

USUCAPIÃO ESPECIAL CONJUGAL E OS (DES)AVANÇOS EM RELAÇÃO À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66 DE 2010

Dayane Milhomem Pires¹ Adriene Paulino Pereira¹ Camila de Bortoli Rossatto²

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo pesquisar a usucapião especial conjugal, criada pela Lei 12.424/2011, e os possíveis confrontos com o texto expresso na emenda constitucional 66 de 2010 (EC/2010). Assim, o problema que rege tal pesquisa diz respeito ao fato de que a usucapião especial conjugal reascendeu assuntos já superados pela EC/2010, tais como as discussões sobre os motivos que ocasionam o fim das relações conjugais e quem deverá ser privilegiado por permanecer no imóvel. Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar se a usucapião especial conjugal afronta o texto constitucional e representa retrocessos para o direito de família. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica, documental, à legislação e a jurisprudência. Por fim, chegou-se à conclusão que a aplicação da usucapião especial conjugal poderá afrontar o texto previsto na EC 66/2010, já que trouxe à tona discussões por ela já superadas e, portanto, desnecessárias, além de apresentar possível retrocesso ao direito de família.

Palavra-chave: Usucapião Especial Conjugal. Família. Divórcio. Culpa. EC 66/2010.

INTRODUÇÃO

A usucapião surge da necessidade de converter posse em propriedade, e como esse instituto foi avançando ao longo do tempo, de modo que existem diversos meios para que um bem seja usucapido. É notório que desde os primórdios o ser humano tem a necessidade de demarcar seu território, ser dono de terras, e ao longo dos séculos tal necessidade foi se constituindo e se consolidando através das leis.

Assim o primeiro registro da usucapião surge na Roma antiga, onde o cidadão romano buscando formas em converter a posse em propriedade viu na lei um meio de legitimar seus interesses, para que pudesse ser proprietário do lugar onde morasse e de lá tirasse seu sustento, e ao longo do tempo tal direito foi estendido a estrangeiros e também incorporado pelo direito em outros países.

O Brasil, no período imperial, teve sua primeira experiência com a usucapião *pro labore*, criando mecanismos para que quem morasse em terras devolutas não fosse surpreendido a qualquer momento e expulsos do lugar em que tiravam seu sustento e fixavam sua residência, tal experiência deu certo, visto que o instituto da usucapião só cresceu e se aprimorou ao longo dos anos. Ao passo que atualmente possui inúmeros pressuposto que devem ser obedecidos, bem como espécies para cada tipo de imóvel que pode ser usucapido.

A usucapião brasileira possui requisitos gerais de aplicabilidade, como também cada espécie apresentará pressupostos próprios. Atualmente existem nove

¹Direito, Instituto Educacional Santa Catarina – Faculdade Guarái – IESC/FAG. Guarái - Tocantins

²Especialista em Direito e Processo Administrativo. Mestranda em ensino. Professora do curso de Direito no Instituto Educacional Santa Catarina – IESC e Faculdade de Guarái –FAG. Guarái – Tocantins. E-mail: camila.rossatto@iescfag.edu.br

espécies de usucapião, sendo elas, usucapião extraordinária, usucapião especial rural, usucapião especial urbana, usucapião especial conjugal, usucapião ordinária, usucapião ordinária com posse social, usucapião tabular, usucapião extrajudicial e usucapião indígena.

Cada espécie acima exposta possui lapso temporal distinto, bem como requisitos como local e tamanho da área diferenciados, vez que o legislador buscou preservar as peculiaridades de cada caso para que ocorresse a usucapião, mas apesar das diferenças em muito as espécies de usucapião se assemelham quanto ao requisito do ânimo em ser dono, porém a espécie que mais se distingue e inclusive foge à regra do animus domini é a usucapião especial conjugal.

Apesar da usucapião ser de natureza dos direitos reais, a usucapião especial conjugal, está mais ligada ao direito de família do que aos próprios direitos reais, pois como será demonstrado ela afronta texto expresso da constituição, retomando assunto já findado com a emenda constitucional 66 de 2010, produzindo novamente debate quanto a aplicabilidade da culpa no fim do casamento.

Com a chegada da emenda constitucional 66/2010, que tratava do divórcio direto, garantindo que este ocorresse de maneira mais sigilosa e eficaz, questões que envolviam a culpa do fim da relações pareciam ter sido retiradas do ordenamento jurídico, fazendo com que grande parte de doutrinadores do direito de família viessem a crer que a emenda 66/10 traria a extinção da separação judicial.

Todavia em 2011, o Código Civil recepciona parte da lei 12.424 e cria o artigo 1240-A, que trata acerca da usucapião especial conjugal, retomando a discussão de culpa no fim da relação matrimonial, pois o consorte que em tese abandonar a residência perde a propriedade do imóvel comum do casal.

Nesse sentido, surge a problemática do presente artigo, que refere-se as injustiças que podem ocorrer ao retirar o domínio do imóvel de alguém que por algum motivo acabou pondo fim na relação conjugal através de sua retirada da casa em que mantinha convívio com o ex-cônjuge, visto que a figura do abandono de lar retoma a culpa e recompensa o abandonado com a totalidade do bem que foi constituído com o esforço mútuo do casal.

