

# A usucapião do cônjuge residente e a função social da propriedade

<http://jus.com.br/revista/texto/23472>

Publicado em 01/2013

**Everson Manjinski**

Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Pós-doutorando em Ciências Jurídicas, Doutor e Mestre em Direito e Mestre em Ciências Sociais Aplicadas

A usucapião do cônjuge residente se mostra como uma alternativa viável para resolver os problemas enfrentados na regularização de imóveis, o que atenderá a função social da propriedade em razão do fortalecimento da estabilidade familiar.

**Resumo:** A usucapião familiar é um dos novos institutos incorporados ao Código Civil que demonstram a preocupação do legislador com formalização de uma cláusula geral em norma casuística, tornando eficaz o pronto atendimento aos problemas sociais. O problema enfrentado, sem um dispositivo legal específico, certamente era de difícil solução, pois gerava ao cônjuge que permanecia na posse do bem, instabilidade social e financeira. Com base no método lógico-dedutivo a abordagem se tornou precisa e o instituto se mostrou condizente com a proposta legislativa, contudo, não parece que será tão eficaz, em razão das limitações impostas pelo próprio ordenamento, o que poderá prejudicar a fiel aplicação da função social, premissa básica constitucional e civil.

**Palavras-chave:** usucapião; função social; família.

**Sumário:** Introdução. 1. Problema. 2. Paradigma jurídico. 3. Princípios do Código Civil de 2002. 4. Requisitos. 5. Procedimento. 6. Início da posse. Conclusão. Referências.

---

## Introdução

Uma nova modalidade de prescrição aquisitiva surgiu recentemente, e necessita ser mais bem esclarecida.

O artigo 1.240-A do Código Civil, incluído pela Lei 12.424, de 16.06.2011, visou regularizar questões habitacionais, estabelecendo determinados casos em caso de separação de fato ou até de divórcio, o cônjuge que continuou a residir no bem abandonado por seu ex-consorte pode pleitear a usucapião, desde que permaneça no imóvel pelo prazo de dois anos:

“Código Civil

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.

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

O principal objetivo da inserção do referido dispositivo legal é proporcionar a regularização de imóveis encravados e pendentes de documentação.

Foi certamente visando à função social da propriedade, que o legislador resolveu destinar ao cônjuge que habita o bem o direito de delimitar o seu futuro, adquirido a parte do imóvel que caberia ao outro companheiro.

Mas é claro que este dispositivo só foi inserido na codificação civil em razão dos princípios basilares instituidores na nova normativa.

---

## 1. Problema

Pensando no caso específico dos cônjuges separados e da regularização imobiliária para a continuação da família, os legisladores acharam uma saída política para legitimar o estado da posse dos imóveis abandonados.

Influenciado pela situação familiar e também pelo amparo aos filhos, seja por traumas na relação ou até por uma reconstrução de vida, no mais das vezes, o ex-consorte não se vale do direito de propriedade, elaticendo no tempo uma situação de abandono no bem.

Ao abandonar o bem, em muitos casos, o outro cônjuge não regulariza a posse do consorte, seja lhe autorizando o comodato ou o cobrando pelo uso exclusivo.

Ocorre que surgia uma situação de instabilidade para o cônjuge que ficou com o imóvel, pois este não poderia alienar o bem, investir nele ou simplesmente regularizar uma situação de posse exclusiva.

O cônjuge possuidor também não poderia, anteriormente, regularizar a situação, pois não se pode adquirir pelo uso, um bem que lhe pertence.

É o mesmo que ocorre com o herdeiro, que tem que fazer o inventário e a partilha dos bens deixados pelo autor da herança, não podendo regularizar o bem pela usucapião, pois já é proprietário e não posseiro.

Tal como nos casos acima, o cônjuge residente no imóvel é proprietário do bem, tendo uma relação de condomínio com outro cônjuge.

É diante desta problemática que surgiu a ingerência legal, para regularizar a situação destes imóveis ocupados exclusivamente por um dos cônjuges.

---

## 2. Paradigma jurídico

É certo de que as leis são feitas pelo homem diante de suas necessidades sociais, mas os princípios que lastreiam o sistema jurídico devem ser contundentes, seguindo um fato que deve ser regulado.

