

**CURSO DE DIREITO**

Alexandre Rocha Moni

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA USUCAPIÃO FAMILIAR**

Santa Cruz do Sul  
2014

Alexandre Rocha Moni

## **ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA USUCAPIÃO FAMILIAR**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Éverton José Helfer de Borba  
Orientador

Santa Cruz do Sul

2014

## **TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Alexandre Rocha Moni adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 03 de Novembro de 2014.

Prof. Dr. Éverton José Helfer de Borba  
Orientador

*A minha família e aos meus amigos pela paciência e apoio na realização deste trabalho.*

*Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, não precisa temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece mas não conhece o inimigo, para cada vitória ganha sofrerá também uma derrota. Se você não conhece nem o inimigo nem a si mesmo, perderá todas as batalhas.*

*(Tzu, Sun. A arte da guerra)*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus familiares pelo incentivo, aos professores e colegas do Curso de Direito pelos ensinamentos e amizade. E principalmente ao professor orientador, Éverton José Helfer de Borba, pela sabedoria transmitida na realização desta monografia e na docência das demais disciplinas.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico traz o tema aspectos constitucionais da usucapião familiar. Pretende-se analisar os aspectos da nova espécie do instituto da usucapião, que é a usucapião especial urbana por abandono de lar, ou simplesmente usucapião familiar. Pretende-se, à luz da literatura recente e relevante a propósito da situação em tela, apresentar, analisar e discutir os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática. Para tanto, utiliza-se o metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que a lei que trouxe a nova espécie de usucapião, foi criada a partir de uma medida provisória, ou seja com vício desde sua criação, já que a mesma deveria ser criada a partir de uma lei ordinária. Assim abriria-se a oportunidade para discussões a respeito do tema com as autoridades competentes. Com isso, fez surgir algumas controvérsias com outras normas vigentes, principalmente com a Constituição Federal do Brasil, lei máxima em nosso ordenamento. Discute-se as questões relativas a edição da medida provisória, à limitação da metragem do imóvel a ser usucapido, a questão do abandono do lar, o menor prazo de prescrição aquisitiva da usucapião familiar, e a questão da não abrangência da lei aos imóveis rurais. O trabalho conclui que a nova espécie de usucapião acabou por trazer mais controvérsias e dificuldades do que benefícios ao ordenamento, podendo os efeitos de sua aplicação sobrepor os direitos constitucionais, como o direito da propriedade, além de a norma ser um retrocesso jurídico a respeito do retorno da culpa pelo fim do relacionamento.

**Palavras-chave:** abandono do lar; pro-familia; posse, propriedade; retrocesso, usucapião familiar, inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

This monograph work brings the theme aspects constitutional of familiar adverse possession. The aim is to analyzing the aspects of the new kind from the Institute of adverse possession, which is the urban adverse possession by home deserting, or simply familiar adverse possession. It is intended, in light of recent and relevant literature with regard to the situation in display, to analyze, discuss and present the main theoretical aspects surrounding this issue. For this, it was used the methodology of literature researching, consisting basically in reading, book reporting and comparison of the theories of the main authors of the Law books that deal with this problem. Starting from the assumption that the law that brought the new kind of adverse possession, had grown from a provisional measure, which means, with addiction since its foundation, the ideal would be that it was created from an ordinary law, which would open up the opportunity for discussions on the matter with the relevant authorities. Thus, from that, some controversies with other existing standards emerged, mainly with the Federal Constitution of Brazil, the highest law in our land. It looks at issues relating to publication of the provisional measure, the limitation of the footage of the property being adverse possessed, the question of desertion, the lowest period of acquisitive prescription on the family adverse possession, and the issue of the scope of the law to rural properties. The paper concludes that the new kind of adverse possession eventually brought more controversies and difficulties than benefits to the system, and the effects of its application can override the constitutional rights such as the right of property in addition to the standard to be a legal backset regarding return of guilt by the end of the relationship.

**Keywords:** home desertion; pro-family; possession, property; backset; familiar adverse possession, unconstitutional.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS GERAIS .....</b>	<b>13</b>
2.1	Posse .....	13
2.2	Propriedade.....	15
2.3	Função social da propriedade .....	17
2.4	Modos de aquisição da propriedade imóvel .....	19
2.5	Usucapião .....	20
2.6	Modalidades de usucapião .....	24
2.6.1	Usucapião ordinária .....	25
2.6.2	Usucapião extraordinária.....	26
2.6.3	Usucapião especial rural .....	28
2.6.4	Usucapião especial urbana individual.....	29
2.6.5	Usucapião especial urbana coletiva .....	31
2.6.6	Usucapião especial indígena.....	32
2.6.7	Usucapião especial urbana por abandono do lar – familiar .....	33
<b>3</b>	<b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>35</b>
3.1	Inconstitucionalidade formal e material .....	37
3.2	Controle preventivo e controle repressivo.....	39
3.3	Controle repressivo realizado pelo poder legislativo.....	42
3.4	Controle repressivo realizado pelo poder judiciário .....	42
3.4.1	Ação direta de inconstitucionalidade .....	45
3.4.2	Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	46
3.4.3	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão .....	48
3.4.4	Ação direta de inconstitucionalidade interventiva .....	49
3.4.5	Ação declaratória de constitucionalidade.....	51
<b>4</b>	<b>ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA USUCAPIÃO FAMILIAR .....</b>	<b>53</b>
4.1	Juízo competente .....	56
4.2	Medida provisória .....	57
4.3	Medida provisória 514/2010 – minha casa, minha vida .....	59
4.4	Metragem do imóvel .....	61
4.5	Abandono do lar – o retrocesso da volta da culpa.....	63
4.6	Menor prazo de prescrição aquisitiva da usucapião familiar .....	65

4.7	Extensão dos direitos às famílias de área rural.....	68
5	CONCLUSÃO .....	70
	REFERÊNCIAS .....	73

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho abordará a nova usucapião incluída no ordenamento jurídico brasileiro pela Medida Provisória 514/2010 que acabou por incluir o art. 1.240-A no Código Civil, usucapião esta intitulada de usucapião especial urbana por abandono do lar, ou simplesmente chamada de usucapião familiar.

O estudo irá detalhar os aspectos constitucionais da usucapião familiar. Para isso terá que descrever as principais características de posse e propriedade a fim de dar introdução ao tema proposto, assim como esclarecer o que vem a ser o instituto da usucapião.

A usucapião familiar será tratada neste trabalho por ser um tema ainda novo em nosso ordenamento. Como trata-se de uma lei do ano de 2011 e sendo que o prazo para o começo da fruição dos seus efeitos é de dois anos, apenas em 2013 foram protocoladas as primeiras ações referentes ao novo instituto, porém ainda não temos julgados expressivos em segunda instância nos tribunais.

Nota-se que o tema é de grande relevância no meio jurídico, já que a Lei 12.424/11, acabou inserindo mais uma modalidade de usucapião no ordenamento jurídico. Ainda mais que esta nova modalidade apresenta o menor prazo de prescrição aquisitiva dentre todas as modalidades até então existentes, inclusive prazo este menor que a usucapião sobre bens móveis.

Como objetivos do trabalho, primeiramente é a análise das diversas formas de aquisição da propriedade pela usucapião, diferenciando e caracterizando suas modalidades, dando ênfase principalmente à usucapião familiar. Assim, como objetivo específico do trabalho, se tem a análise e crítica dos aspectos inconstitucionais que a lei acabou por inserir no contexto jurídico brasileiro.

Como trata-se de um assunto ainda muito novo, recente em nosso ordenamento, busca-se analisar o tema através de pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias.

O legislador, ao incluir uma emenda a uma medida provisória, acabou de forma bastante desarrazoada a incluir no ordenamento jurídico uma nova espécie de usucapião, através do art. 1.240-A do Código Civil, que pode vir a gerar graves danos, principalmente ligados ao direito de propriedade, pois acaba de incluir mais uma restrição a esse direito protegido constitucionalmente.

O art. 1.240-A do Código Civil permite a aquisição pela usucapião pelo cônjuge remanescente no imóvel, se o mesmo detiver a posse direta do imóvel

urbano por dois anos, de modo ininterrupto e sem oposição. Imóvel este que poderá ter no máximo duzentos e cinquenta metros quadrados de área.

No primeiro capítulo, apresenta-se uma abordagem geral sobre o tema, definindo o que é a posse, o que se trata a propriedade, o que é a função social que a propriedade deve ter, além de abordar os principais modos de aquisição da propriedade imóvel. Trata-se nesse capítulo da introdução ao tema usucapião, realizando uma abordagem história e apontando suas características gerais a fim de que seja fornecido ao leitor uma introdução para o entendimento do tema central deste trabalho, apontando as características da usucapião, desde o seu surgimento até os dias atuais.

São detalhadas também as diversas formas de usucapião de bem imóvel admitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Serão apontadas as características da usucapião ordinária, usucapião extraordinária, usucapião especial rural, usucapião especial urbana individual, usucapião especial urbana coletiva, usucapião especial indígena, além é claro da introdução ao tema da usucapião especial urbana por abandono do lar, também conhecida como usucapião familiar, tema central deste trabalho.

No segundo capítulo serão analisadas as questões relativas ao controle de constitucionalidade no Brasil. Já que o tema central de estudo deste trabalho são os aspectos constitucionais da usucapião familiar, faz-se uma síntese do controle de constitucionalidade no Brasil, abordando as espécies de inconstitucionalidade, tanto formal quanto material e apontando as formas de controle da constitucionalidade tanto preventiva quanto à forma repressiva. Na forma repressiva de controle de constitucionalidade são apresentadas as formas de controle de modo difuso e concentrado. Serão analisadas as formas de controle repressivo pelo Poder Judiciário e as exceções que são as formas de controle repressivo pelo Poder Legislativo.

No terceiro capítulo será apresentada a problemática que a inclusão do art. 1240-A no Código Civil pode gerar, apontando os erros e equívocos que foram verificados a partir da emenda do projeto da medida provisória com o intuito de incluir a usucapião familiar. São apresentados os detalhes do processo legislativo de edição da medida provisória, e apontar o que foi realizado com a medida provisória 514/2010 que incluir a usucapião familiar no Código Civil.

No mesmo capítulo são apresentadas as controvérsias da nova lei, também apontando suas lacunas, como a limitação da metragem do imóvel a ser usucapido,

mas acabou não havendo limitação quanto ao seu valor venal. É abordado ainda a questão do retrocesso jurídico que se ao utilizar o termo abandono do lar, por fazer referência à culpa pelo fim do relacionamento, que anteriormente fora posto fim com a emenda constitucional 66/2010. Tratar-se-á do prazo da usucapião que acabou sendo a que tem o menor prazo de prescrição aquisitiva entre todas as demais espécies de usucapião.

O legislador também deixou de citar na norma os imóveis rurais, ocasionando assim uma certa desigualdade entre moradores da zona urbana e os moradores da zona rural, indo novamente de encontro com os princípios constitucionais. Por último será abordado a questão sobre qual será o juízo competente para o julgamento da matéria da usucapião familiar, visto que o legislador também não se manifestou nesse sentido.

## 2 ASPECTOS GERAIS

Neste capítulo serão abordadas as principais características que envolvem a usucapião, conceituando a posse, caracterizando a propriedade, delimitando o que é a função social que a propriedade deve ter, além de abordar os principais modos de aquisição da propriedade imóvel.

São detalhadas também as diversas formas de usucapião de bem imóvel admitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Serão apontadas as características da usucapião ordinária, usucapião extraordinária, usucapião especial rural, usucapião especial urbana individual, usucapião especial urbana coletiva, usucapião especial indígena, além é claro da introdução ao tema da usucapião especial urbana por abandono do lar, também conhecida como usucapião familiar, tema central deste trabalho.

### 2.1 Posse

Muitas dúvidas ainda restam em relação ao conceito de posse. Conforme aponta Tartuce (2014), a primeira dúvida que surge em relação à categoria, refere-se à sua natureza, ou seja, se se trata de um fato ou de um direito.

O mesmo autor aponta duas grandes correntes, uma que afirma se tratar de um mero fato e outra pela qual a posse, realmente, constitui um direito. Ainda segundo ele, a segunda corrente que prega o entendimento de que a posse é um direito, é a que prevalece na doutrina. Neste raciocínio, remete a indagação de que, se a posse é um direito, será um direito pessoal ou real? Conforme o próprio autor explica, a maioria dos estudiosos inclina-se à qualificação como direito real.

Ainda afirma que nos dias de hoje, a doutrina civilista qualifica a posse como um direito de natureza real, em consideração a elementos que a caracterizam, entre estes a oponibilidade *erga omnes*, indeterminação do sujeito passivo e incidência e objeto obrigatoriamente determinado.

Segundo essa ideia, Diniz (2007) entende que a posse constitui um direito real propriamente dito, como desdobramento natural da propriedade.

Desde a existência da humanidade, tem-se conhecimento da posse, porém muito se discute sobre a real origem dela. Segundo Carlos Gonçalves (2012, p. 47-48):

a origem da posse é questão controvertida, malgrado se admita que em Roma tenha ocorrido o seu desenvolvimento. As diversas soluções

propostas costumam ser reunidas em dois grupos: no primeiro, englobam-se as teorias que sustentam ter a posse sido conhecida do direito antes dos interditos; no segundo, figuram aquelas que consideram a posse mera consequência do processo reivindicatório.

Rizzardo (2013) conceitua posse como sendo o império natural ou material que os homens exercem sobre as coisas, abstração feita do direito que possam, ou não, ter para exercê-los. Seguindo o raciocínio do autor, o domínio é o império legal dos homens sobre as coisas. Assim a posse e o domínio têm dois elementos comuns, que é a vontade do homem e a coisa a ela submetida.

O domínio tem um terceiro elemento que lhe é especial e essencial, que é o princípio jurídico que regula e protege absolutamente o império da nossa vontade sobre a coisa que nos é própria (Rizzardo, 2013). Entretanto, a manifestação exterior ou as aparências da posse e do domínio são idênticas, porque tanto naquela, como neste, não se vê senão a sujeição da coisa à vontade humana; e os atos que manifestam esta sujeição não podem revelar a presença ou a ausência do princípio jurídico. Seja, porém, qual for a homogeneidade ou semelhança da posse e domínio, nunca eles se devem confundir.

A partir disso, Rizzardo (2013) conclui que o domínio é, em si mesmo um direito, enquanto a posse é um estado de fato, cuja conformidade ou não conformidade com o direito é indiferente.

Duas teorias procuraram justificar a posse como categoria jurídica, são elas a Teoria Subjetiva de Friedrich Carl Von Savigny e a teoria de Rudolf Von Ihering que se caracteriza por ser a teoria Objetiva da posse. Tartuce (2014, p.861) comenta as teorias, começando pela Teoria Subjetiva ou Subjetivista de Friedrich Carl Von Savigny:

entendendo a posse como o poder direto que a pessoa tem de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. A posse, para essa teoria, possui dois elementos: a) o *corpus* – elemento material ou objetivo da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa; b) *animus domini*, elemento subjetivo, caracterizado pela intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade. Diante do segundo elemento, para essa teoria, o locatário, o comodatário, o depositário, entre outros, não são possuidores, pois não há qualquer intenção de tornarem-se proprietários. Em regra, essa teoria não foi adotada pelo CC/2002 até porque as pessoas elencadas por último são consideradas possuidores. A teoria subjetiva da posse somente ganha relevância na usucapião.