O artigo em questão tem como objetivo geral determinar se a usucapião especial conjugal desrespeita o texto constitucional, mais detidamente a EC 66/10, e se com isso representa retrocesso para o direito de família. Quanto aos objetivos específicos será fornecido com base no entendimento doutrinário sobre o assunto os motivos que levam a usucapião especial conjugal se tornar medida injusta, identifica-se com base nos princípios da mínima intervenção nas relações familiares e a autonomia de vontade privada que o instituto ora mencionado viola princípios basilares do direito de família, ainda reconhece que a atual legislação sobre a usucapião especial conjugal visa dar proteção ao patrimônio de um dos cônjuges em detrimento do bem que pela justiça também caberia ao outro consorte.

Para chegar a esse assunto buscou-se obras de renome que estivessem alinhadas com a ideia de retrocesso que usucapião especial conjugal carrega, e o confronto desta norma com a emenda constitucional 66 de 2010, para isso autores como Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno e Pablo Stolze Gagliano, foram de fundamental importância para o desenvolvimento do problema jurídico apresentado, bem como outros nomes reconhecidos no direito foram fundamentais para o desenvolvimento completo do artigo.

Relevante se faz levantar este tema visto que o direito de família através do tempo passa por constante evolução, logo discutir a cerca de tema que de certo modo retroage a evolução que o direito de família vem atravessando é fundamental

tanto para os estudiosos do direito como para a sociedade de maneira geral, visto que direito a propriedade e família são corriqueiros em nosso cotidiano.

Assim pretende-se demonstrar de que forma a usucapião especial conjugal se contrapõe a atual conjectura das relações estabelecidas em um casamento, que atualmente preservam a intimidade e a vida privada, e também debater os motivos que à levam a ser contrária ao texto da emenda constitucional 66 de 2010, no atual contexto jurídico as normas que tenham o intuito de privilegiar pessoa que em tese não tem seu direito desrespeitado, constituem retrocesso, pois deixam claro que possuem critérios mais voltados a moral do que a justiça.

REVISÃO DE LITERATURA

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A USUCAPIÃO

O vocábulo usucapião surge do latim *usucapio*, que é a junção dos vocábulos latinos *usu* e *capere*, que significam respectivamente posse e adquirir, logo a palavra usucapião significa adquirir pela posse, mas também admite outros significados como aquisição da propriedade pelo decurso do tempo (NADER, 2016). A usucapião é meio originário de aquisição da propriedade imóvel e móvel.

Preciso se faz consignar que tal instituto teve destaque no direito desde 450 a.C. com a lei das doze tábuas que concedia o domínio de imóvel ao cidadão romano, nas hipóteses em que ocorressem transcurso de tempo na posse do imóvel sem que o seu real proprietário o reivindicasse, apenas com a expansão do império Romano o direito a usucapir foi estendido aos estrangeiros, também conhecidos como peregrinos (FARIAS, 2017).

A inclusão dos estrangeiros para que estes também pudessem usucapir imóveis foi importante, devido ao fato de Roma ser a cidade mais evoluída da época, o fluxo migratório era intenso e a quantidade de pessoas que exerciam posse crescia de forma acelerada, assim o legislador ao estender as disposições já existentes ao estrangeiro regulou o fluxo migratório, bem como, impediu o crescimento desordenado da cidade.

Ademais, o prazo para que o bem fosse usucapido por estrangeiro era maior que o prazo para os romanos. Enquanto o cidadão romano conseguiria adquirir um imóvel em dois anos por usucapião o estrangeiro teria de esperar de 10 a 20 anos para adquirir a propriedade de imóvel por meio da usucapião. Neste interim a usucapião é tida como meio de prescrição aquisitiva, apenas o código civil alemão tinha a prescrição separada da usucapião, sendo esta uma maneira de aquisição da propriedade (BRITO, 2015).

Enquanto no Brasil a primeira questão que envolve o instituto da usucapião data de 18 de setembro de 1850, lei 601 que tratava a respeito das terras devolutas do império, o artigo 5º de tal lei previa que caso o posseiro comprovasse que realizava cultivo ou princípio de cultivo e moradia de forma mansa e pacífica em determinada área que fosse abandonada, ele seria legalmente proprietário daquela gleba devoluta (BRASIL, 1850).

A Constituição de 1946, artigo 156, §3º, inovou na usucapião *pro labore* vez que aumentou a extensão de terra de dez hectares para até vinte e cinco hectares e alterou o termo “brasileiro” para o termo “todo aquele”. Posteriormente sofreu alteração com a emenda constitucional número 10 de 64 que mudou de 25 hectares para até cem hectares, com o intuito de assegurar a pessoa que vivesse no campo maior poderio econômico e social (BRASIL, 1946). A alteração do termo acima

mencionada resta importante vez que estende o instituto da usucapião não só ao brasileiro, mas sim a todo aquele que cumprir os requisitos da lei.

Em 30 de novembro de 1964 foi instituído no ordenamento jurídico o Estatuto da Terra, por meio da Lei 4.504, e esta também tratava de questões relativas a usucapião, cabe ainda mencionar que as constituições seguintes, quais sejam a de 1967 e 1969 não trataram em seus textos sobre a usucapião, logo a lei vigorou durante estes períodos (FARIAS, 2017).

