

O Direito Fundamental Social À Moradia: Modalidades De Usucapião Para Sua Efetividade

Guilherme Bonemberger Corrêa¹

* Bacharel em Direito pela PUCRS: guilhermebonem@gmail.com. Trabalho de conclusão de curso apresentado para banca avaliadora composta pelas professoras Caroline Vaz (orientadora), Daniela Courtes Lutzky e Lúcia Isabel G. Junqueira D'Azevedo. Transformado em artigo científico.

Resumo

O presente trabalho tem como escopo analisar o direito social à moradia e instrumentos legais de usucapião para sua efetivação. De tal maneira, para melhor entendimento, a análise é feita em dois momentos. No primeiro o estudo sobre o processo histórico e formal do direito à moradia, sua trajetória até ser considerado um direito social fundamental no plano legislativo interno. Aqui, principalmente, foca-se no reconhecimento do direito à moradia como forma de concretizar necessidades fundamentais básicas, bem como elemento formador dos princípios do Estado Brasileiro, sendo este a dignidade da pessoa humana. No segundo momento, a apresentação de mecanismos legais, presentes na legislação nacional, para sua efetivação no plano fático, para tanto, o estudo focou-se em ferramentas jurídicas específicas da usucapião, debruçando-se sobre as diversas modalidades de usucapião e suas características legais.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Dignidade da Pessoa Humana. Direito Social. Direito à Moradia. Usucapião. Modalidades.

Abstract

The present work has as scope to analyze the social right to housing and legal instruments of users for its effectiveness. For better understanding, an analysis in two moments. First there is no study on the historical and formal process of the right to housing, its trajectory until it is considered a fundamental social right in the legislative internal plane. Here, mainly, it focuses on the recognition of the right to housing on a way of realizing fundamental needs, as well as forming elements of the Brazilian state, which is the dignity of the human person. In the second moment, a presentation of legal mechanism, presented in the national legislation, for its effectiveness, without a legal phatic plan, for the study focused on legal tools specified to adverse possession, examining how various types of users and its legal characteristics.

Keywords: Fundamental Law. Dignity of human person. Social Law. Right to Housing. Adverse Possession. Modalities.

Introdução.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a dignidade inerente a todos os seres humanos e seus direitos iguais e inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Neste contexto, surgem mecanismos jurídicos legais positivados, doutrinas filosóficas, sociológicas, geopolíticas, entre outras tantas para dirimir estas mazelas, e concretizar o princípio da dignidade humana através de diversos direitos, assim como acordos e tratados entre nações para mutua cooperação e compromisso, a assegurar através do Poder Estatal a realização no plano fático destes direitos.

Enfatizando o direito fundamental a moradia, um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. O exposto estudo apresenta o direito fundamental social à moradia, sua forma constitucional no rol de direitos fundamentais, suas características entrelaçadas com o princípio da dignidade da pessoa humana. Bem como, em uma interpretação extensiva da constituição e factual da realidade social, características do direito social a moradia no texto constitucional pátrio.

Outrossim, formas na legislação constitucional e infraconstitucionais que procuram a efetiva realização do direito à moradia, abordando o direito à propriedade imóvel, analisando especificamente a usucapião e suas diversas modalidades de usucapião criados como resposta a concretização deste direito social fundamental no ordenamento jurídico nacional. Disso, analisar-se-á o direito à moradia por dois enfoques, os quais, para fins didáticos. No primeiro examinar-se-á a moradia pela concepção de mínimo existencial imprescindível para concretização de um ser humano, analisando os direitos fundamentais e sociais e buscando a dignidade humana plena, se orientando pelo direito à moradia em seu estado fundamental e análogo a direito humano fundamental com base na dignidade da pessoa humana, no segundo a moradia será analisada como direito fundamental social do homem assegurado pela constituição e seus desdobramentos no plano infraconstitucional, destacando a função social da propriedade e com foco nas ferramentas jurídicas de usucapião, suas características, requisitos e modalidades.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para o jurista Ingo Wolfgang Sarlet são direitos positivados em uma ordem jurídica que carregam historicamente uma convergência com os direitos do homem (direitos humanos).

Desta forma os direitos fundamentais necessitam da constituição para de fato carregarem o conceito de fundamentais, “[...] os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições, resultando, de tal sorte, da confluência entre os direitos naturais do homem, tais como reconhecidos e elaborados pela doutrina jusnaturalista [...]”.² Caso o direito não esteja positivado em uma ordem jurídica, este na verdade não seria um direito fundamental.

