

DO USUCAPIÃO CONJUGAL E A “PATRIMONIALIZAÇÃO” DO DIREITO EM CONFLITO COM O DIREITO PERSONALÍSSIMO DA LIBERDADE DE MANTER OU NÃO A SOCIEDADE CONJUGAL.

ADVERSE POSSESSION AND THE MARITAL "PATRIMONY" LAW IN CONFLICT WITH THE LAW HIGHLY PERSONAL FREEDOM TO KEEP OR NOT THE COMPANY CONJUGAL.

Fernanda Moreira Benvenuto¹

RESUMO: No trabalho elaborado, buscou-se a análise da Lei 12424/2011, que disciplina o “Usucapião Conjugal”, a qual tem sido criticado quando da sua aplicabilidade, uma vez que a proteção inserida é de cunho patrimonialista, o que na prática questiona-se o seu não funcionamento. Denota-se ainda que a partir do momento em que o referido artigo foi inserido no Código Civil, trouxe um precedente para todas as relações privadas existentes, não se restringindo apenas ao direito patrimonialista, provocando um retrocesso legal e até mesmo social, por ter como um de seus requisitos o abandono de lar, requisito este já superado no âmbito das relações familiares, o qual confronta diretamente com o direito personalíssimo da liberdade de escolha em manter ou não a sociedade conjugal. Afere-se ainda uma disparidade de valores, tendo em vista que o bem tutelado é o patrimônio e não a liberdade daquele que já não priva mais pela manutenção da sociedade conjugal, sendo que, para manter resguardado o direito ao imóvel do casal, há que se provar que não agiu culposamente (abandonando), justificando a saída do lar conjugal. Conclui-se ainda e demonstra-se a irregularidade legal e porque não falar na inconstitucionalidade desta alteração legislativa, uma vez que na seara atual o que prevalece são os direitos personalíssimos e não o direito patrimonialista, pois o bem a ser tutelado é a liberdade de escolha do cônjuge ou do companheiro e não um imóvel. Complementa-se ainda o referido trabalho é que tal alteração não trouxe qualquer distinção quanto a sua aplicabilidade nas famílias homoafetivas, uma vez que a Lei tem como pressuposto ao pleito cônjuge ou companheiro.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono; Cônjuges e ou companheiros; Patrimônio; Usucapião.

ABSTRACT: In work done, we sought to analyze the Law 12424/2011, which regulates "Adverse possession Marriage," which has caused criticism in its applicability, since protection "injected" is patrimonial nature, which in practice questioned if its not working. Denotes also that from the moment that article was inserted in the Civil Code, brought a precedent for all relation existing private not restricted to the patrimonial right, causing a setback legal and even social, having as one of their requirements abandoning home, already surpassed this requirement in the context of family relationships, which directly face the highly personal right of free choice whether or not to keep the conjugal partnership. Gauges are still a disparity of values, considering that the well-heritage protected and not freedom from that that no longer takes over the maintenance of the conjugal partnership, and, will be entitled to keep the property the couple, it is proved that it did not act negligently (abandoning), justifying the departure of marital home. We conclude further and demonstrates their irregularity cool and why not mention the unconstitutionality of

¹Cartorária em Maringá – PR, (2ª Vara de Família, Sucessões e Acidente de Trabalho). Discente do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Especialista em Direito de Família à luz da Responsabilidade Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2011). Graduada em Direito pela Faculdade Maringá (2006). Orientanda da Prof.ª. Valéria Silva Galdino Cardin, Advogada em Maringá PR, mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora da Universidade Estadual de Maringá e do Centro Universitário de Maringá. Líder do grupo de pesquisa do CNPQ, intitulado “A tutela jurídica dos direitos da personalidade”.

this legislative change, since the current harvest what prevails are the personal rights and the right not patrimonialist because the well is being protected freedom of choice of spouse or partner and not a property. It was also complemented such work is that such a change has not brought any distinction as to its applicability in families homoafetivas, since the law takes as its premise the claim spouse or partner.

KEYWORDS: Abandonment; Spouses and or partners; Heritage; Adverse possession.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o artigo 1240-A do Código Civil, que pelo advento da Lei 12.424/2011, estabelecendo a “Lei do Usucapião Conjugal”, regulamentando a hipótese de usucapião de imóvel pertencente aos cônjuges e aos conviventes.

O dispositivo introduziu uma “segurança”, sob a ótica legal, ao cônjuge ou companheiro que for abandonado pelo outro cônjuge ou companheiro, sem qualquer justificativa ou satisfação de requerer o direito integral de posse sobre o imóvel do casal.

Todavia, o legislador demonstrou com a alteração legal uma afronta aos “primeiros direitos”, ou mais conhecidos como direitos da personalidade, ao regulamentar que o “abandono” do lar enseja a perda de um direito, não analisando e respeitando a liberdade individual de escolha do cônjuge ou companheiro em permanecer ou não no lar conjugal.

Assim, o novo regramento trazido ao Código Civil ensejou a “patrimonialização” do direito, uma vez que o bem tutelado é o imóvel e não a liberdade de escolha dos cônjuges em manter uma vida conjugal ou não, demonstrando o referido ordenamento as seguintes problemáticas: A lei do usucapião conjugal é um retrocesso de valores? O referido dispositivo tem cunho patrimonialista? Ou ainda, a alteração legislativa (lei do usucapião conjugal) fere o direito personalíssimo da liberdade de manter ou não a sociedade conjugal?

