



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ADAIR GOULART DE ANDRADE

**A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA:
UMA ANÁLISE CRÍTICA**

**BARBACENA
2015**

ADAIR GOULART DE ANDRADE

**A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA:
UMA ANÁLISE CRÍTICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC - como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professora Esp. Cristina Prezoti.

**BARBACENA
2015**

ADAIR GOULART DE ANDRADE

**A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA:
UMA ANÁLISE CRÍTICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC - como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Cristina Prezoti
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Prof.^a Me. Delma Gomes Messias
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Prof.^a Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

A Deus, por estar presente em minha vida me iluminando em todos os momentos. Aos meus pais Dário e Maria de Lourdes, pela minha formação moral, exemplos de uma vida digna e honesta. À minha família, compreensão e incentivo, sem os quais não haveria a realização de um sonho. Ao meu filho João Vicente Lombardi Goulart de Andrade, alegria e razão de muita felicidade, esperança e estímulo para um mundo melhor e de paz. Ao meu irmão Alamir e às minhas irmãs Adriana, Elizangela, Elaine e Regiane aos meus cunhados (as) e sobrinhos (as).

Agradecimentos

Minha eterna gratidão aos mestres da Faculdade de Direito, pela valorosa contribuição para que mais esta etapa fosse vencida, em especial, à Professora e Orientadora Dra. Cristina Prezoti, pelo incentivo, apoio, disponibilidade e valorosa orientação.

Aos meus pais, que me concederam o direito à vida e sempre me apoiaram.

Os colegas da graduação pelo diálogo e companheirismo, durante a nossa jornada de 2011 até 2015. Aos funcionários da Faculdade, que sempre estão dispostos a nos ajudar.

À todos que contribuíram de alguma forma na realização deste trabalho, porque agradecer a alguns é com certeza esquecer de muitos.

Resumo

O presente estudo objetiva realizar uma análise crítica das modalidades de usucapião existentes no ordenamento jurídico brasileiro e seus requisitos processuais essenciais, especialmente os requisitos específicos da usucapião especial urbana. Para isso, foi feita uma análise de todas as modalidades de usucapião urbana existentes no Código Civil e no Estatuto das Cidades. Diante da especificidade e novidade da usucapião especial urbana, foi realizado um estudo mais aprofundado sobre seus requisitos, ação, legitimidade e as divergências doutrinárias em relação a seus requisitos processuais.

Palavras-chave: Usucapião. Requisitos Processuais. Usucapião Especial Urbana.

Abstract

The aim of the study is to conduct a critical analysis of existing procedures for adverse possession in the Brazilian legal system and procedural requirements as their core, especially the specific requirements for special adverse urban. For this, an analysis was made of all existing urban forms of adverse possession in the Civil Code and the Statute of the Cities. Given the specificity and novelty of the special adverse urban, we performed a further study on its requirements, action, legitimacy and doctrinal differences with regard to its procedural requirements.

Keywords: Adverse Possession. Procedural Requirements. Special Adverse Urban.

Sumário

1	Introdução.....	15
2	Usucapião	17
2.1	Breve histórico	19
2.2	Modalidades	22
2.2.1	Usucapião extraordinária.....	22
2.2.2	Usucapião ordinária	23
2.2.3	Usucapião especial urbana e rural:.....	24
2.2.3.1	Usucapião especial rural.....	25
2.2.3.2	Usucapião especial urbana.....	27
3	Usucapião especial urbana por abandono do lar (usucapião familiar)	29
4	Análise constitucional.....	33
4.1	A incompatibilidade do artigo 1.240-a do Código Civil com a Emenda n 66 de 2010.....	34
4.2	Dos aspectos inconstitucionais do artigo 1.240-a	35
4.2.1	Da lesão ao princípio da igualdade:	35
4.2.2	Da lesão ao princípio da liberdade	36
4.2.3	Da diminuição do prazo para usucapir imóvel urbano.....	37
5	Considerações Finais	39
6	Jurisprudência	41
	Referências	42

1 Introdução

A presente monografia tem como objetivo analisar o artigo 1.240- A do Código Civil Brasileiro de 2002, que foi inserido através da Lei 12.424/2011 que regulamenta o “Programa Minha Casa, Minha Vida”, visando fazer uma análise constitucional da nova modalidade de usucapião que o artigo acresceu ao ordenamento jurídico.

Esta pesquisa tem como objetivo institucional produzir uma monografia, como requisito básico para obtenção do grau de bacharel em Direito, pela Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC.

A escolha deste tema encontra justificativa na inovação trazida pelo legislador ao inserir a modalidade de usucapião especial urbano, modalidade esta que tem repercussões no direito de família, principia-se o estudo fazendo a abordagem conceitual do instituto da usucapião, adentrando no histórico deste e ainda, discorrendo sobre as mais relevantes formas de usucapir.

Fazendo também uma abordagem dos aspectos inconstitucionais do artigo 1.240-A, há a explanação da visão crítica acerca da nova modalidade de usucapião que o legislador inseriu no ordenamento jurídico, elencando os pontos inconstitucionais do artigo, bem como os devidos embasamentos.

O presente trabalho se encerra com as considerações finais, quando se chegou à conclusão de que a norma está revestida de inconstitucionalidade material, quando viola preceitos elencados na CF/88, seguido da pontuação para a necessidade da continuação da pesquisa, em razão da novidade legislativa, para alcançar assim, a perfeita adequação da norma à realidade social no Brasil.

2 Usucapião

A usucapião, deriva do latim *usu capio*, que significa tomar para si pelo uso. É modo originário de aquisição de direitos reais, através do exercício de posse ininterrupta, mansa e pacífica em um determinado decurso do tempo previsto em lei.

No entendimento de Pereira (2007, p.138):

Usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei. Mais simplificada, tendo em vista ser a posse que, no decurso do tempo e associada às outras exigências, se converte em domínio, podemos repetir, embora com a cautela de atentar para a circunstância de que não é qualquer posse senão a qualificada: Usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada.

Há uma discussão acerca do gênero da palavra usucapião. Mas tal discussão não retira, muito menos modifica o real significado da mesma.

Segundo Orlando Gomes (2005, p.185): “A usucapião é um dos modos de aquisição da propriedade e de outros direitos reais”. A palavra é do gênero feminino. O legislador brasileiro se refere ao instituto da usucapião no Código Civil de 2002, tratando-a como palavra do gênero feminino.

Acerca do gênero da palavra usucapião, o entendimento de Gonçalves (2011, p. 258) é que:

Em toda a legislação romana, especialmente no *Corpus iuris civilis*, a palavra “usucapião” aparece no feminino, ligando-se à *usucapio* ou *capionis*, que é feminina e quer dizer tomada, ocupação e aquisição, antecedida de *usu* (através do uso). A Lei n. 6.969, de 10 de dezembro de 1981, que dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, utiliza-a no gênero feminino, assim também procedendo o estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2011). Desse mesmo modo é ela mencionada nos dicionários Novo Dicionário Aurélio e Caldas Aulete.

No Código Civil Brasileiro de 1916, a palavra era escrita como do modo masculino. Na Seção IV, a referência ao instituto aparece no gênero masculino, “Do usucapião”. O presente trabalho vai tratar o instituto como palavra do gênero feminino, assim como faz o legislador pátrio atualmente.