Os direitos fundamentais podem ser analisados por diferentes critérios. Um critério geral jusnaturalista e outro jurídico positivista.

Os direitos fundamentais podem ser analisados a partir de duas concepções. Uma, mais genérica, estabelece que os direitos fundamentais são aqueles que criam e mantêm os pressupostos elementares de uma vida fundada na liberdade e na dignidade humana. A outra, mas específica e normativa, afirma serem fundamentais aqueles direitos que ordenamento vigente considera como tais (BONAVIDES, 1997, p.514).³

No processo de reconhecimento e configuração dos direitos fundamentais alguns momentos históricos são muito significativos como, por exemplo, o reconhecimento de direitos na Magna Carta de 1215, na *Bill of Rights* de 1688, Declaração de Direitos (americana) de 1776, Declaração de Direitos (francesa) de 1789, pois estes serviram de grande fonte de inspiração para várias outras constituições e direitos inerentes a pessoa, onde importantes princípios de direitos fundamentais, como da liberdade, igualdade e fraternidade entre todos os homens presentes na declaração francesa de 1789, foram evoluindo e gerando o acolhimento de novos direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que delinea alguns direitos humanos básicos.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 35.

³ COSTA, Marli Marlene Moraes da. REIS, Suzéte da Silva. *Estado, política e direito: políticas públicas e direitos sociais*, volume 3. André Viana Custódio, Reginaldo de Souza Vieira. Criciúma: 2011. p.12.

Devido à grande variedade de direitos fundamentais e de fontes para justificá-los não se pode falar em fundamentos imperiosos e incontestáveis para esses direitos.⁴ Porém, Sarlet sem se descuidar das variadas fontes e direitos fundamentais, corrobora que paralelamente, de forma harmoniosa, pode-se apontar, essencialmente, um princípio, que vem sendo percebido e construído ao longo da história humana jurídica, que serve de suporte lógico à ideia de direitos fundamentais, o da dignidade humana. Como preceitua Ingo Sarlet não é tarefa simples conceituar com exatidão o princípio da dignidade humana, porém pode-se dizer, majoritariamente, que, é conceito de “uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano.”⁵

Apesar de os direitos fundamentais serem fundamentados por inúmeros elementos, sendo influenciados principalmente pela época, a dignidade da pessoa humana é um tronco ramificador diverso e sustentador de variados direitos fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988 outorga aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaçadoras e informativas de toda ordem constitucional, especialmente das normas e direitos fundamentais.⁶ Evidente também na carta constitucional a grande importância da dignidade da pessoa humana sendo citada no Título I Dos Princípios Fundamentais.⁷

Em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana e do histórico jusnaturalista dinâmico dos direitos fundamentais o Estado Democrático de Direito não apenas tem os direitos fundamentais como elementos da sua Constituição, mas também, são intrinsecamente considerados como formadores essenciais do próprio Estado de Direito sem os quais não poderia ser considerado como democrático e de direito.⁸

⁴ GILMAR, Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2012, p. 208.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. p. 40.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. p. 61.

⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;” Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20. maio 2017.

⁸ “A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto que impende seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio

Deste modo, os direitos fundamentais são a positivação de valores e princípios derivados do jusnaturalismo histórico e dos direitos humanos em uma determinada constituição, formando uma estrutura principiológica de ordem normativa, legitimando um Estado Constitucional Democrático de Direito, conferindo direitos subjetivos ao sujeito e revestindo-o de, pelo menos, um caráter duplo de proteção, positivo e negativo perante o Estado.

Os direitos fundamentais desempenham múltiplas funções na ordem jurídica e no plano real da sociedade. A função de Prestação Material é essencial para entender o direito à moradia. Em sentido estrito os direitos fundamentais sociais são direitos do sujeito, que não possua meios próprios de obter o direito, em relação ao Estado.⁹

A proteção dos direitos sociais, no sentido positivo enseja em uma entrega material do Estado perante o sujeito necessitado e estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos.¹⁰

O escopo desses direitos a prestações materiais, consiste em uma interação concreta com a sociedade. Sendo assim, os direitos sociais presentes no art. 6º da Constituição (direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2001, p. 64.