Será observado a definição do usucapião conjugal de acordo com a Lei 12.424/2011 e alteração dispositiva no artigo 1240-A do Código Civil, bem como a exposição dos institutos dos direitos personalíssimos, identificando e analisando o direito à liberdade e os direitos da personalidade nas relações familiares. Identificará por fim os princípios e pressupostos formadores dos

institutos, apresentando a distinção entre o Código Civil vigente e o de 1916, cuja característica principal era de cunhopatrimonialista.

Contrastará a patrimonialização do direito, com o advento da lei do usucapião conjugal e os direitos da personalidade sob a ótica da liberdade de manter ou não uma sociedade conjugal.

A escolha do tema é de suma relevância porque demonstra a irregularidade legal e porque não falar na inconstitucionalidade trazida pela alteração legislativa, uma vez que os direitos personalíssimos atualmente são primordiais na tutela de cada indivíduo valorando a sua liberdade e não o seu direito patrimonialista, pois o bem a ser tutelado é a liberdade do homem e não um simples imóvel.

2 DO USUCAPIÃO CONJUGAL

2.1 Conceito

A Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, acrescentou o artigo 1240-A ao Código Civil, que trata em sua redação legal: “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”.

Tem-se com o referido instituto uma nova modalidade de usucapião, a qual os juristas vêm denominando “usucapião especial por abandono do lar”, “usucapião familiar” ou, ainda, “usucapião conjugal”.

No âmbito constitucional, vê-se a consagração do direito à moradia, consagrado no artigo 6º da Constituição Federal. Nos direitos reais, uma nova modalidade “especial” de usucapião urbana. No direito de família, uma sanção ao abandono familiar, ressaltando-se desta forma os deveres do casamento ou da união estável.

Para melhor esclarecer o que trata o referido artigo, de acordo com Ricardo Fiuza², usucapião é a aquisição da propriedade pela posse

² FIUZA, Ricardo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 1140.

prolongada. Já para Tupinambá Miguel Castro do Nascimento³, tem-se que usucapião é a prescrição aquisitiva, a que se faz gerar o domínio, resulta da posse qualificada que se prolonga no tempo, nas condições indicada em lei.

Observa-se que o usucapião exige posse prolongada (elemento objetivo) e a vontade de ser dono, "*animus domini*" (elemento subjetivo). Ou seja, é a aquisição originária da propriedade de bens móveis ou imóveis através da posse prolongada acrescida dos demais requisitos exigidos em lei, sendo que essa aquisição se dá no momento que o possuidor satisfaz todos os requisitos.

No dizer de Roberto Senise Lisboa⁴, a aquisição de propriedade imóvel pela posse mansa, pacífica e justa no prazo legal em que a lei dispuser, denomina-se usucapião.

Em complementação aos conceitos supracitados, constata-se que usucapião é o modo de aquisição da propriedade mediante a posse suficientemente prolongada sob determinadas condições⁵.

Uma vez explanados o conceito de usucapião, em virtude da referida lei, tem-se que é o direito conferido ao homem ou a mulher que abandonar o lar conjugal, onde o usucapião conjugal, nada mais é do que a perda da sua cota parte do imóvel residencial, desde que se enquadre na situação descrita na lei, em contrapartida, aquele que permaneceu no imóvel, adquire a integralidade do bem.

Ressalte-se ainda que, após a decisão Supremo Tribunal Federal (Ação direta de inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132) proferida em 05 de maio de 2011, a união homoafetiva foi equiparada à união estável, pois havia uma omissão acerca do tema em nosso ordenamento jurídico, assim, a união estável homoafetiva é uma entidade familiar e como entidade familiar reconhecida aplica-se a Lei do Usucapião Conjugal.

Assim, denota-se que a Lei trabalha uma nova modalidade de propriedade, confrontando o dispositivo legal e o direito personalíssimo da liberdade frente ao retrocesso da patrimonialização do direito de usucapir ou o

³ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 267.

⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direitos Reais e Direitos Intelectuais**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 154.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 207.

direito pessoal à liberdade de manter uma sociedade conjugal, ainda que esta sociedade seja homoafetiva.

2.2 Dos Princípios Basilares violados com a inserção da Lei do Usucapião Conjugal

Para uma abordagem mais profunda do referido tema faz-se necessário tecer alguns princípios abordados na redação da mencionada lei. Ressalta-se que a lei viola vários princípios, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da autonomia de vontade e o princípio da liberdade, uma vez que impõe sanção para o abandono familiar.

Ao tratar e realizar uma explicação dos princípios acima mencionados se faz necessário em um primeiro plano à tratativa dos direitos fundamentais, que segundo J. J. Gomes Canotilho⁶, diz que os direitos fundamentais são “direitos de todos”, pois são direitos humanos e não apenas direitos de determinados cidadãos.

Afere-se ainda que, os direitos fundamentais é uma qualidade inerente ao ser humano, pois é detido de valor supremo, atuando como alicerce na ordem jurídica democrática, onde David Pardo⁷, explica:

(...) identifica como fundamentais todos aqueles direitos declarados em uma comunidade política organizada, para satisfação das necessidades ligadas ao reconhecimento dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana; todos conformes com o momento histórico e reconhecidos na ordem jurídica constitucional.

Assim, e não ignorando a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet⁸, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referencia expressa, não se poderá – apenas partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de

⁶ CANOTILHO apud TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba:Juruá, 2011.p. 416.

⁷ PARDO apud MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**.4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.40.

⁸ SARLET apud REIS, Clayton. **Responsabilidade Civil em face da violação aos direitos da personalidade:uma pesquisa multidisciplinar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 93.

toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Verifica-se que os direitos fundamentais tem em seu conteúdo a inserção da dignidade da pessoa humana, pois nas palavras de Rizzato Nunes⁹ a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. Assim, apura-se que a dignidade é preceito fundamental da República Federativa do Brasil, uma vez que é trabalhada em seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos em seu inciso III – a dignidade da pessoa humana; (...)”.