“A usucapião, além de constar em diversos dispositivos do Código Civil, foi elevada à categoria de matéria constitucional, pois, a Carta Magna trata do instituto em duas oportunidades, na redação dos arts.183 e 191”. (SOUZA; MANOEL, 2012, p.55)

Pereira (2007, p.139) leciona que: “Encarado o fenômeno aquisitivo do usucapião nos seus componentes básicos e constantes, destacam-se a posse e o tempo.”

Então, os requisitos basilares da ação de usucapião são a posse e o tempo.

A posse *ad usucapionem* é aquela que se exerce com intenção de *domo-cum animo domini*. Este requisito psíquico de tal maneira se integra na posse, que adquire tónus de essencialidade. (PEREIRA, 2007, p.140)

É modalidade de aquisição de propriedade e de outros direitos reais tão somente após estar na posse deste, preenchidos todos os requisitos legais para a mesma.

É dizer que, quando nasce o ônus de um (titularidade da propriedade) em relação a um determinado bem através do instituto da usucapião, correlato nasce também o ônus para aquele que era, a priori, o titular do direito, mas por inércia sua (não exercício da posse) perdeu para outrem.

Gomes (2005, p. 186) aborda o instituto da usucapião, reafirmando que este é uma modalidade de aquisição de bens, indicando ainda, que houve importantes alterações no Código Civil de 2002 em relação ao de 1916, dentre as mudanças, destacou a redução dos prazos para o possuidor usucapir.

No presente trabalho será abordada apenas a usucapião de bens imóveis, muito embora o tema seja muito mais amplo.

Sobre a discussão quanto ser a usucapião modo de aquisição de propriedade originária ou derivada, doutrina Gomes:

Inclui-se entre os modos originários. É que, a despeito de acarretar a extinção do direito de propriedade do antigo titular, não se estabelece qualquer vínculo entre ele e o possuidor que o adquire. Há, no entanto, quem a considere modo derivado, sob o fundamento de que não se fez nascer um direito novo, substituindo os direitos que o antigo titular havia constituído sobre o bem, antes de ser usucapido. (2005, p. 187)

Nesta mesma linha, Farias e Rosendal (2012, p.398), entendem ser a usucapião modo originário de aquisição de propriedade, pois o fato da perda do bem pelo antigo proprietário, e noutro lado a aquisição do mesmo pelo usucapiente sequer guardam relação:

Como na usucapião, o possuidor adquire a propriedade por sua posse prolongada, a despeito de qualquer relação jurídica com o proprietário anterior, não incidirá o fato gerador de ITBI (a transmissão da propriedade, a teor do art. 35 do CTN), já que o usucapiente não adquire a coisa do antigo proprietário, mas contra o antigo proprietário. Outrossim, se existir eventual ônus real sobre o imóvel, em razão de negócio jurídico praticado pelo antigo proprietário (v.g., hipoteca, servidão), não subsistirá o gravame perante o usucapiente, que receberá a propriedade límpida, isenta de máculas.

A usucapião é modo de aquisição originária, vez que, é como se o imóvel, ao não ser utilizado pelo proprietário de direito, e mantido na posse do agora proprietário de fato, eis que, imprime ao bem a finalidade para qual ele foi criado, voltasse ao status quo, e então a titularidade sobre a propriedade passa a ser daquele que se mantém na posse do imóvel em questão.

Logo, não há sequer relação jurídica entre aquele que perdeu o direito sobre o bem, e aquele que em contrapartida adquiriu direitos sobre o mesmo bem. Por isso é que se diz que a usucapião é modalidade de aquisição originária. Pois a mesma gera efeitos como se jamais aquele bem houvesse sido de alguém.

Enquanto no modo derivado, o bem é transferido para outro, guardando todos os vícios e restrições que possuía, no modo originário, o que aqui se discute, o bem se transfere como se jamais tivesse sido de alguém. O bem é transferido livre de qualquer impedimento.

2.1 Breve histórico

A usucapião, como modo de aquisição de bens, é mais antiga do que se possa imaginar. O instituto ao longo dos anos evolui conforme a evolução humana para se adequar às sociedades que se utilizam dele.

Farias e Rosenvald (2012, p.395) ao explanarem sobre o surgimento do instituto afirmam que: “A usucapião restou consagrada na Lei das XII Tábuas, datada de 455 antes de Cristo, como forma de aquisição de coisas móveis e imóveis pela posse continuada por um ou dois anos (..)”

O instituto na Lei das Doze Tábuas, dispunha na Tábua 6^a, inciso III, que se intitula “Da propriedade e da posse”: “III - A propriedade do solo se adquire pela posse de dois anos; e das outras coisas, pela de um ano”.

Sendo desde então, modalidade de aquisição de bens também pela posse continuada, porém o lapso temporal era substancialmente menor, qual seja, entre um e dois anos.

Só poderia ser utilizada pelo cidadão romano, eis que os estrangeiros não gozavam dos direitos preceituados nos *ius civile*. Desta forma, os romanos mantinham seus bens perante os peregrinos e podiam reivindicá-los quando bem entendessem. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.395)

A princípio somente o cidadão romano poderia se utilizar dessa manobra para adquirir bens, pois os estrangeiros não tinham direitos. Porém, com o passar dos anos, e a evolução dos direitos, que é inerente a evolução humana, os peregrinos, que outrora não

podiam gozar dos frutos do instituto da usucapião, passaram a ter os mesmos direitos que os cidadãos romanos.

Com o tempo, expandem-se as fronteiras do império, concedendo-se ao possuidor peregrino que não tinha acesso à usucapião, uma espécie de prescrição, como forma de exceção fundada na posse por longo tempo das coisas, nos prazos de 10 e 20 anos, servindo de defesa contra ações reivindicatórias. O legítimo dono não mais teria acesso à posse se fosse negligente por longo prazo, mas a exceção de prescrição não implicava perda da propriedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.395)

Passava então os peregrinos a ser brindados com os benefícios do instituto, bastando que se mantivessem na posse pelo prazo determinado em lei. Mas embora tivessem a posse do bem e desta não pudessem mais ser privados, preenchido o requisito temporal na posse, não se tornavam proprietário dos bens usucapidos.

Em 528 d.C., Justiniano funde em um só instituto a *usucapião* e a prescrição, pois já não mais subsistiam diferenças entre a propriedade civil e a pretoriana (dos peregrinos). Ambos os institutos se unificam na usucapião, concedendo-se ao possuidor ao longo do tempo a ação reivindicatória para obter propriedade e não a mera exceção, que não era capaz de retirar o domínio do proprietário. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 396)

O instituto da usucapião sofreu modificação quando no ano de 528 d.C., Justiniano, o então imperador da Constantinopla, hoje Istambul, capital da Turquia, fundiu a prescrição aquisitiva à usucapião, concedendo ao possuidor de um bem a longo tempo a possibilidade de reivindicar também a propriedade do mesmo.

No Brasil, a codificação influenciada pelos juristas alemães, manteve a dualidade conceitual diferenciando a prescrição da usucapião que se consolidava em trinta ou quarenta anos, (bens do estado, imóveis da igreja, do imperador etc.) a depender da modalidade dos bens. Hoje, esse lapso temporal foi reduzido substancialmente, o que se poderá averiguar no transcurso do presente trabalho.

