

A NOVA FORMA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE: a usucapião familiar

*** VAGNER VIANA ALVES TEIXEIRA**

Bacharel em Direito. Estudou na Faculdade de Direito de Ipatinga

****MARIA EMÍLIA ALMEIDA SOUZA SALVADOR**

Advogada de Família e Sucessões. Professora de Direito Civil, Direito Processual Civil e Prática Forense na Faculdade de Direito de Ipatinga, FADIPA. Mantenedora do site www.profmariaemilia.blogspot.com. Coordenadora do programa Para Sempre Fadipa, voltado para os egressos da instituição. Tem experiência na área do direito, com ênfase em direito processual civil e direito civil.

RESUMO

O trabalho pretendeu analisar as reflexões iniciais acerca da culpa no que se refere à usucapião familiar, na qual foi criada uma nova modalidade de usucapião, onde o cônjuge ou companheiro adquire o direito de usucapir o bem comum do casal na hipótese em que o outro consorte abandona o lar, atendido os demais requisitos legais. E mais, apontar o questionamento acerca da culpa do consorte ou companheiro para que lhe seja atribuído o benefício da usucapião. Se essa nova modalidade de usucapir, representa um severo entrave para a composição dos conflitos familiares, se está eivada de inconstitucionalidade, e se o Estado deve punir aquele que abandona o lar familiar. A pesquisa utilizada foi bibliográfica, qualitativa e utilizou a técnica de documentação indireta e estudo documental de diferentes autores. Conclui-se que, essa nova forma de usucapião não parece ser coaduna com o ordenamento jurídico nacional, pois trás uma forma de punir aquele que abandona o lar familiar e trás consigo a volta da questão da culpa nos litígios familiares, causando a estes uma indevida intromissão estatal na sua vida priva e um grande desgaste sentimental, além de ser uma norma inconstitucional.

Palavras chave: A volta da culpa no direito familiar. Intervenção do Estado nas relações conjugais. Inconstitucionalidade

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar as reflexões iniciais acerca da culpa no que se refere à usucapião familiar, instituída no Brasil pela Lei nº 12.424/11, a qual acrescentou o artigo 1.240-A ao atual Código Civil Brasileiro, criando uma nova modalidade de usucapião, na qual o cônjuge ou companheiro adquire o direito de usucapir o bem comum do casal na hipótese em que o outro consorte abandona o lar, atendido os demais requisitos legais.

Esta lei trouxe divergências sobre esse assunto. Na qual a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, onde a Emenda Constitucional 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas.

O direito de família vem ganhando novos contornos no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se demonstra a partir da constitucionalização dele, da maior interação dos princípios que o regem e de uma busca cada vez maior pela concretização de direitos fundamentais como o da dignidade da pessoa humana e da moradia, assegurados pela Constituição Federal.

Os problemas advindos com o fim do relacionamento precisam ser refletidos à luz dos direitos constitucionalmente garantidos, de forma que a proteção à família seja cada vez mais efetiva, uma vez que se trata de instituição basilar da sociedade.

Além disso, o indivíduo também tem ganhado papel de destaque nas relações jurisdicionalizadas de hoje, e em contrapartida o patrimônio tem sido relegado a segundo plano.

Tal modalidade de usucapião é também chamada de prescrição aquisitiva, pois extingue o direito do proprietário na medida em que o direito é adquirido pelo possuidor. Dessa forma, a posse prolongada durante certo lapso de tempo e o atendimento dos demais requisitos legais dão ao possuidor a condição de proprietário.

A escolha deste tema encontra justificativa na inovação trazida pelo legislador ao inserir a modalidade de usucapião especial urbano por abandono do lar, modalidade esta que tem repercussões no direito de família, pois é uma modalidade voltada apenas aos imóveis, fruto de enlaces conjugais.

O que se buscar dirimir é justamente a ideia de que a usucapião em comento traz consigo a discussão da culpa pelo fim da relação conjugal, e vem ser aplicada como sanção patrimonial àquele que deu causa ao término.