Os ex-cônjuges não têm prazo decadencial ou prescricional para ajuizarem a ação de divórcio, a qual, por se tratar de ação de estado, pode ser pleiteada em qualquer momento ou até nem ser pleiteada, pois se trata de um direito personalíssimo, exclusivo dos cônjuges (Art. 1.582, Código Civil).

Diante deste imbróglio, o tempo se tornou um dos maiores aliados e também inimigo dos cônjuges, pois ao mesmo tempo em que não têm prazo para reclamarem, não resolviam integralmente a dissolução de sua união.

Nesta situação os bens do casal ficavam encravados por anos, até porque o processo de divórcio com a partilha poderia atravancar ainda mais o andamento da regularização judicial do estado civil dos envolvidos.

Para tanto, em 1997, mesmo antes do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem facultar aos cônjuges a possibilidade de obterem o divórcio mesmo sem partilhar os bens, tal como expressamente autorizou a súmula 197:

“Superior Tribunal de Justiça

Súmula 197. Divórcio Direto - Partilha dos Bens - O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.”

Como uma codificação é sedimentada sobre as necessidades sociais e também sobre os entendimentos pacificados, um novo permissivo legal autorizou que o divórcio ocorresse sem a prévia partilha de bens, tal como estabeleceu o artigo 1.581 do Código Civil:

“Código Civil

Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.”

Inclusive, o que antes era regra - a partilha do patrimônio, hoje se tornou exceção.

Ou seja, é prática comum nos Juízos de Família não se discutir a partilha no processo de divórcio se não houver concordância expressa e acordo dos cônjuges, pois o estado civil é direito potestativo e não pode sofrer limitações temporais em razão da discussão do patrimônio.

Assim, se houver questionamentos, será realizado simplesmente o divórcio, deixando a partilha para ser discutida em outro processo judicial.

De tal modo, a falta de regularização dos imóveis em discussão será perpetrada perpetuamente.

### 3. Princípios do Código Civil de 2002

O artigo 1.240-A é inovador e ao mesmo tempo condizente com a proposta normativa em vigor.

É fato que o Código Civil de 1916 não poderia ter abarcado tal dispositivo.

Isto se deve exatamente pelo rigor formal pelo qual era conhecido o Código Civil de 1916, que não permitia, em regra, a aplicação da boa-fé, da equidade, ou da função social.

A própria história da sociedade brasileira durante o século XX não permitia interpretações que abalasses os princípios fundantes da estrutura baseada na propriedade privada.

Todavia, o Código Civil de 2002 se adaptou as novas realidades sociais e consequentemente as inovações constitucionais.

Esta nova estrutura foi pensada com base nos novos preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988, que ao mesmo tempo em que garante o direito inviolável da propriedade, também faz remissão a seu necessário atendimento à função social:

“Constituição Federal de 1988

Art. 5º. [...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

Mesmo com algumas omissões propositais, o Código Civil de 2002 pautou-se em lastrear as relações jurídicas em três princípios básicos: a eticidade, a operabilidade e a sociabilidade.

Enquanto a eticidade entende que o homem é um ser inserido na sociedade e, portanto, deve atuar em suas relações com ética e boa-fé, a operabilidade admite um sistema aberto de cláusulas gerais, que possibilitará melhores da legislação aos contornos e necessidades sociais, já o princípio da sociabilidade estipula que a norma deve ser analisada conforme o contexto social.

Assim se compreende um duplo viés de preocupação na inserção da usucapião familiar no ordenamento jurídico brasileiro com a destinação social, ou seja, preocupa-se tanto no contexto social como nas cláusulas gerais.

Juntamente com a boa-fé objetiva, a função social do contrato e da propriedade são as cláusulas gerais que regem o Código Civil de 2002.

Pelo simples conceito de cláusula geral como “norma que não prescreve uma certa conduta, mas, simplesmente, define valores e parâmetros hermenêuticos” (TEPEDINO, 2002), se verifica que seu alcance é limitado e um tanto intrincado.

Ou seja, o ordenamento jurídico, no caso da usucapião familiar necessitava de uma norma casuística que melhor resolve o conflito social brasileiro instaurado.

Isto se deve porque o que difere as cláusulas gerais das normas casuísticas é que as gerais são abertas, vagas, sem uma especificação de aplicação, portanto, descrevem uma conduta a ser seguida.