Embora haja uma forte ligação entre prescrição aquisitiva e usucapião, o legislador brasileiro optou por abordar a primeira na parte geral do Código Civil Brasileiro e a outra no Livro do Direito das Coisas. Acerca da historicidade do referido instituto, Gonçalves (2011, p. 257) pontua que a prescrição aquisitiva é uma instituição multissecular, transmitida pelos romanos. E que a primeira vista, o instituto parece ferir o direito a propriedade, pois favorece o usurpador do bem em face do verdadeiro proprietário, permitindo que o possuidor passe a ocupar o lugar do antigo proprietário, despojando-o do seu domínio.

Assim, a prescrição aquisitiva permite que o possuidor passe a ter o domínio do bem usucapido, em detrimento do antigo proprietário negligente.

A propriedade, embora seja perpétua, não pode conservar este caráter senão enquanto o proprietário manifestar a sua intenção de manter o seu domínio, exercendo uma permanente atividade sobre a coisa possuída; a sua inação perante a usurpação feita por outrem, durante 10, 20 ou 30 anos, constitui uma aparente e tácita renúncia ao seu direito. De outro lado, à sociedade interessa muito que as terras sejam cultivadas, que as casas sejam habitadas, que os móveis sejam utilizados; mas um indivíduo que, durante largos anos, exerceu esses direitos numa coisa alheia, pelo seu dono deixada ao abandono, é também digno de proteção. Finalmente, a lei faculta ao proprietário esbulhado o exercício da respectiva ação para reaver a sua posse; mas esta ação não pode ser de duração ilimitada, porque a paz social e a tranquilidade das famílias exigem que os litígios cessem desde que não foram postos em juízo num determinado prazo. (GONÇALVES, 2011, p. 257-258)

Permitir que o proprietário do bem pudesse reaver a posse do mesmo a qualquer tempo, muito embora tenha se mantido inerte durante a ocupação de seu bem por outrem num lapso temporal razoável, seria imputar um ônus a quem imprimiu ao bem usucapido a real finalidade dele.

Neste sentido de dar ao bem a finalidade social, é que o instituto aparece como uma forma célere de garantir ao possuidor a longo tempo, a propriedade do bem no qual manifestou sua vontade de ser dono ao utilizá-lo para sua moradia e de sua família, ou nos casos dos imóveis rurais, onde passou por largos anos tornando aquelas terras anteriormente abandonadas, terras produtivas.

O fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a das reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranquilidade na vida social: tem aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos (GONÇALVES, 2011, p. 258)

Como acima indicado, a usucapião faz valer o princípio da utilidade social, e ainda, faz prevalecer a paz social, inibindo o antigo proprietário desidioso a reivindicar o bem que por tanto tempo deixou ao léu.

Sobre o instituto da prescrição, Farias e Rosendal (2012, p. 399-400) ensinam ainda que “a prescrição é forma de neutralizar as pretensões obrigacionais que existem, por conta da inércia do titular da propriedade através do direito subjetivo que se estabelece no tempo.”

Enquanto prescrição aquisitiva implica extinção da pretensão, em face do não exercício de certo direito, diante de um decurso temporal, a usucapião é modo de aquisição de propriedade em decorrência de o usucapiente se manter na posse do imóvel negligenciado pelo dono de direito.

2.2 Modalidades

2.2.1 Usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária é a modalidade que possui o maior lapso temporal para que o bem possa ser usucapido. Mas, em que pese à necessidade de maior tempo no exercício da posse, esta modalidade dispensa os requisitos justo título e boa-fé.

Leciona Orlando Gomes (2005, p.192) que: “A usucapião extraordinária caracteriza-se pela maior duração da posse e por dispensar o justo título e a boa-fé.”

Acerca dos requisitos necessários para usucapir através da modalidade extraordinária, Farias e Rosenvald (2012, p. 414) amestram que de todos eles, o requisito fundamental é o tempo para haver a conversão da posse em propriedade.

Sem o lapso temporal previsto em lei, não há possibilidade de usucapir um bem. Ainda no que concerne aos requisitos desta modalidade, Farias e Rosenvald (2012, p. 416) pontuam a questão da posse que não menos importante que o fator tempo, tem de estar presente para haver a possibilidade de usucapir, afirmam para tanto que os meros detentores do bem não poderão usucapi-lo, necessitando estar presente a posse, requisito formal indispensável nesta modalidade. Se um mero detentor intentar usucapir um bem, carecerá este, de legitimidade e interesse para figurar no pólo ativo de uma ação de usucapião.

Atrelado ao requisito formal do tempo tem ainda que está presente o requisito posse, pois não se pode usucapir um bem sobre o qual não se tem a posse.

Farias e Rosenvald (2012, p.417) asseveram ainda que:

A posse necessariamente será acompanhada da intenção de agir como dono. Consiste no propósito de o usucapiente possuir a coisa como se esta lhe pertencesse. O possuidor que conta com a intenção de agir como dono sabe que a coisa não lhe pertence, porém atua como o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular. Em virtude da causa originária da posse, excluem-se da usucapião os possuidores que exercem temporariamente a posse direta por força de obrigação ou de direito (art. 1.197 do CC). Pessoas como os locatários, os comodatários e os usufrutuários recebem a posse em virtude de uma relação jurídica de caráter temporário, que, ao seu final, exigirá a devolução da coisa.

Portanto, durante todo o período em que exerçam a posse direta, não afastam a concomitância da posse indireta daqueles de quem obtiveram a coisa.

Pelo acima exposto, depreende-se que os requisitos para esta modalidade de usucapião são tão somente a posse em determinado lapso temporal, ou seja, para adquirir um bem através dessa modalidade, não precisam estar presentes o justo título, muito menos a boa-fé.

Sobre a exclusão daqueles que exercem a posse direta por força de obrigação ou de direito, dispõe o artigo 1.197 do Código Civil.

O desejo de agir como dono é outro requisito essencial à aquisição de um bem através da ação de usucapião, até porque, se o possuidor não tivesse o interesse de ter o domínio do bem, a ação de usucapião não teria razão de ser.

Na usucapião extraordinária, para obter a titularidade de proprietário de um imóvel, o decurso temporal tem de ser de no mínimo quinze anos, já para ser titular de um bem móvel através desta mesma modalidade o prazo cai para cinco anos.

Nesta modalidade, o justo título e a boa-fé são presumidos, eis que, alguém que exerce a posse de um referido bem por tão longo prazo, seja de um bem imóvel ou móvel, e ainda, seja essa posse ininterrupta e sem oposição, plasmado está aí o animus domini, e ainda, a gritante negligência do antigo proprietário.

2.2.2 Usucapião ordinária

Essa modalidade, além de exigir a posse sem oposição e prolongada, exige ainda, que haja o justo título e a boa-fé.

Quando o adquirente possuir os requisitos elencados no artigo 1242 do Código Civil de 2002, ele usucapirá o imóvel no prazo cogente de 10 anos.

O artigo 1242 do Código Civil de 2002 fala em justo título, que enseja uma interpretação por vezes dúbia.