Assim, os dois elementos, o *corpus* e o *animus domini* são indispensáveis. Se não existir o *corpus*, não se tem a posse. Se não tiver o *animus domini* temos a

detenção. A teoria é tida como subjetiva em virtude do *animus domini*, pois depende necessariamente do ânimo de ser dono, com intenção de ter a coisa como sua. Com outro ponto de vista, Rudolf Von Ihering lança a teoria Objetiva, apresentada aqui com as palavras de Tartuce (2014, p.862):

sendo certo que para a Constituição da posse basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato. Esta corrente dispensa a intenção de ser dono, tendo a posse apenas um elemento, o *corpus*, como elemento material e único fator visível e suscetível de comprovação. O *corpus* é formado pela atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo este com o intuito de explorá-la economicamente. Para essa teoria, dentro do conceito de *corpus* está uma intenção, não o *animus* de ser proprietário, mas de explorar a coisa com fins econômicos.

Note-se que esta última teoria foi a adotada pelo Código Civil, que diferente da teoria subjetiva de Savigny, não considera o caráter psicológico da intenção de ser dono ou não, mas baseia-se na exteriorização da conduta de dono. Assim conforme Carlos Gonçalves (2012), tem posse quem se comporta como dono, e nesse comportamento já está incluído o *animus*.

Podemos afirmar isso com a transcrição do art. 1.196 do Código Civil que " considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade". Assim, para alguém ser considerado possuidor, conforme Rizzardo (2013), é necessário tão somente que exerça, ou pratique, ou usufrua, de fato, ou efetivamente, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade. Não se exige o exercício de todos os direitos inerentes à propriedade, pois, na hipótese, confundir-se-ia posse com propriedade.

A lei conceitua o direito do proprietário, no art. 1.228: "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha". Vistos as características da posse, passaremos a analisar as características da posse.

## 2.2 Propriedade

Para alguns autores, a propriedade é um dos institutos mais completos e importante que temos, talvez por causa disso, também é o que tão complexo, como passamos a analisar.

Sobre a origem do vocábulo propriedade, Gonçalves (2012, p. 229) discorre:

a própria origem do vocábulo é obscura, entendendo alguns que vem do

latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo.

Assim, o direito de propriedade pode recair tanto sobre coisas corpóreas como coisas incorpóreas. Ainda nas palavras de Gonçalves (2012, p 229):

quando recai exclusivamente sobre coisas corpóreas tem a denominação peculiar de *domínio*, expressão oriunda de *domare*, significando sujeitar ou dominar, correspondendo à ideia de senhor ou *dominus*. A noção de propriedade “mostra-se, destarte, mais ampla e mais compreensiva do que a de domínio. Aquela representa o gênero de que este vem a ser a espécie”. (grifo original).

Conforme Carlos Gonçalves (2012), o direito de propriedade trata-se do mais completo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas. Neste raciocínio, comenta Monteiro (2003, p.83) que: “constitui o direito de propriedade o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas”.

O art. 1.228 do Código Civil definiria o que seria propriedade, porém limita-se a enunciar seus poderes: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Neste sentido escreve Cunha Gonçalves (1968, p. 1646):

o direito de propriedade é aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce numa coisa determinada em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar.

Diniz (2010) define a propriedade segundo seus poderes, sendo que propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Os poderes da propriedade são *erga omnes*, tendo seus efeitos atingíveis contra todos. Resumidamente, pode-se dizer que a propriedade é o direito a determinado bem, sendo oponível contra todos, possuindo todos os poderes do art. 1.228 do Código Civil, ou seja, tem o poder de usar, gozar, dispor e reaver o determinado bem.

Para Rizzardo (2013), a propriedade é um direito complexo, pois assegura

ao titular a faculdade de disposição. Ou seja, à pessoa se autoriza dispor da forma que entender da coisa, como usá-la, abandoná-la, aliená-la e destruí-la. Reveste-se, outrossim, do caráter de direito absoluto, do que decorre da oponibilidade *erga omnes*, impondo a todos o dever de respeitá-la. Daí exercer o titular o poder de dominação da coisa, mesmo que deva se submeter a certas limitações. É perpétuo o direito, durando ilimitadamente, e não se perdendo ou desaparecendo pela falta de uso. Considera-se direito exclusivo, ficando os terceiros proibidos de exercer sobre a coisa qualquer dominação.

Continuando o pensamento de Rizzardo (2013), diz-se, ainda, ser a propriedade um direito geral, no sentido de que o proprietário pode tudo sobre a coisa, salvo as exceções existentes. Os outros direitos reais, no entanto, são limitados, abrangendo apenas alguns serviços de utilidade da coisa. O direito de propriedade não é absoluto como era antigamente, pelo contrário, cada dia mais notemos mais restrições desse direito, como passamos a discutir.

### **2.3 Função social da propriedade**

O direito de propriedade não é mais um direito absoluto, devendo a propriedade manter também sua função social. Conforme Rizzardo (2013), a partir de uma visão histórica mais justa e humana que se impõe diante do aumento de população nos últimos tempos e de uma conscientização aprofundada dos direitos naturais fundamentais do homem de viver dignamente, afastam os novos diplomas o rigorismo individualista que imperava outrora sobre a propriedade privada, o que constitui uma consequência da preponderância que se vem dando ao homem, relativamente aos bens.

Tartuce (2014), aponta a ideia de Leon Duguit, para quem a propriedade já não é o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza. Carlos Gonçalves (2012, p.244), aponta o histórico da função social da propriedade:

no direito romano, a propriedade tinha caráter individualista. Na Idade Média, passou por uma fase peculiar, com dualidade de sujeitos (o dono e o que explorava economicamente o imóvel, pagando ao primeiro pelo seu uso). Havia todo um sistema hereditário para garantir que o domínio permanecesse numa dada família de tal forma que esta não perdesse o seu poder no contexto do sistema político. Após a Revolução Francesa, a propriedade assumiu feição marcadamente individualista. No século passado, no entanto, foi acentuado o seu caráter social, contribuindo para essa situação as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e

Quadragésimo Ano, de Pio XI. O sopro da socialização acabou, com efeito, impregnando o século XX, influenciando a concepção da propriedade e o direito das coisas.

Conforme Tartuce (2014), a propriedade deve sempre atender aos interesses sociais, ao que almeja o bem comum, evidenciando-se uma destinação positiva que deve ser dada à coisa. Assim, a função social da propriedade não está presente somente na propriedade rural ou agrária, mas também abrangendo a propriedade urbana.

Complementando essas ideias, Rizzardo (2013) diz que cada um deve ter os bens não apenas como próprios, mas como comuns, isto é, propriedade privada não é ilimitada, mas deve ter, em benefício do bem comum, uma função social. Assim, para o autor, o sentido de poder exclusivo e absoluto, que se exerce sobre determinada coisa, em caráter permanente, não se mostra arbitrário e infinito, ou seja, vai até onde não o impeça a natural limitação, imposta pela concorrência de outro direito igual ou superior a ele.

Na Constituição de 1988, a propriedade privada é encarada dentro de sua função social. Assim, pelo art. 5º, XXII, é garantido o direito de propriedade, mas ordena o inciso XXIII que cumpre-lhe atenda a sua função social. No art. 170, II, aparece o princípio da sociedade privada como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, devendo, no entanto, atender à função social (inciso III).

Outro exemplo, é o art. 182, §2º da Constituição de 1988, que menciona que a propriedade urbana deve atender a sua função social, quando realiza as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Quanto ao imóvel rural, prevê o art. 186 da Constituição que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, vários requisitos, como aproveitamento racional e adequado, assim como a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. Deve-se também observar as disposições regulamentares das relações de trabalho e efetuar a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

Assim, conforme Rizzardo (2013), a definição de propriedade, frente a concepção da ordem constitucional implantada, não pode ser concebida no absolutismo original. O direito de usar, gozar e dispor dos bens tem limites, vingando enquanto não ofender a função social da propriedade. Ou seja, para se ter de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, é

imprescindível que a posse não descumpra a sua função social.

Visto o conceito da função social da propriedade, que acaba por limitar o direito constitucional à propriedade, passaremos a abordar os modos de aquisição da propriedade imóvel.

## **2.4 Modos de aquisição da propriedade imóvel**

Existem diferentes maneiras de se adquirir a propriedade imóvel. Conforme o Código Civil de 1916, no seu art. 530, que enumerava os modos de aquisição da propriedade imóvel, poder-se-ia adquirir a propriedade pela transcrição do título de transferência no registro de imóvel, pela acessão, pela usucapião e pelo direito hereditário.

Já o Código Civil de 2002 acabou não especificando os modos de aquisição que foram elencados no Código Civil passado, porém acabou apontando nos seus artigos 1.238 a 1.259 a usucapião, o registro do título e a acessão como formas de aquisição da propriedade.

Conforme percebido por Carlos Gonçalves (2012), o direito hereditário também é considerado um modo de aquisição da propriedade, pois, conforme o art. 1.784 do Código Civil: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A propriedade admite formas de aquisição da propriedade imóvel originárias e derivadas. Tartuce (2014, p. 922), explica a diferença entre as duas formas:

na prática, a distinção entre as formas originárias e derivadas é importante. Isso porque nas formas originárias a pessoa que adquire a propriedade o faz sem que esta tenha as características anteriores, do anterior proprietário. De forma didática, afirma-se que a propriedade começa do zero. É o que ocorre na usucapião, por exemplo. Por outra via, nas formas derivadas, há um sentido de continuidade da propriedade anterior, como ocorre na compra e venda.

Assim, a forma de aquisição originária se dá quando não há transmissão da propriedade de um sujeito ao outro. E a forma derivada de aquisição da propriedade em contrapartida é aquela que resulta da manifestação de vontade do antigo proprietário e do adquirente da coisa.

Na aquisição derivada está presente sempre um vínculo entre duas pessoas (o antigo titular do domínio e o adquirente, ou novo titular). A transmissão pode ser entre pessoas vivas, seja através de um contrato, ou do direito sucessório. Rizzardo discorre (2013, p 260):

é, por sua vez, derivada a aquisição quando ela se dá pela transmissão. A propriedade passa para um novo titular em razão de um contrato, transferindo-se de uma pessoa para a outra pela tradição ou transmissão imobiliária.

De qualquer modo, somente finaliza-se o ato da aquisição da propriedade imóvel com o registro do título no registro de imóveis da situação do bem. Assim, prepondera, na aquisição inter vivos, a forma sacramental do registro, que transcreve o ato no tocante aos imóveis.

Passamos então a abordar o modo de aquisição originário da propriedade pela via da usucapião e em seguida serão analisadas as diversas formas de usucapião admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2.5 Usucapião

A usucapião trata-se de uma aquisição da propriedade ou mesmo de outro direito real pelo lapso temporal, ou seja, trata-se de uma prescrição aquisitiva. Apresentada neste trabalho, a usucapião está no gênero feminino da gramática pois assim consta no Código Civil.

A denominação provém de duas palavras latinas: *usu*, que está no caso ablativo, significando “pelo uso”, e *capere*, verbo traduzido por “tomar”, formando a expressão “tomar pelo uso”.

Conforme Monteiro (1961), a origem da usucapião se dá com a Lei das XII Tábuas, quando a usucapião estendia-se não só aos bens móveis, como também aos imóveis, sendo a princípio de um ano o prazo para os primeiros e de dois anos para os segundos. Posteriormente, esse prazo foi elevado para dez anos entre presentes e vinte entre ausentes. A aquisição por seu intermédio abrangia igualmente não só as *res mancipi* como as *nec mancipi*.

Era essencial que estivessem presentes os requisitos do justo título e da boa-fé. Embora tenha sofrido restrições ao longo do tempo, a usucapião incidia tanto sobre os bens móveis como sobre os imóveis (RIBEIRO, 1992).

Após a lei das XII Tábuas, surgiram diversas outras leis para alterar as regras até então vigentes, exemplos são as leis *Julia e Plautia*, *Atinia* e *Scribonia*. Conforme Monteiro (1976, p. 123):

sucessivas leis, entretanto, restringiram-lhe o campo de aplicação. Assim a Lei Atinia proibiu o usucapião de coisas furtivas, tanto para o ladrão como para o receptor; as Leis Júlia e Pláucia ampliaram a proibição às coisas

obtidas mediante violência; e a Lei Scribonia vedou o usucapião de servidões prediais.

O prazo para aquisição da propriedade era de dois anos para os bens imóveis e de um ano para os bens móveis e outros direitos. Para adquirir o direito sobre os bens, deveriam ser obedecidas algumas regras, como ser a coisa idônea, possuir justo título e boa-fé.

Ribeiro (1992) explica que o instituto da usucapião (*usucapio*) embora existisse naquela época, era muito pouco utilizada, pois as regras da prescrição aquisitiva eram válidas apenas para os cidadãos de origem romana. O mesmo autor diz que o instituto caiu em desuso pois a maioria dos ocupantes de Roma não tinha a cidadania Romana. Sendo assim, como a maior parte da população era constituída pelos peregrinos e estes não podiam ser beneficiados pela usucapião, ela quase não tinha utilidade.

Como dito anteriormente, a lei primeira, a lei das XII Tábuas permitia a usucapião tanto de bens móveis, como bens imóveis. A mesma denominava os bens móveis de *nec Mancipi* e os bens imóveis de *res Mancipi*. Conforme Ribeiro (1992, p. 176):

assim compreendiam-se como *res Mancipi* os imóveis sítos no solo itálico, os escravos, os instrumentos de cultivo e transporte, os animais de tiro ecarga, isto é, cavalos, burros, bois (quadrúpedes *quae collo dorsove domantur*). Entre tais coisas, embora incorporáveis, estavam as servidões rústicas mais antigas, de passagem e archeduto (*inter, via, actus, aquaeductus*). Eram consideradas *nec Mancipi* todas as demais coisas, como os móveis, o dinheiro, o gado miúdo, elefantes, camelos e imóveis provinciais, incluindo-se nessa categoria de obrigações. (grifo original)

Após quase duzentos anos após a *usucapio*, surge uma nova espécie de usucapião, a *longi temporis praescriptio*, que foi um instituto criado para atender as necessidades daquele povo não romano, especialmente os peregrinos que antes eram impedidos de se beneficiar da usucapião e também para atingir os imóveis provinciais, que antes não podia se atingir com a *usucapio*, porém com o novo instituto, o possuidor somente poderia vale-se dele para proteger sua posse, permitindo somente a defesa processual contra o proprietário que figurasse como autor de uma ação. Seguindo o raciocínio, Ribeiro (1992, p.143):

os dois institutos (*usucapio* e *praescriptio*) passaram a coexistir. O primeiro só vigorou para os peregrinos e também quanto aos imóveis provinciais a partir de 212; o segundo (*longi temporis*) teve vigência desde o ano 199, sendo que a diferença entre ambos era quanto ao prazo – ano e biênio para a *usucapio* e dez (para os presentes – inter presentes) e vinte anos (para os

ausentes – *inter ausentes*) para a *praescriptio*. (grifo original)

Na *praescriptio*, o sujeito deveria exercer a posse por no mínimo dez anos entre presentes e vinte anos entre os ausentes. Verifica-se, portanto, que o prazo exigido é mais extenso do que o necessário para a *usucapio*. Conforme Venosa (2010, p. 208):

a chamada *praescriptio*, assim denominada porque vinha no cabeçalho de uma fórmula, era modalidade de exceção, meio de defesa, surgido posteriormente à *usucapio*, no Direito clássico. Quem possuísse um terreno provincial por certo tempo poderia repelir qualquer ameaça a sua propriedade pela *longi temporis praescriptio*. Essa defesa podia ser utilizada tanto pelos cidadãos romanos como pelos estrangeiros. A prescrição era de dois 10 anos para os presentes (residentes na mesma cidade) e 20 anos entre ausentes (residentes em cidades diferentes). (grifo original)

No império de Justiniano, a *usucapio* e a *praescriptio* se fundiram num instituto só, recebendo o nome de *usucapio*. Com a Constituição de 212, o então imperador Antônio Carcala concedeu cidadania romana a todos os habitantes romanos do império, com algumas exceções (Fassina, 2002). Com essa nova Constituição, acaba-se as diferença existentes entre as propriedades e entre os cidadãos.