Em 1981 foi criada a Lei 6.969 que trazia disposição sobre a usucapião especial rural, esta alterava as exigências das demais legislações já existentes, receberia por sentença judicial o título de proprietário do lote rural o posseiro que não fosse proprietário de imóvel, tanto rural quanto urbano, e estivesse ininterruptamente por 5 anos em área rural não excedente a vinte e cinco hectares, e torna-se a área que exerce a posse produtiva (BRASIL, 1981).

Quanto a usucapião urbana, só passou a pertencer ao ordenamento jurídico constitucional com a atual Carta Magna, embora houvesse legislação ordinária que tratasse de tal espécie de usucapião até então nenhuma Constituição havia abordado a questão, o legislador preocupado com o crescimento urbano desordenado criou essa espécie de usucapião.

Está previsto no artigo 183 da Constituição Federal que só será apto a usucapião o imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados, em que se estabelecer a posse pelo lapso temporal de cinco anos sem que este seja interrompido, existe uma ressalva de que o posseiro não pode ser dono de imóvel seja este urbano ou rural (BRASIL, 1988).

Nota-se o cuidado do legislador em prever que só pessoas que não possuem propriedade imobiliária podem usucapir, isto se deve ao fato de que a usucapião surge no ordenamento jurídico como uma forma de favorecer as pessoas que exercem a posse de forma pacífica, sem embargos, todavia, não possuem recursos para adquirir o local onde firmaram residência ou até mesmo o local em que tiram o sustento da família.

A Constituição Federal separou em capítulos diferentes a usucapião urbana e a usucapião especial rural, ambas fazem parte do título VII, todavia, a usucapião urbana está no capítulo II que trata da política urbana e a usucapião especial rural está no capítulo III que trata da política agrária, e ainda deixou claro a impossibilidade de se adquirir via usucapião imóveis de patrimônio público (NADER, 2016).

No que concerne aos códigos civis brasileiros de 1916 e 2002, houve a separação da prescrição extintiva e a usucapião, entendimento este retirado do código civil alemão, que não considera a usucapião como forma de prescrição, mas sim como meio de aquisição da propriedade. Assim, no direito civilista brasileiro é um meio de aquisição da propriedade, pelo qual o agente exerce a posse do imóvel de forma mansa e pacífica, sem impedimentos do real proprietário por um decurso de tempo estabelecido no código civil e tal posse pode posteriormente ser convertida em propriedade pela usucapião (FARIAS, 2017).

A usucapião em outros termos visa consolidar a aquisição da propriedade, as custas do bem de propriedade de indivíduo que não destinou função social ao seu bem, deixando tal bem imóvel ou móvel na posse de terceiro, sem intervir para reaver o bem que era seu por direito. Ainda a usucapião é vista como forma de aquisição originária, pois as obrigações anteriores gravadas ao bem não se comunicam com o proprietário que a adquire por usucapião.

Importante destacar que a usucapião é apenas uma das variadas formas de aquisição de propriedade, por muitos doutrinadores é vista como tipo de prescrição aquisitiva imprópria, isso porque a usucapião se constitui com o decurso do tempo, e deve seguir alguns requisitos estabelecidos na lei, a depender de cada modalidade, para que assim ocorra sua conversão em domínio (PEREIRA, 2017). Logo, embora o sujeito tenha a posse de um objeto imóvel, tal posse só terá validade para ser usucapida com o decorrer do tempo, estabelecendo assim a prescrição aquisitiva imprópria, visto que a usucapião embora estabeleça lapso temporais não pode ser confundida com o instituto da prescrição.

Resumidamente, a usucapião é forma vetusta de aquisição da propriedade originária, seja móvel ou imóvel, e ao longo do tempo foi sofrendo alterações sem que estas alterassem o seu teor, atualmente a usucapião ainda sofre mudanças ainda são criadas espécies com o intuito de assegurar a propriedade de forma cada vez mais ampla.

Relevante se faz consignar que a usucapião possui pressuposto, assim, inicialmente destaque-se os pressupostos genéricos da usucapião, que são requisitos imprescindíveis para a conversão da posse em propriedade, é fundamental que certos requisitos sejam cumpridos. Somados aos pressupostos genéricos cada espécie de usucapião exige os seus pressupostos próprios (MELLO, 2017).

Para que ocorra a aquisição por meio da usucapião (*Posse ad usucapionem*³) é importante que o possessor tenha exercido a posse de forma ininterrupta, o possuidor tem o poder físico sobre o bem, o bem também deve ser apto a usucapião requisito este conhecido como *res habilis*⁴, caso o bem seja público não há como eles ser usucapido visto que o pressuposto do *res habilis* não será preenchido. O possuidor também deve agir como se dono fosse, ou seja, ter o ânimo de dono (*animus domini ou animus rem sibi habendi*⁵), deve também ser preenchido o lapso temporal que pode variar a depender de cada espécie de usucapião (NADER, 2016).

Importante destacar que os requisitos acima mencionados deverão ser preenchidos em todas as espécies de usucapião imobiliária, todavia, o lapso temporal sofre alterações em cada espécie, ou seja, todas as espécies terão o requisito do tempo, mas este irão variar, um exemplo seria a usucapião extraordinária com lapso ora de 15 anos ora de 10 anos, a depender das exigências da legislação.

