

PRIMEIRAS ANOTAÇÕES SOBRE OS PRESSUPOSTOS E A PROCESSUALIZAÇÃO DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Revista de Processo | vol. 199 | p. 369 | Set / 2011DTR\2011\2439

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior

Doutor em Direito pela UFPE. Professor adjunto de Direito Civil da UFPE. Professor de Direito Civil da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade Marista do Recife. Advogado.

Roberto P. Campos Gouveia Filho

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco. Advogado.

Área do Direito: Civil

Resumo: Pelo presente texto, pretendemos dar uma primeira mirada sobre uma nova modalidade de usucapião, introduzida pela Lei 12.424/2011, a qual acresceu ao Código Civil o art. 1.240-A. Trata-se de um instituto inserto no direito de família, decorrente dos fatos jurídicos do casamento e da união estável. Regulou-se mais um caso de aquisição originária da propriedade, por intermédio de um ato-fato jurídico lícito (a usucapião). No texto, de modo sucinto, são abordados os pressupostos para a concreção do suporte fático normativo e importantes repercussões processuais da nova ação material gerada pela incidência do aludido dispositivo legal.

Palavras-chave: Usucapião - Suporte fático - Ato - Fato jurídico - Processualização da ação material.

Abstract: By this text, we intend to analyze a new modality of the adverse possession, introduced by the Law 12.424/2011, which added to the Civil code the art. 1.240-A. It is a uncertain institute at the family law, arising from the marriage and the Civil union. It was regulated on more case of property original acquisition, through a licit act-fact (the adverse possession). In the text, succinctly, premises are discussed for the concretion of the normative factual support and important procedural implications of the new material action created by the incidence of the aforementioned legal provision.

Keywords: Adverse possession - Factual support - Legal act-fact.

Sumário:

Em 16 de junho deste ano foi promulgada a Lei 12.424/2011, cuja finalidade principal foi alterar a Lei 11.977/2009, que trata do programa federal de habitação popular “Minha casa, minha vida”.

Seu art. 9.º traz importante inovação, que consiste na criação de um novo suporte fático de usucapião, adicionando ao Código Civil (LGL 2002\400) o art. 1.240-A. Ao dispositivo em questão foi dado o seguinte texto:

“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-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.

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

§ 2.º (*Vetado*.)”

O efeito da regra transcrita parece ser claro. Presentes seus requisitos, o cônjuge (ou companheiro: ¹ seja a elipse doravante suposta) que permanece no imóvel adquirirá por usucapião a fração ideal que pertencia ao outro. Pode-se dizer que a norma consagra uma espécie de consolidação ou direito de crescer, tornando-se o cônjuge remanescente proprietário exclusivo.

Essa consolidação decorre, sem dúvida, de uma nova modalidade de usucapião, dada a aquisição do domínio por posse prolongada, modalidade esta que pode ser denominada de usucapião familiar.
²

Como se trata de usucapião, não é preciso que o cônjuge manifeste qualquer intenção de adquirir a meação do imóvel que pertence ao coproprietário – a aquisição decorre de ato-fato jurídico, em que a vontade é irrelevante, pois é abstraída pela norma jurídica. O suporte fático normativo dos “atos-fatos” jurídicos não tem, pois, a vontade como um de seus elementos. Basta, para sua concreção, apenas a mudança fática causada pela conduta (positiva ou negativa) humana. A vontade, nesse caso, se existir, não é juridicizada pela incidência, ficando restrita ao mundo fático.³

Com a redução do prazo para dois anos de posse exclusiva depois da separação de fato, busca a regra privilegiar aquela que é a finalidade essencial de toda usucapião, a proteção da segurança jurídica.⁴

Não se trata, portanto, de sanção ao cônjuge que deixa o lar, mas sim de uma forma de pôr fim ao condomínio, afastando o bem da partilha e regularizando a propriedade plena daquele que permaneceu no imóvel antes comum, não raro mantendo a guarda dos filhos.

Os elementos necessários à configuração do suporte fático do art. 1.240-A do CC/2002 (LGL 2002\400) são os seguintes: (a) não ter o imóvel área superior a 250m², nem ser o usucapiente proprietário de outro imóvel urbano ou rural; (b) compropriedade do imóvel com o cônjuge; (c) posse exclusiva por dois anos, para moradia própria ou de sua família, contados do “abandono do lar” pelo cônjuge.