Justo título se caracteriza quando alguém adquire um bem de quem aparenta ser o verdadeiro proprietário, mas não o é, ou seja, o negócio jurídico de transmissão de domínio contém vícios.

Por justo título, entendem Farias e Rosenvald (2012, p. 422) ser um instrumento que conduz um possuidor acreditar que ele lhe outorga a condição de proprietário, quando não o faz. O título aparenta ser formalmente idôneo para efetivar a transferência da propriedade,

mas possui um defeito que impede a aquisição. Em suma, é um ato translativo que por conter um vício não tem capacidade de transferir a propriedade.

Então, quando alguém avença um negócio com quem, a seu juízo, é o legítimo proprietário, mas não o é, ou, ainda que o transmitente seja o real proprietário do bem objeto da transação, essa se deu através do instrumento incorreto, configurado está o justo título.

A compra e venda, a troca, a dação em pagamento, a doação, o dote, o legado, a arrematação e a adjudicação são as formas mais triviais de transmissão de bens que constituem justo título.

Para Farias e Rosendal (2012, p.428):

Boa-fé é o estado subjetivo de ignorância do possuidor quanto ao vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa (art. 1.201 do CC). Para fins de usucapião, resulta na convicção de que o bem possuído lhe pertence. Ao adquirir a coisa, falsamente supôs ser o proprietário.

Não basta somente o requisito do justo título nesta hipótese, uma vez ausente a boa-fé, carece a ação de usucapião ordinária de pressuposto formal.

Portanto, justo título não se confunde aqui com boa-fé, essa é a ignorância acerca do vício que obstaculiza a aquisição da coisa de forma regularizada, já o justo título é quando embora tenham as partes firmado um negócio jurídico, este não reste perfeito, por uma das possibilidades alhures elencadas.

Logo, justo título e boa-fé são requisitos autônomos e indispensáveis na ação de usucapião ordinária.

2.2.3 Usucapião especial urbana e rural:

Existe ainda uma modalidade de usucapião, a especial, que foi introduzida pela Constituição Federal. Dentro da usucapião especial existe a usucapião especial urbana e ainda, a usucapião especial rural. Gonçalves (2011, p.261) sobre as modalidades de usucapião especial urbana e rural afirma que:

Além das duas espécies mencionadas, o nosso ordenamento prevê ainda a usucapião especial, também chamada de constitucional por ter sido introduzida pela Constituição Federal sob duas formas: usucapião especial rural, também denominada pro labore, e usucapião especial urbana, também conhecida como pró-moradia. A de 1934 consagrou a modalidade rural, que está também regulamentada no art. 191 da Carta de 1988 e no art. 1.239 do Código Civil de 2002.

Esta terceira modalidade de usucapião chama-se especial, porque o legislador brindou o usucapiente rural e urbano, por isso é que elas são conhecidas também como usucapião pró-labore e pró moradia, respectivamente.

Sobre a usucapião especial urbana, Gonçalves (2011, p. 261), diz ser esta uma inovação trazida pela Constituição de 1988, estando sacralizada em seu artigo 183 e também no Estatuto da Cidade (Lei n.10.257, de 10-7-2001), arts. 9º (usucapião urbana individual) e 10 (usucapião urbana coletiva), assim como no art. 1.240 do novo Código Civil).

A modalidade especial urbana e rural é uma inovação constitucional porque o legislador para fazer valer o direito social à moradia reduziu o tempo para que o imóvel rural ou urbano seja usucapido.

Segundo os ensinamentos de Farias e Rosenvald (2012, p.435):

Nas modalidades urbana e rural, a usucapião especial é uma das mais claras demonstrações do princípio da função social da posse na Constituição de 1988, pois homenageia aqueles que, com vontade de dono, residem e\ou trabalham no imóvel em regime familiar, reduzindo os períodos aquisitivos de usucapião para cinco anos. Tanto a usucapião urbana como a rural seriam as espécies de miniusucapiões extraordinárias, já que ambas dispensam os requisitos do justo título e boa-fé, contentando-se com a posse com animus domini, mansa e pacífica.

É dizer que a Constituição presenteou aqueles que com vontade de ser dono, imprimiu ao imóvel a finalidade dele, seja cultivando as terras, seja fazendo dele a sua moradia. Reduziu o tempo para usucapir sob esta modalidade para tornar mais célere a aplicação da função social da propriedade.

2.2.3.1 Usucapião especial rural

Essa modalidade foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934. De acordo com os ensinamentos de Gonçalves (2011, p.261-262):

A usucapião especial rural ou pro labore surgiu no direito brasileiro, com a Constituição Federal de 1934, sendo conservada na Carta outorgada de 1937 e na Constituição de 1946. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 não repetiram o texto das anteriores, mas a última consignou os seus requisitos básicos, remetendo a sua disciplina à lei ordinária.

Por não haver regulamentação na Constituição de 1967, tampouco na Emenda Constitucional de 1969, o instituto era aplicado com subsídios em lei ordinária que versava

sobre a matéria. Ensina ainda, Gonçalves que (2011, p.262): “Enquanto não regulamentada, aplicou-se a Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, denominada Estatuto da Terra, até o advento da Lei n. 6.969 de 10 de dezembro de 1981, elaborada especialmente para regulamentar a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais.”

A Lei 6.969 de 10 de dezembro de 1981 foi sancionada com o fito de disciplinar a usucapião especial rural. Em seu artigo primeiro, a Lei 6969/81, enumera os requisitos para usucapir imóveis rurais.

No Código Civil de 2002, o legislador em seu artigo 1.239, reproduziu *ipsis litteris*, o artigo 191 da constituição federal:

Art. 1.239. Aquele, que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

Na lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 462), a usucapião rural é também conhecida por usucapião pelo trabalho, esta modalidade teve objetivo de fixar o homem no campo, transformando a terra ocupada em produtiva, tendo como um dos requisitos, o usucapiente ter de trabalhar e morar no imóvel. Atualmente, essa modalidade é regulada pela Lei 6.969/81.

Veja que a usucapião nesta modalidade tem como requisito basilar a posse, atrelada ao cultivo da terra, e ainda, fazendo deste mesmo imóvel, além de produtivo, o lugar de sua moradia. Asseveram ainda, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 456) que:

Aqui a função social da posse é mais intensa do que na modalidade da usucapião urbana. A simples personalidade da posse pela moradia não conduz à aquisição da propriedade, se não acompanhada do exercício de uma atividade econômica, seja ela rural, industrial ou de mera subsistência da entidade familiar. O objetivo da desta usucapião é a consecução de uma política agrícola, promovendo-se a ocupação de vastas áreas subaproveitadas, tornando a terra útil produtiva.

Da inteligência do texto acima destacado, depreende-se que o interesse do legislador brasileiro é, e sempre foi, dar aos imóveis a função social. Não os deixando a margem da negligência de seus proprietários.

2.2.3.2 Usucapião especial urbana

A usucapião especial na modalidade urbana, como o nome pressupõe, é um desdobramento da modalidade especial que permite aquisição de imóvel, em um lapso de tempo reduzido, em área urbana, desde que o usucapiente utilize o imóvel como local de sua moradia e/ou de sua família.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.264):

A usucapião especial urbana constitui inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, estando regulamentada em seu art. 183, verbis: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para a sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Esta modalidade representa uma inovação dentre as modalidades de usucapir, por ter como um dos requisitos um lapso temporal, na posse, reduzido.