Outrossim, existem dois requisitos que só serão aplicados a usucapião ordinária são eles a boa-fé e o justo título, a boa-fé ocorre quando o possuidor do bem acredita que realmente é o proprietário da coisa, requisito este muito parecido com o justo título, que é quando o possessor possui o título (contrato de compra e venda) mas este possui vícios que o tornam nulo, neste caso será observado o lapso temporal e se este for preenchido a posse se converte em direito a propriedade (GONÇALVES, 2017).

Com relação as espécies de usucapião, cabe mencionar que o Código Civil de 2002, traz em seu texto a usucapião extraordinária⁶, a usucapião especial rural⁷,

³ Posse apta a ser usucapida, pois se enquadra nos requisitos da lei.

⁴ Coisa hábil de ser usucapida.

⁵ Intenção de ser proprietário, vontade de tomar a coisa para si.

⁶ Artigo 1.238 e parágrafo único, Código Civil.

⁷ Artigo 1.239, Código Civil.

a usucapião especial urbana⁸, a usucapião especial conjugal⁹, a usucapião ordinária¹⁰, a usucapião ordinária com posse social¹¹ (BRASIL, 2002).

A usucapião extraordinária possui dois lapsos temporais de 15 e 10 anos, para que o imóvel seja usucapido pelo lapso temporal de 15 anos é necessário que o sujeito exerça a posse sem impedimentos e ininterruptamente, nessa espécie não é necessária a boa-fé. Já o lapso de 10 anos só ocorrerá quando o indivíduo que está na posse do imóvel residir de forma habitual, ou realiza serviços de caráter produtivo ou obras (NADER, 2016).

Além disto, a usucapião extraordinária aconteceu nos casos em que o imóvel foi utilizado apenas para o trabalho, sendo assim, o indivíduo que utiliza imóvel para atividade de caráter produtivo no decorrer de 10 anos e cumprindo os requisitos já mencionados poderá usucapir.

Também conhecida como usucapião *pro labore* a usucapião especial rural é a mais antiga espécie de usucapião, tem como fundamento assegurar ao indivíduo o título de proprietário quando este exerce a posse de área rural, com até cinquenta hectares, pelo tempo de cinco anos de maneira mansa e sem interrupção e venha cumprindo a função social por meio do trabalho e moradia (PEREIRA, 2017).

O legislador, preocupado com as dificuldades para se adquirir imóvel próprio, e ainda com o intuito de reduzir a disparidade econômica das classes sociais, criou a usucapião especial urbana, denominada também como usucapião habitacional, nesta modalidade exige-se que a posse seja exercida de maneira ininterrupta, mansa e pacífica pelo prazo de cinco anos e com o intuito de moradia, ou seja, nessa espécie o sujeito não poderá realizar serviços que caracterizem trabalho.

Para que se opere a aquisição da propriedade por usucapião ordinária, o interessado deverá apresentar justo título e demonstrar boa-fé. Para tal efeito, diz-se justo o título hábil em tese para a transferência do domínio, mas que não a tenha realizado na hipótese por padecer de algum defeito ou lhe faltar qualidade específica. A regra prática para aferi-lo seria considerar que o título há de ser tal que transferiria o domínio independentemente de outra qualquer providência, se viesse escoreito. Tem-se referido que o título justo deve revestir as formalidades externas e estar transcrito no registro imobiliário (PEREIRA, 2017, p.146)

Além do requisito do justo título e da boa-fé a usucapião ordinária tem como lapso temporal o prazo de até dez anos e se divide em usucapião ordinária com posse social tendo o prazo reduzido pela metade, porém além dos requisitos já mencionados o possuidor deverá ter adquirido o imóvel de forma onerosa e posteriormente ter o registro nulo, e ainda deverá ter fixado domicílio ou ter feito investimento econômico e social.

Ainda existem três espécies de usucapião que não estão previstas no Código Civil, sendo elas a usucapião tabular¹², a usucapião extrajudicial¹³ e a usucapião indígena¹⁴ prevista no Estatuto do índio (MELLO, 2017).

A usucapião tabular segue os mesmos requisitos da usucapião ordinária, para boa parte da doutrina a usucapião tabular veio complementar o que a usucapião ordinária não especificou, ou seja, ela ocorrerá nos casos em que o sujeito possui o justo título do imóvel, onerosamente, e este tem seu registro cancelado, todavia o

⁸ Artigo 1.240, Código Civil.

⁹ Artigo 1.240-A, Código Civil.

¹⁰ Artigo 1.242, Código Civil.

¹¹ Artigo 1.242, parágrafo único, Código Civil.

¹² Artigo 214, § 5º, lei nº 6.015/73.

¹³ Artigo 216-A, lei nº 6.015/73.

¹⁴ Artigo 33, lei nº 6.011/73

terceiro de boa-fé que já preenche os requisitos para usucapião não será afetado (FARIAS, 2017). Essa situação ocorre normalmente nos casos em que o indivíduo realiza a compra do imóvel de quem não é o real proprietário.

A usucapião extrajudicial, como bem explicado em sua nomenclatura, ocorre fora do judiciário, logo esta deve ser realizada perante o cartório registro de imóveis, por meio de petição de reconhecimento extrajudicial de usucapião, e só poderá ser requerido por advogado, além disso tal pedido pode ser formulado para imóveis situados em área rural ou urbana (GONÇALVES, 2017). O legislador ao criar essa espécie buscou desjudicializar a usucapião, concedendo as partes o poder de resolver a demanda de maneira prática e consensual.