Porém, com a nova Constituição, os romanos que antes não poderiam perder sua propriedade, agora passaram a viver com insegurança, pois poderiam muito bem perder a sua posse e o domínio de seus bens. Ribeiro (2002, p. 144) explica:

com a extensão do império romano, passou a *usucapio* a ser uma insegurança para o proprietário com bens distantes uns dos outros. Todavia, para o possuidor era vantajoso, dado que se tornava proprietário, enquanto na *praescriptio*, meio de defesa, apenas afastada ficava a pretensão do reivindicante. Ademais, se o possuidor perdesse a posse para alguém, não tinha direito a reivindicação, e aquele proprietário podia promover de novo a reivindicação do bem com terceiro.

Com a Constituição de 531, Justiniano estabeleceu que a *praescriptio* se transformaria em meio de aquisição dos bens imóveis, manteve o prazo de 10 anos entre presentes e 20 anos entre ausentes. Em contrapartida determinou que a usucapião persistiria como meio de aquisição dos bens móveis, cujo prazo seria três anos. Nesse momento histórico foram estabelecidos requisitos para a usucapião, quais sejam, a coisa hábil (*res habilis*), a justa causa (*iusta causa*), boa-fé (*bona fides*), a posse (*possessio*) e o tempo (*tempus*), requisitos estes presentes até hoje

nas mais diversas modalidades da usucapião (Fassina, 2002). Nunes (1953, p.11) explica o que é usucapião:

o usucapião é um meio de adquirir o domínio da coisa pela sua posse continuada durante certo lapso de tempo, com o concurso dos requisitos que a lei estabelece para este fim. Também é considerada a prescrição aquisitiva da propriedade e de certos direitos reais, pela posse ininterrupta durante determinado prazo sob as condições legais que lhe são inerentes.

Conforme Gonçalves (2012), usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado, entre ele, as servidões e o usufruto, pela posse prolongada no tempo, acompanhada de certos requisitos exigidos pela lei. Assim, Tartuce (2014) também comenta:

a usucapião garante a estabilidade da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas a respeito de ausência ou vícios do título da posse. De certo modo, a função social da propriedade acaba sendo atendida por meio da usucapião.

A posse *ad usucapionem* ou usucapível deve apresentar algumas características, como a posse com intenção de ser dono (*animus domini*), posse mansa e pacífica, posse contínua e duradoura (em regra), posse justa e posse de boa-fé e justo título (em regra).

O *Animus Domini* é a intenção de ser dono. Posse mansa e pacífica é a que se dá quando é exercida sem qualquer manifestação em contrário de quem tenha legítimo interesse no bem. Posse contínua e duradoura se dá quando em regra a posse é exercida sem interrupção, com exceção da soma de posses (posses sucessivas ou *accessio possessionis*). Posse Justa é aquela se apresenta sem vícios(sem violência, clandestinidade ou precariedade). Posse de boa-fé e com justo título – requisitos para a usucapião ordinária – sendo a boa-fé quando o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201 do Código Civil). Justo título é aquele que seria hábil para transmitir o domínio e a posse se não contivesse nenhum vício impeditivo dessa transmissão.

Conforme Rizzardo (2013), o certo é que desde os mais remotos tempos da civilização sempre foi reconhecido o direito à titularidade da posse por força da ocupação prolongada. Ainda segundo Rizzardo (2013, p. 264):

alguns procuram justificar seu fundamento num prisma subjetivo – a negligência do proprietário no pertinente à posse sobre o bem faz desaparecer o direito sobre o mesmo, ou equivale à renúncia quanto ao

domínio. Outros encontram realce em argumentos objetivos, como na necessidade de se atender a função socioeconômica da propriedade. Em verdade, vai assumindo proporções esta razão, pelo menos no direito pátrio, onde se diminui drasticamente o lapso temporal para perfazer a prescrição aquisitiva. Está o instituto consagrado na generalidade dos direitos dos países.

Qualquer bem imóvel pode ser objeto da usucapião, desde que não seja público e se encontre no comércio (bens que podem ser alienados). São públicos os bens pertencentes a Fazenda Pública, incluindo-se os bens de uso comum do povo e os de uso especial, inclusive os bens de autarquias e os bens dominicais que são os bens pertencentes à Fazenda Pública como objeto de direito pessoal ou real, ou seja, são bens não utilizados para um fim especial, mas são usados para agregar valor aos cofres públicos.

Como se observa, a fundamentação da usucapião é a renúncia presumida do direito de usar e gozar da propriedade por parte de seu proprietário, a qual é caracterizada pelo não uso da propriedade por certo lapso temporal, assim demonstrando o seu desinteresse pela propriedade e a sua intenção de abandoná-la.

No Brasil, após dezesseis anos de estudo, através de Clóvis Beviláquia, o projeto do instituto foi objeto de análise e debate, após sendo aprovado e incluído na Constituição de 1916, sendo admitido a partir de então.

Agora, depois de apresentadas as características do instituto da usucapião, serão analisadas e comparadas as espécies de usucapião que são admitidas atualmente no Brasil.

## **2.6 Modalidades de usucapião**

Neste capítulo serão abordadas as diversas espécies de usucapião admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, apontando suas características e individualidades. Como demonstra Rizzardo (2013), quaisquer bens imóveis podem ser objeto da usucapião, desde que não sejam públicos e se encontrem no comércio.

No art. 98 do Código Civil, temos a definição de bem público: “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.” Assim, conforme Rizzardo (2013, p. 265):

nesses bens incluem-se os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; os de uso especial, assim abrangidos os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive o de suas autarquias; os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios (pessoas jurídicas de direito público), como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades. Pelo parágrafo único do art. 99 do Código, “não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”. (grifo original).

Em relação aos bens fora do comércio, o art. 69 do Código Civil de 1916, compreendiam os insuscetíveis de apropriação, e os legalmente inalienáveis. O Código Civil de 2002 é omissivo a respeito, pois na verdade, todo bem que a lei considera inalienável, está fora do comércio.

A seguir serão apresentadas as espécies de Usucapião que são admitidas em nosso ordenamento jurídico, quais sejam, a usucapião ordinária, a extraordinária, a especial rural, a especial urbana individual, a especial urbana coletiva, a especial indígena e por fim, objeto deste trabalho, serão apontadas as características da usucapião especial urbana por abandono do lar, mais conhecida como usucapião familiar.

### **2.6.1 Usucapião ordinária**

A usucapião ordinária deve possuir os seguintes requisitos: posse de dez anos, contínua, mansa e pacífica, com ânimo de dono, justo título e boa-fé. Assim está previsto, no art. 1.242 do Código Civil:

Art. 1.242 do Código Civil – Adquire também a 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.

Percebe-se que concentram-se no mesmo dispositivo duas formas da usucapião ordinária. No parágrafo único do mesmo artigo, é mencionada a usucapião ordinária por posse-trabalho, caindo o prazo para cinco anos se o imóvel fora adquirido onerosamente, que possa ser comprovado por algum registro constante no respectivo cartório e que fora cancelado posteriormente, devendo o possuidor ter realizado investimentos no imóvel ou estabelecido sua moradia.

Conforme Tartuce (2014), a usucapião é possível, com prazo reduzido, havendo a posse qualificada pelo cumprimento de uma função social. O mesmo autor (2014, p. 937) ainda menciona a discussão a respeito do justo título:

pela literalidade da norma, parece que tal elemento é realmente imprescindível. Todavia, este autor entende de forma contrária, pois a posse-trabalho é que deve ser tida como elemento fundamental para a caracterização dessa forma de usucapião ordinária, fazendo que o prazo caia pela metade. Em suma, prevalece a função social da posse.

Por conta do art. 2.029 do Código Civil, o lapso temporal da usucapião ordinária por posse trabalho até o ano de 2005 deve ser acrescido de dois anos, totalizando sete anos necessários para utilizar-se do instituto da usucapião.

Entende-se por justo título, aquele que de certo modo possa comprovar que houve uma transferência do bem. Nas palavras de Penteado (2012), consiste num documento apto a, em tese produzir o efeito translativo do domínio. O Enunciado nº 86 da I Jornada de Direito Civil, prevê que justo título abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro. Penteado (2012) complementa dizendo que trata-se da necessidade de negócio jurídico instrumentado, isto é, de título com a formalidade mínima da redação escrita, não bastando mero acordo verbal. O título é justo quando válido, isto é, quando conforme com as regras de validade do negócio jurídico em geral.

Em relação a boa-fé, Penteado (2012, p. 323) comenta:

a boa-fé possessória para efeito aquisitivo é de tipo subjetivo, pois consiste no estado de ignorância, análogo ao erro negocial, daquele que desconhece o vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição efetiva de um direito. Boa-fé, neste sentido, encontraria um paralelo com o erro negocial na medida em que implica uma nesciência, um desconhecimento.

No art. 1.201 do Código Civil, também é conceituada a boa-fé, que segundo o artigo, é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. A boa-fé pode existir sem o justo título e este sem aquela. A boa-fé é o estado subjetivo, o título é o documento legitima a posse.

### **2.6.2 Usucapião extraordinária**

A usucapião extraordinária difere-se da usucapião ordinária por não possuir a necessidade de ter a boa-fé e do justo título, porém aumenta-se em cinco anos sua prescrição aquisitiva. A usucapião extraordinária está prevista no art. 1.238 do

## Código Civil:

Art. 1.238 do Código Civil - 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 a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Conforme se vê no artigo acima, é imprescindível na Usucapião extraordinária a posse mansa e pacífica, ininterrupta, com *animus domini* e sem oposição por quinze anos. Se o possuidor houver estabelecido moradia habitual ou realizado investimentos no imóvel, o prazo cai para dez anos (posse-trabalho). Última regra igual à Usucapião Ordinária, porém como é prescindível o justo título e boa-fé, o prazo é cinco anos superior em relação àquela modalidade. Conforme explana Carlos Gonçalves (2012, p.260), sobre a Usucapião Extraordinária:

tal modalidade de prescrição tem como antecedentes históricos a *praescriptio longi temporis*, a *longissimi temporis* (que chegou a ser de quarenta anos) e a prescrição *imemorial* (posse de cujo começo não houvesse memória entre os vivos). Corresponde à espécie de usucapião mais comum e conhecida. Basta o ânimo de dono e a continuidade e tranquilidade da posse por quinze anos. O usucapiente não necessita de justo título nem de boa-fé, que sequer são presumidos: simplesmente não são requisitos exigidos. O título, se existir, será apenas reforço de prova, nada mais.

Por conta do art. 2.029 do Código Civil, o lapso temporal da usucapião extraordinária por posse trabalho até o ano de 2005 deve ser acrescido de dois anos, totalizando doze anos necessários para utilizar-se do instituto da usucapião.

Como se nota, a diferença existente entre a usucapião ordinária e a usucapião extraordinária, reside no fato de a usucapião ordinária ser baseada em justo título e boa-fé e na usucapião extraordinária estes elementos não são requisitos. Por isso, a usucapião extraordinária torna-se o instituto mais conhecido no meio jurídico, por ser mais abrangente que as outras modalidades, já que não é necessário a prova dos referidos requisitos.

Trata-se ao tipo de usucapião mais comum e conhecido no direito brasileiro. Nas palavras de Rizzardo (2013) extraem-se quatro requisitos para o reconhecimento do domínio através da usucapião extraordinária, quais sejam: a) a posse com ânimo de dono, justa ou sem oposição, com continuidade; b) prazo da prescrição aquisitiva; c) sentença declaratória do domínio e; d) registro da sentença

no Cartório de Registro de Imóveis.

### 2.6.3 Usucapião especial rural

A Usucapião Especial Rural, como o próprio nome já revela, é a usucapião utilizável para imóveis rurais. Para caracterizar usucapião especial rural, é necessário a presença dos seguintes requisitos: área não superior a cinquenta hectares e localização na zona rural; o possuidor não pode ser proprietário de outro imóvel, urbano ou rural; o possuidor deve manter a posse por cinco anos, ininterruptos, com *animus domini* e sem oposição e; o imóvel deve ser utilizado para trabalho, devendo a pessoa ou a família tornar a terra produtiva e assim promover a função social da propriedade.

Esta modalidade especial de usucapião, que também é conhecida como usucapião agrária foi prevista no art. 191 da Constituição Federal, que também foi transcrito na literalidade para o Código Civil, em seu art. 1.239:

Art. 191 - Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, 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.

Quanto ao justo título e boa-fé, não há previsão, pois estes elementos se presumem de forma absoluta (presunção *iure et de iure*) pela destinação que foi dada ao imóvel, atendendo sua função social.

Quanto ao limite do tamanho da propriedade, foi aprovado o Enunciado n. 312 CJP/STJ na IV Jornada de Direito Civil que diz que: “observado o teto constitucional, a fixação da área máxima para fins de usucapião especial rural levará em consideração o módulo rural e a atividade agrária regionalizada”. Silva (2007, p. 638), autor do enunciado acima transcrito, esclarece o tema:

trata-se de posse *pro labore* em conjunto com a família, daí não assistir razão para que a modalidade especial de aquisição seja para áreas superiores ou inferiores a um módulo. Ora, o inciso II, do art. 4º, do Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), define como propriedade familiar o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente, trabalhado com a ajuda de terceiros, sendo o módulo rural uma unidade de medida, expressa em hectares, que busca exprimir a interdependência entre a dimensão, a situação geográfica dos imóveis rurais e a forma e condições do seu aproveitamento econômico.

Note-se que o benefício é para a família e não para uma única pessoa. Para Carlos Gonçalves (2012, p. 263): “por essa razão, a morte de um dos cônjuges, de um dos conviventes ou do pai ou da mãe que dirige a família monoparental não prejudica o direito dos demais integrantes”.

Um problema é encontrado quando a área é superior ao limite constitucional de cinquenta hectares. Foi aprovado o Enunciado 313 na IV Jornada de Direito Civil que menciona que: “quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir”.

Neste ponto, diversas são as opiniões a favor e também contra o enunciado, como é o caso de Tartuce (2014, p.940) que discorda ao falar que: “pode-se deferir a usucapião mesmo sendo a área um pouco superior ao previsto em lei, desde que a função social da posse esteja sendo bem exercida”.

#### **2.6.4 Usucapião especial urbana individual**

A Usucapião Especial Urbana é aquela que tem por objetivo a aquisição do domínio da propriedade urbana. Esta modalidade de Usucapião está regulada no art. 183 da Constituição Federal:

Art. 183. 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.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Redação idêntica se encontra no art. 1240 do Código Civil e no art. 9º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Conforme Carlos Gonçalves (2012), a extensão do imóvel deverá ter até duzentos e cinquenta metros quadrados, que abrangendo tanto a área do terreno quanto a construção, vedado que uma ou outra ultrapasse o limite assinalado e também não se soma a área construída à do terreno.

Note-se que a princípio não é possível usucapir apenas parcela do imóvel. Por exemplo, se o imóvel em questão possuir quinhentos metros quadrados, o usucapiente não poderá usucapir duzentos e cinquenta metros (para se enquadrar

no limite máximo).

Além do mais, conforme o §3º do art. 9º da Lei 10.257/2001, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura de sucessão. Nas palavras de Tartuce (2014, p.941):

[...] eis aqui o tratamento específico da *accessio possessionis* para a usucapião especial urbana, como outrora mencionado, não se aplicando, portanto, a regra geral prevista no art. 1.243 do Código Civil. Resta claro, pela literalidade da norma, que a soma das posses para a usucapião especial urbana somente pode ser *mortis causa* e não *inter vivos*, como é na regra geral.