Na mesma linha, assinalam Farias e Rosenvald (2012, p. 435) que a usucapião urbana abarca a posse de imóvel de até 250m², em área urbana, cumulada com a ocupação durante cinco anos ininterruptos, com intenção de tornar-se dono da coisa, e ainda que utilize o imóvel para moradia do ocupante e de sua família, desde que não possua outro imóvel urbano ou rural.

Então, os requisitos para usucapir imóvel através da modalidade especial urbana são: ocupar imóvel urbano com intenção de tornar-se dono, utilizando o bem para sua moradia e/ou de sua família, desde que não possua outro bem urbano/rural.

O art. 1.240 do Código Civil tratou de inserir a usucapião na modalidade urbana, sem qualquer alteração com relação ao texto constitucional. Aliás, nem poderia, pois cumpre o legislador subalterno respeitar a ordem superior, trabalhando dentro dos parâmetros traçados pela carta de 1988. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 436).

Não poderia a legislação infraconstitucional ir de encontro ao que reza a Carta Magna, por isso o art. 1.240 retrata *ipsis litteris* o artigo 183 da Constituição Federal de 1988.

Conforme doutrina Farias e Rosenvald (2012, p.436), a usucapião especial fogem as tradicionais formas de aquisição de propriedade pelo decurso temporal onde são exigidos prazos mais extensos, e ainda, não são colocados limites quanto à extensão do

tamanho dos imóveis a serem usucapidos, finalidade da posse e ainda, o requisito de não possuir o usucapiente outro imóvel.

Denomina-se especial justamente por, seus requisitos serem diferenciados: o decurso do tempo inferior às demais modalidades de usucapião, e ainda, requisito impar, é a de o usucapiente dar ao imóvel a finalidade da moradia.

3 Usucapião especial urbana por abandono do lar (usucapião familiar)

Após discorrer sobre o histórico do instituto e também falar das mais relevantes modalidades da usucapião, chegou-se à usucapião especial urbana por abandono do lar, que é o tema base do presente trabalho.

Com a alteração legislativa proporcionada pela Lei nº 12.424/11, foi acrescentado o art. 1.240-A ao Código Civil, e o ordenamento jurídico passou a contar com mais uma espécie de usucapião.

A lei 12.424, de 16 de junho de 2011 inseriu no Código Civil, em seu artigo 1.240-A e seu parágrafo 1., uma nova - e questionável - modalidade de usucapião. De acordo com o dispositivo, “aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² 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”. Prossegue o parágrafo 1º., “O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 464)

A nova modalidade da usucapião inserida pela Lei 12.424/11 que regulou o “Programa Minha Casa, Minha Vida”, visou proteger aquele que após ser abandonado pelo cônjuge/companheiro, permaneceu no imóvel, porém, o artigo 1.240-A veio arraigado de problemáticas implícitas.

Da leitura do artigo 1.240-A, conclui-se que são requisitos indispensáveis para usucapião familiar, o imóvel ter extensão de até 250m², a propriedade ser conjunta com ex cônjuge/companheiro, posse ininterrupta por dois anos, exclusividade da posse, ausência de oposição do outro cônjuge/companheiro, abandono do lar pelo ex cônjuge/ companheiro.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p.464):

A nova modalidade de usucapião especial urbana - ou pro moradia - requer a configuração conjunta de três requisitos: a) a existência de um único imóvel urbano ou rural comum; b) o abandono do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiro; c) o transcurso do prazo de dois anos.

Logo se verifica que os requisitos desta nova modalidade são bem diferentes dos requisitos usuais das demais modalidades. Principalmente no que tange ao prazo que é bem reduzido, e ainda, o requisito inédito: abandono do lar.

Sobre o que dispõe o artigo 1.240-A, Farias e Rosenvald (2012, p. 465) alertam para o fato de que, a metragem máxima do imóvel que se amolda a esta forma de usucapir é de

250m², e ainda, com o abandono do lar, após transcorrido o biênio, o ex-cônjuge/ex-companheiro que continuou no imóvel irá pleitear a usucapião da parte do imóvel daquele que o abandonou, ocorrida a procedência desta pretensão restará inaugurada uma nova forma de extinguir a copropriedade, bem diferente das já conhecidas no ramo do direito de família.

O lapso temporal que a lei informa é de apenas dois anos, ou seja, após estar na posse do imóvel do qual é co-proprietário com o excônjuge/ex-companheiro, aquele que ficou no imóvel depois de findado o relacionamento, pleiteará para si a outra metade do bem, através de ação de usucapião.

O abandono do lar por parte de um dos conviventes -certamente este é o requisito mais polêmico da usucapião pro-família. Afinal a EC n. 66/10 revogou todas as disposições contidas em normas infraconstitucionais alusivas à separação e às causas da separação, como por exemplo, o artigo 1573 do Código Civil que elencava dentre os motivos caracterizadores da impossibilidade de comunhão de vida, “o abandono voluntário do lar conjugal” (inciso IV). Com a nova redação conferida ao art. 226, par. 6º, da CF - “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”-, não apenas são superados os prazos estabelecidos para o divórcio, como é acolhido o princípio da ruptura em substituição ao princípio da culpa, preservando-se a vida privada do casal. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 465)

O abandono do lar como requisito para usucapir um imóvel, aparece em inconformidade com a CF/88, uma vez que a imputação da culpa àquele que ensejou a dissolução do casamento/união estável já foi superada através da Emenda Constitucional n. 66 de 2010.

Além de acirrar indevidamente os ânimos, já abalados com o fim do vínculo afetivo, pela primeira vez o final de um relacionamento terá repercussões patrimoniais diretas e servirá, tão somente, para dificultar e burocratizar os procedimentos de composição de conflitos familiares, que, nos últimos anos, vêm sendo cada vez mais simplificados (permitia-se a separação em cartório extrajudicial e, agora, após a EC 66, há o divórcio direto e livre de prazos, sem necessidade de imputação de culpa ou responsabilização pelo término da relação). (NETO, 2011)¹

É perceptível que a inserção do artigo 1.240-A no ordenamento jurídico, trouxe consigo muito mais problemáticas do que a proposta de acelerar a resolução das questões patrimoniais oriundas de um término de relacionamento.

Mostra-se absolutamente desnecessário em sede de separação/divórcio reacender os problemas que advém do término do afeto, ainda mais, quando desse término resultam litígios que repercutem na esfera patrimonial.

¹<http://jus.com.br/revista/texto/19661>

Imputar culpa e ainda, responsabilizar aquele que deu margem a separação só se mostra como um meio de esgotar ainda mais uma relação que já se mostra afadigada pelo fim do afeto, que de longe, é o motivo base ensejador da ruptura do enlace conjugal. Sancionar patrimonialmente suposto culpado é acirrar ainda mais os ânimos daqueles que sequer conseguem conviver de uma maneira sadia.