Visando dar segurança jurídica ao índio, o estatuto do índio determina que a usucapião indígena ocorrerá nos casos em que o índio ocupar por mais de dez anos, área de até 50 hectares, tendo como única ressalva que a terra ocupada só não poderá ser usucapida nos casos em que for de patrimônio da união (FARIAS, 2017).

Dessa feita, o instituto da usucapião atualmente no Brasil é extenso e abrangente, o legislador buscou por vários meios proteger aquele que destina a um imóvel abandonado uma função social, e ainda criou para cada espécie lapso temporal e limite de área diverso com o intuito de respeitar as múltiplas situações que podem acontecer no caso concreto.

A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

O casamento por muitos anos foi tratado pelo legislador como uma união indissolúvel, o que, por muito tempo, deixou que essa área do direito de família tivesse forte influência da igreja. Assim, o divórcio, durante bastante tempo, foi visto com maus olhos tanto pela sociedade como pelo direito. A emenda constitucional 66 de 2010 é recente, e revolucionou o modo como a dissolução de matrimônios ocorria.

Importa relembrar que o código civil¹⁵ dispõe requisitos para a dissolução do vínculo conjugal, sendo estes a ocorrência de adultério, tentativa de homicídio de um cônjuge contra o outro, injúria grave entre os cônjuges, abandono do lar voluntário pelo período de um ano, condenação por crime infamante, conduta desonrosa (BRASIL, 2002).

Estas situações elencadas poderiam dar ensejo a separação caso o consorte que as sofresse desejasse por esses motivos por fim ao casamento. A separação anteriormente só ocorreria por culpa e só poderia buscar a separação o consorte que tivesse sofrido a agressão, o agressor mesmo que buscasse o divórcio deveria esperar que a vítima requeresse a separação judicial, e decorrido um ano é que seria decretado o divórcio, assim, os consortes não detinham liberdade de não estar mais no matrimônio quando bem entendesse, a vontade dos cônjuges estava atrelada a uma série de requisitos (DIAS, 2016).

É notório o caráter moral que envolvia o casamento, visto que era pautado pelos bons costumes. Atualmente, o casamento é uma união pautada no amor e que pode ser dissolvida quando não mais existir o desejo de conviver, a critério dos consortes, e dessa forma, discussões como culpa de quem causou a separação não são mais cabíveis, tudo devido a vigência da emenda constitucional 66 de 2010.

¹⁵ Artigo 1571 a 1582.

Aprovada no dia 13 de julho do ano de 2010 a emenda constitucional 66 alterou o parágrafo 6º do artigo 226 da Carta Magna, que antes previa que o divórcio só ocorreria após um ano de separação judicial ou se comprovado dois anos de separação de fato. Tal previsão foi suprimida e em seu lugar restou determinado que o casamento civil pode ser desfeito mediante divórcio (VENOSA, 2017).

Tal previsão derogou boa parte do Código Civil que tratava do vínculo conjugal e casamento, e assim desestimulou qualquer requisito que sugerisse a culpa de um dos consortes no fim da união conjugal, uma vez que no divórcio não há questionamento, basta a vontade de um dos cônjuges em não estar mais no matrimônio para que ocorra sua dissolução (DIAS, 2016).

É de se registrar que a doutrina vem entendendo que a edição da EC 66/10 extirpou do nosso ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, prevendo como forma de extinção do vínculo matrimonial apenas o divórcio, o que geraria, por certo, superveniente impossibilidade jurídica do pedido formulado na ação originária deste recurso, culminando na extinção do feito sem julgamento do mérito. Não obstante, em homenagem aos princípios da economia e da celeridade processuais, tenho que deve ser possibilitada às partes a oportunidade de requerer a conversão de seu pedido de separação judicial em divórcio, porquanto é cediço que a extinção do processo os obrigará a manejar novo feito, agora pleiteando o divórcio, para que seja logrado seu objetivo, no sentido do desfazimento do vínculo matrimonial. Ora, não se desconhece a existência de vedação absoluta de alteração na causa de pedir ou no pedido após o saneamento do processo; entretanto, tendo em vista a situação extraordinária ora verificada com a edição recente da mencionada emenda, não se olvidando, ainda, que em caso de acordo entre as partes quanto à conversão do pedido em divórcio nenhum prejuízo lhes restará, deve a providência em comento ser adotada, a meu modesto sentir. (GAGLIANO, 2017, p.646)

A facilidade com que o divórcio é feito atualmente contribuiu com o judiciário, pois uma demanda que poderia levar anos e ser desgastante para os consortes que não desejam mais estar casados, hoje vem sendo realizada com celeridade, e na maioria dos casos é resolvida pela simples composição das partes via conciliação.

Vale lembrar que, anteriormente, para que ocorresse o divórcio era necessário que se provasse uma das situações que ensejavam a separação judicial, e caso o juiz aceitasse o pedido de separação, os consortes só estariam realmente divorciados decorrido um ano do requerimento do divórcio ou seja, o processo de divórcio era moroso e acabava se tornando o empecilho na vida dos consortes que não mais queriam estar unidos em matrimônio.

