade que pertencia ao outro em um prazo de dois anos, sem atendimento de requisitos que comumente são exigidos para a usucapião.

É preciso examinar esse exíguo prazo de afastamento do lar como causa de perda da propriedade em conjunto com a disposição constitucional do art. 5^º, LIV, segundo o qual ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, pois a complexidade das relações familiares não permite efeitos tão fortes pelo simples decurso do tempo. Veja-se, por exemplo, que esse período de dois anos pode ser o prazo no qual as partes estão definindo se devem dar mais uma chance ao relacionamento ou devem por fim ao mesmo.

Esse é um período em que muitos casais separados de fato ainda não tomaram nenhuma medida quanto à definição da partilha de bens porque estão elaborando a idéia de separação ou reconciliação. E por conta disso não se pode considerar que o

período de indecisão possa reverter na conclusão de abandono da posse, sem que exista um ato voluntário dirigido a tal fim.

2) O imóvel deve ser restrito a um **imóvel urbano de até 250 m²**.

A lei não contempla as situações de aquisição de imóvel rural e também não excepciona aquelas situações em que um imóvel de 250 m² pode ter valor elevado (por exemplo: um apartamento situado em uma área nobre da cidade pode nem chegar a 250 m² e valer R\$1.000.000,00).

A lei também não reconhece a viabilidade de usucapião entre os cônjuges se o imóvel, mesmo sendo de baixo valor, tiver mais do que 250m².

Além disso, a lei não trata de possibilidade de aquisição da propriedade de bens móveis.

Em suma, a lei não trata da viabilidade de usucapião entre cônjuges e companheiros sobre outras espécies de bens comuns e isso pode trazer o risco de que se forme uma interpretação equivocada no sentido de que somente seria viável a modalidade de usucapião entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1240 – A do CC.

3) A lei se refere a imóvel cuja **propriedade seja dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro**.

A leitura do artigo sugere o pressuposto de ser o imóvel de propriedade do casal, tratando-se de imóvel comum. Assim, o instituto deve ser analisado com cautela porque ao mesmo tempo em que irá reconhecer a propriedade de um dos cônjuges ou companheiros irá determinar a perda da propriedade do outro num prazo muito curto, considerando-se, para essa qualificação, a específica ambiência do Direito de Família. A saída do lar conjugal pelo prazo de 02 anos não pode determinar como penalidade a perda do bem imóvel, pois seria a segurança esperada pelas regras dos regimes de

bens e se violaria frontalmente tanto o art. 5º, XXII (direito de propriedade), como o art. 5º, LIV (devido processo legal) da CF.

4) A lei refere o **abandono do lar** como início da contagem do prazo prescricional.

O fato que autoriza o reconhecimento de usucapião de bem comum a um dos condôminos é o abandono da posse, porque pode um dos cônjuges se afastar do lar conjugal e continuar exercendo posse, mesmo que indireta sobre o bem.

Assim, talvez a melhor orientação seria no sentido de interpretar a expressão abandono do lar como abandono da posse, pois a essa segunda idéia está carregada com um sentido próprio do Direito de Família já superado, não sendo adequado reintroduzir tal expressão em uma matéria com forte vínculo com o Direito das Coisas.

A disposição estabelece novamente a discussão a respeito da figura da culpa como requisito para determinados reflexos patrimoniais, matéria que foi praticamente sepultada com as inovações legislativas pelas quais passou o Direito de Família. De fato, considerar abandono do lar como fato juridicamente relevante pode conduzir à retomada de um significado que fora esvaziado ao não mais se colocar a culpa em papel central.

A interpretação da lei deve considerar que em algumas situações a saída do lar se dá por outras razões que não têm relação com o abandono da posse (requisito que seria essencial para a contagem de prazo de usucapião de bem comum).

Um exemplo a ser refletido é o caso do cônjuge, em geral a mulher, que sai do lar conjugal com o intuito de preservar a sua segurança física. A partir da nova lei, a mulher que sofre violência doméstica poderá sentir-se obrigada a permanecer no lar, até que o Poder Judiciário determine a retirada do lar do marido ou companheiro, para evitar que o prazo que ela fique fora do lar conjugal conte para fins de usucapião (e aí

pode acontecer que a sua segurança física ou a sua própria vida sofram com a espera de uma decisão judicial de afastamento do lar que pode nem mesmo vir).

Também é interessante refletir sobre os casos em que há separação de fato e os cônjuges ainda não deliberaram sobre a partilha dos bens, porque há uma chance de reconciliação, como já referido acima. Pode também que se chegue a conclusão de ser a partilha do bem prejudicial para a família, decidindo-se, então, que um dos cônjuges ou companheiro irá sair do lar.

Outra hipótese se dá pela "partilha fática" dos bens, ficando um dos cônjuges com as quotas de sociedade ou com automóveis, sítios, etc., enquanto que outro permanece na residência. Em tal caso, o cônjuge que permanecer com a residência terá um enriquecimento pela usucapião, pois é o único bem que se submete a tal prazo.

Para esses casos, interpretar a lei através da aplicação literal-e irrestrita de suas palavras pode significar imposição da perda da propriedade como pena ou castigo àquele que sai do lar conjugal, porque não quer ou não suporta mais a continuidade da relação!