Assim como na usucapião especial rural, na usucapião especial urbana também não há menção quanto ao justo título e à boa-fé pela presunção absoluta ou *iure et de iure* de suas presenças. Resumindo, podem ser destacados os seguintes requisitos para a posse *ad usucapionem* da usucapião especial urbana, como área não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados; posse mansa e pacífica de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*; o imóvel deve ser utilizado para a sua moradia ou de sua família; aquele que adquire o bem não pode ser proprietário de outro imóvel, rural ou urbano; não podendo a usucapião especial urbana ser deferida mais de uma vez.

Conforme bem mencionado por Rizzardo (2012), o tamanho da área não poderá ser inferior à fração mínima de parcelamento do solo urbano previsto pela lei municipal. Exemplo disso é a ementa do REsp. nº 402.792/SP, da 4ª Turma do STJ, julgado em 26 de outubro de 2004:

o imóvel que se pretende usucapir não atende às normas municipais que estabelecem o módulo mínimo local, para "parcelamento do solo urbano", não constituindo o referido imóvel, portanto, objeto legalizável, nos termos da lei municipal. Conforme evidenciado pela Prefeitura Municipal de Socorro, no Ofício de fls. 135, o módulo mínimo para o parcelamento do solo urbano daquele município é de 250m², e o imóvel em questão possui apenas 126m². Ora, caso se admitisse o usucapião de tal área, estar-se-ia viabilizando, de forma direta, o registro de área inferior àquela permitida pela lei daquele município. Há portanto, vício na própria relação jurídica que se pretende modificar com a aquisição definitiva do imóvel. (STJ - REsp: 402792 SP 2002/0001317-5, Relator: Ministro Jorge Scartezini, Data de Julgamento: 26/10/2004, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 06.12.2004 p. 316RSTJ vol. 185 p. 430)

Neste caso, se acolhido o pedido do autor, estaríamos diante de uma ofensa à norma municipal relativa ao parcelamento do solo urbano, pela via da usucapião. Seria assim uma forma de legalizar o que a lei municipal não permite. Conforme

apontada na decisão, na comarca de Socorro onde originou-se a demanda, esses casos vem ocorrendo como meio de buscar a legitimação de parcelamento de imóveis realizados irregularmente e clandestinamente, mais uma razão para que não se permita a usucapião de imóveis com área inferior ao limite mínimo permitido no município de situação do bem.

### **2.6.5 Usucapião especial urbana coletiva**

A Usucapião Especial Urbana Coletiva é aquela destinada aquelas áreas onde vivem populações de baixa renda, normalmente áreas invadidas há décadas que inclusive não se consegue determinar qual a área é destinada a cada pessoa. Está prevista no art. 10 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade):

Art. 10 da Lei 10.257/2001 - 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.

Conforme o § 1º do art. 10 do Estatuto da Cidade, o possuidor pode ainda, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

Esta modalidade de usucapião visa a regularização das áreas de favela ou áreas de aglomerados residenciais que não tenham condições de legalização do domínio (Gonçalves, 2012). Ainda, o mesmo autor afirma que a finalidade da usucapião urbana coletiva é a formação de um condomínio, cabendo frações ideais a cada um dos condôminos, até mesmo de forma diferenciada.

Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

O 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.

Conforme o art. 11 do Estatuto da Cidade, prováveis ações petitórias, possessórias, ou de outra natureza, porventura em andamento, ficarão pendentes enquanto processar-se a ação de usucapião,

O art. 12 do Estatuto da Cidade indica quem tem legitimidade para ingressar com a ação:

Art. 12 – São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originado ou superveniente;

II – os possuidores, em estado de comosse;

III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.

Comentando o art. 13 do Estatuto da Cidade, Rizzardo (2012) diz que o mesmo assegura invocar a usucapião especial de imóvel urbano como matéria de defesa, valendo a sentença que o reconhecer como título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Aduz-se que, em ação proposta pelo proprietário, o possuidor que satisfazer os requisitos da usucapião especial urbana, arguirá a exceção da usucapião. Se reconhecida, a própria sentença que aprecia a ação ajuizada pelo proprietário declarará o domínio do réu, mandando que se faça o registro imobiliário.

Resumidamente, os requisitos para a Usucapião Especial Urbana Coletiva se definem em área urbana, havendo limitação mínima de duzentos e cinquenta metros quadrados; posse de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*, não havendo exigência de que a posse seja de boa-fé; existência no local de famílias de baixa renda, utilizando o imóvel para moradia; ausência de possibilidade de identificação da área de cada possuidor; aquele que adquire não pode ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano.

#### **2.6.6 Usucapião especial indígena**

A usucapião especial indígena foi instituída pelo art. 33 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) que diz: “o índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”.

Importante salientar que a usucapião especial indígena somente é válida para imóveis rurais e particulares. O indígena que pretenda usucapir é aquele já integrado na civilização, como também aquele ainda não integrado. Carlos

Gonçalves (2012, p. 275-276) esclarece algumas questões sobre os indígenas:

a tutela dos índios origina-se no âmbito administrativo. O que vive nas comunidades não integradas à civilização já nasce sob tutela. É, portanto, independentemente de qualquer medida judicial, incapaz desde o nascimento, até que preencha os requisitos exigidos pelo art. 9º da mencionada Lei 6.001/1973 (idade mínima de 21 anos, conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil à comunidade nacional, razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional) e seja liberado por ato judicial, diretamente, ou por ato da Funai homologado pelo órgão judicial.

Se o índio possuir plena capacidade, poderá propor diretamente a ação de usucapião. Não a tendo, será representado pela Funai. Além disso, conforme o art. 129, V da Constituição Federal, constitui função institucional do Ministério Público, defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas. No mesmo sentido, o art. 232 da Constituição Federal: “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Em resumo, os requisitos da usucapião indígena se constituem em posse mansa e pacífica por dez anos, exercida por indígena e a área rural e particular de no máximo cinquenta hectares.

### **2.6.7 Usucapião especial urbana por abandono do lar – familiar**

A Lei 12.424/2011 que alterou artigos da lei originária do Programa Minha Casa Minha Vida, também introduziu no sistema o art. 1.240-A no Código Civil, criando a nova modalidade de usucapião, que é a Usucapião Especial por Abandono de Lar – pro família, também sendo chamada de Usucapião Familiar. Vejamos a redação:

Art. 1.240-A do Código Civil - Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (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.  
§1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Estas modalidades de usucapião apontadas neste capítulo são todas as modalidades admitidas em nosso ordenamento jurídico. Como a última modalidade de usucapião aqui apresentada será o objetivo principal deste trabalho, será

amplamente abordada no último capítulo, sendo abordadas todas as características em relação a sua possível inconstitucionalidade e seus aspectos aparentemente ilegais, juntamente com os possíveis problemas que poderão surgir em relação a sua redação que acabou gerando dúvidas quanto a sua aplicabilidade.

No próximo capítulo serão abordadas as características sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, abordando as espécies de inconstitucionalidade, tanto formal quanto material e apontando as formas de controle da constitucionalidade tanto preventiva quanto à forma repressiva. Na forma repressiva de controle de constitucionalidade são apresentadas as formas de controle de modo difuso e concentrado. Serão analisadas as formas de controle repressivo pelo Poder Judiciário e as exceções que são as formas de controle repressivo pelo Poder Legislativo.

### 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Há no Brasil, um escalonamento de normas, onde a Constituição Federal é a norma de mais elevado grau no ordenamento jurídico. Assim, o legislador originário acabou por criar mecanismos onde se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Constituição.

Discorre sobre o tema, Lenza (2009, p. 149):

a ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

Assim, qualquer norma criada deverá seguir os princípios constitucionais, por ser essa Constituição a lei principal do ordenamento, norma esta que deve ser seguida por qualquer ente e obedecida por qualquer outra norma existente.

Ainda conforme Lenza (2009, p. 149):

significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Desse princípio, resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. Desse modo, a Constituição está no ápice da pirâmide das leis, onde orienta e ilumina os demais atos infraconstitucionais.

Em relação ao controle de constitucionalidade, Moraes (2012, p. 733) diz que “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à da rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.

Assim, ainda conforme Moraes (2012, p. 733):

em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquela produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.

Como se percebe, o controle de constitucionalidade existe onde se tenha uma Constituição rígida, pois onde inexistente o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário.

O controle de constitucionalidade configura-se como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito. Ainda sobre o controle de constitucionalidade, Moraes (2012, p. 735), afirma que:

controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade).

Para analisar se tal espécie normativa é ou não compatível com a norma constitucional, consubstancia-se compará-las com determinados requisitos formais e materiais. Ou seja, na produção de determinado tipo normativo, deve ser observado alguns requisitos procedimentais que são imprescindíveis para a lei ser considerada constitucional. Nesse raciocínio, Marinoni (2012, p. 776) também discorre sobre o assunto:

a Constituição regula o modo como a lei e outros atos normativos – previstos no art. 59 – devem ser criados, estabelecendo quem tem competência para produzi-los e os requisitos procedimentais que devem ser observados para a sua produção. Faltas quanto à competência ou quanto ao cumprimento das formalidades procedimentais viciam o processo de formação da lei, tornando-a formalmente inconstitucional.

Já que a Constituição regula o modo como a lei e as outras espécies normativas devem ser criadas, se desrespeitadas essas normas, tanto em relação às formalidades não cumpridas ou quanto ao conteúdo da norma em desacordo,

teremos uma inconstitucionalidade, que poderá ser em razão de um ato comissivo ou omissivo do poder público.

Temos a inconstitucionalidade por um ato comissivo quando este ensejar uma incompatibilidade vertical dos atos inferiores, comparados à Constituição. Teremos a inconstitucionalidade por omissão quando tivermos a violação da lei constitucional pelo silêncio da lei. A inconstitucionalidade por ação (comissiva) pode se dar de duas formas, seja ela por vício formal ou material.

### **3.1 Inconstitucionalidade formal e material**

Costumeiramente se estabelece a distinção entre inconstitucionalidade formal e material, analisando-se a origem do defeito que vicia a lei ou o ato questionado.

É evidenciada a inconstitucionalidade formal quando não obedecidos os requisitos de formação da norma, assim estando viciada a norma ou lei desde a criação. Na criação da lei devem ser obedecidos certos pressupostos e requisitos, que não observados podem gerar a inconstitucionalidade da mesma. Por exemplo, para a criação de lei ordinária ou lei complementar, ambos exigem as fases da iniciativa, deliberação, votação, sanção e publicação. Qualquer inobservância quanto à competência ou cumprimento dos procedimentos podem viciar o processo e o tornar inconstitucional. No mesmo sentido, Moraes (2012, p. 735):

a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.

O vício formal afeta o ato normativo sem atingir seu conteúdo, atingindo somente os pressupostos e procedimentos utilizados na formação da lei. Conforme bem apontado por Mendes (2012, p. 1108):

os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.

Qualquer espécie normativa editada em desrespeito ao processo legislativo, especificamente, não observando àquele que detinha o poder de iniciativa legislativa

para determinado assunto, apresentará flagrante vício de constitucionalidade.

Podemos pegar como exemplo o ponto central deste trabalho, a medida provisória 514/2010 que instituiu a usucapião especial urbana por abandono do lar. Por ser uma medida provisória, o conteúdo de sua norma deve ser de grande relevância e urgência, o que não foi o caso da norma em questão. Assim, como será analisado em momento oportuno, pode-se dizer que tal norma foi eivada de um vício e poderá ser considerada inconstitucional por desrespeito aos requisitos formais.

Quanto à competência para legislar, há alguns artigos na Constituição Federal que conferem iniciativa privativa de certos temas a certos órgãos. Assim também há artigos que apontam a necessidade de atos normativos específicos para determinadas matérias, como por exemplo é o caso das normas gerais de direito tributário que somente podem ser editadas através de lei complementar. Se não obedecidas essas regras, a lei estará em flagrante inconstitucionalidade formal.

Podemos dizer então que o vício no procedimento de edição da norma pode se dar em dois momentos, seja ela na fase de iniciativa da lei, ou seja nas fases posteriores. Assim o vício formal subjetivo se dá logo na fase da iniciativa, enquanto o vício formal objetivo se verifica nas demais fases do processo legislativo, que são posteriores à fase de iniciativa.

Já a inconstitucionalidade material verifica-se justamente no conteúdo da norma, ou seja, diz respeito a matéria propriamente dita do ato normativo. Desse modo, aquele ato normativo que desrespeitar a Constituição, não só poderá mas deverá ser declarado inconstitucional. Segundo Mendes (2012, p. 1110):

a inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo. É possível que o vício de constitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.

Neste raciocínio, teremos uma espécie de censura sobre o poder legislativo, de certa forma limitando os poderes conferidos ao legislador. Limitação esta imposta pelo judiciário para combater o abuso de poder do poder legislativo. Não se trata de investigar a finalidade da norma. Seria a investigação do mérito do ato legislativo, o que o ato normativo consegue demonstrar, ou seja, a maneira como ele está sendo interpretado.

Assim sendo, uma lei pode ser rotulada inconstitucional tanto pelos vícios formais ou pelos seus vícios materiais. Ou também pode ser considerada inconstitucional por apresentar simultaneamente os vícios formais e materiais. Quanto ao momento de realização do controle de inconstitucionalidade, o mesmo pode ser realizado preventivamente ou de forma repressiva, como passaremos a analisar.

### **3.2 Controle preventivo e controle repressivo**

Quanto ao controle de constitucionalidade, este pode se dar conforme o momento de realização do mesmo, podendo ser preventivo e repressivo. Quanto ao momento de realização do controle de constitucionalidade, Moraes (2012, p. 737) discorre:

a presente classificação pauta-se pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o controle repressivo busca dele expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

Assim, o controle preventivo se dá antes da norma entrar no ordenamento, realizando um controle de constitucionalidade no momento de edição da norma, observando todos os requisitos formais e materiais antes da publicação da lei ou ato normativo.

Há nesse ponto uma confusão entre controle preventivo e controle político. Analisando, podemos ver que o controle preventivo dar-se-á na fase do processo legislativo. O que se discute também, é se há controle jurisdicional preventivo. Nas palavras de Marinoni (2012, p. 768) não há:

deixe-se claro, antes de tudo, que não existe previsão, na ordem jurídica brasileira, de tal forma de controle de constitucionalidade. O STF admite o controle judicial do processo legislativo em nome do direito subjetivo do parlamentar de impedir que a elaboração dos atos normativos incida em desvios inconstitucionais. Entende-se caber mandado de segurança – portanto controle incidental – quando a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda.

Assim, não há propriamente um controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, mas sim um controle judicial repressivo, pois o mesmo se

utilizará de um mandado de segurança. Dessa mesma maneira, Moraes (2012, p. 742) discorre:

assim, no Brasil o controle preventivo de constitucionalidade é realizado sempre dentro do processo legislativo, em uma das hipóteses pelo Poder Legislativo (comissões de Constituição e justiça) e em outra pelo Poder Executivo (veto jurídico).

O controle preventivo de constitucionalidade no Brasil, se dá em dois momentos, com as comissões de Constituição e justiça e também com o veto jurídico. O art. 58 da Constituição Federal prevê a criação das comissões para controlar a constitucionalidade. Sobre o controle de constitucionalidade preventivo no Brasil e a criação das comissões de Constituição e justiça, explana Moraes (2012, p. 742):

o art. 32, III do Regimento Interno da Câmara dos Deputados criou a comissão de Constituição e justiça e de redação, estabelecendo seu campo temático e sua área de atividade em aspectos constitucionais, legais, jurídicos, regimentais e de técnicas legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões, para efeito de admissibilidade e tramitação. Por sua vez, o Regimento Interno do Senado Federal prevê, no art. 101, a existência da comissão de Constituição, justiça e cidadania, com competência para opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do plenário, por despacho do Presidente, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o plenário.