Assim sendo, ao longo desse estudo, far-se-á uma análise primária desse instituto, observando-se alguns reflexos da introdução dessa nova modalidade de usucapião na ordem jurídica vigente, levando-se em consideração determinados valores; tais como: A questão relativa à justiça social; o questionamento acerca da culpa e da inconstitucionalidade da norma; o conceito de abandono do lar, equivocadamente entendido como sinônimo daquele do direito de família, que pressupunha a discussão do culpado pelo fim da relação marital e consequentemente as sanções aplicadas e eles.

2 USUCAPIÃO

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

Usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso de tempo estabelecido e com as observâncias dos requisitos instituídos em lei. Mais simplificada, tendo em vista ser a posse que, no decurso do tempo e associadas a 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 (PEREIRA, 2007, p.138).

A usucapião além de constar em diversos dispositivos do código civil, foi elevada a categoria de matéria constitucional, pois, a carta magna trata do instituto em duas oportunidades, na redação dos arts.183 e 191.

A usucapião, assim tratada no código civil, no gênero feminino, conforme será adotado no presente trabalho, já se pensando na função social da propriedade, surge na época da Lei das XII Tábuas, muito embora os requisitos fossem consideravelmente diferentes.

São passíveis de serem usucapidos não apenas os bens imóveis, que especificamente serão tratados no presente artigo, mas também os bens móveis, que da mesma forma necessitam o cumprimento de requisitos para serem requeridos, segundo disciplinam os artigos 1.260 e 1.261 do código civil.

Deste modo, 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, que, imprime ao bem a finalidade para o 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.

2.1 Breve contexto 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.

O instituto na Lei das Doze Tábuas, dispunha na Tábua 6^a, inciso III, que se intitula “Da propriedade e da posse”. 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.

A priori 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. 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. Assim, a prescrição aquisitiva permite que o possuidor passe a ter o domínio do bem usucapido, em detrimento do antigo proprietário negligente. Hoje, esse lapso temporal foi reduzido substancialmente, o que se poderá averiguar no transcurso do presente trabalho.

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. 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.

3 TIPOS DE USUCAPIÃO PREVISTOS NO BRASIL

3.1 Usucapião Ordinária

O Código Civil expressa que:

Art. 1.242 - Adquire à propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (BRASIL, 2012).

Assim, usucapião ordinária é a que exige a posse contínua e incontestada, durante certo lapso de tempo, com justo título e boa-fé. A usucapião ordinária, por sua vez, recebeu alteração no diploma de 2002, visto que o prazo cogente reduziu-se para 10 anos quando o adquirente possuir justo título e boa-fé.

Para haver usucapião ordinária, é preciso, em primeiro lugar, que a posse seja fundada em justo título. A expressão é condenada, por ensejar confusão. O vocábulo justo título pode dar a impressão de que se trata de instrumento, isto é, de escrito. Mas não tem esse sentido. Título se emprega, no caso, como sinônimo de ato jurídico. Ainda assim, teria compreensão muito ampla, porque nem todo ato jurídico serve de causa à posse. Sendo assim, 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.

Justo título é 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 (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p.422).

Com a locução justo título, o que se designa, por conseguinte, é o ato jurídico cujo fim, abstratamente considerado, é habilitar alguém a adquirir a propriedade de uma coisa. Todo negócio jurídico apto a transferir o domínio considera-se 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.

Estudo publicado no site JurisWay, aponta que,

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. Contudo, não se deve confundir justo título com boa-fé. A ideia de que se requer justo título porque se exige a boa-fé o eliminaria como um dos requisitos da usucapião ordinária. A boa-fé, como elemento que integra o fato jurídico da usucapião, é tomada em seu sentido subjetivo. Entretanto, proclama a maioria dos escritores que o título deve ser certo e real. Se há boa-fé sem justo título, a usucapião ordinária não pode ser invocada. Nestas condições, o chamado título putativo não a justifica. Não basta, que o adquirente tenha a convicção de que adquiriu mediante justo título. É

preciso que o título tenha existência real. Do contrário, esse elemento seria absorvido pelo da boa-fé (USUCAPIÃO, 2014).