Denota-se ainda que tal preceito uma vez consagrado na Constituição Federal, ainda é abordado e trabalhado no artigo 226, § 7º da Constituição Federal, que segundo o ensinamento de Zulmar Fachin¹⁰:

A dignidade da pessoa humana é o valor fundante do estado brasileiro (art. 1º, inc. III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expresso ou implícito, em todas as partes da Constituição. Um exemplo bastante claro pode ser encontrado no campo do direito de família: o planejamento familiar, livre decisão do casal, deve estar findado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 226, § 7º).

Tem-se ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do direito de família traz como instrumento o respeito à personalização do homem e de sua família, uma vez que a base do direito de família é o referido princípio de modo que promove a ligação com todas as outras normas conexas ao direito familista, assegurando ainda em seu único propósito a comunhão plena de vida, não só dos cônjuges e ou companheiros, mas de cada integrante da sociedade familiar.

O princípio da igualdade é o impedimento de qualquer tratamento discriminatório entre os gêneros sexuais, cônjuges, companheiros e prole, sendo que no direito de família, constitucionalizado em 1988, afere-se a imposição aos cidadãos de um modelo único e moral familiar.

⁹NUNES apud REIS, Cleyton, *Op. cit.* p.45.

¹⁰ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 198.

Carlos Alberto Bittar¹¹ aponta os seguintes esclarecimentos, mencionando que a consequência inicial da isonomia conjugal é a eliminação de todas as normas de tratamento diferenciado entre o marido e mulher ou a qualquer ente familiar; assim como cederam lugar com a Carta de República instituições de odiosa tradição sócia jurídica, como a chefia masculina da família, a corriqueira administração pelo homem dos bens conjugais e a sua exclusiva representação familiar.

Reza a Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, homens e mulheres tem tratamento isonômico perante a lei, sendo que para Pablo StolzeGagliano, ao mencionar Tatiana Robles¹², diz que a Constituição Federal, procedendo à assunção de tais mudanças sociais, consagrou o princípio da igualdade entre homens e mulheres no exercício dos direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal.

Embora a Constituição Federal pregue a suprema proteção dos valores humanos, sob o enfoque da prevalência da dignidade da pessoa humana e por conta do cujo princípio sobressaia como incontrastável fato natural à igualdade jurídica do homem e da mulher, afere-se na lei mencionada o condão de discriminação da desigualdade dos cônjuges e ou companheiros, uma vez que imputa sanção, ante a perda de sua propriedade pelo abandono do lar conjugal.

Imputa-se ainda a violação do princípio da autonomia de vontade e da liberdade, pois ambos os cônjuges e ou companheiros unidos em uma sociedade conjugal tem o direito e a autonomia de vontade de desfazer a sua união conjugal a qualquer momento, tendo como resguardo a liberdade de escolha em continuar ou não a sua vida conjugal, independentemente de imputação culposa pela falência daquela sociedade familiar conjugal.

Como descrito por Rolf Madaleno¹³, a autonomia de vontade se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana e não fica apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais.

¹¹ BITTAR apud MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**.4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 43.

¹² ROBLES apud GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 81

¹³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**.4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.88.

O que se permite na análise do referido princípio é o crescimento da liberdade de ação entre os cônjuges e ou companheiros, considerados individualmente como pessoas, tendo como ponderação maior a sua autonomia de vontade e a liberdade de escolha, explanando ainda nos dizeres de Maria Berenice Dias¹⁴, que o papel do direito – que tem como finalidade assegurar a liberdade – é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto de igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade e ou autonomia de vontade.

Analisando por fim, embora fazendo uma correlação aos princípios acima mencionados, tem-se que o princípio da liberdade, traz isonomia de tratamento jurídico na liberdade de escolhas entre homem e mulher frente ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal e também na união estável, e ainda na liberdade de escolhas entre seus pares e na dissolução de sua união conjugal.

Ao tratar sobre o direito à liberdade, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão¹⁵ menciona que a liberdade, pode ser entendida como a faculdade de fazer, ou deixar de fazer aquilo que a ordem pública se coadune. É a prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver suas atividades no mundo das relações, com a proteção do Estado, garantida pelo ordenamento jurídico.

Ressalta-se assim e conclui-se que a Lei do Usucapião Conjugal coloca em discussão a aplicabilidade do retrocesso social a quebra da tutela dos princípios da autonomia de vontade, igualdade, liberdade e em especial da dignidade da pessoa humana, pois desguarnece um dos cônjuges, caso este escolha e tenha a liberdade de por fim aos seu relacionamento conjugal, fazendo que o mesmo não tenha ao direito de partilha sobre bem constituído durante o seu casamento e ou união estável, caso tenha optado por deixar do lar conjugal, o que na lei é tratado como abandono, trazendo como sanção pela

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.64.

¹⁵ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade**. Curitiba: Juruá, 2009. p.139.

culpa daquele que saiu do lar conjugal a destituição de seu quinhão do bem em discussão.

2.3 Dos Pressupostos processuais

Analisando a redação legal legislação apresentada, observa-se que para cumprimento da lei é necessário à apresentação de alguns requisitos, sendo eles: a) o imóvel tem que ser urbano possuindo uma metragem de até 250 m²; b) a divisão da referida propriedade com ex-cônjuge ou ex-companheiro; c) a ocorrência do abandono do lar (por um dos ex-conjuge ou ex-companheiro); d) a posse do imóvel tem que ser mansa e pacífica, exclusiva e direta pelo prazo de dois anos; e) o cônjuge que tem o direito de usucapir o referido imóvel não pode ser proprietário de imóvel rural ou urbano e por fim o imóvel tem ser usado para moradia.