Há, além das comissões de Constituição e justiça, a hipótese do veto jurídico, que é a possibilidade da participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo. Assim, o presidente da república pode vetar o projeto de lei que já foi aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional, é o chamado veto jurídico.

O controle repressivo baseia-se por ser o controle efetuado após a publicação da norma, com possíveis controvérsias que possam surgir em relação a norma constitucional, objetivando a retirada da norma conflitante do universo jurídico. Pode-se também realizar o controle repressivo antes da publicação da norma, quando se verificar flagrante inconstitucionalidade do processo legislativo. Para Marinoni (2012, p. 769), o controle repressivo é a maneira típica de controle de constitucionalidade:

o controle repressivo, realizado posteriormente à publicação da lei, constitui a maneira típica e tradicional de controle da constitucionalidade. Porém, antes da publicação da lei, em vista de inconstitucionalidade do processo legislativo, também há, como visto, controle repressivo.

O controle repressivo em relação ao órgão controlador pode ser político, judiciário ou misto. O controle repressivo político é o que ocorre em estados onde o órgão que garante a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais poderes do estado.

Pode ser judiciário ou jurídico, quando a verificação de adequação (compatibilidade) de atos normativos com a Constituição feita pelos órgãos integrantes do poder judiciário, sendo a regra adotada pelo Brasil, tanto de forma concentrada como difusa.

O controle repressivo realizado pelo poder judiciário, no Brasil é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quando da forma difusa. Conforme o art. 102, I, a, da Constituição Federal, afirma que cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Assim também, o art. 97 da Constituição Federal estende a possibilidade do controle difuso aos Tribunais, porém, somente com o voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Já o controle repressivo de constitucionalidade misto é o controle que existe quando a Constituição submete certas leis e atos normativos ao controle político e outras leis e atos normativos ao controle jurisdicional. Conforme Moraes (2012, p. 743):

há dois sistemas ou métodos de controle Judiciário de Constitucionalidade repressiva. O primeiro denomina-se reservado ou concentrado (via de ação), e o segundo, difuso ou aberto (via de exceção ou defesa).

No Brasil, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, porém há duas exceções onde o próprio poder legislativo poderá retirar as normas já editadas, vigentes e com eficácia, do ordenamento jurídico por apresentarem algum tipo de inconstitucionalidade. Depois de analisarmos as exceções, passaremos a analisar as formas de controle judiciário admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam o controle difuso e o controle concentrado.

### **3.3 Controle repressivo realizado pelo poder legislativo**

Como visto no subcapítulo anterior, em regra, no direito constitucional brasileiro, foi adotado o sistema de controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, com exceção de dois casos, encontrados no art. 49, V e no art. 62, ambos da Constituição Federal. Passamos a analisar o art. 49, V da Constituição Federal de 1988:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:  
V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

De acordo com o artigo, se o chefe do poder executivo extrapolar os limites no momento de regulamentar um ato normativo (decreto presidencial ou lei delegada), quem terá competência de sustar este ato, será o Congresso Nacional. Para isso, o Congresso editará um decreto legislativo sustando o ato.

Outra exceção consta no art. 62 da Constituição Federal que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Após editada a medida provisória ela terá vigência e eficácia imediata, produzindo os efeitos de lei pelo prazo de sessenta dias. Após a edição ela deve ser submetida de imediato ao Congresso Nacional para apreciação, que poderá aprová-la, convertendo-a em lei, ou rejeitá-la.

Se ela for rejeitada, baseando-se em inconstitucionalidade que por ventura for apontada em parecer da comissão mista, estará sendo realizado o controle de constitucionalidade repressivo, pois a mesma já se encontrava produzindo efeitos na época da retirada do ordenamento jurídico.

### **3.4 Controle repressivo realizado pelo poder judiciário**

O controle de constitucionalidade repressivo judiciário no Brasil é misto, sendo exercido tanto da forma concentrada como da forma difusa. No art. 102, I, a, da Constituição está atribuída a guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal, onde o mesmo tem o dever de processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Nesse artigo da Constituição, temos então, a forma concentrada de controle de constitucionalidade pelo judiciário. Já no art. 97 da Constituição, temos o controle

difuso, onde o mesmo aponta que os Tribunais estaduais pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

No controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode realizar a análise da inconstitucionalidade da norma e aplicar seu raciocínio ao caso concreto, aplicando seus efeitos somente às partes envolvidas. Assim a pronúncia sobre a inconstitucionalidade não é feita quanto ao objeto principal da lide, mas sim sobre a questão prévia, declarando ou não a inconstitucionalidade da norma, não atingindo a terceiros. Nesse diapasão, Moraes (2012, p. 744) discorre:

na forma difusa, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal ao decidir pelo controle difuso, num caso concreto, poderá também incidentalmente por votos da maioria absoluta de seus membros decretar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público. Depois disso, deverá oficiar o Senado Federal para que este através de uma resolução suspender a execução de toda ou parte da norma inconstitucional, conforme art. 52, X, da Constituição Federal:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:  
X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Quanto a esse ato do Senado ser um ato vinculado ou discricionário, tanto o Senado Federal quanto o Supremo Tribunal Federal consideram o ato discricionário, dando certa margem de liberdade ao Senado, questão essa muito debatida na doutrina. Nas palavras de Moraes (2012, p. 750):

assim, ao Senado Federal não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, verificando se ela foi tomada por quórum suficiente e é definitiva, mas também indagar da conveniência dessa suspensão. A declaração de inconstitucionalidade é do Supremo, mas a suspensão é função do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional, porém a tarefa constitucional de ampliação desses efeitos é sua, no exercício de sua atividade legiferante.

Se o Senado Federal editar a resolução suspendendo a norma declarada incidentalmente inconstitucional, o mesmo não poderá alterar seu entendimento

posteriormente, inviabilizando tornar sem efeito ou modificar a resolução editada. Ainda, sobre o tema, há de se comentar a respeito das questões constitucionais de repercussão geral, onde segundo Moraes (2012, p. 750):

a partir da EC nº 45/04, nas questões constitucionais de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, analisando incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, poderá, imediatamente e respeitados os requisitos do art. 103-A da Constituição Federal, editar Súmula vinculante, que deverá guardar estrita especificidade com o assunto tratado, permitindo que se evite a demora na prestação jurisdicional em inúmeras e infrutíferas ações idênticas sobre o mesmo assunto.

Assim, se verificada a repercussão geral sobre o incidente de inconstitucionalidade, não será necessária a aplicação do art. 52, X da Constituição, onde o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar Súmula, sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas. Assim, desde logo evita-se a multiplicidade de processos idênticos sobre a mesma questão controversa, por ser um processo mais rápido que o processo que envolve o Senado Federal.

Já o controle concentrado de constitucionalidade recebe esse nome justamente pelo motivo de que somente um órgão pode efetuar tal função. Assim o controle de constitucionalidade concentra-se em um único tribunal, que é o Supremo Tribunal Federal. Nas palavras de Moraes (2012, p. 760):

o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6-12-1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República, apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934. Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Há cinco situações onde pode ser efetuado o controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, a ADI (ação direta de inconstitucionalidade) genérica (art. 102, I, “a”), ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental – art. 102, § 1º), ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão – art. 103, § 2º), ADI interventiva (art. 36, III da CF) e ADC (ação declaratória de constitucionalidade – art. 102, I, “a” e as alterações introduzidas pelas emendas constitucionais de número 3/93 e 45/2004). Passamos a analisar esses

instrumentos.

### **3.4.1 Ação direta de inconstitucionalidade**

A ADI (ação direta de inconstitucionalidade) é o meio hábil para se buscar a inconstitucionalidade de um ato normativo abstrato. Diferentemente do controle difuso que a constitucionalidade é verificado no caso concreto, na ADI a constitucionalidade é verificada em relação a norma em si, buscando-se saber se a lei é inconstitucional ou não, com a manifestação do poder judiciário.

O que é almejado, é a invalidação da lei (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, ou seja, aqueles especificados no art. 59 da Constituição Federal) ou do ato normativo (resoluções administrativas dos tribunais e atos estatais de conteúdo derogatório, como as resoluções administrativas que incidam sobre atos de caráter normativo).

Sobre a competência para processar e julgar a ADI, dependerá da natureza da lei ou ato normativo. Se for uma lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, o órgão competente para processar e julgar, será o STF. Se for uma lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, o órgão competente será o Tribunal de Justiça. Se for uma lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, inexistirá controle concentrado por ADI, pois inexistente tal previsão constitucional, neste caso caberia apenas o controle difuso de constitucionalidade.

No caso de lei ou ato normativo distrital com natureza estadual em face da Constituição Federal, o órgão competente para processar e julgar será o STF. Se a lei ou ato normativo distrital for de natureza municipal e contrariar a Constituição Federal, não há controle concentrado através da ADI, restando apenas, neste caso o controle difuso.

Quanto a legitimidade para a propositura da ADI de leis ou atos normativos municipais ou estaduais frente a Constituição Estadual, cada estado irá regula-la em suas próprias Constituições Estaduais.

A legitimidade para a propositura de ADI de leis ou atos normativos estaduais ou federais em face a Constituição Federal, encontra-se estabelecida no art. 103 da Constituição Federal de 1988:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Alguns desses legitimados, como determina o Supremo Tribunal Federal, devem demonstrar interesse na arguição de inconstitucionalidade da lei, ou seja, precisam comprovar a pertinência temática relacionado à sua finalidade institucional, como é o caso dos incisos IV, V e IX do referido artigo.

O resultado da decisão terá efeito *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do poder público e terá efeitos *ex tunc*, retroagindo. Poderá no entanto, o STF modular os efeitos da decisão, conforme o art. 27 da lei nº 9.868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim, o Supremo Tribunal Federal pode modular os efeitos da decisão e decidir se ela terá efeitos retroativos ou não retroativos, ou também até mesmo poderá fixar outro momento oportuno de início de sua eficácia.

### **3.4.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental**

A competência para apreciação da ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) está regulada pelo § 1º do art. 102 da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A regulação do dispositivo se dá pela lei 9.882/99, que definiu as regras de procedimento para sua arguição. Antes dessa lei, o Supremo Tribunal Federal havia decidido que o art. 102, § 1º da Constituição Federal é de eficácia limitada.

Não há na lei a definição do que se trata a expressão preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, por vezes acabou por dizer o que não se tratava o preceito fundamental, porém não chegou a definir o seu significado. Para a doutrina, preceito fundamental seria aquela norma que veicula princípios e serve de interpretação das demais normas constitucionais. Neste raciocínio, Bulos (2000, p. 901) discorre:

qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária.

Os legitimados para a propositura da ADPF são os mesmos da ADI, como visto anteriormente, discriminados no art. 103 da Constituição Federal. São eles o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e por último, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na ADPF, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional também deverão demonstrar o interesse na arguição de descumprimento de preceito fundamental, precisando comprovar a pertinência temática relacionado à sua finalidade institucional.

Com o julgamento da ação, há a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, onde se fixará as condições e como será interpretado e aplicado o preceito fundamental.

Conforme Lenza (2009, p. 254) “a decisão é imediatamente auto aplicável, na medida em que o presidente do STF determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente”. A lei nº 9.882/99 em seu art. 10, § 2º, determina que dentro do prazo de dez dias a partir do trânsito em julgado da decisão da ADPF, deverá ser publicada em seção especial do Diário de Justiça e do Diário Oficial da União, a sua parte dispositiva.

O resultado da decisão terá efeito *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do poder público e terá efeitos *ex tunc*, retroagindo. Poderá no entanto, o STF modular os efeitos da decisão, conforme o art. 27 da lei nº 9.868/99:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus

membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Dessa maneira, o STF pode modular os efeitos da decisão, como igualmente pode ocorrer na ADI e decidir se ela terá efeitos retroativos ou não retroativos, ou também até mesmo poderá fixar outro momento oportuno de início de sua eficácia.

### **3.4.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão**

O que se busca com a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) é combater a inefetividade das normas constitucionais. O que se busca, nesse tipo de ação, é tornar efetiva uma norma constitucional que antes não era de eficácia limitada. A omissão é de cunho normativo. A omissão pode ser do Poder Legislativo, do Executivo ou do próprio Judiciário.

Assim, na obrigação de o poder público regular uma norma constitucional de eficácia limitada e não a fizer, surge a omissão. E essa omissão poderá ser sanada através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A omissão da lei ou ato normativo poderá ser total ou parcial. Será total quando não o órgão que detinha o dever de legislar, não o fizer. A omissão parcial se dá quando há a lei infraconstitucional, porém ela é insuficiente.

A inconstitucionalidade por omissão parcial pode ser parcial propriamente dita ou parcial relativa. A parcial propriamente dita é quando a lei existe mas o seu texto é deficiente. A parcial relativa ocorre quando existe a lei e esta concede algum benefício a certa categoria, mas deixa de conceder o mesmo a outra que tinha o direito de recebê-lo também.

A competência para apreciar a inconstitucionalidade por omissão também é do Supremo Tribunal Federal. Os legitimados para a propositura da ADO são os mesmos da ADI e ADPF, como visto anteriormente, discriminados no art. 103 da Constituição Federal. São eles o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e por último, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Mesa de Assembleia

Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional também deverão demonstrar o interesse na arguição de inconstitucionalidade da lei, precisando comprovar a pertinência temática relacionado à sua finalidade institucional, da mesma maneira como ocorre na ADI e ADPF.

Sobre os efeitos da decisão, dispõe o art. 103, § 2º da Constituição Federal que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Para o poder competente somente será dada ciência, não fixando um prazo máximo para elaboração da lei. Porém o Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de prever um prazo máximo, mesmo que findo esse prazo nenhuma espécie de punição receberia o órgão. Já o órgão administrativo deverá fazer a lei no prazo máximo de trinta dias. Neste último caso, se não for feita a lei, há o risco de ser responsabilizado.

#### **3.4.4 Ação direta de inconstitucionalidade interventiva**

Segundo o art. 18 da Constituição Federal, a regra da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e assim todos autônomos. Porém, há exceções, constantes no art. 34 que trata da intervenção da União nos Estados e Distrito Federal, e no art. 35 que trata da intervenção da União nos municípios localizados em territórios, assim como a intervenção dos Estados em seus municípios.

A ADI interventiva trata-se então de um procedimento que serve de fiscalização da lei, pois é um pressuposto para a decretação da intervenção federal ou estadual nas hipóteses previstas nos arts. 34 e 35 da Constituição Federal. Conforme Lenza (2009, p. 265) “o judiciário exerce, assim, um controle da ordem constitucional tendo em vista o caso concreto que lhe é submetido à análise”. Dessa maneira, teremos a ADI interventiva federal e a ADI interventiva estadual.

Tem por objeto da ADI interventiva federal, segundo Lenza (2009, p. 265):

lei ou ato normativo, ou omissão ou ato governamental estaduais que desrespeitem os princípios sensíveis da Constituição Federal. Inclua-se

também, a lei ou ato normativo, omissão ou ato governamental distrital (sendo o ato normativo de natureza estadual – conforma art. 32, § 1º, da CF/88

Os princípios são denominados de sensíveis pois sua inobservância pelos Estados, Distrito Federal no exercício de suas competências pode acarretar sanções graves. Esses princípios sensíveis estão elencados no art. 34, VII, da Constituição Federal:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Quem possui a legitimidade ativa para a propositura da ADI interventiva é somente o Procurador Geral da República. Quem detém a competência para o processamento e julgamento da ação é o Supremo Tribunal Federal.