⁹ “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 499.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2012, p. 235. Apud Vieira de Andrade. Os direitos fundamentais, cit., p. 192.

desamparados) são as áreas sociais, pelas quais o legislador brasileiro identificou como operar a transformação social, alterando a realidade.

Pelo seu objeto e peculiaridades, os direitos sociais dependem da efetivação do Estado, sendo fundamental a ação do legislador para produção de leis e do poder executivo e judiciário para sua devida implementação plena.

Portanto os direitos a prestação material possuem a meta de atenuar desigualdades e problemas sociais fáticas, por conseguinte o direito à moradia foi reconhecido no ordenamento legal constitucional através emenda constitucional número 26 em 14 de fevereiro de 2000, o que, através da sua positivação, acabou por lhe atribuir o *status* de direito fundamental social em sentido estrito. Devendo receber sua devida prestação material pelo Estado.

Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana

Tido como um direito fundamental ou como uma forma de fundamentar direitos fundamentais tamanho seu poder de penetração nas questões de direito é impossível refutar como este princípio está entranhado nos conceitos jurídico filosóficos que embasam as leis, chegando a ser considerado como um núcleo gerador do direito.¹¹

Lembrando Sarlet “a dignidade é qualidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal.”¹²

Aliás, também por esta razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade, [...]”¹³

A dignidade humana cria a obrigação de respeito pela pessoa, não restam dúvidas que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física do indivíduo. Assim, seja de forma

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 54.

direita ou indireta, o ser humano está no centro de toda e qualquer reflexão jurídica filosófica. Portanto a dignidade inerente ao homem deve ser respeitada por todo ordenamento jurídico legal.

A lei maior do Estado em seus fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe no seu artigo 1º sobre a dignidade da pessoa humana, o que faz ressaltar sua grande importância.¹⁴

A dignidade da pessoa humana na sua qualidade de princípio e valor fundamental de acordo com Costa é “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”.¹⁵ A dignidade da pessoa humana já é notoriamente usada em decisões como critério hermenêutico, ou seja, como fundamento para solucionar controvérsias, em embates jurídicos.

Se destaca a ligação entre o direito fundamental a moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988, por exemplo, quando se ressalta em seu capítulo sobre os princípios gerais da atividade econômica, a função social da propriedade como um dos princípios essenciais para que a ordem econômica, atinja seu objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.¹⁶

Grupos sociais, como os de baixa renda salarial, ficam inferiorizados nas relações sociais, visto a sociedade atual se basear em produção e consumo, a moradia digna, é um dos objetivos mais presentes na cultura brasileira. A fim de ajudar esses grupos, o Estado cria dispositivos legais e políticas públicas que facilitam a aquisição do bem imóvel, assim, ao mesmo tempo, efetivam o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto do indivíduo que recebe a

¹⁴ “Título I. Dos Princípios Fundamentais. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20. MAIO 2017.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 70 apud Costa. Judith Martins, As interfaces entre o Direito e a Bioética, in: J.Clotet (Org), Bioética, p.75.

¹⁶ “Título VII. Da Ordem Econômica e Financeira. Capítulo I dos princípios gerais da atividade econômica. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade;” Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20. maio 2017.

propriedade quanto de grupos sociais que tenham a dificuldade de aquisição facilitada.

Direitos fundamentais, conseqüentemente, apresentam em sua concepção grande inspiração jusnaturalista o que colabora para que sejam considerados, para além de sua função primária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema de valores que atuam como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Fundamentam literalmente o ordenamento jurídico se colocando como base do direito em um Estado Democrático de Direito republicano e cidadão.

DIREITO FUNDAMENTAL A PROPRIEDADE

Prevista na Constituição Federal do Brasil como direito fundamental no art. 5º, inciso XXII, com disposições preliminares no Código Cível de 2002 a partir do art. Art. 1.228,¹⁷ a propriedade nasce de modo inevitável das correlações da vida humana em coletivo. Desde as primeiras sociedades chegando ao presente é um dos conceitos sociais mais relevantes.