3.1 Usucapião extraordinária

A usucapião extraordinária é a modalidade que possui o maior lapso temporal para que o bem possa ser usucapido.

Código Civil:

Art 1.238: Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único: o prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á à dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (BRASIL, 2012).

A usucapião extraordinária caracteriza-se pela maior duração da posse é por dispensar o justo título e a boa-fé. Basta que alguém possua, como seu, um bem, durante um certo lapso de tempo, para que lhe adquira a propriedade. Seus requisitos resumem-se à posse sem interrupção nem oposição, em certo prazo, desde que possuída a coisa com animus domini.

A posse necessariamente será acompanhada do animus domini. Consiste no propósito de o usucapiente possuir a coisa como se esta lhe pertencesse. O possuidor que conta com animus domini sabe que a coisa não lhe pertence, porém atua com o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p.417).

Na usucapião extraordinária, a boa-fé e o justo título presumem-se. Em outras palavras, pode-se assim dizer que para a usucapião extraordinária, necessita-se da existência de posse mansa e pacífica, ininterrupta, com animus domini e sem oposição por 15 (quinze) anos, sendo que o prazo pode cair para 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual, se a função social da posse estiver sendo cumprida pela presença da posse-trabalho.

3.2 Usucapião especial de imóvel rural

Dispõe a Constituição Federal em seu Art: 191 que:

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 (BRASIL, 2012).

A regra foi reproduzida, na literalidade, pelo art. 1.239 do Código Civil⁰²; estando o instituto da usucapião constitucional ou especial rural do mesmo modo regulamentado pela Lei nº 6.969/1981. Em relação aos seus requisitos, podem ser destacados os seguintes: a) A área não pode ser superior a 50 hectares, e deve estar localizada na zona rural; b) A posse deve ter cinco anos ininterruptos, sem oposição e com animus domini; c) O imóvel deve ser utilizado para subsistência ou trabalho (pro labore), podendo ser na agricultura, na pecuária, no extrativismo ou em atividade similar, sendo fundamental que a pessoa ou a família esteja tornando produtiva a terra por força de seu trabalho; d) Aquele que deseja adquirir por usucapião não pode ser proprietário de outro imóvel, seja ele rural ou urbano.

“Aqui neste caso, não há que se falar em justo título e boa-fé, pois tais elementos se presumem de forma absoluta pela destinação que foi dada ao imóvel, qual seja, atender à sua função social” (USUCAPIÃO ,2014).

3.3 Usucapião especial de imóvel urbano

A usucapião constitucional ou especial urbana (pro misero) está tratada no caput do art. 183 da Constituição: “Aquele que possuir como sua área 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 [...]” (BRASIL, 2012).

A norma está reproduzida no art. 1.240 do Código Civil e no caput do art. 9º da Lei nº 10.257/2001.

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

Esta modalidade de usucapir, “Denomina-se especial justamente por seus requisitos serem diferenciados. O decurso do tempo é inferior às demais modalidades de usucapião, e ainda, requisito impar, é a de o usucapiente dar ao imóvel a finalidade da moradia” (USUCAPIÃO...,2014).

3.4 Usucapião especial urbana coletivo

Redação do art. 10 do Estatuto da Cidade, Lei 10.257\01:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2001).

Consagra-se a usucapião especial urbana coletiva, ou, tão somente, usucapião coletiva, possível nos casos envolvendo imóveis localizados em zonas urbanas, desde que obedecidos os seguintes requisitos: a) Área urbana, havendo limitação mínima de 250 m²; b) Posse de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com animus domini, não havendo exigência de que a posse seja de boa-fé; c) Existência no local de famílias de baixa renda, utilizando o imóvel para moradia, nos termos do Art. 6º da CF/88; d) Ausência de possibilidade de identificação da área de cada possuidor; e) Aquele que adquire não pode ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano.