Não é demais reforçar: a interpretação literal estabelece uma espécie de pena ou castigo àquele que sai do lar, porque irá perder a propriedade do bem comum em um prazo muito curto (02 anos). É preciso lembrar que as últimas alterações legislativas no Direito de Família foram **todas** no sentido de facilitar que as pessoas pudessem terminar os seus vínculos matrimoniais sem intervenção do Estado nas suas escolhas. Hoje somente permanece casado quem efetivamente quer, ou melhor era assim até a Lei 12.424/2011.

Assim, deve se utilizar a interpretação sistemática Direito para interpretar o art. 1240 A do Código Civil, com a finalidade de não comprometer a evolução do ordenamento. O dispositivo deve ser adequado aos princípios vigorantes no Direito de Família, como será proposto a seguir.

Sugere-se, para equacionar os impasses advindos da nova lei, a adoção de uma interpretação sistemática, calcada na consideração do sistema jurídico como “totalidade axiológica”. Assim pensa Juarez Freiras, ao referir o Direito, “como rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais”⁴, vigorando, ainda que implicitamente o princípio da hierarquização axiológica como um “metaprincípio, unificador e sistematizante”. É um princípio que ordena a “prevalência do princípio axiológicamente superior”⁵. Assim, a lei passa a ser a primeira etapa da interpretação, mas deve estar vinculada com os princípios e os valores, ou seja: “interpretar uma norma é interpretar um sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação a totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual”⁶.

Com isso, pode se chegar a conclusão que a separação de fato gera a dissolução da sociedade conjugal e a partir da separação de fato há a possibilidade de iniciar a contagem de prazo prescricional para o reconhecimento de usucapião.⁷

Essa possibilidade é compatível com o entendimento jurisprudencial que já tem reconhecido a possibilidade de usucapião entre parentes.

O reconhecimento de usucapião nos casos de separação de fato pode ser utilizado para resolução de conflitos nos casos em que existe longo período de separação de fato, posse exclusiva de um dos cônjuges e há abandono da posse sobre os bens comuns.

Isso porque embora a separação de fato não figure de forma expressa no Código Civil de 2002 como um meio de dissolver a sociedade conjugal⁸, essa

⁴ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2010, p. 63

⁵ Idem. Ibidem. p.132.

⁶ Idem. Ibidem. p. 76

⁷ Conforme defendemos na obra: WESENDONCK, Tula. **Direito Patrimonial de Família: Disciplina Geral do Regime de Bens no Código Civil**. Elsevier, Rio de Janeiro, 2011, p. 135.

orientação decorre da análise sistemática dos dispositivos que tratam da dissolução da sociedade conjugal, em conjunto como outros dispositivos, como por exemplo, os que se referem ao reconhecimento da união estável com terceiros daquele cônjuge que está separado de fato.⁹

Assim, a conclusão que vigora atualmente no Direito brasileiro é de a separação de fato é causa de dissolução da sociedade conjugal, tal separação fará com que os bens adquiridos nesse período, por qualquer um dos cônjuges, não se comuniquem, para se evitar o enriquecimento sem causa. No entanto, deve se ter cuidado ao definir no caso concreto qual é o momento em que iniciou a separação de fato (não pode ser eventual ou provisória, deve ser aquela que rompeu com a vida de casamento, “indo cada qual para o seu lado, tratando de sua própria vida”¹⁰).

Reconhecer a cessação de efeitos do regime de bens pela separação de fato é uma conclusão que resulta da constatação de que se não existe mais a comunhão de afeto, amor, dedicação, convivência efetiva, companheirismo que são os valores do casamento, não existe razão para “manter a comunhão de bens quando não existe mais a comunhão espiritual e amorosa”¹¹.

⁸ O art. 1571 do CC somente tratou das causas de dissolução da sociedade conjugal, sem trazer referência à separação de fato.

⁹ Conforme defendemos na obra WESENDONCK, Tula. Direito Patrimonial de Família – Disciplina Geral do Regime de Bens no Código Civil. Elsevier, Rio de Janeiro, 2011, p. 135.

¹⁰ COSTA, Maria Aracy Menezes da. O Regime de Bens na Separação de Fato. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 68, novembro de 1996, p. 192.

¹¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. A Separação de Fato dos Cônjuges e sua Influência nos Bens Adquiridos Posteriormente. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 56, novembro de 1992, p. 266.

A convivência é que justifica a comunicação patrimonial, e com a separação de fato, os efeitos do regime de bens estariam interrompidos nos bens adquiridos individualmente pelos cônjuges¹².

Porém, é necessário definir quais são os critérios para a configuração da separação de fato. Há quem acredite que a separação de fato possa ser visualizada por um critério objetivo: separação de fato por mais de um ano¹³. Esse critério não é infalível. Embora seja um critério objetivo e possa auxiliar a prática forense, pois dependeria simplesmente da averiguação do tempo que as pessoas estão separadas, ele é perigoso, pois se pode estar diante da situação em que o indivíduo está separado de fato, por menos de um ano e adquire bem de elevado valor com o fruto do seu trabalho. Assim, esse bem seria obrigatoriamente partilhado com o seu ex-cônjuge que não contribuiu para a aquisição do mesmo, o que implicaria o enriquecimento sem causa.

Além disso, não basta a separação física, porque pode a sociedade conjugal ser desfeita (por longos anos inclusive) e permanecer vigorando a sociedade negocial, pela continuidade de comunhão de interesses no que diz respeito ao patrimônio, existindo assim uma sociedade civil entre os ex-cônjuges que implicará na comunhão dos bens mesmo depois da separação de fato. Por isso, cabe ao Judiciário distinguir os efeitos da separação no caso concreto tendo em conta a manifesta ou objetivável intenção dos cônjuges na continuidade ou não da sociedade negocial, já que não existe dispositivo legal que rotule as situações¹⁴.