No atual estágio evolutivo do direito de família, com menores intervenções obrigatórias do Estado nas relações afetivas, a lei 12.424/2011 promove verdadeiro retrocesso acerca do debate da causa, ou dos motivos, do fim do relacionamento, resolvendo desnecessários aspectos e fatos dolorosos e sigilosos das partes, procurando ‘encontrar o culpado e puni-lo. (NETO, 2011)²

A Lei nº 12.424/2011 que instituiu o “Programa Minha Casa, Minha Vida”, e, por conseguinte inseriu o artigo 1.240-A no Código Civil, vai de encontro ao estágio que se encontra o direito de família, que tem se mostrado ao longo dos anos muito mais adequado e adaptável às mudanças ocorridas dentro das relações familiares.

Desta feita, o artigo 1.240-A se mostra incompatível com a Carta Magna, vez que reabre a discussão da culpa na seara do direito de família, tema já superado pela tão citada Emenda Constitucional 66 de 2010. E se o legislador pátrio já havia entendido desde 2010 que o Estado não deve interferir nas relações estritamente privadas, que é o caso do casamento e/ou da união estável. Não se sabe as razões que levaram o legislador a inserir uma norma que implicitamente traz em seu bojo a volta da discussão da culpa no divórcio e/ou na separação.

Maria Berenice Dias (2012)³, alerta em artigo sobre a usucapião e abandono do lar, aduzindo que: “Boas intenções nem sempre geram boas leis, não se pode dizer outra coisa a respeito da recente Lei 12.424/2011 que, a despeito de regular o Programa Minha, Casa Minha Vida com nítido caráter protetivo, provocou enorme retrocesso.”

Muito embora tenha o legislador inserido a nova modalidade de usucapir com intuito de proteger aquele que ficou no imóvel, após o término do afeto e consequente, relacionamento, não é razoável delegar para o aplicador do direito o dever de fazer uma cognição sumária e generalizada dos motivos que ensejaram o fim de cada relacionamento e imputar àquele que sabe-se lá por quais motivos, deixou o imóvel, uma sanção patrimonial, sem saber de veras quais foram estes motivos.

² <http://jus.com.br/revista/texto/19661>

³ www.mbdias.com.br

[...] O término da coabitação em razão dos interesses pessoais dos consortes desencadeia efeitos jurídicos relevantes como o rompimento do regime de bens, do direito à herança e da obrigatoriedade do cumprimento dos deveres recíprocos. Todavia, o art. 1.240-A do Código Civil se apoia no subjetivismo da identificação de um culpado para criar uma nova pena civil, a do perdimento da compropriedade sobre o imóvel do casal como consequência do ato ilícito do abandono injustificado do lar. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 465-466)

Logo, em consequência de não mais querer dar continuidade naquela relação afetiva, ausentando-se do lar, a norma aparece como meio de aplicar uma sanção civil/patrimonial, àquele que o fez. Sanção esta, que não leva em conta as possibilidades que adiante restará demonstrada de alguém que sai de casa, porém por outros motivos que não o de simples desejo de abandono do lar.

Seria, assim, uma forma de pressionar a pessoa que não mais reside no lar a realizar a partilha dos bens adquiridos na constância matrimonial. Com isso, tal instituto acaba por reabrir, em campo diverso (às vezes apresentam-se em vara cível matérias de competência de vara de família), como matéria incidental dos autos da usucapião, a discussão dos motivos da dissolução da entidade familiar, o que se mostraria como um retrocesso ante a Emenda Constitucional n 66/10. (SOUZA, MANOEL, 2012, p.55)

Uma norma não pode e nem deve ter esse condão de pressionar as pessoas, que não mais possuam condições de convivência mútua, a viver sob o mesmo teto apenas para preservar um direito seu, patrimonial. Este direito tem de ser assegurado sob outras perspectivas.

Sobre a contagem do prazo que dispõe o artigo 1.240-A, Farias e Rosenvald (2012, p. 466) entendem que o biênio só começou a ser contado da data da vigência da Lei 12.424/11, ou seja, 16 de junho de 2011. Aplicam para tanto o mesmo raciocínio que prevaleceu quando da criação da usucapião pela Constituição de 1988, e da usucapião coletiva urbana pela Lei 10.257/01, adequando-as aos princípios da segurança jurídica e da confiança. Pois o legislador não pode trazer surpresas ao co-titular do bem, com a criação de uma nova norma, pois estará aí lesando o direito de propriedade.

Ainda sobre o biênio lembram Farias e Rosenvald (2012, p. 467), que conforme entendimento plasmado no Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho Nacional de Justiça Federal em novembro de 2011, a fluência do prazo de dois anos previsto pelo artigo 1.240-A, só terá início a partir da vigência da Lei. N. 12.424/2011.

O enunciado supracitado veio como forma de não surpreender o ex-cônjuge/ex-companheiro a quem se impute o abandono do lar. Logo, ainda que os laços afetivos foram extintos antes do advento da Lei n. 12.424, o usucapiente deverá esperar o lapso temporal que

prevê o artigo 1.240-A, para só então invocar a nova modalidade de usucapir. E ainda, para não violar o princípio da segurança jurídica.

Insta ressaltar que a nenhuma lei é dada a possibilidade de retroagir ferindo um direito adquirido, nesse diapasão a norma sobre o usucapião familiar passará a valer somente para os casos em que ficar caracterizado o abandono de no mínimo dois anos a contar de 16 de junho de 2011, ou seja, aqueles que completem o biênio a partir de 16 de junho de 2013.

Então, o artigo 1.240-A ao trazer como um dos requisitos para essa modalidade, o abandono do lar, ele perquire a responsabilidade da dissolução do relacionamento, revivendo a culpa e imputando ao suposto culpado uma sanção.

Porém, como cediço, essa questão da discussão da culpa já está ultrapassada.

O entendimento de Mônica Guazzelli é de que esta nova modalidade plasmada no mencionado artigo, visa reafirmar o direito à moradia, constante no artigo 6º da CF/88. Confira-se:

A idéia do legislador não deixa de ser respeitável e representa, até mesmo, uma decorrência do princípio constitucional do uso social da propriedade, bem como da proteção da moradia como direito fundamental da pessoa humana. Com efeito, “a moradia digna é um direito humano positivado, portanto, um direito fundamental do cidadão”. (GUAZZELLI, 2012, p.99)

Nesta mesma linha, Maria Aglaé Tedesco Vilaro (2012), entende também que a inserção do artigo 1.240-A no ordenamento jurídico veio como forma de proteger o direito a moradia, cumprindo assim, os preceitos da Constituição Federal.

Em contrapartida, sobre a constitucionalidade da norma em comento, os professores Farias e Rosenvald (2012, p. 465) se posicionam no sentido de que o artigo 1.240-A padece de inconstitucionalidade, quando afirmam que a referida norma é ineficaz diante da Constituição, quando reacende a questão da culpa no direito de família. Há, portanto, uma dualidade de posicionamento acerca do requisito abandono do lar.

4 Análise constitucional

Como o próprio nome já exala sua significação, a inconstitucionalidade de uma norma tem por parâmetro, a Constituição.

Conforme doutrina Bittencourt (2007, p. 18), “Constituição é o sistema de normas jurídicas que definem a estrutura do Estado, forma de governo, modo de aquisição, exercício e limitação do poder, bem como a instituição de direitos e garantias fundamentais do cidadão.”