Vale ressaltar que os parágrafos do art. 10 do Estatuto da Cidade trazem importantes regras de cunho material e processual. De início, prevê que o possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar a sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. Outra norma especial está consagrada na possibilidade de o sucessor da posse somar, no aspecto temporal, a posse anterior para fins de usucapião coletiva. Quanto ao campo processual, a usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis, sendo que nesta sentença, o juiz atribuirá igual fração de terreno que cada um ocupe, salvo hipóteses de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

Estudo postado em JurisWay, destaca que:

A norma consagra o estabelecimento de um condomínio a favor dos usucapientes, o que deve constar da sentença declaratória da propriedade. Esse condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes (USUCAPIÃO,...2014).

4 USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA POR ABANDONO DO LAR

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. Esta lei, trouxe uma nova e questionável modalidade de usucapião. De acordo com o dispositivo:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL,2012).

Logo se verifica que os requisitos desta nova modalidade são bem diferentes dos requisitos usuais das demais modalidades. O lapso temporal que a lei informa é de apenas dois anos, ou seja, após estar na posse do imóvel do qual é coproprietário com o ex-cônjuge ou 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.

Essa nova modalidade de usucapião, que regulou o programa “Minha Casa, Minha Vida”, visou proteger aquele que após ser abandonado pelo cônjuge ou companheiro, poderá permanecer no imóvel urbano, porém, tal dispositivo veio arraigado de problemáticas implícitas.

Com efeito, a inovação legislativa trouxe consigo alguns questionamentos acerca da violação ao princípio da vedação ao retrocesso, em razão de muitos doutrinadores entenderem que ao ser analisada a questão do abandono do lar, os casais discutirão acerca da culpa, almejando imputar a um ou outro o motivo da ocorrência do abandono.

O abandono do lar por parte de um dos conviventes, certamente este é o requisito mais polêmico da usucapião pro-família. Afinal a E.C. 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).

4.1 Requisitos usucapião por abandono do lar

O artigo recém introduzido no Código Civil, prevê uma modalidade de usucapião com requisitos semelhantes aos da usucapião urbana para fins de moradia: Posse ininterrupta, sem oposição, de área urbana até 250 metros quadrados, usada para moradia sua ou de sua família, por alguém que não possua outro imóvel urbano ou rural e que não tenha adquirido imóvel através de sentença declaratória de

usucapião na mesma modalidade. Difere, no entanto, no requisito tempo que na usucapião familiar é de dois anos (sendo de cinco anos para a usucapião pro moradia); e na característica do imóvel usucapiendo: À propriedade deve ser do casal.

Tal requisito sugere que o objetivo do instituto é permitir que o cônjuge ou companheiro que permaneceu no imóvel possa adquirir seu domínio pleno, depois de transcorridos dois anos do abandono do lar pelo outro consorte, acabando com a situação de condomínio em relação ao imóvel (CARDOSO, 2011).

A doutrina aponta como requisitos caracterizadores do abandono do lar o ato voluntário de saída do domicílio conjugal, aliado à ausência de consentimento do outro cônjuge e o decurso de tempo. Ou seja, devem estar presentes os requisitos subjetivos de voluntariedade do ato e a intenção de não mais retornar para a residência familiar, sem que tenha havido motivo justo para tal.

Essa modalidade de usucapião se restringe ao imóvel pertencente ao casal, devendo ser proposta por um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros em face do outro. Resolve-se, assim, uma pendência comum originada quando do fim de relacionamentos afetivos, principalmente quando os cônjuges perdem o contato um do outro, qual seja, a impossibilidade do possuidor exercer todos os poderes inerentes à propriedade – usar, fruir e, em especial, dispor (CARDOSO, 2011).

4.2 Do abandono do lar

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.

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. 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 da ruptura do enlace conjugal. Sancionar patrimonialmente suposto culpado é acirrar ainda mais os ânimos daqueles que se quer conseguem conviver de uma maneira sadia.