Proposta a ação pelo Procurador Geral da República, julgada procedente pelo STF, o mesmo requisitará ao Presidente da República que decrete a intervenção. Nesse caso, o presidente suspende o ato impugnado. Se a suspensão não for suficiente para restabelecer a normalidade, o Presidente da República decretará a intervenção federal, nomeando interventor e determinando o afastamento das autoridades responsáveis. Cessando os motivos da intervenção, as autoridades afastadas voltarão a seus cargos de origem.

A ADI interventiva estadual tem por objeto lei ou ato normativo, ou omissão, ou ato governamental municipais que desrespeitem os princípios sensíveis indicados nas Constituições Estaduais. A competência para o processamento e julgamento é do Tribunal de Justiça, normalmente através de um órgão especial. Quem tem legitimidade ativa para a propositura da ação é o Procurador Geral de Justiça, como menciona o art. 129, IV, da Constituição Federal.

Assim, quando proposta a ação no Tribunal de Justiça, pelo Procurador Geral de Justiça em face de lei ou ato normativo, ou omissão, ou ato governamental de natureza municipal que contrariarem os princípios sensíveis previstos na Constituição Estadual, após a procedência da ação, o presidente do Tribunal de Justiça comunica o Governador do Estado. Este então deverá, através de decreto

suspender a execução do ato impugnado e comunicar o feito ao presidente do Tribunal de Justiça. Se isso não for suficiente para restabelecer a normalidade, o Governador do Estado deverá decretar a intervenção estadual no município, nomeando interventor e afastando as autoridades de seus cargos. Cessando os motivos da intervenção, as autoridades afastadas voltarão a seus cargos de origem.

### **3.4.5 Ação declaratória de constitucionalidade**

A ação declaratória de constitucionalidade é utilizada para transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta. Busca-se com ela afastar a insegurança jurídica sobre a validade ou aplicação da lei ou ato normativo federal. Tem como objeto somente lei ou ato normativo federal. O órgão competente para o julgamento é o Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 102, I, a, da Constituição Federal.

Os legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade são os mesmos legitimados para a propositura da ADI, ADO e ADPF, com visto anteriormente, discriminados no art. 103 da Constituição Federal. São eles o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e por último, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na ADC, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional também deverão demonstrar o interesse na arguição de declaração de constitucionalidade, precisando comprovar a pertinência temática relacionado à sua finalidade institucional, da mesma maneira como ocorre na ADI, ADPF e ADO.

O procedimento da ação declaratória de constitucionalidade é muito semelhante ao da ADI, diferenciando-se pois não há a citação do Advogado Geral da União, já que não existe ato impugnado neste tipo de ação. Na ADC as decisões do Supremo Tribunal Federal produzem eficácia *erga omnes*, efeito retroativo e é vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo.

No próximo capítulo, serão analisados os aspectos constitucionais da

usucapião especial urbana por abandono do lar, também chamada de usucapião familiar. A mesma foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através de uma emenda da Medida Provisória nº 514/2010, que posteriormente foi transformada na Lei de nº 12.424/2011, que acabou por alterar alguns artigos da lei original do Programa Minha Casa Minha Vida, e também por incluir o art. 1.240-A no Código Civil, sobre a Usucapião Familiar.

#### 4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Neste capítulo passaremos a abordar os aspectos constitucionais da usucapião familiar, apontando os aspectos formais e materiais da norma, desde a sua criação através de uma emenda a uma medida provisória, questionando quanto à limitação da metragem do imóvel a ser usucapido, trazendo a questão do abandono do lar, que por sua vez reacende a discussão sobre a culpa do fim do relacionamento, discute-se o menor prazo de prescrição aquisitiva da usucapião familiar, e por fim traz-se a questão da não abrangência da lei aos imóveis rurais.

A Usucapião Familiar, nova modalidade da usucapião, que foi instituída a partir do advento da Lei 12.424/2011, que alterou o Programa Minha Casa Minha Vida, possui algumas semelhanças com a usucapião especial urbana, como a metragem do imóvel de no máximo duzentos e cinquenta metros quadrados. Conforme o art. 1.240-A do Código Civil que introduziu a nova modalidade de usucapião:

Art. 1.240-A do Código Civil - Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (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.  
§1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Assim, para usucapir o imóvel, o detentor do domínio deve exercer sua posse por dois anos ininterruptos e sem oposição do cônjuge ou companheiro retirante. Além do mais, o imóvel deve possuir metragem não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados e utilizá-la apenas para moradia sua ou de sua família.

A pessoa que está tentando adquirir o domínio pela usucapião também não poderá ser proprietária de outro imóvel urbano ou rural. Como também expresso no parágrafo primeiro do dispositivo, o direito à usucapião será reconhecido somente uma vez ao possuidor.

O objetivo da lei era abranger somente pessoas de baixa renda, pois trata-se da vida de pessoas que têm dificuldades para a manutenção do lar sem o companheiro, como dito pelo legislador. Porém, ao limitar somente a metragem do imóvel, não foi isso que aconteceu, pois acabou-se por não limitar o valor máximo permitido para a usucapião.

Há de se dizer que em determinados locais, essa metragem de imóvel pode levar a valores milionários, visto que muito bem um apartamento de alto luxo, com

até duzentos e cinquenta metros quadrados pode se encaixar neste instituto.

A principal mudança introduzida pela nova norma, é a redução do prazo para apenas dois anos, assim sendo, a usucapião com menor prazo de prescrição aquisitiva presente no nosso ordenamento jurídico. Quanto a isso, Tartuce (2014, p.943), tece o comentário que: “deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisões com maior rapidez”. Wesendonck (2012) na contramão de Tartuce (2014), diz que:

é preciso examinar esse exíguo prazo de afastamento do lar como causa de perda da propriedade em conjunto com a disposição constitucional do art. 5º, LIV, segundo o qual ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, pois a complexidade das relações familiares não permite efeitos tão fortes pelo simples decurso do tempo. Veja-se, por exemplo, que esse período de dois anos pode ser o prazo no qual as partes estão definindo se devem dar mais uma chance ao relacionamento ou devem pôr fim ao mesmo.

O autor ainda explica que esse é um período em que muitos casais separados de fato ainda não tomaram nenhuma medida quanto à definição da partilha de bens porque estão elaborando a ideia de separação ou reconciliação. E por conta disso não se pode considerar que o período de indecisão possa reverter na conclusão de abandono da posse, sem que exista um ato voluntário dirigido a tal fim.

Em relação ao prazo de dois anos, este só deve ser contado a partir da edição da lei, conforme o enunciado nº 498 da V Jornada de Direito Civil que informa que: “a fluência do prazo de 2 anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011”.

Quando a lei menciona as palavras casal ou companheiro, abrange-se inclusive uniões homo afetivas. Com isso, foi aprovado o enunciado nº 500 da V Jornada de Direito Civil onde: “a modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homo afetivas”.

O abandono de lar é o requisito indispensável para a configuração da usucapião familiar, somado ao estabelecimento da moradia com posse direta (em regra) pelo outro companheiro ou cônjuge, não possuir outro imóvel urbano ou rural.

Conforme será demonstrado em momento oportuno, a expressão

“abandonar o lar”, requisito da usucapião familiar, é alvo das maiores discussões a respeito do tema, pois traria novamente a questão da culpa pelo fim do relacionamento. Culpa esta que já havia sido sepultada com a Emenda Constitucional nº 66/2010 que, conforme Sindeauz, Fagundes e Farias (2011, p. 04) “extinguiu a necessidade de causa objetiva (lapso temporal) e subjetiva (culpa) de um dos cônjuges para a decretação do divórcio”.

Nessa modalidade de usucapião, não se pode considerar o casamento realizado por separação total de bens, visto que o bem deverá ser de propriedade de ambos os parceiros ou cônjuges e em tal regime não há comunicabilidade entre os bens do casal.

Em contrapartida da regra de o cônjuge ou companheiro estar na posse direta do imóvel, também poderá ser reconhecida a usucapião familiar nos casos em que o bem está na posse de terceiro, porém deve ser o imóvel de importante valia para seu sustento ou sustento de sua família.

Neste sentido, o enunciado nº 502 da V Jornada de Direito Civil diz que: “o conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código”. A posse mantida por um cônjuge, por si só não configuraria posse *ad usucapionem*, pois se daria com precariedade, com abuso de confiança. Com a nova lei, tem-se afastada a precariedade, já que fora autorizado tal instituto.

O divórcio não é requisito indispensável para a usucapião familiar, bastando somente a separação de fato. No mesmo sentido, o enunciado nº 501 da V Jornada de Direito Civil: “as expressões ex-cônjuge e ex-companheiro, contidas no artigo 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio”. Segundo Carlos Gonçalves (2012, p.275): “ante tal orientação, a separação de fato poderá ser o marco inicial da contagem do prazo da usucapião familiar, uma vez caracterizado o abandono voluntário do lar por um dos cônjuges [...]”.

Pelo fato de que a Lei n.º 12.424/11, que instituiu a usucapião familiar, ter sido originada a partir da conversão da Medida Provisória n.º 514/10, surgem algumas críticas. Conforme a Constituição, sobre as Medidas Provisórias, em seu art. 62: “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Assim, se desejado fosse, para a inclusão da nova modalidade da usucapião

familiar no ordenamento jurídico, deveria ser levado ao Congresso Nacional como um projeto de lei ordinária.

Outro aspecto relevante encontrado nas lacunas deixadas pelo legislador, é o fato de o instituto da usucapião familiar não abranger também os imóveis rurais. Tal fato provavelmente originou-se pelo pouco tempo de apreciação das propostas de emenda, visto o prazo que já estava se esgotando até a votação final.

A simetria de direitos entre os moradores da zona urbana e rural deveria ser obedecida, visto que tal direito é constitucionalmente protegido. Como será mais detalhadamente explanado adiante, sugere-se que seja adotada uma espécie de simetria entre a usucapião especial rural e uma possível usucapião especial rural por abandono do lar.

Nos próximos subcapítulos serão demonstrados de forma mais detalhada estes aspectos sobre a constitucionalidade da usucapião familiar apresentados de forma simplificada neste capítulo.

#### **4.1 Juízo competente**

Sobre o juízo competente para conhecer a matéria, não há consenso na doutrina, visto que alguns autores dizem ser de competência das varas de família, já que o pedido pode ser cumulado com outros, como na ação de divórcio, já que o instituto só poderá ser aplicado com o reconhecimento da relação familiar e a prova da separação de fato. Já outros afirmam ser de competência das varas da justiça comum.

Os autores que defendem que a competência para processamento e julgamento é das Varas de Família, justificam-se pelo fato de tratar-se de uma modalidade diferente de usucapião que mesmo afetando o Direito das Coisas, tem como fundamento a relação de companheirismo, da relação da família. Assim sendo, o processamento se afasta do rito previsto dos arts. 941 e seguintes do CPC, voltado às outras espécies de usucapião. Em tese, já que a nova lei não explicita o rito a ser seguido, deve-se adotar o procedimento ordinário, do art. 271 do CPC já que ele traz o enunciado: “Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial”. A jurisprudência dos tribunais está declinando à competência das varas de família, como segue um julgado de conflito negativo de competência entre varas de uma mesma comarca.

**Ementa:** Conflito Negativo De Competência. Usucapião Especial Urbana Por Abandono De Lar. Relação Familiar Pré-Existente. Tutela Do Direito De Propriedade. Proteção Do Lar. Juízo De Família. Procedência. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os componentes do Egrégio Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, por maioria de votos, e contrariamente ao parecer ministerial superior, julgar procedente o presente conflito de competência, no sentido de que a Ação de Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar (Proc. 0003328-81. 2011.8.18.0031) seja processada e julgada pela 3ª Vara Cível da Comarca de Parnaíba, que possui competência exclusiva para os feitos da família, nos termos do inciso II, do art. 43, da Lei 3.716, nos termos do voto vista do Desembargador Francisco Antônio Paes Landim Filho. Vencidos os Desembargadores José Ribamar Oliveira (Relator), Augusto Falcão Lopes, Luiz Gonzaga Brandão de Carvalho, Raimundo Nonato da Costa Alencar, Edvaldo Pereira de Moura, que votaram pela improcedência do Conflito Negativo de Competência para determinar a competência da 1ª Vara Cível da Comarca de Parnaíba - PI, para processar e julgar o feito, determinando-se a imediata remessa dos autos ao Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Parnaíba, conforme parecer Ministerial Superior. (TJPI, Conflito De Competência nº 2012.0001.000142-0, Relator: Des. José Ribamar Oliveira).

Como a origem da usucapião familiar é de uma lei especial, diverge-se alguns pontos relativos ao procedimento das outras formas de usucapião, como por exemplo que não é necessário a citação dos confinantes do imóvel ou de eventuais interessados nele. Assim também, não se faz necessária a manifestação da Fazenda Pública da União, Estados e Municípios.

#### **4.2 Medida provisória**

A espécie normativa da medida provisória está prevista no art. 62 da Constituição Federal e veio a substituir o antigo decreto-lei. Conforme apontado por Lenza (2009, p. 422) “a medida provisória, muito embora tenha força de lei, não é verdadeira espécie normativa, já que inexistente processo legislativo para sua formação”.

A medida provisória é adotada pelo Presidente da República, por intermédio de ato monocrático, unipessoal, sem a participação do Legislativo, chamado a discuti-la somente em momento posterior, quando já adotada pelo Executivo, com força de lei e produzindo seus efeitos jurídicos.

O legitimado para a edição da medida provisória é exclusivamente (marcada por indelegabilidade) o Presidente da república, por ato unilateral, somente em casos de relevância e urgência que após a remete para a publicação no Diário Oficial da União, já produzindo seus efeitos, devendo de imediato ser submetidas ao Congresso Nacional para apreciação.

Uma vez adotada a medida provisória pelo Presidente da República, seu prazo de validade é de 60 (sessenta) dias, prorrogável uma vez por igual período, contado da publicação no Diário Oficial da União. Nota-se que esses prazos são suspensos durante os períodos de recesso parlamentar. Porém em caso de convocação extraordinária, havendo medidas provisórias em vigor na data de sua convocação, serão elas automaticamente incluídas na pauta de convocação. Ultrapassando o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, se não convertida em lei, a medida provisória perderá a eficácia desde a sua edição, conforme o art. 62, § 3º da Constituição Federal, com efeitos *ex tunc*, confirmando a efemeridade e precariedade.

Sendo adotada a medida provisória pelo Presidente da República, ela será submetida de imediato ao Congresso nacional, cabendo a uma comissão mista de Deputados e Senadores examiná-la e sobre ela emitir parecer, apreciando os seus aspectos constitucionais e de mérito, bem como a adequação financeira e orçamentária. Além disso, conforme consta no art. 2º, § 1º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, no dia da publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, o Presidente da República deve enviar o seu texto ao Congresso nacional, acompanhado da respectiva mensagem e de documento expondo a motivação do ato.

Posteriormente, a medida provisória, com o parecer da comissão mista, passará à apreciação pelo plenário de cada uma das casas. O processo de votação será em sessão separada, com início na Câmara dos Deputados, sendo o Senado Federal a casa revisora.

Consta também no art. 8º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, que o plenário de cada uma das casas decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, bem como a sua adequação financeira e orçamentária, antes do exame de mérito, sem a necessidade de interposição de recurso, para, ato contínuo, se for o caso, deliberar sobre o mérito. Assim, se o plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária da medida provisória, esta será arquivada.

O art. 62, § 6º da Constituição Federal dispõe que se a medida provisória não for apreciada em até 45 (quarenta e cinco) dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das casas do

Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da casa em que estiver tramitando.

Após adotada a medida provisória pelo Presidente da República, o Congresso Nacional poderá aprová-la sem alteração, aprová-la com alteração, não apreciá-la (rejeição tácita) ou rejeitá-la expressamente.