A Constituição federal de 1988 busca delimitar uma nova ordem econômica e social, observando a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a cidadania, o combate às desigualdades sociais e a erradicação da pobreza, entre outros princípios e objetivos, esta pauta, avança na realização da justiça social. Destarte, o direito à propriedade está previsto no art. 5º da Constituição,¹⁸ na sequência dos incisos, prevê a característica imperiosa da propriedade, a função social e traz previsão legal de ser privado da posse ou até mesmo de desapropriá-la¹⁹ em

¹⁷ “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.” Brasil. *Código Cível*. 2002.

¹⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade;” Brasil. *Constituição Federal*, 1988.

¹⁹ “§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou

alguns casos, bem como a proteção constitucional a pequena propriedade rural trabalhada pela família.²⁰

Em síntese apesar de ser o direito do indivíduo, em paralelo se exige uma contraprestação, “Assim, a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5º inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. [...]”²¹

Conceito e características dos Direitos Fundamentais Sociais

Em 1988 com a Constituição Cidadã o Brasil inaugura o seu Estado Democrático de Direito, para que de fato, possa ser considerada assim, os direitos fundamentais sociais são elementos indispensáveis e inerentes. Esse progresso constitucional jurídico social traz à baila os direitos sociais fundamentais como direitos básicos, demonstrando a proteção jurídica necessária para se compor um Estado Democrático De Direito, que por sua vez, deixa nítido a preocupação com a sociedade e seus membros.

Reconhecer posições jurídicas sociais fundamentais (além de positiva-las, e na prática entrelaçá-las com as políticas públicas), derivadas do princípio da dignidade da pessoa humana, servem para sustentar e legitimar o Estado Democrático de Direito e dar segurança ao indivíduo, mostrando que o Poder Público busca efetivar as garantias constitucionais.

É necessário interligar a matéria social a moradia com os setores políticos da sociedade, a fim de apurar a configuração jurídica vigente e colocá-las em ação. Os direitos sociais podem ser exigidos judicialmente de forma semelhante a outros direitos subjetivos, pois o titular do direito é o homem em

separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.” Brasil. *Código Civil*. 2002.

²⁰ “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;” Brasil. *Constituição Federal*, 1988.

²¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. v.4, direito das coisas. 5. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2013. p. 102.

sua individualidade. Entretanto, via de regra, os direitos sociais, por terem como característica a generalidade e a sociedade dependem, para sua eficácia, da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim é o caso, por exemplo, dos serviços públicos de moradia própria para população de baixa renda que habita em situação irregular. Nesse sentido, os direitos sociais, embora tendo como titular o indivíduo, podem ser concebidos como direitos de índole coletiva.²²

O Estado Democrático de Direito tem como objetivo fundamental a realização da justiça social, a qual está fundamentada no princípio da soberania popular. O Estado Democrático de Direito tem como base o princípio da legalidade, da igualdade e da justiça social. Assim, a propriedade, no Estado Democrático de Direito, deve atender não somente aos interesses do seu proprietário, mas também aos interesses da sociedade em todos os seus aspectos, que sejam ambientais, econômicos, geração de rendas, vale dizer que o direito de propriedade não é mais protegido quando o titular negligencia a função da propriedade urbana ou rural.²³

É evidente a importância da moradia digna para todo e qualquer ser humano, além disto a Constituição calcada na dignidade da pessoa humana não poderia deixar de destacar a moradia como direito fundamental. Se destaca a legitimação deste direito, por exemplo, através de formas de aquisição da propriedade imobiliária urbana ou rural pela usucapião sobre imóveis privados, presentes na Constituição Federal.

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA

A propriedade pode ser sobre um bem móvel ou imóvel. A moradia é, em regra um bem imóvel, assim ter uma moradia significa ter uma propriedade imóvel. Assim, desde o surgimento da propriedade da moradia, ela se relaciona com a fixação do indivíduo em um local facilitando a manutenção da vida, possibilitando proteção ao homem e contribuindo como ferramenta, mesmo que indireta, no processo de produção dos mais variados itens, alimentos e

²² COSTA, Marli Marlene Moraes da. REIS, Suzéte da Silva. *Estado, política e direito: políticas públicas e direitos sociais*, volume 3 André Viana Custódio, Reginaldo de Souza Vieira. Criciúma: 2011. p.19-20.

²³ PAGAMI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito a moradia*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2009. p. 49.

criações humanas, ou seja, em algum nível, ela se relaciona com o trabalho dos homens.