O Direito de Família brasileiro nem mesmo sob a máscara de função social da propriedade admite a intervenção estatal desarrazoada na vida privada, sob a pena de violação da dignidade da pessoa humana. No mais os princípios constitucionais possuem função de revelar e unificar o ordenamento jurídico, não permitindo afronta por normas infraconstitucionais. Assim, fazer da culpa a fênix que surge das cinzas pelo Usucapião dito pró-Família, ofende a ordem constitucional posta, a qual é baseada na afetividade e não mais no patrimônio ou na tutela da moral (SILVA, 2011, p.03).

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. 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.

Dias destaca 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” (DIAS, 2011).

Muito embora tenha o legislador inserido à nova modalidade de usucapir com intuito de proteger aquele que ficou no imóvel, após o término do afeto e consequente o relacionamento, não é razoável delegar para o aplicador do direito o munus 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 quais foram estes motivos.

4.3 Da extinção da culpa no divórcio

Mensurar culpa quando dos desenlaces amorosos familiares, mostra-se muito delicado e inviável, porque quando se fala em desamor, esta se investigando com o fito de achar um culpado, e mais, imputar a este uma sanção se mostra ainda mais prejudicial àquela relação falida.

Logo se torna perigoso querer mensurar quem é culpado e quem é inocente quando se trata de relações amorosas, que envolvem sentimentos e o findar destes. Pois nem sempre é possível precisar quem deu margem a impossibilidade de continuidade de determinada relação. A investigação da culpa no âmbito conjugal, portanto, se mostra incompatível.

A averiguação, identificação e apenação de um culpado só têm significado quando o agir de alguém coloca em risco a vida ou integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outra ou de outras pessoas, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito. Fora disso, não se encontram motivos que levem o Estado a perseguir culpados, e muito menos, tentar puni-los. A culpa sempre dispôs de espaço próprio no âmbito do direito penal. No direito comercial e no direito civil, cabe ser perquirida tão só na órbita obrigacional e contratual, em que o agir está ligado a um ato de vontade (DIAS, 2011, p.112).

Logo, na esfera do direito civil, mais precisamente, do direito das famílias, não cabe falar em culpa quando da dissolução de um matrimônio. Até porque no final de um relacionamento nem sempre é possível distinguir quem foi ou é realmente o culpado pela dissolução do relacionamento.

Hoje não mais se fala em culpa nas relações conjugais ou até mesmo na união estável, pois com o advento da E.C. 66/10, que deu nova redação ao art.226, parágrafo 6º, da CF, o princípio da culpa foi abandonado como fundamento da dissolução coatora do casamento, elencando como requisito formal para dissolução conjugal ou relação de união estável apenas a vontade de uma das partes; e fez com que o Estado não mais aplique sanções a quem deu causa ao fim do casamento /união estável.

Não é tarefa do juiz adentrar a intimidade do casal, até porque, se o fizer, não será capaz de precisar quando começou a ruir a relação conjugal, e muito menos as

razões que a levaram à falência. E no âmbito amoroso, mais difícil ainda para o juiz, seria precisar a parcela de culpa de um dos cônjuges ou de ambos os cônjuges, e com isso fixar a sanção para aquele que não mais consegue conviver sob o mesmo teto do outro.

Já restou demonstrado o descabimento de imputação de culpa a quem não possui mais afeto um pelo outro, pois os motivos que devem manter as relações afetivas tem de ser somente, o afeto atrelado à vontade de ambas as partes, fazendo valer assim o direito fundamental a liberdade. Manter um convívio diário somente para evitar uma sanção a ser imposta pelo Estado chega a ser irracional, e não mais condiz com a realidade da sociedade brasileira.

5 ANÁLISE CONSTITUCIONAL

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

Bittencourt afirma que “[...] 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” (BITTENCOURT, 2007, p.18).

Portanto, constitucional é todo ato normativo do poder público ou lei que se adéqua 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.

Em razão da supremacia constitucional, todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se, formal e materialmente com a constituição. 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. 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 se 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 contexto 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.