Sobre a aprovação sem alteração, o art. 12 da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional diz: “aprovada a medida provisória, sem alteração de mérito, será o seu texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação no Diário Oficial da União”.

Havendo emendas, ou seja, se houverem matérias correlatas ao conteúdo da medida provisória, o projeto de lei de conversão apreciado por uma das casas deverá ser apreciado pela outra, devendo ser, posteriormente, levado à apreciação do Presidente da República para sancionar ou vetar a lei de conversão, e, em caso de sanção ou derrubada do veto, promulgação e publicação pelo próprio Presidente da República.

De acordo com Lenza (2009), a não apreciação da medida provisória no prazo de 60 (sessenta) dias contados de sua publicação implicará a sua prorrogação por mais 60 (sessenta) dias. Assim, após o período de 120 (cento e vinte) dias, não havendo apreciação pelo Congresso Nacional, a medida provisória perderá a eficácia desde a sua edição, ocorrendo a rejeição tácita, operando os efeitos *ex tunc*, como já visto, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes por decreto legislativo. Estabelece a Constituição que é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso do prazo (art. 62, § 10).

A outra atitude a ser tomada pelo Congresso Nacional é deixar de converter a medida provisória em lei, rejeitando-a expressamente. Neste caso também, o Congresso Nacional deverá disciplinar os efeitos dela decorrentes, através de decreto legislativo.

### **4.3 Medida provisória 514/2010 – minha casa, minha vida**

O Programa Minha Casa Minha Vida do governo federal, conforme o art. 1º da Lei 11.977/2009, tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até

R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais).

A Medida Provisória 514/2010 que posteriormente foi transformada na Lei de nº 12.424/2011, alterou alguns artigos da lei original do Programa Minha Casa Minha Vida, e acabou também por incluir o art. 1.240-A no Código Civil.

Como comentado no capítulo anterior, após a edição da medida provisória pelo Presidente da República, ele deve imediatamente encaminhar o seu texto para análise pelo Congresso Nacional. Assim sendo, no caso da Medida Provisória 514/2010 foram acrescentadas algumas emendas pelo Congresso Nacional. Originalmente a Medida Provisória 514/2010 não tratava da Usucapião Familiar, e muito menos a inclusão do art. 1240-A do Código Civil. Alteração esta que fora proposta pelo Deputado Federal André Vargas, conforme verificado em seu próprio site:

segundo André Vargas, nesta fase, o programa fortalece as mulheres como chefes de família. “O Minha Casa, Minha Vida tem como prioridade as mulheres. Vamos possibilitar a assinatura de convênio pelas mulheres, é o chamado usucapião pró-familiar, que pode ser usado quando o cônjuge não estiver mais no lar, possibilitando a resolução da posse”, declarou. (grifo original).

Primeiramente, é importante frisar que não se tratava de assunto de relevância e urgência, requisitos fundamentais da medida provisória, impossibilitando seu uso para a aprovação desta espécie normativa, pois estaria infringindo o seu aspecto de relevância e urgência.

Como não foi considerado assunto de urgência, não poderia o assunto da usucapião familiar ser incluído como emenda à medida provisória então em vigor. Reafirme-se que a medida provisória, por seu período relativamente curto de apreciação das propostas e votação, trancando a pauta de votação das casas do Congresso Nacional, acaba sendo uma via inadequada para discussão de processos legislativos mais complexos, como é o caso da Usucapião Especial Urbana Familiar.

No caso das Medidas Provisórias, assim que adotadas, serão remetidas ao Congresso Nacional para apreciá-las no prazo de sessenta dias (prorrogável por mais sessenta dias). Por esse motivo, só deverão ser adotadas em caso de urgência e relevância, já que trancam a pauta de votação do Congresso Nacional. Neste sentido, nas palavras de Orselli (2011/2012, p.129-138):

[...] critica-se o fato de uma lei, que regulamenta um programa de incentivo à construção e aquisição de imóvel habitacional por pessoas de

determinada renda mensal, ser o instrumento para o estabelecimento de uma nova modalidade de usucapião, escondida em meio a muitos artigos de leis que tratam da regulamentação fundiária e de referido programa habitacional. Isso porque, como se sabe, as medidas provisórias trancam a pauta das Casas Legislativas que compõem o Congresso Nacional, de modo que a sua conversão em lei ocorre usualmente sob muita pressão e sem muita discussão. Será que houve a atenção devida por parte dos legisladores para o fato de que ali se criava uma nova forma de usucapir?

Quem foi o relator no Senado, foi o senador Waldemir Moka (PMDB/MS), que explicou que não se teve o tempo necessário para o debate da questão a usucapião familiar, como por exemplo, poderiam se dar os debates em audiências Públicas. Diz também o senador que apresentou preocupação em relação a subjetividade do termo abandono de lar que está na lei. Nas palavras do próprio senador:

como sempre acontece nas votações de medidas provisórias, nosso prazo era muito curto. Depois de tramitar na Câmara, o texto chegou ao Senado cerca de 20 dias antes de perder a validade. E o foco principal era o Programa Minha Casa, Minha Vida. Já que não houve oposição à proposta, o texto foi aprovado (MATURANA, 2012).

O melhor modelo de processo legislativo para discussão desse tipo de usucapião seria sem dúvida o processo legislativo de lei ordinária, onde ter-se-ia tempo suficiente para ouvir todos os envolvidos, analisando os pontos-chaves do projeto original, apontando possíveis falhas e corrigindo-as.

Como não foi o que aconteceu, acabou-se aprovando um projeto muito importante a partir da introdução de uma emenda a uma medida provisória, deixando de ser debatido o tema de forma mais exaustiva, como bem apontado inclusive pelo relator do projeto no Senado. O que acabou por ocasionar alguns erros e lacunas na lei, como veremos a partir de agora. Assim, podemos dizer que a usucapião familiar é formalmente inconstitucional, tanto pela ausência da urgência e também pela ausência de conexão com o tema da medida provisória que era alterar normas da programa Minha Casa, Minha Vida, do governo federal.

#### **4.4 Metragem do imóvel**

Primeiramente a intenção da emenda proposta pelo Deputado Federal André Vargas era beneficiar as mulheres abandonadas pelos maridos e que permaneciam no lar, enfrentando as dificuldades diárias, arcando com todas as despesas de manutenção da casa e sustento da família. Também por este motivo, pode-se dizer que o objetivo era abranger somente pessoas de baixa renda, pois de acordo com o

próprio parlamentar, trata-se da vida de pessoas que têm dificuldades para a manutenção do lar sem o companheiro.

Porém, ao limitar somente a metragem do imóvel, não foi isso que aconteceu, pois acabou-se por não limitar o valor máximo permitido para a usucapião. Com isso, muitas vezes poderá ser usucapido um imóvel de duzentos metros quadrados que pode possuir um valor venal com valores milionários, como por exemplo, é o caso de apartamentos em áreas nobres de grandes cidades. Em outros casos poderá ocorrer que, determinados imóveis cuja totalidade da metragem do imóvel ultrapassa os duzentos e cinquenta metros estipulados e mesmo assim são considerados de baixa renda.

Exemplificando, uma mulher é abandonada pelo marido, ficando morando no imóvel (bem comum do casal) que mede trezentos metros quadrados com valor venal de quinze mil reais. Assim este imóvel não poderá ser objeto da usucapião familiar, pois ultrapassa a metragem máxima permitida pelo instituto. Abaixo a ementa de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. POSSE ANTERIOR NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL DE IMÓVEL URBANO. ÁREA SUPERIOR A 250 METROS QUADRADOS. IMPOSSIBILIDADE. 1.O pedido de reintegração de posse pressupõe prova cabal da posse anterior e sua perda em razão do esbulho. Não demonstrada a coexistência dos requisitos do art. 927 do CCB, ônus que recai sobre o sedizente esbulhado (CPC, art. 333, inciso I), impõe-se a improcedência do pedido. 2. **Descabe a exceção de usucapião constitucional de imóvel urbano, quando este tem área superior a 250 metros quadrados.** (AC 70022228894 TJ/RS – Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 03/03/2011). (grifou-se)

Os tribunais não estão admitindo a hipótese de usucapir área superior aos 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) nas modalidades de usucapião especial urbana. Abaixo outra jurisprudência, agora do Tribunal Regional Federal da 2ª região:

**Ementa:** de regularização fundiária "Meu Pé no Chão", promovido pelo Estado do Rio de Janeiro, que adquiriu a **área** em questão, por desapropriação. 5. Em relação ao sítio 4-A do PAL 8.799, verifica-se ter sido o **imóvel** pertencente ao extinto Banco Nacional de Habitação - BNH, sendo incorporado ao patrimônio da CEF em 1990. Não há, nos autos, prova de que esteja o mesmo atrelado a qualquer finalidade pública, a qualquer programa de regularização fundiária, ou mesmo que seja objeto de contrato de financiamento no âmbito do SFH. Assim, em princípio, o bem em questão seria suscetível de usucapião. Contudo, não demonstraram os autores os demais requisitos necessários ao usucapião especial urbano. 6. Com efeito, em se tratando de usucapião especial de **imóvel** urbano, o

artigo 183 da Constituição estabeleceu os seguintes requisitos para sua configuração: (1) animus domini do possuidor; (2) não ser proprietário de outro **imóvel** urbano ou rural; (3) posse ininterrupta e sem oposição; (4) posse por prazo **superior** a cinco anos; (5) posse pessoal, ou seja, utilização do **imóvel** para sua moradia ou de sua família; e, **(6) imóvel de até 250 metros quadrados na área urbana. A ausência de qualquer uma dessas condições afasta, por si só, a possibilidade de se adquirir o domínio do bem pela prescrição aquisitiva.** 7. No caso em apreço, a parte autora não diligenciou em informar as características da posse que alega ter exercido, não se desincumbindo de seu ônus. Ainda, segundo as informações prestadas pela Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, nenhum dos lotes em questão apresenta dimensão mínima necessária a constituir lote autônomo, nem mesmo apresentam testada para logradouro público reconhecido, tratando-se, pois de irregularidade urbanística. 8. Apelação parcialmente conhecida e desprovida. (AC 200551010019554 TRF-2, Relator: Desembargador Federal Aluisio Gonçalves De Castro Mendes, Julgado em 26/03/2014). (grifou-se).

Há de se considerar que a lei fora falha neste ponto, visto a discrepância de valores dos imóveis em exemplo. Assim, um imóvel de um milhão de reais, com duzentos metros quadrados em área nobre de uma grande cidade poderá ser objeto da usucapião familiar e a mulher que foi abandonada pelo marido que permanece num imóvel de quinze mil reais talvez não poderá ser beneficiada pelo novo instituto, se o imóvel ultrapassar o limite dos duzentos e cinquenta metros quadrados estabelecidos.

#### **4.5 Abandono do lar – o retrocesso da volta da culpa**

Conforme apontado anteriormente, a expressão “abandonar o lar”, requisito da usucapião familiar, é alvo das maiores discussões a respeito do tema, pois se traz novamente o indicativo de culpa do fim do relacionamento. Visto que a pessoa que abandonar o lar é vista como culpada no fim do relacionamento e terá que arcar com a perda de sua parcela no imóvel para o outro companheiro ou cônjuge. Neste ponto de vista, Dias (2011, p. 1) discorre:

de forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento, que em boa hora foi sepultada pela Emenda Constitucional 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. A medida foi das mais salutares, pois evita que mágoas e ressentimentos – que sempre sobram quando o amor acaba – sejam trazidas para o Judiciário. Afinal, a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do vínculo que nasceu para ser eterno e feneceu.

A partir deste momento, temos uma grande mudança no Direito de Família, pois a emenda constitucional nº 66/2010 acaba com o instituto da separação judicial,

que antes era medida antecipatória do divórcio. Nas palavras de Fernandes (2010, p. 2):

um dos principais avanços que a nova redação traz é a extinção da separação judicial. Esta apenas dissolvia a sociedade conjugal pondo fim a determinados deveres decorrentes do casamento como o de coabitação e o de fidelidade recíproca, facultando também a partilha patrimonial. Contudo, pessoas separadas não podiam casar novamente, em razão de o vínculo matrimonial não ter sido desfeito. Somente o divórcio e morte desfazem esse vínculo, permitindo-se novo casamento.

Com isso, não se tem que procurar as causas pelo fim da união, não se tem mais a imputação da culpa ao cônjuge. Nestes termos, Sindeaux, Fagundes e Farias (2011, p.04):

a alteração constitucional extinguiu a necessidade de causa objetiva (lapso temporal) e subjetiva (culpa) de um dos cônjuges para a decretação do divórcio. A averiguação da culpabilidade como requisito para a decretação do divórcio era um resquício proveniente do instituto da separação, ora entendida como extinta, e que já fora minimizada pelo Código Civil de 2002, assim como pela doutrina e jurisprudência. Agora, tendo em vista que a Constituição Federal não mais impõe requisitos à sua promulgação, a não ser a intenção de rompimento da convivência por um dos parceiros, inexistente indagação sobre quem é inocente ou culpado.

Assim, a volta da discussão de culpas com a usucapião familiar também afronta o princípio da liberdade e desrespeita o direito à intimidade. Com isso, a lei viola estes e outros princípios constitucionais quando, tendo por pressuposto responsabilizar o co-titular do domínio pelo término da união, concede a propriedade exclusiva ao possuidor.

O abandono de lar, é aquele que é executado sem justo motivo. Por exemplo, não se pode considerar abandono de lar aquela situação que o marido costumeiramente vinha agredindo sua esposa, e sem outra alternativa ela se afasta do lar. Neste caso para fins de usucapião familiar, não se considera o abandono do lar. Nas palavras de Tartuce (2014, p.944):

como incidência concreta deste enunciado doutrinário, não se pode admitir a aplicação da nova usucapião nos casos de atos de violência praticados por um cônjuge ou companheiro para retirar o outro do lar conjugal. Em suma, a expulsão do cônjuge ou companheiro não pode ser comparada ao abandono.

Para a lei, com o abandono de lar também se verificam outros deveres, que tinha este que abandonou o lar, com sua família. São exemplos, o sustento da casa e a assistência material, deixando o outro companheiro ou cônjuge em situação fragilizada. Neste raciocínio, transcreve-se o enunciado nº 499 da V Jornada de

## Direito Civil:

a aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240 - A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião.

Parte da doutrina diz que o abandono do lar do artigo 1.240-A do Código Civil não coincide com o abandono do lar do direito das famílias. Amorim (2011), explica que a Lei n.º 12.424/11 não tinha como fim, simplesmente, incluir o artigo 1.240-A no Código Civil, mas regravar o Programa Minha Casa, Minha Vida, o qual é direcionado ao direito social de moradia. Ainda, segundo Amorim (2011, p. 2):

temos que o abandono de lar deve ser analisado sobre a vertente da função social da posse e não quanto a moralidade da culpa pela dissolução do vínculo conjugal. Ou seja, não é de se analisar se o abandono de fato caracterizou culpa, ou se a evadir-se foi legítimo ou até mesmo urgente. Buscará apenas qual dos dois permaneceu dando destinação residencial ao imóvel e pronto, independente da legitimidade da posse e do abandono.

Mas a maior parte da doutrina ainda critica essa questão do abandono do lar. Neste sentido, Gonçalves (2012, p. 274) faz algumas críticas em relação ao termo abandono de lar, onde diz que “ela ressuscita a discussão sobre a causa do término do relacionamento afetivo, uma vez que o abandono do lar deve ser voluntário, isto é, culposo”.

Para que não fosse levado em consideração a questão da culpa pelo abandono o mais o deveria ser compreendido o abandono de lar, previsto na lei, como sendo o simples fato de o ex companheiro ou ex cônjuge não querer mais o bem, assim compreendendo a expressão “abandono do lar” como “abandono do bem”, e deixando de lado toda a confusão que traz novamente o termo abandono de lar e assim também, a culpa pelo abandono.