Já com uma norma casuística, poder-se-ia atender os anseios da sociedade e estipular regras específicas e usuais.

Por isto a usucapião familiar praticado pelo ex-cônjuge residente no imóvel teve que ser regulamentado, possuindo regras próprias e prazo bem mais resoluto que as outras espécies de usucapião.

---

#### **4. Requisitos**

Para que o cônjuge possa requerer a “usucapião familiar”, deve preencher nove requisitos legais:

O primeiro deles é o “prazo” de habitação do bem de pelo menos dois anos ininterruptos e tal como já acontecia com as outras modalidades de usucapião estabelecidas no Código Civil, a continuação da posse é indispensável, ou seja, não poderá o consorte abandonar o imóvel.

O imóvel que se pretende usucapir não pode ultrapassar os duzentos e cinquenta metros quadrados, pois o “espaço” legalmente instituído visa uma regularização fundiária e não o enriquecimento ilícito.

No caso da usucapião familiar a “posse deve ser direta”, ou seja, não será permitido que o cônjuge aproveitasse a posse de terceiros, nem alugue ou ceda o bem a outrem, pois o que se pretende garantir é a unidade familiar.

Também, será necessária que a “posse seja exclusiva” pelo consorte, não podendo se aproveitar da referida ação declaratória, terceiro que tenha vindo a residir no imóvel, como novo companheiro ou cônjuge.

Tal como os demais, a posse deve ser mansa e pacífica, “sem litígio”, sem oposição, ou seja, somente será cabível se o ex-cônjuge não requereu seus direitos de coproprietário judicialmente (venda ou aluguéis), e se não foi realizada nenhuma ação possessória ou reivindicatória.

A “copropriedade” com o ex-cônjuge ou ex-companheiro é requisito indispensável, pois não basta ter unicamente a posse, eis que neste caso caberão somente as outras formas de usucapião.

A “finalidade” deve ser somente a de utilizar para sua moradia ou de sua família, não podendo usufruir para outros fins, tais como comércio, sublocações etc.

Deve firmar a “unicidade”, não podendo ser proprietário de nenhum outro imóvel.

Tal como as demais usucapiões que visa à moradia, o direito a usucapião familiar somente pode ser exercido uma única vez na vida (Art. 1.240-A, § 1º).

Por fim, é “cabível apenas para bem imóvel” e é admissível somente em caso de “omissão ou desídia” do outro cônjuge, ou seja, em caso dele abandonar o lar.

A usucapião familiar, se por um lado tem a virtude de regularizar a situação do cônjuge que continua a morar no imóvel depois do outro cônjuge abandonar o lar, por outro traz questionamento sobre o que poderia se compreender por abandono para fins desta nova modalidade de usucapião.

Isto porque a saída do cônjuge do imóvel, em caso de abalo na vida familiar, pode se dar por vários motivos, os quais não visam, necessariamente, abandonar a família.

Ou seja, esta retirada do ex-consorte pode se dar de modo espontâneo, pela desídia no sustento e manutenção da família, ou ser então coercitivo, através da ação cautelar de separação de corpos ou criminalmente, em decorrência de agressões ou ameaças ao ex-consorte com base na Lei Maria da Penha (Art. 22, inciso II, Lei 11.340/2006). Logicamente, buscando a paz e a tranquilidade familiar, pode ainda o cônjuge deixar o lar comum visando exatamente garantir a integridade e respeito com os filhos e com o ex-cônjuge, buscando a paz e a tranquilidade familiar.

A saída do ex-consorte do lar comum pode ocorrer espontaneamente pelo abandono do lar e da família ou para evitar atritos e coercitivamente para evitar violência em âmbito criminal ou em cautelar de separação de corpos.

Logicamente, a usucapião familiar expresso no Artigo 1.240-A do Código Civil somente terá cabimento nas situações que envolvam “ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar”, eis que a saída para evitar maiores confusões e desavenças no seio familiar, ou nas hipóteses de retirada forçada do imóvel, não permitem tal modalidade de prescrição aquisitiva.

Portanto, o abandono do lar é um requisito subjetivo que deve ser atentamente examinado para se adquirir a posse ad usucapionem nesta modalidade de aquisição originária da propriedade.