A incomunicabilidade dos bens adquiridos na separação de fato também foi admitida pela jurisprudência brasileira, a ponto do Superior Tribunal de Justiça consolidar o entendimento de que os bens adquiridos pelo cônjuge durante a

¹² MADALENO, Rolf. Casamento - Regime de Bens e Efeito Patrimonial da Separação de Fato. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Ed. Síntese, n. 234, abril de 1997, p.12.

¹³ KREUZ, S. Op. cit., p. 296.

¹⁴ COSTA, Maria Aracy Menezes. Op. cit., p.193.

separação passam a integrar um novo patrimônio individual que não integra a comunhão de bens, são incomunicáveis impedindo que o outro cônjuge adquira o direito à meação¹⁵. Como início da separação de fato o Superior Tribunal de Justiça tem considerado a interrupção da coabitação¹⁶.

Essa orientação ganhou reforço com a inserção de capítulo relativo à União Estável no Código Civil de 2002 e que trouxe importante inovação legislativa que já era defendida pela doutrina e jurisprudência. Com o art. 1723, §1º do Código Civil, passou a ser autorizado o reconhecimento da união estável de pessoa casada desde que separada de fato.

¹⁵ CAHALI, Y. Op. cit., p. 815, citando ementa referente ao Recurso Especial n. 91.993. A ementa da decisão é a seguinte: "Concubinato. Partilha dos bens registrados em nome da concubina. Ação proposta pelo espólio e por herdeiros do concubino. Os herdeiros do concubino, filhos havidos durante o seu casamento, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a relação concubinária do pai, com recursos fornecidos por ele, embora registrados em nome da concubina, que fica com a outra metade. Recurso não conhecido".

¹⁶ DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO REIVINDICADA PELO MARIDO EM BENS HAVIDOS PELA MULHER APÓS LONGA SEPARAÇÃO DE FATO. - Não se comunicam os bens havidos pela mulher após longa separação de fato do casal (aproximadamente 20 anos). Precedentes da Quarta Turma. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial n. 1996/0003909-7, julgamento em 17.06.99, Rel. Min. Barros Monteiro). No mesmo sentido pode se referir decisão mais recente proferida no Recurso Especial 1107192 / PR 2008/0283243-0 Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgamento em 20/04/2010 "...Ainda que a coabitação não constitua requisito essencial para o reconhecimento de união estável, sua configuração representa dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, devendo a análise, em processos dessa natureza, centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum..."

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem o mesmo entendimento defendendo que uma vez rompido o vínculo conjugal com a separação se torna inviável a comunhão de bens "onde tudo se rompeu: dever de fidelidade, affectio maritalis, vida em comum, respeito mútuo, criação da prole", e ainda considera que o regime de bens é imutável, mas que seria considerado repugnante ao Direito e à moral o reconhecimento apenas de comunhão de bens entre os cônjuges e atribuir metade dos bens adquiridos na separação de fato ao outro cônjuge resultaria no enriquecimento ilícito (CAHALI, Y. Op. cit., p. 816).

O art. 5º da Lei 9278/96 dispõe que os bens adquiridos na constância da união a título oneroso devem ser partilhados entre os companheiros. Essa orientação foi reforçada pelo art. 1725 do Código Civil, aplicando-se por isso o regime da comunhão parcial como determinou o Código Civil de 2002.

Esses dois dispositivos levam ao entendimento de que, mesmo que um dos companheiros for casado, os bens adquiridos durante a união estável (que exigirá a separação de fato), serão partilhados com o companheiro, não abrindo a possibilidade de discussão a respeito da comunicabilidade dos bens adquiridos na separação de fato.

Assim, o ordenamento determina a cessação dos efeitos do regime de bens no casamento se um dos cônjuges vier a constituir união estável com terceiro. Ainda que a legislação não tenha previsto de forma expressa dispositivo a respeito dos efeitos na separação de fato, o efeito da dissolução do regime de bens deve ser estendido também à separação de fato.

As orientações vistas até aqui vão ao encontro da necessidade que o ordenamento jurídico tem de atribuir efeitos jurídicos às situações de fato, em nome da segurança jurídica das relações sociais. Porém, não se pode admitir que o indivíduo seja surpreendido pela aplicação mecânica da lei, quando a situação fática está consolidada e se impõe orientação adaptada ao caso em questão.

Assim, não é viável que o cônjuge se separe, abandone a família, deixe o outro criando os filhos sozinho, amealhando patrimônio com seu esforço, e depois, pretenda a partilha dos bens adquiridos durante a separação de fato.

Ou ainda, que o cônjuge que abandona a família e a posse dos bens comuns, deixe os bens sob encargo de administração exclusiva do outro (o que importa em despesa e trabalho) e depois venha a pretender a divisão desses bens.