Pode-se observar que a presente lei determinou área idêntica à usucapião urbana, prevista no art. 183 CF e 1.240 CC. Assim como apenas restringiu algumas alterações em relação ao usucapião especial de imóvel urbano, que nos dizeres de Roberto Senise Lisboa¹⁶, tem-se que:

O usucapião especial de imóvel urbano, regulamentado pelo Estatuto da cidade , que prevê expressamente a aquisição de propriedade ocupado por pessoas de baixa renda, observados os seguintes pressupostos: a) a posse contínua, mansa e pacífica do bem; b) a área usucapienda deve ter mais de 250 m²; c) decurso de prazo de cinco anos; d) a prova de que os possuidores se estabeleceram no imóvel para ali constituírem as suas respectivas moradias e que não se pode identificar os terrenos ocupados por cada possuidor e; e) a prova de que os possuidores não são proprietários de qualquer imóvel urbano ou rural.

A diferença observada entre o usucapião conjugal e o usucapião especial de imóvel urbano, seria a metragem do imóvel e o prazo, que no usucapião conjugal é de apenas dois anos e que o pleito cabe apenas a ex-cônjuge e ou ex-companheiro. Porém vale destacar que a lei em comento foi promulgada, teoricamente, para favorecer população de baixa renda.

¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direitos Reais e Direitos Intelectuais**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.186.

Ocorre que a referida lei poderá gerar efeito contrário ao seu resguardo. Isso porque não é raro de se encontrar imóveis em grandes centros urbanos, de metragem iguais a 250m² ou até menores que 250 m². Diante de tal regimento, questiona-se se não há uma legalização do enriquecimento sem causa de um indivíduo em razão de um simples abandono do lar.

Outro ponto a ser observado é que a lei menciona uma propriedade dividida por ex-cônjuge ou ex-companheiro. Ora, se trata daquele que não é mais consorte ou convivente, então se pode presumir que já estariam divorciados, uma vez que com a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010, a separação judicial fora extinta, ou que a união estável já estaria dissolvida. E se assim, há que se presumir ainda que possa ter ocorrido a partilha de bens, tendo em vista que a partilha de bens é um dos requisitos da dissolução da vida conjugal, seja no divórcio ou na dissolução da união estável, não havendo um direito superveniente. Apura-se e trata-se de um erro material, na verdade a lei quis dizer “separação de fato”.

Quanto à sanção tratada na lei referente ao abandono de lar por um dos ex-cônjuges e ou ex-companheiros, tal requisito tem nítido caráter *culposo*, uma vez que o artigo 1566 do Código Civil estabelece os direitos e deveres dos cônjuges, o que deverá ser analisado com ressalvas pelo aplicador do direito, pois tal discussão na seara do Direito de Família encontra-se sanada, exprimindo a referida lei um retrocesso social à legislação pertinente.

A separação baseada na culpa do cônjuge judicialmente demandado tinha o seu suporte no *caput* do artigo 1572 do Código Civil, e implicava a prova processual da prática pelo cônjuge processado, de qualquer ato que tivesse importado em grave violação dos deveres do casamento (código Civil, artigo 1566), ou de algum dos motivos elencados pelo artigo 1573, tornando insuportável a vida comum.

No atual Código Civil a culpa passou a integrar o elenco das causas caracterizadoras da impossibilidade da comunhão de vida (Código Civil, artigo 1573, inc. VI), mas cuja essência representava a violação aos próprios deveres do casamento e esses deveres conjugais, na atualidade, em face da Emenda Constitucional nº 66/2010 não mais guardam qualquer coercibilidade, que não obedeça a preceito de ordem estritamente moral.

Como se sabe, mesmo após a extinção da separação judicial (maioria da doutrina), a culpa de um dos cônjuges nunca autorizou a desigualdade na parte patrimonial do casal, vale dizer, partilha de seus bens. Ainda, sempre foi muito difícil verificar e provar a culpa nas relações afetivas. E pior, o abandono em si não quer dizer que é o culpado, muito pelo contrário, é possível que um dos consortes saia do lar justamente para conferir ao outro e à sua prole maiores condições de vida.

O mais difícil será visualizar uma realidade de embate entre cônjuges para provar quem foi o real culpado a fim de que um deles se torne proprietário do bem do casal. Não estaria tal legislação influenciando e estimulando a desagregação familiar.

Desta forma, quando um dos cônjuges ou companheiros desejarem ausentar-se do lar comum, melhor será buscar uma providência judicial, como a ação cautelar de separação de corpos para que não seja imputada a culpa pela saída do lar conjugal.

Por derradeiro, tem-se ainda que a posse do imóvel tem que ser mansa e pacífica, exclusiva e direta pelo prazo de dois anos e o cônjuge que tem o direito de usucapir o referido imóvel não pode ser proprietário de imóvel rural ou urbano, sendo este usado para fins de moradia.

3DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO

3.1 O Código Civil de 1916 e o atual Código Civil

Em meados de agosto de 2001 foi aprovada a redação final do vigente Código Civil brasileiro, que resultou na Lei 10.406, de Janeiro de 2002. Surgiu com a referida promulgação muitas críticas ao texto aprovado por votação simbólica na Câmara dos Deputados, dispendo entre seus opositores Caio Mário da Silva Pereira, ao destacar que o texto consolidado se revela muito tímido e divorciado do progresso social, em troca do comodismo das soluções passadistas¹⁷.