Assim, o principal fundamento da emenda constitucional 66/10, também chamada de emenda do divórcio, foi permitir que o cônjuges sejam livres para desconstituir a sociedade conjugal sem que para isso tenham que se justificar, sobrevivendo esse fato, a separação judicial se fez desnecessária, pois por qual motivo um casal iria buscar a separação judicial e expor uma situação íntima para que no fim fosse sua vontade convertida em divórcio, buscou-se preservar a intimidade do casal. (TARTUCE, 2019).

Ademais o magistrado ao aplicar a norma deve satisfazer os fins sociais a que esta se dirige e também deve se atentar ao bem comum, logo a justiça não deve ser utilizada para prejudicar um consorte que não quis continuar com o casamento, não importando o fato que ensejou o divórcio, pois isto não atende ao bem comum e tão pouco atende aos fins sociais.

Embora grande parte da doutrina seja unânime em afirmar a extinção da separação judicial, o Código de Processo Civil de 2015 reascendeu o tema em várias disposições, o que gerou forte debate doutrinário, visto que a emenda 66/2010 tem o intuito de ser a única via para por fim a sociedade conjugal.

Os que defendem a separação judicial tem como justificativa que se faz necessária aos casais que querem ficar um tempo separados, mas sem que com isso tenham que se divorciar, seria uma forma de “dar um tempo”, sem que com isto tenham que formalizar a separação. Todavia, com o avanço nas relações atuais, tal entendimento é ultrapassado e só corrobora com a visão arcaica movida pela moral e os bons costumes, visão que vem sendo pouco a pouco desenraizada do direito de família.

Desta feita, a emenda do divórcio traz a ideia de modernização e inclusão do direito de família, que atualmente busca principalmente proteger as relações de afeto que constitui uma família, assim, tal emenda privilegia o direito a liberdade individual e o respeito a história que uma família constrói ao longo do tempo, de modo que seria inadequado ao direito ainda ter que resgatar histórias passadas e julgar se o que ocorreu de fato é justificativa cabível para que pessoas se separem. É mais do que justo que o próprio casal tenha liberdade para decidir a respeito do fim de sua união sem que se imponha a culpa a alguém.

USUCAPIÃO ESPECIAL CONJUGAL E A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Também conhecida como usucapião pró família, usucapião especial urbana por abandono de lar conjugal, usucapião familiar, é um subtipo da usucapião especial urbana, logo se destina a imóveis que estejam dentro dos limites de uma cidade. A usucapião familiar passou a ser prevista no ordenamento jurídico no dia 16 de junho de 2011 com o advento da Lei 12.424, que acrescentou ao Código Civil o artigo 1240-A, que dispôs sobre a usucapião especial conjugal, que tem como fundamento dar direito de propriedade exclusiva ao cônjuge que supostamente teria sido abandonado no casamento, ficando este no período de dois anos exercendo a posse exclusiva do bem de família (FARIAS, 2016), ao contrário, diga-se, da ideia central da EC 66/2010.

A Lei 12.424/11 trata a respeito do programa “Minha casa minha vida” que auxilia pessoas de baixa renda a adquirirem a casa própria por meio de incentivo financeiro, o qual a pessoa beneficiada pelo programa irá aos poucos pagando sua moradia. No texto da referida Lei é que foi inserido dispositivo que define meio de aquisição originária do imóvel, quando ocorrer o rompimento da relação de convívio.

A usucapião familiar se caracteriza principalmente pelo abandono de lar, que se configura com a saída de um dos consortes da residência comum do casal, pelo lapso temporal de dois anos, de modo que só estará sujeito a usucapião, o imóvel de até 250 m²; Por fim, o companheiro aparentemente abandonado tem de permanecer no imóvel e não pode adquirir ou ter outro imóvel seja urbano ou rural (DIAS, 2016).

A usucapião quando analisada em todas suas espécies, possui como requisito de aplicabilidade o *animus domini* que é a vontade de ter aquilo como seu, já na usucapião especial conjugal, apenas tem como requisito o abandono do lar de um dos cônjuges, pouco importando a vontade de quem ficou no imóvel comum em ter como seu o bem usucapido.

Destarte, a usucapião especial conjugal está mais ligada ao direito de família do que aos direitos reais ou das coisas, visto que para que o bem seja usucapido

terá que analisar se ocorreu de fato o abandono de lar, e por quais meios se realizará tal constatação, se não, por meio do judiciário interferindo na vida privada de um casal e averiguando o que de fato aconteceu para que tal abandono ocorresse.

Com efeito, o legislador criou uma norma que acaba por impor a necessidade de tomada de atitude para formalização da ruptura do casal, quando, quiçá, o mais adequado fosse resguardar aos companheiros ou cônjuges a possibilidade de aguardar que essa ruptura familiar se acomodasse e se estabilizasse naturalmente no mundo dos fatos para, apenas posteriormente, ser formalizado o rompimento no universo jurídico, e se fosse o caso. (GUAZELLI, 2012, p.99)

O intuito do legislador ao criar tal disposição foi conferir maior proteção a quem continuasse a dar ao imóvel do casal função social e de certo modo dar maior proteção a mulher, que na grande maioria dos casos, é quem exerce a posse do imóvel ao fim da relação de convívio, todavia, há menção expressa que o imóvel que vai ser usucapido tem de ser comum do casal, surgindo assim um impasse, visto que casos em que o imóvel é exclusivo de um dos consortes não estariam aptos a serem usucapidos.