5.1 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade serve para assegurar a supremacia da constituição, não permitindo que normas hierarquicamente inferiores afrontem a carta Magna. Só é possível, falar em controle de constitucionalidade quando há uma norma que se posiciona como direcionamento para aplicação de todas as demais. É o que acontece com a Constituição da República Federativa do Brasil, pois ela é o alicerce para o ordenamento jurídico brasileiro, servindo de base para o cumprimento dos direitos fundamentais e sociais, não permitindo lesões ao interesse público.

Pena fala que "[...] Diante de uma constituição rígida, o controle de constitucionalidade se mostra como uma atividade de fiscalização eficaz, a fim de adequar os atos do poder público, e ainda, a leis criadas, para que estes possam se adequar ao texto constitucional" (PENA, 2013).

A rigidez da constituição se mostra como um obstáculo para diminuir a possibilidade de alterar o texto constitucional. Por ser a constituição a base do ordenamento jurídico, necessita deste zelo maior, diferente do que ocorre com as outras normas jurídicas.

A constituição é quem valida todo o ordenamento jurídico do país. Para haver o controle de constitucionalidade tem de existir uma constituição escrita e formal, que se configure num texto jurídico supremo. Tem de haver também a compreensão da constituição como norma jurídica fundamental, que é o que ocorre no ordenamento brasileiro, pois a constituição é peça chave para a garantia dos direitos fundamentais e ainda, que haja pelo menos um órgão competente para exercer efetivamente o controle.

A Constituição da República Federativa do Brasil possui todos estes requisitos acima elencados. É escrita e formal, portanto revestida de rigidez e possui caráter imperativo. Trata-se de norma fundamental, eis que todo o ordenamento jurídico se posiciona em escalonamento hierárquico inferior a ela, e tem de se adequar aos preceitos que ela traz. E, por conseguinte, possui órgãos competentes para realizar o controle de constitucionalidade para primar pela supremacia Constitucional.

No Brasil compete ao Poder judiciário exercer o controle de constitucionalidade, porém essa competência abarca também o Poder legislativo e executivo, pois estes ainda que em caráter excepcional possam fazer o controle de constitucionalidade preventivo ou repressivo de alguns atos normativos e projetos legislativos.

O presente trabalho não vai abarcar os mais diversos controles de constitucionalidade existentes em nosso ordenamento jurídico, falar-se-á tão somente da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1.240-A do código civil.

5.2 Da incompatibilidade do artigo 1.240-A do código civil com a emenda 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 a mais de dois anos.

A Emenda constitucional n.66 de 13 de julho (2010), promulga a seguinte emenda:
O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio (BRASIL, 2010).

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 querer estar casado, é requisito capaz de validar a separação/divórcio (PENA, 2013).

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 como uma verdadeira involução do direito pátrio. Pois como esta norma é uma norma infraconstitucional, ela não pode ir de afronta ao que imprime a constituição.

Pena assevera que “[...] A emenda constitucional por possuir aplicabilidade plena e imediata, não pode ver seu conteúdo sendo infringido por lei infraconstitucional” (PENA,2013).

6 DA LESÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O artigo 1.240-A ao prever 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.

Prevê o Art. 5º CF que: “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 [...]” (BRASIL, 2012).

Stephanie Lais Santos Pena (2013) no tocante à aplicação exclusiva ao imóvel urbano há notória discriminação com aqueles que vivem em área rural, pois estes não estão em condições de igualdade com aqueles. Portanto, não faz sentido aplicar-se referido instituto dessa natureza apenas na cidade e vedar sua aplicação na área rural.

Logo se verifica que tal artigo 1.240-A do código civil, está eivado de inconstitucionalidade material, ocorrendo quando lei ou ato normativo não se ajusta ao conteúdo dos princípios e regras impostos pela constituição. O legislador falhou quando da omissão em relação aos imóveis rurais, para a nova modalidade de usucapião. Posto que, o dispositivo em tese deveria contemplar tanto a população urbana quanto a rural.