Portanto, constitucional é todo ato normativo do poder público ou lei que se adegue aos interesses dos cidadãos, que se encontram plasmados no texto constitucional. Noutra esteira, os atos e leis que não se amoldem aos ditames da Constituição são considerados inconstitucionais, na medida em que infringem à imperatividade da Constituição.

Sobre a importância do controle de constitucionalidade, Dirley da Cunha (2011, p.39) frisa a necessidade de compatibilização das normas jurídicas com a Carta Magna:

Em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente, com a Constituição. Caso contrário, a norma lesiva a preceito constitucional, através do controle de constitucionalidade, é invalidada e afastada do sistema jurídico positivado, como meio de assegurar a supremacia do texto magno.

A supremacia da Constituição como um dos princípios jurídicos, atribui à Constituição caráter imperativo, e ainda valida e legitima todas as normas jurídicas positivadas pelo Estado, ela, a Carta Magna é a sustentação de todo o ordenamento jurídico, porque além de assegurar a manutenção da ordem jurídica, ainda proporciona que sejam respeitados todos os valores sociais.

Mas, em que pese falar de supremacia jurídica, de nada valeria, se não existisse um meio eficaz de mantê-la, junto à possibilidade de manter a sustentação de sua superioridade e de sua força normativa. Nesse diapasão é que aparece o controle de constitucionalidade, que é nada além de mecanismo garantidor da supremacia das normas constitucionais, banindo do ordenamento jurídico tudo aquilo que contradiz o que reza a Carta Magna.

4.1 A incompatibilidade do artigo 1.240-a do Código Civil com a Emenda nº 66 de 2010

O parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal que dispõe acerca da dissolução do casamento civil através do divórcio, recebeu nova redação através da emenda constitucional n. 66 de 2010, retirando o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de separação de fato à mais de dois anos.

Confira o texto da emenda n. 66/2010, in verbis:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O §6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 226. ..

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR)

Sendo assim, a emenda constitucional referida, inovou no sentido de trazer como requisito para dissolução do casamento apenas a vontade, ou seja, basta que não se queira mais dar continuidade ao matrimônio, para efetivar a dissolução do vínculo conjugal, e assim, retirou do ordenamento pátrio, a perquirição de motivos para ensejarem este fim. A mera manifestação da vontade de não mais estar casado, é requisito capaz de validar a separação/divórcio.

Em contrapartida, o artigo 1.240-A ao restituir a perquirição da culpa no âmbito familiar, quando da dissolução de uma união, aquele que saiu de casa sem prestar satisfações ao outro, poderá sofrer mais que uma sanção civil, uma sanção patrimonial, mostra-se o mencionado artigo verdadeira involução no direito.

E mais, como já divagado anteriormente, não pode uma norma infraconstitucional ir de encontro ao que imprime a Constituição Federal. A emenda constitucional por possuir aplicabilidade plena e imediata, não pode ver seu conteúdo sendo infringido por lei infraconstitucional.

4.2 Dos aspectos inconstitucionais do artigo 1.240-a

4.2.1 Da lesão ao princípio da igualdade:

O artigo 1.240-A ao prevê apenas a usucapião familiar para imóveis urbanos, esqueceu-se o legislador de abarcar as propriedades rurais, ferindo desta feita o princípio da isonomia e da igualdade, previsto na CF/88 em seu artigo 5º, inciso I, in verbis: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

Logo, padece o artigo ora vergastado por este trabalho de inconstitucionalidade material, que assim como preceitua Lenza (2009, p. 164), ocorre quando lei ou ato normativo não se ajusta ao conteúdo dos princípios e regras impostos pela Constituição.

No tocante à aplicação exclusiva ao imóvel urbano há notória discriminação com aqueles que vivem em área rural. Em um país com a dimensão do nosso as questões familiares nas áreas rurais são muitas. Não faz sentido aplicar-se instituto dessa natureza apenas na cidade e vedar sua aplicação na área rural (VILARDO, 2012).

Não poderia o legislador silenciar, no tocante aos imóveis rurais, que com arrimo no artigo 5º da CF/88, que dispõe sobre o princípio da igualdade, gozam dos mesmos direitos moradores de zonas urbanas e rurais, sem distinção entre eles.

Ademais, por que somente o imóvel urbano foi alvo da lei? E se o único bem imóvel, e que servir de abrigo e moradia à família, for rural? Será possível a usucapião prevista no artigo 1.240-A do Código Civil? Aparentemente, não, em face da interpretação literal da lei, eis que normas restritivas interpretam-se restritivamente, e a usucapião em tela, como forma de aquisição originária de propriedade, configura uma restrição ao direito de propriedade (e regime de bens) do cônjuge retirante (NETO, 2012).⁴

Coadunando com este entendimento, Maria Vilardo (2012, p.50) alerta: “A discriminação legal não se sustenta diante da Constituição e da necessidade de se conceder a mesma proteção a qualquer casal, seja na cidade, seja no campo.”

O legislador falhou quando da omissão em relação aos imóveis rurais, para a nova modalidade de usucapião. Posto que, o dispositivo em testilha deveria contemplar tanto a população urbana quanto a rural.

4.2.2 Da lesão ao princípio da liberdade

Depreende-se ainda, da leitura do artigo 1.240-A do CC/02, que este se mostra inconstitucional também quando se mostra lesivo ao princípio da liberdade que consta elencado no caput artigo 5º da CF/88, como uma das garantias constitucionais.

O referido artigo ao impor uma sanção patrimonial àquele cônjuge que não mais pretende continuar o enlace conjugal se mostra como um obstáculo para que os indivíduos exerçam seu direito a liberdade.

A inserção do direito à liberdade como garantia constitucional é uma forma de limitar a ingerência do Estado nas relações onde predominam o interesse particular, a saber, o matrimônio.

Acerca da necessidade de limitar a ingerência do Estado nas relações internas de uma família, assevera Mônica Guazzelli (2012, p.105):

Por certo que o Estado deve participar da família, especialmente para garantir justamente a observância dos princípios constitucionais, como o da igualdade. Mas não podemos olvidar que essa ingerência tem um limite, e esse limite se encontra na pessoa, na sua intimidade e autonomia de vontade do sujeito.

⁴< <http://jus.com.br/revista/texto/19661>>

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 111) conceituam o direito a liberdade como a “essência dos direitos fundamentais de primeira geração. Este direito visa assegurar o direito de atuação do indivíduo perante o Estado.” Pontuam ainda que, a liberdade assegurada no caput no artigo 5º da CF/88, perpassa a liberdade física, de locomoção, mas contempla também a liberdade de crença, convicções, de expressão, de pensamento, de associação, dentre outras.

O legislador, não se atentou à limitação imposta ao Estado pelo princípio da liberdade assegurado aos indivíduos através do texto do artigo 5º da CF/88, em seu caput, editando norma que fere a liberdade de escolher estar casado e/ou solteiro. Pois, tentar aprisionar duas pessoas num relacionamento falido sob pena de imputação de sanção patrimonial caracteriza gritante lesão ao princípio da liberdade do cidadão, inibindo-o de deixar o enlace conjugal para somente evitar as já ditas sanções.

4.2.3 Da diminuição do prazo para usucapir imóvel urbano

O artigo 1.240 do Código Civil que é nada mais que reprodução fiel do artigo 183 da Constituição Federal, exige um prazo de cinco anos para a usucapião, mas a nova modalidade inserida ao artigo 1.240 fala de um prazo de apenas dois anos.