Além disso, para que se configure a usucapião conjugal, o abandono do cônjuge tem de ser voluntário, logo, nos casos em que um dos cônjuges é afastado do lar conjugal por medida judicial, não se encaixariam na hipótese do abandono voluntário do lar.

Não há abandono malicioso ou espontâneo quando o cônjuge se afasta da vivenda comum por ordem judicial compulsória de separação de corpos e tampouco quando um dos consortes foi expulso de casa por violência doméstica e fundado temor quanto à segurança de sua integridade física, moral ou psicológica, ou a de seus filhos. [...] O abandono deve ser interpretado no sentido de interromper a comunhão de vida conjunta e a assistência financeira e moral, que compõem o núcleo familiar, renegando o dever de solidariedade e de responsabilidade para com a família (MADALENO, 2018, p. 1087).

Outrossim, a usucapião familiar, com o uso da expressão “abandono de lar”, traz à tona discussão de culpa do fim da relação, pois um dos envolvidos na relação conjugal perde seu direito patrimonial em detrimento de não ter continuado em um relacionamento o qual não se sentia mais vontade de estar.

Ferindo o princípio da razoabilidade, a Legislação ora mencionada ressuscitou (DIAS, 2016) as causas do final do relacionamento, que já havia sido superado pela EC 66/2010, vez que, ao acabar com a separação, a referida Emenda acabou também, com a discussão sobre prazos e culpas.

Contudo, embora o interesse do legislador fosse o de proteger o ex-convivente abandonado, tal previsão da usucapião familiar retomou a controvérsia que diz respeito a culpa no fim das relações conjugais, dado que o imóvel de residência comum do casal passaria a ser o prêmio do cônjuge que muitas vezes fica na residência ou se opõe a acabar com o casamento, discussão esta que deveria ter sido sepultada com a emenda 66/2010 (TARTUCE, 2019).

A referida Emenda, conforme já mencionado, alterou o §6º do artigo 226 da Constituição Federal, já que anteriormente, para que o casal pudesse se divorciar, deveriam estar separados judicialmente por mais de um ano ou estar a mais de dois

anos separados de fato, o que acabava gerando situações embaraçosas para ambos os cônjuges que embora estivessem separados ainda estavam detidos aos laços matrimoniais (DIAS, 2016).

Ademais, essa simplificação do divórcio trazida pela lei teve o intuito de possibilitar convivência mais harmônica para os ex-cônjuges, que muitas vezes possuem filhos e optam de comum acordo pelo fim do casamento. Outro fator preponderante é que o direito das famílias se rege pelos princípios da mínima intervenção nas relações familiares e a autonomia de vontade privada, se baseia nas relações de afeto mútuo, para que ocorra o casamento é necessário a anuência de ambos os consortes e para que ele se mantenha também é necessária a aceitação de ambos os cônjuges e tão somente destes cabendo ao estado a mínima interferência.

A discussão de quem seria a culpa do fim da relação ou de quem teria mais direitos ao fim do casamento foi sepultada do ordenamento jurídico, visto que o casamento não é uma obrigação e sim uma deliberação de partes que se unem de livre e espontânea vontade e da mesma forma podem buscar a dissolução desse vínculo quando este não estiver mais satisfazendo as expectativas de um dos cônjuges.

O perigo da usucapião especial conjugal reside no fato de que são inúmeras as situações que podem levar uma pessoa a abandonar a residência comum do casal, muitas vezes o casal deseja se divorciar, mas por não ter o que partilhar ou muitas vezes só ter aquele único imóvel, um dos cônjuges cede a moradia ao cônjuge que ficou com os filhos.

É sabido que, por ocasião do fim de um relacionamento afetivo, havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um afastar-se, lá permanecendo o outro, geralmente aquele que fica com os filhos em sua companhia. Essa, muitas vezes, é a única saída, até porque vender o bem e repartir o dinheiro nem sempre permite a aquisição de dois imóveis. Ao menos assim os filhos não ficam sem teto e a concessão da posse adquire a feição de alimentos in natura. Mas agora esta prática pode ensejar a perda da propriedade, não a favor da prole, mas do ex-cônjuge ou ex-companheiro. (DIAS, 2016, p.587)

Nesse contexto, a usucapião familiar é medida que pode se tornar injusta, vez que possivelmente privilegia apenas o ex-cônjuge. Outro fator que deve ser discutido é o lapso temporal, já que de todas as espécies de usucapião, é a que tem o período mais reduzido, deixando claro o seu intuito em proteger a moradia em favor da pessoa que em tese não abandonou o lar. Assim, permitir a perda de propriedade via o abandono de lar poderá ser perigosa e causar desequilíbrio no regime de bens acordado pelos consortes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A usucapião é um instituto bastante utilizado, sem a existência desse direito em usucapir, muitos indivíduos seriam prejudicados e a propriedade não teria a proteção que merece ter. Antes mesmo de existir as primeiras cidades, os legisladores antigos sentiram a necessidade de criar um mecanismo que defendesse o interesse de quem detém a posse prolongada no tempo.