6.1 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 do artigo 5º da CF\88, como uma das garantias constitucionais.

O referido artigo ao impor uma sanção patrimonial aquele 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 a liberdade como garantia constitucional é uma forma de limitar a ingerência do Estado nas relações onde predominam o interesse particular, a saber, o matrimônio.

O Estado deve participar da família, especialmente para garantir justamente a observância dos princípios constitucionais, como a igualdade. Mas não podemos esquecer que essa ingerência tem um limite, e esse limite se encontra na pessoa, na sua intimidade e autonomia de vontade do sujeito (GUAZZELLI, 2012, p.105).

6.2 Da diminuição do prazo para usucapir imóvel urbano

O artigo 1.240-A 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 referido artigo, 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. Não pode o imóvel familiar ser usucapido mais rapidamente do que um imóvel de terceiros, até porque, quando se trata de término conjugal, 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 amolda aos ditames do artigo 183 da CF/88, tampouco ao artigo 9º do Estatuto da Cidade, Lei n.10.257 de 10 de julho de 2001.

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 (BRASIL, 2001).

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. Ao comparar o conteúdo dos textos do artigo 183 da CF/88, do artigo 9º da Lei n.10.257/01, e do artigo 1.240-A do CC/02, flagrante se mostra que este

último ao trazer inovação no sentido de diminuição para usucapião urbana, na modalidade familiar, se afigura, portanto, ineficaz diante da Carta Maior e do Estatuto da Cidade, que conforme a hierarquia das Leis pátrias tem de ser respeitadas, para fazer valer o princípio da hierarquia das normas.

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 (PENA, 2013).

7 CONCLUSÃO

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

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

A crítica que se levanta à Lei 12.424/11 é pelo fato de somente autorizar o reconhecimento de usucapião a uma situação específica e tecnicamente mal determinada em seus pressupostos e abrangência, enquanto também seria necessário o reconhecimento de usucapião em outras formas para que se tenha a estabilização das relações jurídicas, mas que a interpretação literal do artigo não irá autorizar. Além disso, a crítica à lei se refere também aos requisitos que ela apresenta para o reconhecimento de usucapião, como o exíguo prazo e também a referência equivocada à expressão abandono de lar.

Restou configurado que o requisito abandono do lar não deve ser encarado como requisito para usucapir o imóvel, pois tal condição traria novamente a discussão a respeito da culpa nos litígios familiares, que outrora já havia sido revogada pela E.C. 66/10, e com isso estaria causando a estes uma indevida intromissão estatal na sua vida privada e um grande desgaste sentimental. Há 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.

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 vida conjugal ou da união estável, ferindo assim, o direito a liberdade, o direito a igualdade em relação aos imóveis urbanos, ao esquecer de abarcar os imóveis rurais; da diminuição do prazo para usucapir, confrontando este requisito com o que preceitua a legislação maior (CF/88).

REFERÊNCIAS

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

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

BRASIL. **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: 15 jun. 2015

BRASIL. **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: 15 jun. 2015

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

CARDOSO, Simone Murta. **Uma Nova Modalidade de Usucapião**. Disponível em:
<http://jus.com.br/artigos/19662>. Acesso em: 29 jul. 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: Direitos Reais**, 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2012.

GUAZZELLI, Mônica. **Usucapião por abandono do Lar Conjugal: Repercussões no Direito de Família**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM, Belo Horizonte, ano XIV, n. 28, p. 97-110, jun. – jul. Magister, 2012.

PENA, Stephanie Lais Santos . **Aspectos Inconstitucionais da Usucapião Familiar**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24163>. Acesso em: 17 jun. 2015.

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

SILVA, Luciana Santos. **Uma Nova Afronta À Carta Constitucional: Usucapião Pro-Família**. Disponível em:
http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapião_Luciana.pdf > . Acesso em: 30 jun.2015.

USUCAPIÃO de bens imóveis no direito brasileiro. **JurisWay**. Disponível em:
http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9605 Acesso em: 31, jul. 2015.