A extensão e a ausência de outro imóvel vieram à regra por cópia do art. 183 da CF/1988 (LGL 1988\3) . Não parecem necessárias maiores digressões quanto a eles, ao menos não neste momento inicial, em que os requisitos (b) e (c) reclamam, sem dúvida, maior atenção da parte do intérprete.

Quanto à letra (b), deve-se observar: não há usucapião bienal se o imóvel não pertencer a ambos os cônjuges.

A finalidade da nova regra, como dito, é dar segurança ao *status* do coproprietário que possui o bem com exclusividade após a cessação da composesse, retirando-o da partilha. Não pode o art. 1.240-A do CC/2002 (LGL 2002\400) ser alegado para acelerar, portanto, usucapião de imóvel de terceiro em que os cônjuges residam quando da separação.

Não exige a norma, entretanto, que o imóvel tenha ingressado no condomínio por força da eficácia do regime de bens. Não é relevante que tenha o casal adquirido o imóvel por negócio gratuito ou oneroso, por título *inter vivos* ou *mortis causa*, ou mesmo que a aquisição se tenha dado antes do casamento ou união estável. Basta, para este fim, que quando da dissolução fossem ambos proprietários do bem.

Por outro lado, dada a carga eficaz predominantemente declarativa da sentença de usucapião,⁵ se os cônjuges já completaram o prazo para usucapir (de 5, 10 ou 15 anos) e não propuseram ainda a ação própria quando sobrevém a separação, passa a fluir o prazo bienal, pois já eram proprietários.

Quanto ao “abandono” previsto no suporte fático, é preciso ter máximo cuidado.

A infeliz e dúbia referência do legislador deve ser lida simplesmente como indicativa de separação de fato.

A separação de fato, que mesmo depois da extinção da separação de direito pela Emenda 66/10 continua a existir e a produzir importantes efeitos jurídicos, como o da suspensão da eficácia do regime de bens,⁶ passa a irradiar um novo efeito, que é o da contagem do prazo de usucapião bienal. E só.

Abandono aqui não se deve entender como referência ao ato ilícito caracterizado pela infração do dever de vida em comum no domicílio conjugal (art. 1.566, II, do CC/2002 (LGL 2002\400)). Salvo os deveres de mútua assistência e guarda, sustento e educação dos filhos, tem-se sustentado que os demais não são cogentes,⁷ tendo sido há anos afastada de toda a função da culpa na dissolução do casamento.⁸

Logo, não há por que duvidar de que o abandono previsto no art. 1.240-A do CC/2002 (LGL 2002\400) seja recepcionado como ato-fato lícito caducificante.⁹ Dessa importante conclusão

decorre a confirmação de que a usucapião familiar não corresponde a nenhum tipo de sanção para o cônjuge que se retira do lar conjugal. Pouco importa a aferição de culpa, quer para o deferimento do divórcio e apuração de seus efeitos, quer para a concessão da usucapião sobre a outra metade do imóvel de moradia. E neste sentido, o usucapiente pode, perfeitamente, ser o “culpado” à luz da teoria clássica do direito de família.

Após enunciar os pressupostos da nova usucapião, cabe suscitar alguns questionamentos sobre o seu procedimento.

A que juízo compete processar a usucapião familiar? Embora se trate de dispositivo fadado à polêmica, não será possível aplicá-lo sem reconhecer a relação familiar, que se no casamento é formal e pressuposta, na união estável exige prova específica. Por outro lado, é preciso igualmente fazer prova da separação de fato, em qualquer dos dois casos. Ademais, o reconhecimento da usucapião no prazo bienal afeta diretamente a partilha, por afastar dela o bem cuja meação foi usucapida. Logo, parece razoável concluir que a competência pertença ao juízo apontado, na lei de organização judiciária do estado-membro ou do Distrito Federal, como competente para conhecer da dissolução do casamento ou união estável e da partilha de bens, evitando a remessa à vara cível de questões que lhe são estranhas.

Por fim, não parece ser necessário, no específico caso da usucapião familiar, que o processo siga o procedimento especial da ação de usucapião, previsto nos arts. 941 a 945 do CPC (LGL 1973\5) .

Explica-se: o rito especial, com toda a sua complexidade, tem uma função particularmente clara, que é a de formalizar uma relação processual que se dá contra todos, para a declaração de que foi adquirido o direito real, cujo exercício se dá *erga omnes*.¹⁰ A especialidade de tal procedimento está no edital convocatório dos réus hipotéticos, fixado no art. 942 do CPC (LGL 1973\5) . Trata-se de uma técnica de sumariedade de cunho pré-processual. Como, de acordo com o exposto acima, não há réus hipotéticos em tal ação, o procedimento especial não tem o menor sentido.