O código civil entrou em vigor com indúvidas defasagens, pois a tramitação legislativa demorou vinte e seis anos, cujo período a sociedade

¹⁷ PEREIRA apud MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**.4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P.52.

brasileira passou por significativas mudanças sucedidas no campo do Direito de Família e em especial no comportamento social, que revisou os conceitos de ética e de moral entre cada integrante da célula familiar da multifacetária sociedade brasileira, originariamente modelada à luz dos cânones da Igreja Católica e dos valores configuradores a partir de uma visão patrimonial da família.

No caminho inverso do Código Civil de 1916, formado no espírito da patrimonialização e matrimonialização das relações familiares, o novo texto civil está ficando no desenvolvimento da pessoa humana, princípio basilar da Carta Política vigente, explicando-se, portanto, a pontual assertiva de Cristiano Chaves de Farias¹⁸ quando expõe que:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como um grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.

O Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, apesar de ter preservado a estrutura do Código anterior. Afere-se a centralização da pessoa, deixando de preconizar o patrimonialismo auferido no Código Civil de 1916. Observa-se ainda que o Código Civil de 1916, quando elaborado, vivia na época da República Velha, marcado pelo domínio político das elites agrárias, traduzindo em seu texto a ideologia dessa sociedade que se tinha como preceito fundamental o “ter” do que o “ser”.

Tratava o Código anterior que apenas as famílias formadas a partir do casamento eram reconhecidas, sendo que o matrimônio, assegurado pela Igreja Católica, era indissolúvel. Tinha como característica fundamental o patrimonialismo, pois metade de seus artigos, lavrados no Direito de Família, eram destinados as relações patrimoniais.

Observa-se ainda que a perquirição da culpa fosse eliminada com a recente reforma constitucional, sendo que a separação, ainda argumentada no atual código e questionada quanto a sua aplicabilidade ou não, apesar de ser um trauma familiar doloroso, é um remédio útil e até em vários momentos necessário, representando em muitas vezes a única oportunidade de ser feliz.

¹⁸ FARIAS apud MADALENO, Rolf. *Op.cit.* p.15.

A imposição e a quebra da liberdade de um dos cônjuges em permanecer com o outro, já não é uma característica trabalhada no atual código vigente, sendo resguardado e apreciado a dignidade da pessoa humana, o que não se observa na Lei do usucapião conjugal que injetou nova discussão acerca da culpabilidade quando abordou em sua redação legal o abandono de lar, critério pacificado no direito de família que não trabalha mais com hipóteses de discussão de culpa pela falência matrimonial.

3.2 O homem como centro do Direito

A parte fundamental a ser analisada na Lei de usucapião é o papel do homem frente ao direito que lhe assiste, pois se observa que a lei dentre todos os seus pressupostos abordados coloca o patrimônio a frente do direito e não homem como papel central de nosso ordenamento jurídico.

O homem, como ser social, vivendo na sociedade contemporânea, é regido em suas relações por uma série de normas e princípios que visam protegê-lo e garantir-lhe um determinado número de deveres, para isso é necessário se fazer conhecer o problema do valor, devendo-se partir do que significa o próprio homem, sendo que o que se apura é que o homem é o único ser capaz de valores, sendo que se pode afirmar que o “ser” do homem é o seu “dever ser”.

Conforme preceitua Miguel Reale (REALE, 2002, p. 211) explana que:

No centro de nossa concepção axiológica situa-se, pois, a ideia do homem como ente que, a um só tempo, é e *deve ser*, tendo consciência dessa dignidade. É dessa autoconsciência que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência¹⁹.

Assim, afere-se que o homem é dotado de valores inseridos em uma sociedade, tornando-se o papel central do direito que regulamenta estes valores trabalhados nas relações sociais.

¹⁹REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.p.211.

No conceito de Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão²⁰ ao trabalhar o direito e axiologia menciona que, para conhecer a pessoa humana é preciso que se mergulhe no conhecimento dos valores axiológicos que a estruturam, nos seus sentimentos e seu mundo interior, alcançando o seu espírito, chegando assim à sua essência. E quanto mais se entranha no interior do ser humano, maior é o reconhecimento da necessidade de tutela jurídica para proteger o valor da pessoa.

O que se pode concluir é que o homem e a sociedade do qual se encontra inserido tem como tutela os seus valores e suas relações sociais, sendo que o papel do direito é a centralização destes valores e a regulamentação destas relações criadas pelo homem, logo o homem é o centro do direito, pois sem tais princípios axiológicos e sem estas interações sociais não haveria um desenvolvimento entre o direito e os fatos sociais criados pelo homem.

A evolução do direito é imprescindível para o desenvolvimento do ser humano, sendo que por meio da tutela do Direito, o homem tem condições de desenvolver a sua capacidade de entendimento e de conscientemente estabelecer parâmetros de convivência em sociedade.

4 O DIREITO DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

4.1 O direito personalíssimo da liberdade de manter a sociedade conjugal

Ao abordar o direito de liberdade, principalmente no âmbito de manter ou não uma sociedade conjugal ante ao questionamento da aplicabilidade da Lei do Usucapião Conjugal, baseado primeiramente no princípio da liberdade e da igualdade, se faz necessário a abordagem dos direitos da personalidade.

Entende-se que os direitos da personalidade, cujo objeto são os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si, bem como suas projeções sociais, na defesa da essência do ser humano, transcendem no ordenamento positivo, uma vez que são inerentes ao homem e à sua natureza.

²⁰FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade.** Curitiba: Juruá, 2009.p.157.