No Brasil não foi diferente, a usucapião foi introduzida no ordenamento jurídico ainda na época do Império, com a chamada usucapião laboral, que tinha como principal interesse proteger o posseiro de gleba rural, tal regramento deu

certo, visto que ao longo do tempo foi aprimorada, foram criados requisitos para que a posse fosse convertida em propriedade, ou seja, não basta que o sujeito apenas tome posse, para que esta seja convertida em propriedade é importante que os requisitos genéricos e específicos de cada espécie sejam obedecidos.

Quanto as espécies, foram criadas para abarcar o maior número possível de situações no caso concreto, para isso existem nove espécies de usucapião, das quais seis estão previstas no Código Civil e três estão previstas em outras legislações. Cabe mencionar que, embora cada espécie de usucapião tenha suas particularidades, muito se assemelham.

Todavia, embora as espécies de usucapião sejam relevantes no mundo jurídico, há uma espécie abre margem para inúmeras indagações a nível doutrinário, mesmo com a edição da EC 66/2010, a qual transformou o divórcio em via única para a dissolução das uniões conjugais. Assim, o legislador criou espécie de usucapião que retomava o abandono de lar, retomando discussões superadas sobre quem teria culpa pelo fim da sociedade conjugais.

Cabe esclarecer que a EC 66/10, no atual contexto social, se fez fundamental, vez que ao direito não cabe interferir em assuntos íntimos relacionados a vida privada e que não afetem a outros. Ainda é perceptível que embora um casal venha a se divorciar, isto de forma alguma irá representar o fim de uma família, pois famílias são constituídas por meio do afeto mútuo pouco importando que para isso exista um casamento.

Assim a criação da usucapião especial conjugal, embora tenha intuito positivo que é o de proteger o imóvel único do casal, acabou reascendendo temas já ultrapassados, utilizando de forma infeliz o termo abandono de lar, que além de retomar assuntos que se referem a culpa, distanciam essa modalidade de usucapião das demais espécies. Ainda, é perceptível a disparidade do lapso temporal, de modo que não há justificativas que expliquem por quais motivos o lapso temporal dessa espécie é diferente das demais, principalmente da usucapião especial urbana.

Ademais, nos casos que existem filhos advindos da relação, estes não possuem o mesmo direito de usucapir, visto que a usucapião especial conjugal é destinada somente ao cônjuge abandonado. Logo, a usucapião especial conjugal mascara uma premiação ao cônjuge que se manteve no imóvel, e ainda que existam mecanismos para evitar essa modalidade de usucapião, questiona-se que uma pessoa perca seu direito de propriedade em tão pouco tempo somente pelo simples fato de não querer conviver com outrem.

Nesses termos, surge a relevância da presente pesquisa, que visa demonstrar que o direito deve se amoldar a sociedade e não o contrário. No contexto social pós-moderno, houve inúmeros desdobramentos em relação ao casamento, pois antigamente não se admitia a dissolução do casamento, e atualmente o casamento é só uma das formas de união de um casal. As relações amorosas mudaram e cabe a direito acompanhar a mudança.

Por esse motivo, o divórcio direto representa um forte avanço no ordenamento jurídico, pois além de acompanhar a sociedade contemporânea, respeita o fim das uniões matrimoniais, assim, o direito deve fluir ao invés de retroceder com questões que tragam mais impasses do que soluções.

Em conclusão, a usucapião especial conjugal, ao ressurgir com a discussão relacionada a culpa no fim das relações, não privilegiando a EC 66/10, trouxe à baila temas que já foram superados e discutidos pelos estudiosos de direito de família por anos. Assim, a imposição de medida tão restritiva e até questionável, apresenta certo retrocesso a assuntos que estão em desacordo com as relações conjugais

atuais, representando, ao contrário de avanços, que é o que a sociedade demanda, retrocessos no âmbito do direito de família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 03 de abril de 2019.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 03 de abril de 2019.

_____. **Constituição da república dos estados unidos do Brasil** (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 02 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 601**, de 18 de setembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em 02 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 4.504**, de 30 de novembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm> Acesso em 02 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 6.969**, de 10 de dezembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 03 de abril de 2019.

_____. **Lei nº 12.424**, de 16 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>. Acesso em 06 de abril de 2019.

BRITO. Silas Marcelino de. **A Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar Conjugal em Face da Atribuição de Culpas no Fim das Relações Afetivas**. 2015. fls. 40. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília – DF, 2015.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS. Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias I**. Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal - 9. ed. Ver.e atual - Salvador: Ed. JusPodlvm, 2016.

_____. Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: direitos reais I**. Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal - 13.ed. rev.ampl. e ampl. - Salvador: Ed. JusPodlvm, 2017.

GAGLIANO. Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume 6 : direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GUAZZELLI, Mônica. **Usucapião por abandono do lar conjugal**: repercussões no direito de família. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFam, v. 28. jun./jul. 2012.

MADALENO. Rolf. **Direito de família** - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MELLO. Cleyson de Moraes. **Direito civil**: direito das coisas. - Rio de Janeiro : Maria Augusta Delgado, 2017.

NADER. Paulo. **Curso de direito civil**, volume 4: direito das coisas. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. IV / Atual. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE. Flávio. **Direito civil**: direito de família – v. 5 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil**: família / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.