O termo moradia deve vir acompanhado do conceito de dignidade, não basta ter um local para habitar, é necessário que este lugar possua condições mínimas que respeitem a dignidade da pessoa humana, a moradia adequada deve assegurar as necessidades naturais e sociais dos seus habitantes, assim é essencial que se tenha uma moradia que projeta e respeite a vida humana digna que nela habitar. Neste sentido Sarlet, sustenta:

Tendo em conta que no caso do direito à moradia a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito as condições materiais mínimas para uma existência digna, parece-nos dispensável dadas as proporções deste estudo, avançar ainda mais na sua fundamentação. Aliás, provavelmente é o direito à moradia – bem mais que o direito à propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (Sphäre ihrer Freiheit). Com efeito sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com o mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, o direito à vida.²⁴

MORADIA

A propriedade residencial é uma das instituições centrais da civilização, não só por constituir o conjunto básico de valores do grupo social, com que se orientam e pautam pessoas e coisas, mas também, por estabelecer e materializar a estrutura com que historicamente se regem e reproduzem as relações entre Estados, indivíduos e sociedades. A propriedade privada, como direito fundamental do homem, modificou-se junto ao processo histórico e do desenvolvimento social, onde a evolução dos direitos de geração em geração, propiciaram o surgimento de novos bens e valores a serem tutelados pelo Direito.²⁵

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na constituição: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista de direito e democracia. Canoas, v.4, n.2, p. 327 – 383, 2003. p. 345.

²⁵ “A moradia, casa ou habitação é o local de refúgio do homem, constituindo-se também, o seu espaço de integração com a família, com a vizinhança, com a cidade e com o País, de forma

Morar é um fato necessário para a adequada relação do ser humano com a sociedade, não apenas com seus pares, mas também com a estrutura de sobrevivência de comércio vigente, pois está, em toda sua complexidade humana e social histórica, torna possível e exige que o indivíduo permaneça em um local, o que é essencial tanto para sobrevivência do Estado Moderno organizado, quanto para a do indivíduo que dela faz parte. Posto isso a moradia é uma forma de existência mútua das pessoas físicas, jurídicas e estatais, que possibilita as mais diversas formas de trabalho, afetando diretamente a economia e estrutura básica da sociedade.

Com o Estado Democrático de Direito sendo adotado no Brasil a propriedade ganhou nova ideologia. “A implantação do Estado Democrático de Direito, em meados do século XX, conferiu a propriedade novos contornos sociais, políticos, econômicos e jurídicos.”²⁶

MORADIA NO BRASIL

Segundo o Departamento da Indústria da Construção da Fiesp (Deconci) em 2014 o déficit habitacional no Brasil, calculado com base na metodologia da Fundação João Pinheiro (FJP), foi de 6,198 milhões de famílias.²⁷ Em termos absolutos, a maior concentração do déficit ocorreu na região mais populosa do país, o Sudeste, onde 2,562 milhões de famílias se enquadravam nas condições de déficit habitacional. O Estado de São Paulo tinha 1,432 milhão de famílias no déficit habitacional em 2014. Em Minas Gerais e no Rio de Janeiro o déficit foi de, respectivamente, 545 mil e 472 mil famílias nesse ano²⁸ Na região sul do país o déficit total e de 658,360 mil famílias, sendo 235,240 mil

que o indivíduo possa encontrar condições concretas para realizar o exercício de sua cidadania, liberdade e dignidade.” PAGAMI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito a moradia*. Porto Alegre. EDIPUCRS. 2009. p. 122.

²⁶ PAGAMI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito a moradia*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2009. p. 46.

²⁷ Agência Industrial Fiesp. *Levantamento inédito mostra déficit de 6,2 milhões de moradias no Brasil*. 16.02.2016. Disponível em: < <http://www.fiesp.com.br/noticias/levantamento-inedito-mostra-deficit-de-62-milhoes-de-moradias-no-brasil/> > Acesso em: 15. Abr. /2017.