Também é necessário refletir sobre uma situação em que o casal optou pelo regime da comunhão universal de bens, o marido abandona a família, deixando a mulher com filhos, que não busca, porém, alimentos nem mesmo para os filhos, já que, considerando reprovável a conduta do marido não quer dele depender do marido. Pode dar-se que depois de 15 anos faleça o pai da esposa deixando herança que beneficia substancialmente a mulher; nesse caso teria legitimidade o marido para buscar a partilha da herança?¹⁷

A resposta deve ser negativa. Há o risco, porém, de aplicar-se literalmente o art. 1571. Para afastá-lo, deve ser reconhecido que a separação de fato, embora não integrando a hipótese prevista abstratamente no enunciado normativo, dissolve, para esse efeito patrimonial, a sociedade conjugal. Nesse sentido, é que o ordenamento autoriza o indivíduo a constituir nova entidade familiar por meio da união estável, sendo o patrimônio dessa união dividido somente entre os companheiros, nada podendo buscar o cônjuge em relação à união estável, bem como, nada podendo os companheiros reclamar em relação aos bens adquiridos durante a constância do casamento.

Chega-se, assim, a uma conclusão relevante: embora não referido no art. 1571 do Código Civil, o fato da separação de fato dissolve, para determinados efeitos, a sociedade conjugal.¹⁸

Nesse sentido, é de se ponderar a possibilidade de reconhecimento de usucapião quando um dos cônjuges passa a exercer posse exclusiva sobre os bens do casal no período da separação de fato¹⁹.

¹⁷ PEREIRA, Sergio G. Op. cit., p. 262.

¹⁸ Observe-se que no trecho acima não se está tratando do "casamento", mas da "sociedade conjugal".

¹⁹ Essa orientação foi defendida em nosso intitulado Direito Patrimonial de Família – Disciplina Geral do Regime de Bens no Código Civil, publicado em 2011 (fechamento da edição em 28 de setembro de 2010), p.135.

Os bens adquiridos na constância do casamento regido pelo regime da comunhão de bens formam uma massa comum, conferindo aos cônjuges o condomínio e a comosse sobre os mesmos.

Uma vez existindo a comosse, o art. 1199 do Código Civil prevê que um dos compossuidores não poderá excluir o exercício dos demais. Ocorre que se há o abandono da posse (e aí não se está utilizando a expressão abandono de lar como equivocadamente o faz a Lei 12.412/11!), não se está diante da situação em que um possuidor exclui o exercício do outro. Com o abandono dos bens impõe-se a perda da posse, tendo em vista que para ser possuidor o art. 1196 do Código Civil exige que o indivíduo exerça algum dos poderes inerentes ao domínio.

Assim, se um dos cônjuges (compossuidor) deixa de exercer poderes inerentes ao domínio sobre os bens durante a separação de fato, perde a posse e nasce a posse exclusiva do outro, conseqüentemente incidindo a possibilidade de que se inicie a contagem do prazo para fins de usucapião.

Da mesma forma que ocorreria a possibilidade de contar o prazo para fins de usucapião em relação a terceiro possuidor se ambos os cônjuges abandonassem a posse do bem.

Embora o art. 197 do Código Civil determine que não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal, tal artigo deve ser lido considerando a separação de fato²⁰.

Como já foi visto, ainda que a separação de fato não seja relacionada expressamente pela lei, como causa de dissolução da sociedade conjugal, em verdade

²⁰ Interessante mencionar decisão que será objeto de análise logo a seguir, que defende que as causas de suspensão, interrupção e obstaculização dos prazos prescricionais não se aplicam à prescrição aquisitiva, por isso, mesmo que considerasse que a separação de fato não põe fim ao casamento a prescrição aquisitiva poderia correr entre cônjuges desde que houvesse a separação de fato pelo fato da posse deixar de ser comum (Apelação Cível n. 234708 SC 2008.023470-8, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Henry Petry Junior, Julg. em 11/11/2010).

é motivo de sua dissolução uma vez que autoriza o reconhecimento de união estável com pessoa casada, e a jurisprudência e a doutrina praticamente comungam da mesma orientação: os bens adquiridos na separação de fato não se comunicam.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se manifestou sobre a matéria e firmou posição em duas decisões proferidas na vigência do Código Civil revogado no sentido de não reconhecer usucapião, a saber:

Usucapião. Desquite. Bem não partilhado. Dissolvida a sociedade conjugal e não o **casamento**, sem que tenha sido realizada a partilha dos bens, não pode um dos cônjuges usucapir bem que ainda integra o patrimônio comum, pois entre eles não corre prescrição, como reza o art-168 do cc. Apelação desprovida.²¹

Embargos de terceiro. Penhora sobre bem não partilhado em separação judicial. **Usucapião.** Meação resguardada. Dissolvida apenas a sociedade conjugal e não o **casamento**, sem que tenha sido realizada a partilha dos bens, não pode ser reconhecida a **usucapião**, ainda que incidentalmente, de bem ainda integra o patrimônio comum, em favor de qualquer dos cônjuges, pois entre eles não corre prescrição, como reza o art-168 do cpc. Caso em que se resguarda a meação do cônjuge que não se beneficiou do mutuo contratado. Voto vencido. Apelação provida em parte²².

As duas decisões têm como ponto comum o fato de não reconhecer o usucapião na constância do casamento, por entenderem que, então, não corre a prescrição. Porém, ambas reconhecem ter ocorrido a dissolução da sociedade conjugal.

É de se lembrar que o Código Civil em seu art. 197 define que não corre a prescrição na constância da sociedade conjugal, não se referindo mais a matrimônio como fazia o Código Civil de 1916.

²¹ Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 198008500, Quinta Câmara Cível, Relator: Márcio Borges Fortes, julgado em 12/03/1998.

²² Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 197082282, Quinta Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/03/1998.

A mudança de termos apresentada no Código Civil implica a viabilidade de usucapião, por terem reconhecido dissolução da sociedade conjugal como requisito para o início da contagem do prazo prescricional entre os cônjuges.

Para o Código Civil vigente, a contagem do prazo prescricional tem início com a dissolução da sociedade conjugal, que ocorre nas hipóteses previstas no art. 1571, podendo ser incluída também a separação de fato pela analogia do art. 1723, § 2º.

Assim, embora a posição apresentada nessas decisões seja em sentido contrário ao reconhecimento de usucapião e a doutrina não se manifeste a respeito, é possível defender a viabilidade de reconhecimento de usucapião.

Essa análise deriva dos princípios ligados à disciplina de Parte Geral, relacionados ao início do prazo prescricional, pois o Código Civil atual não usa mais a expressão matrimônio e sim sociedade conjugal.

Também fundamenta o argumento levantado, a análise da disciplina de Direito de Família, tendo em vista que o Código Civil traz as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal e reconhece efeitos para a separação de fato na constituição de nova entidade familiar a permitir a comunhão de bens adquiridos na união estável. Tanto a doutrina como a jurisprudência atual reconhecem que a separação de fato dissolve a sociedade conjugal implicando na cessação dos efeitos dos regimes de bens.

E, por fim serve de amparo a essa tese a disciplina de Direito das Coisas, tendo em vista que a composses determina que o compossuidor não pode ter o seu direito excluído pelos demais, mas nada impede que se reconheça usucapião de um compossuidor em detrimento dos demais se houver abandono da posse.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhece usucapião nas relações familiares, entre parentes, nos casos em que há propriedade condominial, composses e em virtude da demissão da posse (não exercício ou

abandono) inicia a contagem de prazo prescricional, como se pode ver das decisões a seguir:

“Usucapião. Compossuidores. Prova de posse exclusiva. Demonstrada a posse exclusiva dos autores, pelo lapso exigido pelo art.191, CF, procede a ação de usucapião. Ainda que anteriormente, se admitisse a ocorrência da comosse, a posse exclusiva pelo lapso temporal constitucional outorga o direito de propriedade por si só. Negaram provimento.”²³

“Usucapião extraordinário. Preliminar. Ausência de prestação jurisdicional. Inventário. Interrupção da prescrição. Não ocorrência. A falta de exame de uma tese defensiva não é caso de nulidade. O julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes. Sentença suficientemente fundamentada. Ação de inventário que não tem o condão de interromper o prazo prescricional. Posse vintenária, sem interrupção e sem oposição, *animus domini*. Requisitos do art. 550, do Código Civil, preenchidos. Domínio declarado. Repeliram a preliminar e negaram provimento.”²⁴

“Ação de usucapião extraordinário. Requisitos. Alegação de comodato verbal indemonstrada. Art. 333, II, do CPC.

Se a posse dos autores é de cerca de 40 anos, exercida de forma pública, a presunção que se há de estabelecer e o seu exercício com ânimo de dono. Caso em que competeria ao réu, a teor do art. 333, II, do CPC provar o alegado comodato verbal, tarefa da qual não se desincumbiu a contento. Apelação improvida.”²⁵

“Ação de usucapião extraordinário. Requisitos. Art. 550 do Código Civil (1916). Exurgindo dos autos que os autores estão a exercer a posse sobre a área de forma exclusiva há mais de 20 anos, de forma ininterrupta, mansa e pacífica, impõe-se o acolhimento da pretensão aquisitiva, nos termos do art. 550 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie. Recurso adesivo. Verba sucumbencial.

Cuidando-se de sentença de sentença de procedência, nos termos do art. 500 do CPC, descabe recurso adesivo. Negaram provimento ao recurso dos réus e não conheceram a apelação adesiva dos autores.”²⁶

“Apelação cível. Ação de usucapião especial rural entre co-herdeiros. Prazo da prescrição aquisitiva implementado na vigência da lei nº 6.969/81, aplicável ao

²³ Apelação Cível Nº 598128767, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 25/05/1999.

²⁴ Apelação Cível n. 70002426435, Décima Nona Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, julgamento em 18/12/2001.

²⁵ Apelação Cível n. 70014086870, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Elaine H. Macedo, julgamento em 01/06/06.

²⁶ Apelação Cível n. 70015100977, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Elaine H. Macedo, julgamento em 14/09/06.

caso. Autores da herança que, juridicamente, não tinham a propriedade titulada do todo, mas tão-somente posse, com o que inviável a objeção de que os autores já seriam proprietários de parte ideal da área, adquirida por herança. Comprovada a posse mansa, pacífica, ininterrupta, e com animus domini, por mais de cinco anos, assim como a exploração produtiva do imóvel rural de área inferior a 25 ha, fazem os autores jus à declaração de aquisição da propriedade por força de usucapião especial rural. Posse ad usucapionem demonstrada pela prova uníssona dos autos. Possibilidade de usucapião entre co-possuidores, desde que evidenciado o exercício de posse exclusiva sobre o todo com ânimo de dono. Improcedência da objeção de que os autores já seriam proprietários da área ideal herdada, uma vez que os próprios autores da herança não eram titulares do domínio. Negaram provimento ao recurso. Unânime.”²⁷