Na nova modalidade de usucapião, este aspecto deixa de ter relevância. Se os cônjuges precisam ser titulares em conjunto do domínio sobre o bem, não há como ferir interesses de terceiros. Nem mesmo os confinantes poderão ser prejudicados, pois o pedido deve se restringir à declaração de aquisição da meação do cônjuge condômino no imóvel, nos estritos limites do direito previamente reconhecido. Por isso, o interesse em contestar a demanda pertence exclusivamente ao cônjuge que se retira do lar, sendo desnecessária a citação dos demais.

Se por acaso os antigos coproprietários tiverem adquirido o bem por usucapião e, por qualquer motivo, não ter havido declaração judicial da propriedade, pode o cônjuge ou companheiro propor contra o outro a ação de usucapião, não para, obtendo a declaração judicial, criar a matrícula do imóvel ou alterar o registro, algo que seria inviável, mas sim para ver declarado que o imóvel não mais compõe, pela ocorrência da novel usucapião, a comunhão.

Frise-se que, nesse caso, não seria possível a cumulação de ações – ação de usucapião contra todos (aquele em cujo nome o imóvel esteja registrado, se de fato existir, os confinantes e os outros réus hipotéticos) e ação de usucapião contra o cônjuge ou companheiro – pois o procedimento especial dos arts. 941 a 945 do CPC (LGL 1973\5) , seria incompatível com tal cumulação (óbice do art. 292, § 1.º, III, do CPC (LGL 1973\5)). Além disso, tal cumulação, se efetivada, seria do tipo sucessiva¹¹ e com uma pluralidade de sujeitos passivos incompatível com as regras vigentes do litisconsórcio, pois, na primeira ação cumulada, ambos os comunheiros seriam autores (ou, no mínimo, haveria a necessidade de citação do que não demandasse, na *ratio* do art. 47, parágrafo único, CPC (LGL 1973\5)) e, na segunda, um dos comunheiros haveria de ser réu, sem existir qualquer autorização legal para tanto.

1 No contexto atual, não parece haver fundamento para afastar da incidência da regra do art. 1.240-A do CC/2002 (LGL 2002\400) os companheiros em união homoafetiva.

2 A expressão é de Ehrhardt, Marcos. Ainda sobre o art. 1.240-A do CC, na busca de uma interpretação mais adequada: usucapião familiar? Texto gentilmente nos cedido pelo autor.

- 3 Sobre a caracterização da usucapião como ato-fato jurídico, ver: Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 11, p. 117-118; Mello, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 142.
- 4 Sobre a tutela da segurança na usucapião, consulte-se, por exemplo, Gambaro, Antonio; Morello, Ugo. *Tratatto di diritti reali*. Milano: Giuffrè, 2010. vol. 1, p. 873-874.
- 5 Por todos, Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 147.
- 6 Albuquerque Júnior, Roberto Paulino. O divórcio atual e sua repercussão no direito das sucessões. In: Ferraz, Carolina Valença *et alii* (orgs.). *O novo divórcio no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 346-347.
- 7 Lôbo, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.
- 8 Confira-se Oliveira, Maria Rita de Holanda Silva. As causas legais da separação e a realidade social: estudo sócio-jurídico. In: Albuquerque, Fabíola Santos *et alii*. *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 183 e ss.
- 9 Sobre os atos-fatos caducificantes, Mello, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. Op. cit., p. 140-143. Confira-se Oliveira, Maria Rita de Holanda Silva. As causas legais da separação e a realidade social: estudo sócio-jurídico. In: Albuquerque, Fabíola Santos *et alii*. *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 183 e ss.
- 10 “Na ação de usucapião, são partes o *autor* (legitimado ativo) e *todos*. (...) O procedimento edital é pressuposto necessário da relação jurídica processual da ação de usucapião: somente por ele se pode completar a angularidade da relação jurídica processual: autor, Estado; Estado, todos interessados. A propriedade é direito com sujeito passivo total; as ações declarativas só podem ter eficácia sentencial entre as partes.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1971. t. 2, p. 258-259.
- 11 Sucessiva porquanto, para segunda ação de usucapião ser acolhida, é necessário que a primeira seja procedente. Em suma, o comunheiro só pode usucapir um bem do outro se, e somente se, ambos, anteriormente, tiverem-no usucapido de outrem.