Em Carlos Alberto Bittar²¹, encontra-se o seguinte esclarecimento ao afirmar que os direitos da personalidade são:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a liberdade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Os bens jurídicos que ingressam como objetos no cenário dos direitos da personalidade são, pois, de várias ordens, divididos em: a) físicos, como: a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo, o físico, a efígie (ou imagem); a voz, o cadáver; a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão, de culto ou de credo); a higidez psíquica; a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais); e c) morais como: o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros.

Afere-se que os direitos da personalidade conferem proteção específica, uma vez tutelados em nossa Carta Magna e ainda elencados no Código Civil vigente e no Direito Penal. O que se busca proteger e evitar é que tais direitos sejam fruídos por terceiros, ou ainda submetidos a ações deletérias ou depreciativas, representando tais direitos, verdadeiras “muralhas” antepostas pelo direito como defesa da pessoa frente a invasões de qualquer outro componente da coletividade, por serem inerentes ao ser humano.

A Constituição Federal de 1988 traz entre os princípios fundamentais, o princípio da igualdade, inserido em sua parte preambular e no caput do artigo 5º, e o princípio da dignidade da pessoa humana, abordado no inciso III, do artigo 1º, sendo que ambos os princípios possuem idêntico valor.

Para Elimar Szaniawski²² menciona que os dois princípios fundamentais (princípio da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa) conjugados constituem a base, o substrato necessário à constituição dos demais direitos, tutelando a pessoa humana em toda a sua dimensão, uma vez que a mesma é portadora de dignidade e de igualdade, sob seu aspecto formal e material.

Como descrito por Cleide A. Gomes Rodrigues Fermentão, a dignidade da pessoa humana engloba em si os direitos fundamentais, os individuais clássicos e os de fundo econômico e social. A dignidade tem uma dimensão

²¹BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 6. Ed/atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.p. 01-59.

²²SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 137.

moral; com isso, o constituinte estabeleceu que cabe ao Estado propiciar condições necessárias para que as pessoas tenham vida digna e se tornem pessoas dignas. Assim, o Estado não pode deixar de proteger os ser humano, preservando a sua identidade, integridade e dignidade²³.

Com base nos direitos da personalidade, temos o direito à liberdade (ou às liberdades) que envolve diferentes manifestações, sendo que segundo ao autor acima mencionado, o mesmo afirma que o bem jurídico protegido no referido direito é à liberdade, que se pode definir como a faculdade de fazer, ou deixar de fazer, aquilo que à ordem jurídica se coadune, ou seja, é a prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações. O ordenamento jurídico confere-lhe, para tanto, a necessária proteção, nos pontos considerados essenciais à personalidade humana, como a locomoção, o pensamento e sua expressão, o culto, a comunicação em geral e outros, inclusive em nível internacional, nas Declarações citadas²⁴.

De um modo em geral, apura-se que o direito à liberdade, consiste em poder a pessoa direcionar suas conclusões, opiniões ou até mesmo energias em um mundo fático em concomitância com a própria vontade, sempre visando alcançar seus respectivos objetivos.

Conforme San Tigo Dantas²⁵o mesmo preconiza a liberdade como direito da personalidade relacionando a espiritualidade do homem, isto é, com o seu interior, ao dizer: “Entre os direitos da personalidade, encontra-se o direito à liberdade, direito esse que envolve diferentes manifestações em função das atividades desenvolvidas pelo homem, nos níveis pessoais, negociais e espirituais”.

Como direito da personalidade, o direito à liberdade é indisponível, isto é, não se lhe pode determinar a perda, salvo sob sancionamento estatal, por sentença judicial em ação própria. A perda da liberdade é o obstáculo absoluto, ocorrendo somente mediante condenação criminal.

²³FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade**. Curitiba: Juruá, 2009.p. 101.

²⁴BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 6. Ed/atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.p.105.

²⁵ DANTAS apud FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Op. cit.* p.138.

Quando o Estado instituiu como requisito na Lei do Usucapião Conjugal a perda da cota parte do imóvel pelo ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonasse o lar conjugal, delimitou e restringiu o legislador o direito à liberdade do ex-cônjuge ou ex-companheiro em manter aquela sociedade conjugal.

Ora se a liberdade do homem é a faculdade de fazer o que pode a sua vontade, isso quer dizer que nem sempre está condicionada à prescrição da norma jurídica, pois existem certas situações em que o homem age livremente, mas age em obediência a certos comandos jurídicos, outras vezes não, a sua liberdade se explica pela esfera da licitude.

Ocorre que no Direito de Família atualmente, o abandono do lar, ou a discussão da culpabilidade foi extinta com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, pois observa-se no Direito de Família a vigência de princípios pertinentes à aplicabilidade do referido direito, sendo o direito à liberdade um de seus princípios fundamentais, de cunho personalíssimo, tanto na escolha livre do cônjuge ou companheiro ao constituir uma família, seja ela através do matrimônio ou de uma união estável, quanto na livre escolha e decisão de romper o enlace conjugal diante da falência daquela sociedade conjugal.

O que se deve ponderar é que a iniciativa sempre deverá ser livre, com base no direito à liberdade, seja de constituir uma família ou desfazê-la. Pois, ninguém é obrigado a continuar um enlace, mantendo a sociedade conjugal, passando por cima inclusive de sua própria felicidade em decorrência de um bem, de um patrimônio.

O desrespeito inserido na legislação afronta diretamente o direito à liberdade, uma vez que o cônjuge que decidir em não manter a sociedade conjugal, terá que procurar os meios legais e burocráticos para demonstrar que não agiu culposamente, ou ainda para provar que não abandonou o lar conjugal, pois o que se procurou tutelar em um primeiro momento foi a sua liberdade de escolha e a decisão de desfazer sua sociedade conjugal.