A mesma orientação foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida no ano de 2008, a qual reconheceu de forma expressa a viabilidade de usucapião entre parentes herdeiros, tendo em vista a posse exclusiva do bem comum por um dos herdeiros, como se vê da ementa que segue:

“Agravos regimentais em agravo de instrumento. Usucapião. Condomínio. Súmula 7 STJ. Manutenção da decisão hostilizada pelas suas razões e fundamentos. Agravo improvido. I - Esta Corte firmou entendimento no sentido de ser possível ao condômino usucapir se exercer posse exclusiva sobre o imóvel. Precedentes. II - Não houve qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, que está em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos. Agravo improvido.”²⁸

No caso acima, o STJ reconheceu a viabilidade de usucapião entre herdeiros porque o bem comum, deixado pelo falecimento do pai foi utilizado de forma exclusiva por um dos herdeiros o que caracteriza o abandono da posse e por consequência, o reconhecimento da propriedade exclusiva de um dos co-herdeiros, como se vê dos trechos destacados a seguir:

²⁷ Apelação Cível Nº 70017563156, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 03/07/2008.

²⁸ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 731971 / MS, Terceira Turma, Rel. Min. Ministro Sidnei Beneti, julg. em 23/09/08.

"Não obstante, ainda que os apelantes defendam que durante o interregno computado entre a data de abertura da sucessão e a formalização da partilha houve a formação de um condomínio entre os herdeiros, o que impede a consumação da usucapião, tal assertiva foi afastada dos autos, pois o apelado João Rodrigues Terra exercia com exclusividade a posse sobre as partes ideais pretendidas pelos apelantes, pelo tempo de vinte anos, pois, entre o momento de propositura da ação (3.3.97) e o exercício de fato da posse (ano de 1976), concretizou-se a prescrição vintenária.

(...)

Ante o exposto, apurada a posse exclusiva do apelado João Rodrigues Terra sobre aquele imóvel rural, de forma mansa e pacífica, por mais de vinte anos, impõe-se o reconhecimento e o acolhimento da tese de defesa argüida, visto que caracterizada a usucapião extraordinária, nos termos do artigo 550 do antigo Código Civil, não havendo falar em impossibilidade de usucapir bem que está sob sociedade condominial"

É importante destacar que essas decisões guardam um relevante ponto de contato: **todas elas** se referem a casos nos quais havia a propriedade comum, e por conseqüência a possibilidade de comosse, mas a posse passou a ser exercida exclusivamente por um dos condôminos o que autoriza a aquisição exclusiva da propriedade.

A possibilidade de usucapião está assentada no fato de que há o abandono da posse, e por conseqüência a possibilidade de perda da propriedade comum pela prescrição aquisitiva, daquele que exerce a posse exclusiva com *animus domini*, já que os demais proprietários se demitiram da posse²⁹.

Assim, o reconhecimento de usucapião será viável entre cônjuges, desde que haja posse exclusiva dos bens (que até podem ter sido comuns no passado), pelo implemento do prazo da prescrição aquisitiva, como se vê das decisões seguem, as

²⁹ Essa linha de raciocínio já havíamos utilizado, mediante o argumento do abandono da posse, que entendemos possível o reconhecimento de usucapião entre parentes e entre cônjuges na obra WESENDONCK, Tula. **Direito Patrimonial de Família**: Disciplina Geral do Regime de Bens no Código Civil. Elsevier, Rio de Janeiro, 2011. p. 135.

quais reconheceram de maneira expressa usucapião em decorrência da separação de fato, a se ver:

“Apelações cíveis. Declaratória de união estável anterior à Constituição Federal de 1988. Concubinato. Partilha de bens. Indenização por uso exclusivo de patrimônio comum. Efetivação da partilha nos autos do inventário do companheiro falecido. Cabimento. Apelação autor Efetivação da partilha nos autos do inventário do companheiro falecido: O direito do autor sobre os bens adquiridos pelo seu genitor na união estável, decorre do seu direito hereditário. Logo, o autor deve efetivar seu direito sobre os bens partilhados à luz do Direito Sucessório. Caso em que é correta a sentença que remeteu a efetivação da partilha de bens para os autos da ação de inventário do falecido companheiro. Partilha dos bens móveis: Indeferimento de partilha de bens móveis, tanto por falta de rol como pelo reconhecimento de usucapião. Indenização pelo uso exclusivo do patrimônio comum: não cabe falar em indenização pela utilização exclusiva do patrimônio comum pela cônjuge supérstite pois à época do falecimento do companheiro sequer havia título que reconhecesse a comunicabilidade do bens. APELAÇÃO REQUERIDA Aplicação do regime de bens da união estável, mesmo em caso de união anterior à Constituição Federal de 1988: No período anterior ao casamento, reconhecido como união estável, nenhuma ressalva ou nenhum acordo foi firmado pelos então companheiros para afastar da mancomunhão os bens que cada um adquiriu no curso da relação. Para todos os efeitos, todos os bens adquiridos pelos companheiros, no curso da união estável, salvo contrato expresso entre as partes, são considerados patrimônio comum e são partilháveis em igualdade de condições. Isso porque à união estável é aplicável o regime da comunhão parcial de bens, nos termos como determina o art. 1.725, do Código Civil. Esse entendimento é estendido a todas as uniões estáveis, inclusive àquelas ocorridas anteriormente ao advento da nova Constituição Federal, como ocorreu com a união havida entre a recorrente e o falecido pai do recorrido. NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DO AUTOR E DA RÉ.³⁰

Na decisão acima somente se reconheceu a viabilidade de usucapião no que concerne aos bens móveis.