### **4.6 Menor prazo de prescrição aquisitiva da usucapião familiar**

Outro problema que se observa, é o prazo relativamente menor da prescrição aquisitiva neste caso específico da usucapião familiar, sendo o menor

dentre todas as espécies de usucapião, inclusive sobre bens móveis. Conforme Wesendonck (2012, p. 579):

é preciso examinar esse exíguo prazo de afastamento do lar como causa de perda da propriedade em conjunto com a disposição constitucional do art. 5º, LIV, segundo o qual ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, pois a complexidade das relações familiares não permite efeitos tão fortes pelo simples decurso do tempo. Veja-se, por exemplo, que esse período de dois anos pode ser o prazo no qual as partes estão definindo se devem dar mais uma chance ao relacionamento ou devem pôr fim ao mesmo.

O autor ainda explica que esse é um período em que muitos casais separados de fato ainda não tomaram nenhuma medida quanto à definição da partilha de bens porque estão elaborando a ideia de separação ou reconciliação. E por conta disso não se pode considerar que o período de indecisão possa reverter na conclusão de abandono da posse, sem que exista um ato voluntário dirigido a tal fim. Para Borges Neto (2011, p. 2):

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 prejuízos ao retirante, além de possivelmente instigar, ainda mais, o litígio entre os cônjuges.

Como observado bem observado pelo autor, tempos atrás, o abandono do lar servia somente para fixar o início do período de separação de fato, ou seja, era o momento em que os bens deixavam de se comunicar (dependendo do regime de bens adotados) e o instante em que cessavam os deveres conjugais.

Com esse novo instituto de usucapião, com o abandono do lar pelo exíguo período de tempo de dois anos, poderá o retirante perder os direitos ao imóvel, cedendo seus direitos de forma involuntária ao outro companheiro ou cônjuge.

Há quem entenda que o menor prazo de prescrição aquisitiva desta espécie de usucapião acaba por ferir a Constituição Federal, visto que o prazo mínimo admitido anteriormente para a aquisição do mesmo imóvel pela usucapião era de 5 (cinco) anos, que se enquadraria na usucapião especial urbana individual, que possui os mesmos requisitos, exceto a convivência conjugal, conforme o art. 183 da Constituição:

Art. 183. 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.  
§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Se desejado fosse diminuir o prazo da usucapião ou incluir nova espécie, autores defendem que deveria ser através de emenda constitucional ou lei complementar, tamanha a seriedade do assunto e seus reflexos posteriores, já que afeta diretamente o direito de propriedade do indivíduo, castigando seriamente o retirante do lar. Sobre o prazo da usucapião familiar, Simão (2012, p. 4) entende 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.

Realmente, todos podemos concordar que ao final do relacionamento existem tantos assuntos a serem tratados, e outros que deixam de ser tratados por comodidade dos ex companheiros, onde que de uma maneira de ajuda para com outro muitas vezes deixamos o mesmo morando no imóvel de maneira gratuita, mas mantendo a sua parcela da propriedade do imóvel.

Com este novo instituto, o que acaba por acontecer é a provocação de mais uma disputa, desta vez em relação ao imóvel do casal. Conforme aponta Dias (2011, p. 1):

quem lida com as questões emergentes do fim dos vínculos afetivos sabe que, havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um afastar-se, lá permanecendo o outro, geralmente aquele que fica com os filhos em sua companhia. Essa, muitas vezes, é única saída até porque, vender o bem e repartir o dinheiro nem sempre permite a aquisição de dois imóveis. Ao menos assim os filhos não ficam sem teto e a cessão da posse adquire natureza alimentar, configurando alimentos *in natura*. Mas agora esta prática não deve mais ser estimulada, pois pode ensejar a perda da propriedade no curto período de dois anos. Não a favor da prole que o genitor quis beneficiar, mas do ex-cônjuge ou do companheiro. (grifo original).

Há de se observar que nem sempre o prazo é considerado, pois há momentos em que não se tem um efetivo abandono voluntário do lar. Basta pensarmos nos casos de violência doméstica, onde normalmente a mulher é forçada a se retirar de casa para evitar as constantes ameaças e agressões sofridas. Neste caso, o cônjuge ou companheiro que permanece no lar não teria direito de se utilizar da usucapião familiar, já que o afastamento do outro não se dera de forma voluntária.

#### 4.7 Extensão dos direitos às famílias de área rural

A lei também deixou uma lacuna referente aos imóveis rurais, ferindo o princípio da igualdade. Não há porque não contemplar os imóveis rurais, visto que uma família que vive em zona rural também pode ter as mesmas situações corriqueiras daquelas famílias que vivem em zona urbana.

O art. 1.240-A do Código Civil não contemplou os imóveis rurais, como se vê em seu texto:

Art. 1.240-A - Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, **sobre imóvel urbano** de até 250m<sup>2</sup> (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. (grifou-se).

Por simetria, já que a usucapião familiar utiliza as mesmas condições da usucapião especial urbana, poderiam ser utilizados os mesmos requisitos da usucapião especial urbana para os imóveis rurais, assim sendo: área não superior a cinquenta hectares; imóvel deveria ser utilizado para subsistência ou trabalho (função social); o adquirente não poderia ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano. Com isso, teríamos também a Usucapião Especial Rural por Abandono do Lar.

De acordo com a Constituição Federal em seu art. 5º, consta 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 segurança e à propriedade.

Claramente não foi obedecido este princípio da igualdade entre os moradores da área urbana e aos de área rural, pois deveria o benefício da usucapião familiar ser estendido a estes. O legislador não poderia deixar de incluir os imóveis rurais nesta espécie de usucapião. Muito provável, tal esquecimento se deve justamente pelo curto período de apreciação da medida provisória, que, como dito pelo próprio relator no Senado, deveria ser melhor debatido o tema antes da promulgação, porém o prazo era muito exíguo.

E se o imóvel rural for o único bem imóvel que serve de moradia para a família? Será que por simetria não poderia ser utilizado o instituto da usucapião familiar urbana? Nas palavras de Borges Neto (2011, p. 2) não poderia:

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 da propriedade, configura uma restrição ao direito de propriedade (e regime de bens) do cônjuge retirante.

Não resta dúvidas que o legislador não deixou os imóveis rurais fora do alcance da norma de propósito, pois não haveria motivo lógico que pudesse explicar tamanha falta de observância aos nossos princípios constitucionais. Infelizmente há casos que a lei nova, por culpa de nossos legisladores, acaba sendo mais objeto de críticas com seus retrocessos jurídicos, do que motivos de elogios, ao trazer novos avanços e benefícios para os indivíduos.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou uma abordagem sobre o instituto da usucapião familiar, apresentando as definições e evoluções históricas da posse, da propriedade, da função social da propriedade e também adentrou nos modos de aquisição da propriedade imóvel, tudo com o intuito de estabelecer uma sistemática para o entendimento do instituto da usucapião.

Foi apresentada uma síntese das espécies de usucapião de bens imóveis admitidas em nosso ordenamento jurídico e seus requisitos. Assim ficou demonstrado que a usucapião consiste na aquisição da propriedade imóvel pelo decurso temporal de um lapso de tempo, chamada prescrição aquisitiva, observando os requisitos que a lei estabeleceu para cada espécie de usucapião.

Há no ordenamento jurídico brasileiro diversas espécies de usucapião, quais sejam, a ordinária, a extraordinária, a especial rural, a especial urbana individual, a especial urbana coletiva, a especial indígena e a modalidade que é o ponto central de pesquisa neste trabalho, que é a usucapião especial urbana por abandono do lar, mais conhecida como usucapião familiar.

Como problemática do trabalho, identificou-se vários aspectos da Medida Provisória 514/2010 que introduziu no ordenamento jurídico o art. 1.240-A no Código Civil, aspectos estes que, segundo a pesquisa deste trabalho, estão em desacordo com a Constituição Federal de 1988 e seus princípios.

A Medida Provisória 514/2010, ao ser objeto de análise pela Câmara dos Deputados, teve seu texto emendado, adicionando o artigo referente à usucapião familiar, artigo este de matéria distinta ao tema principal da medida provisória em questão. Ao ser remetida para a casa revisora, qual seja, o Senado, a medida provisória, com seu texto, chegou em cima do prazo final de votação, sob pena de trancamento da pauta de votação de ambas as casas legislativas. Como não foi alvo de análise mais profunda, por seu prazo exíguo de apreciação, a medida provisória foi convertida em lei sem objeção.

Assim, criou-se uma nova modalidade de usucapião no ordenamento jurídico brasileiro. Foi criada a partir de uma emenda a uma medida provisória de um programa habitacional. Para a nova modalidade, são requisitos para aquisição do domínio da propriedade pelo cônjuge ou companheiro que ficou na posse do imóvel: o abandono efetivo do imóvel pelo cônjuge ou companheiro retirante; o exercício da posse direta do imóvel por dois anos interruptos e com exclusividade (sem a

interferência do outro cônjuge ou companheiro); o imóvel não possuir metragem superior a duzentos e cinquenta metros quadrados; que seja a propriedade utilizada para moradia; e não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Sobre os aspectos constitucionais da usucapião familiar, foi abordada a forma de como o legislador editou a lei, incluindo uma emenda a uma medida provisória que tratada de outra matéria, visto que também não se tratava de matéria de relevância e urgência, pressupostos constitucionais da medida provisória.

A razão da inclusão da usucapião familiar se deu principalmente para combater o descaso com as famílias de baixa renda, tentando minimizar a sofrimento da mulher que é abandonada pelo marido, devendo arcar com todas as despesas de manutenção do lar e sustento dos filhos. A usucapião familiar pode ser requerida tanto pela mulher, quanto pelo homem, porém o legislador ao limitar a metragem máxima do imóvel não limitou o valor venal do imóvel, ocorrendo assim, casos em que a metragem do imóvel ultrapassa o limite dos duzentos e cinquenta metros e não há um valor quantitativamente significativo, razão pela qual aponta-se mais uma falha do legislador.

Além do mais, quando se fala em abandono do lar, há de se pensar no retrocesso jurídico causado pela lei ao trazer à tona novamente a culpa pelo fim do relacionamento, devendo perquirir o porquê que o cônjuge sai do lar, se houve culpa ou não de um dos companheiros ou cônjuge. Culpa essa que já fora enterrada com a Emenda Constitucional 66/2010, que aboliu o divórcio e junto com ele os motivos da separação de fato do casal. Na usucapião familiar, a pessoa que abandonar o lar é vista como culpada no fim do relacionamento e terá que arcar com a perda de sua parcela no imóvel para o outro companheiro ou cônjuge, ocorrendo claramente um retrocesso jurídico.

Questão relevante trazida neste trabalho, é o fato de ser, a usucapião familiar, aquela que tem o menor prazo de prescrição aquisitiva, razão pela qual alguns autores se inclinam a afirmar que a mesma é inconstitucional pelo tal motivo, visto que por ser a usucapião uma limitação ao direito de propriedade, a mesma deveria estar presente na Constituição Federal.

Observando a Constituição Federal, outras espécies de usucapião, temos que, a que possui o menor prazo de prescrição aquisitiva, possui no mínimo cinco anos para a posse *ad usucapionem*. Visto assim, não poderia existir outra espécie de usucapião de bem imóvel com prazo menor, visto que não há na Constituição outra forma possível de perda da propriedade por prazo menor.

No ponto de vista deste, uma das falhas mais gritantes do legislador, foi o a falta da inclusão na espécie de usucapião familiar dos imóveis rurais. Visto que pelo princípio da igualdade, não pode-se haver distinção entre moradores de zona urbana e rural, há também de se considerar a hipótese de usucapião familiar para os moradores de zona rural, visto que os problemas que afetam a família da zona urbana também alcançam aqueles que vivem na zona rural.

Não há de se admitir que com este instituto da usucapião não possa ser beneficiada uma família que possui um imóvel rural. Sugere este que escreve, que poderiam ser aplicadas as normas referentes à usucapião especial rural, apenas diminuindo-se o prazo, em comparação com o que aconteceu com a usucapião especial urbana e a usucapião especial urbana por abandono do lar (familiar) que possuem os mesmos requisitos, somente diminuindo o lapso temporal da prescrição aquisitiva. Teríamos assim uma usucapião especial rural por abandono do lar.

Houveram assim, enormes falhas na lei, que pelo seu curto período de apreciação e debate das questões acabou-se por sair prejudicada e de modo totalmente precário, mantendo em sua redação falhas e lacunas que o poder judiciário terá que suprir em momentos oportunos. Lacunas estas que deverão ser supridas por súmulas e jurisprudências dos tribunais, pois não foram observadas algumas normas lá no início. Deverão ser resolvidas as mais diversas situações problemáticas do cotidiano forense.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse*. Estudo dogmático. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. *Primeiras impressões sobre a usucapião especial urbana familiar e suas implicações no direito de família*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6405](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6405)>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jul. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jun. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 dez. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEMO, Pedro. *Pesquisa e construção de conhecimento: Metodologia científica no caminho de Habermas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?*. Disponível

em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%E3o\\_e\\_abandono\\_do\\_lar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%E3o_e_abandono_do_lar.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Brenda. *O Novo Divórcio (Emenda Constitucional nº 66/2010)*. <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5938/O-Novo-Divorcio-Emenda-Constitucional-no-66-2010>>. Acesso em: 16 out. 2014.

FREITAS, Douglas Phillips. *Usucapião e direito de família: comentário aos Art. 1.240-A do código civil*. Disponível em: <<http://www.douglasfreitas.adv.br/pg.php?p=artigos#>>. Acesso em: 10 maio 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. XI.

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

MATURANA, Márcio. Medida provisória sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida foi alterada e incluiu a criação do novo usucapião. *Jornal do Senado*, Brasília, 18 set. 2012. Serviço de Impressão. Disponível em: <[http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2012/09/18/lei-que-tira-propriedade-de-imovel-de-conjuge-que-abandona-o-lar-cria-polemica-juridica/imprimir\\_materia\\_jornal](http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2012/09/18/lei-que-tira-propriedade-de-imovel-de-conjuge-que-abandona-o-lar-cria-polemica-juridica/imprimir_materia_jornal)>. Acesso em: 07 nov. 2014.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – direito das coisas*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1961.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NETO, Arnaldo De Lima Borges. *A nova usucapião e o abandono do lar*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6919/A-nova-usucapiao-e-o-abandono-do-lar>>. Acesso em: 15 out 2014.

NUNES, Pedro. *Do usucapião*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. *Tratado de metodologia científica*. São Paulo: Pioneira, 1997.

ORSELLI, Helena Azeredo. *Análise crítica da usucapião especial urbana por abandono*. Revista Síntese de Direito de Família. v. 13, n. 69, p. 129-138, dez./jan. 2011/2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.  
TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SINDEAUX, Ana Carolina Lucena Freitas; FAGUNDES, Daniel Cabral; FARIAS, Thales Menezes de. *Usucapião familiar: problema ou solução?*. Disponível em? <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=242>>. Acesso em: 16 out. 2014.

SINDEAUX, Ana Carolina Lucena Freitas. O Divórcio, no Brasil, à luz da Emenda Constitucional 66/10. Disponível em: <[http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampnrn/abrir\\_artigo.asp?cod=1](http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampnrn/abrir_artigo.asp?cod=1)>. Acesso em: 02 mai. 2011.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2014.

VARGAS, André. *Minha casa, minha vida agora prioriza mulheres*. Disponível em: <<http://www.andrevargas.com.br/noticias/?op=imprime&id=2438>>. Acesso em: 10 maio 2014.

WESENDONCK, Tula. *Usucapião familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?* Disponível em: <[www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB\\_001\\_0573\\_0604.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0573_0604.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2014.