---

## 5. Procedimento

A competência para a ação de usucapião familiar, a despeito dos requisitos que envolvam a família, é da vara cível, uma vez que se trata de ação real, e assim envolve terceiros por ter eficácia erga omnes.

Quanto ao procedimento, também terá as mesmas características das demais formas de usucapião, tais como citação por edital para conhecimento público, comunicação aos entes de direito público interno e notificação dos confrontantes (Art. 941 e ss. do CPC).

---

## 6. Início da posse

Por fim, cabe o debate do início da posse para a concessão desta usucapião, ou seja, se esta modalidade de aquisição da propriedade pode ou não ser utilizada para posse iniciada anteriormente à vigência da Lei 12.424, de 16.06.2011, que o instituiu.

Tendo em vista que a posse ad usucapionem é um direito material, o prazo inicial (termo a quo) para o usucapião familiar terá início apenas após a vigência da nova lei, desconsiderando-se qualquer posse anterior.

Se não fosse assim, o cônjuge que se retirou do lar anteriormente seria surpreendido por uma nova situação que inovaria indevidamente a ordem jurídica e lhe causaria prejuízo que o mesmo não tinha como prever.

Portanto, o prazo para concessão da usucapião familiar somente terá início após a vigência da lei que o instituiu, mesmo nos casos em que a posse tenha iniciado anteriormente.

---

## Conclusão

A usucapião do cônjuge residente se mostra como uma alternativa viável para resolver os problemas enfrentados na regularização de imóveis, o que atenderá a função social da propriedade em razão do fortalecimento da estabilidade familiar.

A estabilidade familiar se deve à possibilidade de investimentos no próprio bem, na possibilidade de se obter financiamentos, bem como no indiscutível retorno em eventual alienação.

Diante da alusão perpetrada e das reflexões geradas, verificou-se que o dispositivo incorporado faz parte de um sistema paradigmático de transformação de cláusulas gerais em normas casuísticas, fornecendo maior coerência ao ordenamento jurídico.

Contudo, as impressões pessoais sobre o instituto é de que o mesmo não será fiel aos seus propósitos.

Isto ocorre em razão de que ficou estipulado um tamanho máximo de duzentos e cinquenta metros quadrados para que possa usucapir os referidos imóveis, o que, a priori, não parece condizer com as realidades brasileiras.

Ocorre que a maioria dos Planos Diretores municipais estrutura terrenos com quase o dobro da referida metragem, o que inviabilizará a utilização do referido instituto.

Assim, é premente uma revisão legislativa para que seja aumentado o tamanho referenciado, para que a função social pretendida com a edição da lei alcance sua finalidade.

---

## Referências

- BASTOS, C. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BELÁVIA, C. **Direito de Família**: Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- BEVILAQUA, C. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves edições, 1975.
- CAHALI, S. Y. **Divórcio e Separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FIUZA, C. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MANJINSKI, E.; MANJINSKI JUNIOR, G. **Direito de Família**. São Paulo: Alajur, 2010.
- MONTEIRO, W. D. B. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRIGUES, S. **Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SANTOS, E. S. D. **Função social do contrato**: elementos para uma conceituação. *Revista de Direito Privado*, p. 99-111, 2003.
- TRABUCCHI, A. **Instituciones de Derecho Civil**. Padova: Cedam, 1967.
- VENOSA, S. D. S. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- VENOSA, S. D. S. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2010.
- WALD, A. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Introdução e Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: RT, 1987.
- ZAKAREWCZ, L. F. (Ed.). **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Consulex, 2002.
- 

**Abstract:**The prescription is a family of new institutes incorporated into the Civil Code which demonstrate the legislature's concern with formalizing a general clause in the standard sample, making effective responsiveness to social problems. The problem faced, without a specific legal provision, it was certainly difficult to solve because it generated the spouse who remained in possession of the asset, financial and social instability. Based on the logical-deductive method approach became the institute proved accurate and consistent with the legislative proposal, however, does not seem to be as effective, because of the limitations imposed by the order, which may harm the faithful application of the social function, civil and constitutional premise.

**Keywords:** adverse possession; social function; family.

#### **Autor**

- **Everson Manjinski**

Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Pós-doutorando em Ciências Jurídicas, Doutor e Mestre em Direito e Mestre em Ciências Sociais Aplicadas.

[www.manjinski.com.br](http://www.manjinski.com.br)