Já em recente e revolucionária decisão, houve o reconhecimento de usucapião dos bens que eram do casal e sobre os quais a esposa teria exercido posse exclusiva

³⁰ Apelação Cível Nº 70032382228, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/11/2009.

por mais de vinte anos em virtude do ex-cônjuge ter abandonado a família e a posse dos bens do casal. Trata-se de um *leading case*, como se deduz da ementa que segue:

“Apelação cível. Reais e família. Usucapião entre cônjuges. Separação de fato. Sentença extintiva, sem resolução de mérito. - recurso da autora . Possibilidade jurídica do pedido. Situação excepcional caracterizada. Alegado abandono da família e patrimônio pelo marido há mais de 20 anos. Prescrição e prazo para o usucapião. Naturezas jurídicas distintas. Inaplicabilidade literal do art. 168, I, do CC ou art. 197, I, do CC. Interpretação extensiva dos dispositivos inviável. Fim da norma de suspensão não atendido. Posse aparentemente exercida exclusivamente e não em razão da mancomunhão. Carência de ação afastada. Sentença cassada. Recurso provido.

- A considerar a natureza jurídica distinta da prescrição e do prazo para aquisição propriedade por usucapião, sendo equívoca a utilização da expressão "prescrição aquisitiva" como ensinam Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, não há aplicar, em razão da interpretação literal, as causas de suspensão da prescrição previstas no art. 168, I, do ou no art. 197, I, do Código Civil/02.

- Não obstante se reconheça a possibilidade de aplicação extensiva dos dispositivos citados, por meio de interpretação teleológica, ao prazo da usucapião, inviável utilizar desse expediente quando, em tese, não há relação afetiva familiar ou harmonia entre as partes a serem preservadas fim precípua da causa de suspensão da prescrição entre os consortes.

- Nessas hipóteses excepcionais, se a posse exercida por um dos cônjuges sobre o bem não decorre da mancomunhão (como acontece, e.g. , na mera tolerância do outro enquanto não realizada a partilha ou somente em razão da medida de separação de corpos), mas sim de forma exclusiva em virtude do abandono pelo esposo da família e bens há mais de 20 anos, não se vê impossibilidade jurídica do pleito de usucapião entre cônjuges.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. , da comarca de São João Batista (Vara Cível, Criminal e Anexos), em que é apelante Maria das Neves Minatti Tamanini, e apelado Nelson José Tamanini:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais”.³¹

Assim, é viável a defesa da tese de usucapião entre cônjuges e companheiros quando ocorre a separação de fato.

³¹ Apelação Cível n. 2008.023470-8, Rel. Des. Juiz Henry Petry Junior, Terceira Câmara de Direito Civil, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julg. em 11.11.10.

Finalmente, é preciso ponderar: a partir de quando terá início a contagem do prazo prescricional? Esse prazo deve se iniciar não somente a partir do momento que um dos cônjuges ou companheiro sai do lar, mas quando efetivamente não exerce mais posse sobre o bem, devendo o julgador atender e examinar todas as circunstâncias fáticas que justifiquem a incidência da nova disposição legal, quais sejam:

- ausência de acordo fático sobre partilha de bens;
- inexistência de posse indireta ou de atos que caracterizem que o então casal mantém gestão do patrimônio comum, ainda não partilhado;
- inexistência de negociações ou tratativas sobre a disposição do patrimônio comum;
- inexistência de relacionamento afetivo intermitente entre os cônjuges, que embora separados de fato ainda possuem expectativa e possibilidade de reconstituição do vínculo; e,
- outras circunstâncias fáticas que justifiquem o afastamento da incidência da disposição legal.

Assim, o início da contagem do prazo para a prescrição aquisitiva se dará a partir da separação de fato, aliada ao abandono da posse. Essa conclusão deriva da constatação de que com a separação de fato ocorre a cessação dos efeitos dos regimes de bens, e com o abandono da posse se autoriza a posse exclusiva do bem ao outro cônjuge ou companheiro.

Essa tese tem por objetivo valorizar as situações fáticas, como tem sido a tendência do Direito de Família, que reconhece efeitos à união estável às uniões homoafetivas (valendo menção à recente e polêmica decisão do STF que reconheceu o caráter de entidade familiar às uniões homossexuais).

Porém, reconhecer efeitos jurídicos às situações fáticas não se confunde com a disposição literal da Lei 12.424/11, que traz a figura da usucapião não como um mecanismo de estabilização das relações jurídicas, mas como potencial fonte de insegurança e conflito, ensejando interpretação que reacende a chama a respeito da discussão da culpa, criando uma forma de perda da propriedade baseada na retribuição ou castigo àquele que opta por se retirar do lar, seja porque não quer ou não tem mais condições de suportar a vida em comum.

Consequentemente, decorre a necessidade de objetar a uma exegese meramente -literal do dispositivo legal, que deverá ser interpretado de acordo com os princípios e demais regras do Direito de Família atual, sem deixar de considerar a modificações evolutivas que sofreu e também em decorrência dos requisitos estabelecidos para o reconhecimento de usucapião no Direito das Coisas.

Assim, o que se defende neste artigo é que a matéria não poderá ser vista sem uma interpretação sistemática e integrada dos princípios e ditames vigorantes no Direito brasileiro atual.