Por fim, denota-se que a Lei do Usucapião conjugal fere diretamente os direitos da personalidade, pois obriga a discussão a da culpabilidade, ante o abandono do lar conjugal, matéria pacificada na âmbito do Direito de Família que presa pela felicidade da célula familiar, a pela liberdade das pessoas em manter ou não qualquer sociedade conjugal.

5 O USUCAPÃO CONJUGAL E A “PATRIMONIALIZAÇÃO” DO DIREITO EM CONFLITO COM O DIREITO DA PERSONALIDADE

Ao analisar a lei do usucapião conjugal afere-se o confronto da mesma e a patrimonialização do direito em relação aos direitos da personalidade, pois o bem tutelado é de cunho patrimonialista e não a vontade do cônjuge e ou companheiro em manter a vida conjugal, um desrespeito aos princípios fundamentais.

Os direitos da personalidade em sua disciplina refletem de modo pleno, a racionalidade predominante existencial imposta pela ordem constitucional vigente, na medida em que se alocam valores existenciais (ordem do *ser*) na forma dos direitos subjetivos, instrumentos jurídicos próprios à garantia de interesses proprietários (ordem do *ter*), especialmente encampados pela racionalidade liberal e patrimonialista.

Para Pietro Perlingieri é necessário que se supere a simples noção de direito subjetivo típico, para que se reconheça a personalidade como um valor, do qual podem se extrair hipóteses de proteção não meramente típicas demonstrado em seus dizeres:

A personalidade, portanto, não é um direito, mas sim um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tutelados: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade da tutela se torna instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre desenvolvimento da vida de relação²⁶.

Assim, o Direito Civil vive um momento de *repersonalização*²⁷, que busca voltar sua centralidade à pessoa e não mais prioriza qualquer aspecto de cunho patrimonialista.

²⁶PERLINGIERI apud TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba:Juruá, 2011.p. 25.

²⁷ CARVALHO, Orlando de. **A teoria Geral da Relação Jurídica**. 2 ed. Coimbra: Centelha, 1982, p. 10.

No âmbito do Direito de Família, verifica-se que o mesmo sofreu profundas mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988. No caminho inverso do Código Civil de 1916, formado no espírito da patrimonialização, o novo texto civil está fincado no desenvolvimento da pessoa humana, explicando-se, Cristiano Chaves de Farias²⁸, que a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.

Logo, caminha-se para uma reconstrução do Direito Civil destinado a tutelar não mais os interesses econômicos presentes na órbita do direito privado, mas atuando, sim na realização dos direitos fundamentais da dignidade humana de modo a favorecer o plano de desenvolvimento da pessoa.

É certo, que a lei do usucapião conjugal quando sancionada teve como escopo a garantia do Estado na vigência e cumprimento dos contratos imobiliários realizados entre cônjuges e ou companheiros, uma vez que para liberação do referido crédito imobiliário havia a complementação de rendas de ambos os cônjuges e ou companheiros, inobservando a referida lei o conflito desta com o direito personalíssimo de manter ou não uma sociedade conjugal, mantendo em seu cunho primordial a patrimonialização do direito.

De acordo ainda com Maria Celina Tepedino²⁹, qualquer norma ou cláusula negocial deve estar em conexão com a orientação constitucional de privilegiar a dignidade humana. O direito Civil transformou-se ao deixar de se preocupar com a atividade econômica do cidadão e passar a regulamentar sua atividade social, cuidando de verticalizar o desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Ademais, a liberdade de ação dos cônjuges e ou companheiros, ante sua autonomia de vontade no seio familiar há que ser respeitada, uma vez que violada fere principalmente o princípio da liberdade, como já exposto sumariamente.

²⁸FARIAS apud MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**.4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 34.

²⁹TEPEDINO apud MADALENO, Rolf. *Op. cit.*p. 37

À usucapião, aplicam-se as mesmas normas que impedem, suspendem e interrompem a prescrição. Atente-se para o teor do art. 197, I do Código Civil preconizando que não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal, uma vez que ao analisar o artigo 1571 do Código Civil prevê os casos de dissolução da sociedade conjugal nas seguintes hipóteses: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.

Diante destes dispositivos, verifica-se que o mero abandono do lar não dissolve a sociedade conjugal. E o Código prevê que não corre a prescrição na constância do casamento. Infere-se, portanto, que a nova lei contraria o próprio Código Civil, permitindo a prescrição aquisitiva em relação a cônjuges e companheiros sem que esta sociedade tenha de desfeito.

Desta forma, há um conflito de normas, bem como há um conflito da lei com o direito personalíssimo da liberdade e autonomia na manutenção da união familiar pelo cônjuge e ou companheiro.

Não se pode olvidar que a propriedade é constitucionalmente protegida (art. 5º XXII, CF), e, não pode ela servir como argumento de punição daquele proprietário que muitas vezes não diminuiu a utilização de sua propriedade, mas, em decorrência de uma problemática familiar, ausentou-se de seu lar e viu escoar direito seu por pessoa que não teve sequer ânimo de dono.

Por derradeiro, incontestável é o desrespeito da lei em priorizar um bem e não a pessoa, pois o respeito à dignidade da pessoa humana é a tabua de valores na disciplina familiar, tangente, é certo, aos primados da equalização do homem e da mulher, dentro e fora do casamento e ou da união estável, importando ao legislador buscar a proteção dos fins sociais da lei e as exigências do bem comum, para se chegar a matriz de um Direito desmaterializado, desvinculado das relações de dependência econômica e, sob a auspiciosa égide constitucional de edificação, proteção e elevação sócio familiar do indivíduo.