Não faz sentido na usucapião entre cônjuges haver um prazo menor que o previsto na Constituição, em discordância com a regra válida para usucapião de terceiros.

É pouco razoável e extremada a cominação legal de usucapião de imóvel urbano destinado ao uso da família, pelo decurso do prazo de apenas dois anos, eis que interferirá diretamente no regime de bens vigente, desprezando-o e causando sérios prejuízos ao retirante, além de possivelmente instigar, ainda mais, o litígio entre os cônjuges. (NETO, 2012)⁵

Não pode o imóvel familiar ser usucapido mais rapidamente do que um imóvel de terceiros, até porque, quando se trata de término da conjugalidade, esta se dá na maioria das vezes a luz de questões que englobam problemas de ordem emocional, afetiva, impedindo muitas vezes, de que sejam tomadas decisões imediatas.

A usucapião especial urbana é regida sob a luz da Constituição Federal, do Código Civil, e ainda, pelo Estatuto da Cidade. De longe, o texto trazido pelo artigo 1.240-A não se

⁵<<http://jus.com.br/revista/texto/19661>>

amolda aos ditames do artigo 183 da CF/88, tampouco ao artigo 9º do Estatuto da Cidade (Lei n. 10257 de 10 de julho de 2001), in verbis:

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Por se tratar o artigo ora discutido, norma infraconstitucional, deve se enquadrar ao texto constitucional e ainda, ao Estatuto da Cidade, que, sendo lei complementar (regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal), na escala de hierarquia das normas, encontra-se acima das normas infraconstitucionais, mas não é o que acontece.

José Fernando Simão (2012)⁶ ainda sobre a redução do prazo, compreende que:

A lei presume, no meu sentir de maneira equivocada, que quando o imóvel é familiar deve o prejudicado pela posse exclusiva do outro cônjuge ou companheiro tomar medidas mais rápidas, esquecendo-se que o fim da conjugalidade envolve questões emocionais e afetivas que impedem, muitas vezes, rápida tomada de decisão. É o luto pelo fim do relacionamento.

Aqui também se mostra a lesão ao princípio da igualdade, pois atrelado a um prazo muito exíguo para usucapir, o artigo 1.240-A favorece a usucapião entre ex-cônjuges, ex-companheiros, dando a esta modalidade um prazo muito menor que na usucapião entre terceiros, esquecendo-se o legislador que quando do término de um relacionamento os ânimos estão fortemente abalados e nem sempre se pensará em tomar as providências cabíveis no sentido de impedir que lhe seja usucapida a sua meação do imóvel que deixou.

⁶< http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0711.html>

5 Considerações Finais

O trabalho analisou a luz da legislação vigente no país, e também com base na doutrina a compatibilidade do artigo 1.240-A com os preceitos constitucionais.

Por todo o exposto, restou configurada a inconstitucionalidade material arraigada no artigo 1.240-A do Código Civil Brasileiro de 2002, quando elencou os requisitos do abandono do lar, fazendo renascer a discussão da culpa quando da extinção da conjugalidade, deixando de abarcar também os imóveis rurais, da diminuição do prazo para usucapir, confrontando este requisito com o que preceitua a legislação maior (CF/88).

O requisito abandono do lar não deve ser encarado apenas como a ausência física do imóvel, mas sim, como o descumprimento de suas obrigações. Dever ser pontuado quando aquele que saiu de casa era mantenedor da casa, e parou de cobrir as despesas, do lar, dos filhos. Ou, quando parou de adimplir com sua quota nas parcelas das despesas do imóvel.

Há e não raras, ocasiões em que um dos cônjuges sai do lar, não com o intuito de abandoná-lo, mas sim para garantir a integridade física e moral dele e do outro. Porquanto a relação já está tão afetada, que o convívio amistoso tornou-se impraticável.

É mais comum do que se possa imaginar os casos em que uma mulher sai de casa por ser vítima de sevícia constante de seu companheiro. E nestes casos, que no calor das emoções, sair de casa se mostra a maneira mais viável de se livrar das recorrentes agressões! Deve o aplicador do direito, numa cognição sumária tolher o direito de propriedade de um em detrimento do outro!

Os imóveis rurais, com o intuito de ver respeitado o princípio da igualdade, não dispendendo tratamento desigual aos possíveis usucapientes rurais/urbanos, sanada restaria a lesão ao princípio da igualdade.

No tocante ao quesito da diminuição do prazo para usucapir, cabe às partes, quando do momento oportuno na ação de usucapião familiar, provocar o Poder Judiciário para que este se posicione acerca da (in)constitucionalidade desta diminuição.

Sendo assim, fazendo o aplicador do Direito estas adequações à norma, interpretando-a de acordo com a realidade do país, está se revestirá de compatibilidade com a Constituição Federal.

Segue jurisprudência sobre:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70064654478 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 20/07/2015

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. REQUISITOS PRESENTES. O pedido de **usucapião**, por constituir forma originária de aquisição de propriedade, deve vir acompanhado de todos os requisitos legais autorizadores. Para tanto, há que estar presente a prova da posse, elemento essencial ao reconhecimento do direito pleiteado, de forma ininterrupta e com ânimo de dono. Caso em que a prova produzida é suficiente a propiciar julgamento favorável à autora, ante a comprovação dos requisitos legais para aquisição originária da propriedade. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. CONECTÁRIO LÓGICO DO JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE USUCAPIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. ERRO MATERIAL NA SENTENÇA. CORREÇÃO. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE JOCELAINÉ, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA TRANSCONTINENTAL E CORRIGIRAM, DE OFÍCIO, ERRO MATERIAL DA SENTENÇA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70064654478, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 16/07/2015).

TJ-MG - Apelação Cível AC 10024062651963001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 09/05/2014

Ementa: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. POSSE INJUSTA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA REFORMADA. - Resta evidenciado, portanto, que a área reivindicada está injustamente em poder do apelado, devendo, assim, ser provido o recurso dos apelantes, a fim de reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial.

Referências

ALMEIDA, Laiane Santos de; BORGES; NASCIMENTO, Soraia C. S. **Normas constitucionais de eficácia plena**. Belo Horizonte: JurisWay, 2011. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5689>. Acesso em: 14 out. 2015.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *In: Vade Mecum*, 14.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. *In: Vade Mecum*, 14.ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional n.66 de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: reais**, 8.ed. Salvador: Juspodvm, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da Língua Portuguesa. 6.ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FREITAS, Douglas Phillips. Usucapião e Direito de Família. Comentários ao art. 1240-a do Código Civil. **JusNavigandi**, Teresina, v.16, n.3005, set.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20060>>. Acesso em: 7 nov. 2012.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito das coisas**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.5

JORGE, Manoel ; NETO, Silva. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009.

JÚNIOR, Dirley da cunha. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática** . 5. Ed. Salvador: Juspodvm, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Salvador: Juspodvm, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** 23.ed. São Paulo:Atlas, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**.Rio de janeiro: Impetus, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. 19.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007.

ROSSI, T.S. A.**Lei das XII Tábuas**. Disponível em: <<http://www.recanto das letras.com.br/textos juridicos/2649327>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.