4 CONCLUSÃO

A melhores das intenções do legislador nem sempre são suficientes para criar boas leis. Por isso, a intenção do legislador não é parâmetro para interpretação das leis. Esse é o caso da Lei 12.424/11, que embora tivesse por interesse proteger segmento frágil da sociedade, tramitou em caráter de urgência, foi produto de conversão de Medida Provisória em Lei e talvez por isso não contou com debate adequado da comunidade jurídica para evitar os problemas técnicos de sua redação que precisarão ser enfrentados para uma adequada aplicação.

A solução que a lei traz em si, o reconhecimento de usucapião entre cônjuges, é uma solução que se mostra viável e necessária em determinados casos. Porém, a forma como se incluiu o reconhecimento de usucapião entre cônjuges ou companheiros no Código Civil de 2002 pode representar grande retrocesso ao Direito de Família se interpretada em seu sentido literal ou segundo a vontade do legislador, por reacender a discussão a respeito de assuntos que em boa hora foram sepultados como a noção de culpa na dissolução de vínculos e os seus reflexos para o Direito Patrimonial de Família.

A intenção da lei é diferente da intenção do legislador, razão pela qual pode-se certamente dizer que o sentido do ordenamento jurídico não é o de interferir na tomada das decisões que são tão pessoais dos cônjuges e dos companheiros como a dissolução do vínculo. Caso contrário, as pessoas que forem se separar não poderão mais deixar a casa onde vivem, pois correrão o risco de serem punidas com a perda da propriedade em um prazo muito exíguo.

Também é preciso mencionar, que a lei pode ser usada de maneira oportunista para àqueles casos em que ela sabidamente não teria interesse em tutelar, no que se refere aos imóveis de elevado valor. Como a Lei tem origem no programa minha casa minha vida e tenta limitar a metragem do imóvel, ao que tudo indica quer beneficiar pessoas de baixa renda, mas isso não fica claro na lei.

Além disso, não é demasiado considerar que pela redação da lei, outras situações em que mereceriam o reconhecimento de usucapião ficariam a descoberto, dependendo de posição doutrinária e jurisprudencial, como os casos de imóvel rural, ou de imóvel de baixo valor, mas acima de 250m², ou mesmo de bens que não se enquadrem em nenhuma das situações de usucapião especial, mas que mereceriam a viabilidade do reconhecimento da aquisição da propriedade pela usucapião, tendo em vista o abandono da posse.

Nosso entendimento não é contrário a possibilidade de usucapião no vínculo familiar: pelo contrário, considera-se ser essa uma solução adormecida no Direito de Família, mas que se revela necessária e relevante, como se viu das decisões referidas acima. A crítica que se levanta à Lei 12.424/11 é pelo fato de somente autorizar o reconhecimento de usucapião a uma situação específica e tecnicamente mal determinada em seus pressupostos e abrangência, enquanto também seria necessário o reconhecimento de usucapião em outras para que se tenha a estabilização das relações jurídicas, mas que a interpretação literal do artigo não irá autorizar.

Além disso, a crítica à lei se refere também aos requisitos que ela apresenta para o reconhecimento de usucapião, como o exíguo prazo e também a referência equivocada à expressão abandono de lar.

Por isso, talvez a melhor orientação fosse, simplesmente, determinar que a separação de fato põe fim aos efeitos patrimoniais do casamento da sua data iniciando a fluência do prazo para usucapião, respeitados os requisitos legais das diversas formas, desta figura, tudo estando restrito aos casos em que, concomitantemente à separação de fato ocorresse o abandono da posse dos bens daquele que se retira do lar, conjugadamente com o exercício exclusivo da posse pelo outro indivíduo que permanece na posse dos bens.

Assim, estariam resolvidos alguns dos problemas espinhosos do Direito de Família, sem que se ressuscitassem velhos fantasmas que já não podem mais encontrar lugar na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



COSTA, Maria Aracy Menezes da. O Regime de Bens na Separação de Fato. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 68, nov. 1996.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

KREUZ, Sérgio Luiz. Princípio da Imutabilidade do Regime de Bens do Casamento no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 2002.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. Casamento - Regime de Bens e Efeito Patrimonial da Separação de Fato. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 234, p. 12, abr. 1997.

PEREIRA, Sergio Gischkow. A Alteração do Regime de Bens: Possibilidade de Retroagir. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 23, abr./maio 2004.

_____. A Separação de Fato dos Cônjuges e sua Influência nos Bens Adquiridos Posteriormente. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 56, Nov. 1992.

_____. Algumas Questões de Direito de Família na Nova Constituição. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 45, mar. 1989.

_____. O Bem Reservado e a Constituição Federal de 1988. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, no 51, 1991.

_____. O Direito de Família e o Novo Código Civil: Principais Alterações. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 87, set. 2002.

_____. O Direito de Família e o Novo Código Civil: Alguns Aspectos Polêmicos ou Inovadores. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, no 90, jun. 2003.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A Autonomia da Vontade e os Regimes Matrimoniais de



Bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIMÃO, José Fernando. Usucapião familiar: problema ou solução. Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html . Acesso em: 15 set. 2011.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Programa Minha Casa Minha Vida e a nova usucapião. Disponível em: <http://cna-iasp.blogspot.com/2011/07/programa-minha-casa-minha-vida-e-nova.html> Acesso em: 15 set. 2011.

WESENDONCK, Tula. **Direito Patrimonial de Família**: Disciplina Geral do Regime de Bens no Código Civil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.