6 CONCLUSÃO

Com a inserção deste novo dispositivo no Código Civil, têm-se várias discussões quanto à legalidade da referida norma, ou seja, a mesma enseja a discussão do abandono do lar conjugal, que antes produzia tantos efeitos quando da separação de fato dos casais.

Segundo o artigo 1.240-A do Código Civil, se o cônjuge deixar o domicílio comum e o outro permanecer por dois anos utilizando o imóvel com exclusividade e sem oposição, o ocupante poderá ingressar com pedido de usucapião, pleiteando a propriedade de todo o imóvel, e não apenas dos 50% (cinquenta por cento) que antes detinha.

É comum que nas separações as pessoas protelem a formalização do rompimento do vínculo, seja do casamento ou da união estável, deixando para momento posterior à partilha de bens, a fixação de alimentos e a regulamentação das visitas aos filhos menores.

É sempre muito difícil cuidar objetivamente de questões que carregam grande carga emocional, o que induz à postergação da solução dos problemas de família. Constata-se no âmbito do direito de família que havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um dos cônjuges e ou companheiros 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 cessão da posse adquire natureza alimentar, configurando alimentos *in natura*, ressalvada as discussões quanto a este entendimento.

Entretanto, o "abandono do lar" antes tão debatido e explorado, e que caiu em desuso com a modificação legislativa e jurisprudencial, necessita de reflexões diante dos novos efeitos impostos pela Lei 12.424/2011. Pois essa prática não deve mais ser estimulada, pois pode ensejar a perda da propriedade no curto período de dois anos. Não a favor da prole que o genitor quis beneficiar, mas do ex-cônjuge ou do companheiro.

É importante que todos busquem regularizar sua situação nos casos de separação, pois o afastamento prolongado do imóvel pode causar a perda da propriedade. Percebe-se, portanto, que muitas questões ainda deverão ser definidas ao longo do tempo pela doutrina e pelos nossos tribunais.

Chega-se a conclusão de que como a nova modalidade de usucapião estabelece a prova do abandono por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros como questão primordial, serão reacendidas as batalhas judiciais nas varas de família quanto à comprovação da “culpa” pelo fim da relação conjugal. O curioso é que o retorno da controvérsia vem exatamente quando o debate sobre a “culpa” pelo rompimento das relações já estava desprestigiado em nosso direito.

De forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi “sepultada” pela Emenda Constitucional nº 66/2010 que, ao acabar com a separação, fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. A medida foi das mais salutares, pois evita que mágoas e ressentimentos — que sempre sobram quando o amor acaba — sejam trazidas para o Judiciário. Afinal, a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do vínculo que nasceu para ser eterno e feneceu. Mas o desastre provocado pela nova lei tem outra dimensão. Para atribuir a titularidade do domínio a quem tem a posse, sempre houve a necessidade de identificar sua natureza. Ou seja, para adquirir a propriedade o possuidor precisa provar *aminusdomini*, isto é, que exerce a posse como se dono fosse.

No entanto, nesse novo modelo de usucapião o que se perquire é a causa de um dos cônjuges ou companheiros ter se afastado da morada comum. Desse modo, se houve abandono do lar, o que lá permanece torna-se proprietário exclusivo. Da novidade só restam questionamentos. O que significa mesmo abandonar? Será que fugir do lar em face da prática de violência doméstica pode configurar abandono? E se um foi expulso pelo outro? Afastar-se para que o grau de animosidade não afete a prole vai acarretar a perda do domínio do bem? Ao depois, como o genitor não vai ser tachado de “mau” pelos filhos caso manifeste oposição a que eles continuem ocupando o imóvel? Também surgem questionamentos de natureza processual. A quem cabe alegar a causa do afastamento? A oposição há que ser manifestada de que forma? De quem é o ônus da prova? Há legalidade na referida lei quando esta não prioriza os direitos personalíssimos, em especial o da liberdade?

Pode-se concluir que a ação de usucapião terá mais um fundamento como pressuposto constitutivo do direito do autor. Além disso, ressuscitar a discussão de culpas desrespeita o direito à intimidade, afronta o princípio da

liberdade, isso só para lembrar alguns dos princípios constitucionais que a lei viola ao conceder a propriedade exclusiva ao possuidor, tendo por pressuposto a responsabilidade do co-titular do domínio pelo fim da união. Mas qual a solução para evitar a penalidade? Por cautela devem cônjuges e companheiros firmar escritura reconhecendo não ter havido abandono do lar? Quem sabe antes de afastar-se, o retirante deve pedir judicialmente a separação de corpos?

E, ainda que tal aconteça, não poderá aquele que permaneceu no imóvel questionar que o pedido mascarou abandono? Pelo jeito será necessário proceder a partilha de bens antes do decurso do prazo de dois anos. Mas talvez se esteja simplesmente retomando o impasse originário: vender o bem ainda que a metade do valor apurado não permita a aquisição de um imóvel. Com certeza outras dúvidas surgirão. Mas a resposta é uma só.

A lei criou muito mais problemas do que uma solução para garantir o direito constitucional à moradia (direito patrimonial) em confronto com os direitos da personalidade, principalmente o da liberdade preceito fundamental carreado no princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 6. Ed/atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1982.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: [s. n.], 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade**. Curitiba: Juruá, 2009.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade Antiga**. 12. ed. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1996.

FIUZA, Ricardo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva. 2004

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direitos Reais e Direitos Intelectuais**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. **Responsabilidade Civil em face da violação aos direitos da personalidade: uma pesquisa multidisciplinar**. Curitiba: Juruá, 2011.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Civil: direitos reais.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.