²⁸ Agência Industrial Fiesp. *Levantamento inédito mostra déficit de 6,2 milhões de moradias no Brasil*. 16.02.2016. Disponível em: < <http://www.fiesp.com.br/noticias/levantamento-inedito-mostra-deficit-de-62-milhoes-de-moradias-no-brasil/> > Acesso em: 15. Abr. /2017.

famílias no estado do Rio Grande do Sul.²⁹ Nota-se do estudo que “89,0% do déficit habitacional brasileiro, ou 5,514 milhões de famílias, referia-se à área urbana em 2014. As regiões Sudeste e Centro-Oeste apresentaram a maior concentração do déficit habitacional na área urbana, 98,0% e 96,3%, respectivamente. No Estado de São Paulo, 98,7% do déficit habitacional estava na área urbana. Na região Nordeste, 24,5% das famílias pertencentes ao déficit habitacional moravam na área rural. O destaque é o Maranhão, em que 55,0% das famílias que compõem o déficit habitacional residiam na área rural.”³⁰

Em 2014 as áreas irregulares na grande Porto Alegre abarcavam cerca de 350 mil pessoas³¹. Cerca de 25 % da população da Capital do Rio Grande do Sul.

O DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO

Um exame do texto constitucional, revela que o Poder Constituinte de 1988 reconheceu, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto diverso e abrangente de direitos fundamentais, incluindo neste campo, direitos sociais, resultantes das gerações históricas de direitos humanos universais amplamente difundidos, em especial após os horrores das duas grandes guerras mundiais.³²

Em suma, em uma abordagem teleológica (elemento, (ou finalidade) que procura saber o fim social da lei, ou seja, o fim que o legislador teve em vista na elaboração da lei). Sendo incentivada no Direito Brasileiro, conforme o artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem

²⁹ Agência Industrial Fiesp. *Levantamento inédito mostra déficit de 6,2 milhões de moradias no Brasil*. 16.02.2016. Disponível em: < <http://www.fiesp.com.br/noticias/levantamento-inedito-mostra-deficit-de-62-milhoes-de-moradias-no-brasil/> > Acesso em: 15. Abr. /2017.

³⁰ Agência Industrial Fiesp. *Levantamento inédito mostra déficit de 6,2 milhões de moradias no Brasil*. 16.02.2016. Disponível em: < <http://www.fiesp.com.br/noticias/levantamento-inedito-mostra-deficit-de-62-milhoes-de-moradias-no-brasil/> > Acesso em: 15. Abr. /2017.

³¹ SEIBT, Taís. *Áreas irregulares na Grande Porto Alegre têm 350 mil pessoas*. Diário Gaúcho. 13.12.2014. Disponível em: < <http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2014/12/areas-irregulares-na-grande-porto-alegre-tem-350-mil-pessoas-4662740.html> > em 16. Abr. 2017.

³² IURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528> Acesso em: 20. Maio 2017.

comum”, ou pela abordagem de interpretação do elemento sociológico onde se verifica a finalidade social a que a lei deve satisfazer, assim os direitos sociais previstos na constituição brasileira são ao mesmo tempo, fundamentais bem como direitos humanos, visto a proteção e força normativa reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela relevância de tais bens jurídicos.

De modo que o texto constitucional busca assegurar um patamar mínimo de condições para uma vida digna, o que ressalta conteúdo de natureza fundamental. Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico.

No ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se direito fundamental ao ser positivado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a chamada constituição “cidadã”, no artigo 6º, no rol dos direitos sociais estando situada no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais. O direito à moradia, especificamente, foi incluído a partir do ano de 2001 com a Emenda Constitucional número 26, de 14 de fevereiro de 2000, como direito fundamental social.³³

Em seus artigos 183 e 191 a Constituição Federal prevê respectivamente a usucapião especial urbano e a usucapião especial rural. Por se localizarem no texto constitucional, também são chamados de usucapião constitucionais. A usucapião especial urbano possui caráter inovador na letra constitucional e permite até a desapropriação como forma de consumação, como descreve Araújo:

Entre as formas de usucapião estudadas, o usucapião especial urbano diferencia-se não só pelos requisitos, mas por seu preceito inovador. Não existe figura similar nas Constituições anteriores,

³³ “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3o do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1o O art. 6o da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 6o São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (NR). Art. 2o Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 14 de fevereiro de 2000. ” Brasil. Emenda Constitucional número 26, de 14 de fevereiro de 2000.

todavia os fatos sociais não puderam ser evitados, o que impôs ao poder constituinte originário o dever de criar mecanismos de acesso à habitação. A função social da propriedade urbana está ao seu bom aproveitamento, permitindo-se, ao poder público a própria desapropriação como medida drástica de efetivação do plano diretor municipal.³⁴

Pode-se afirmar que o direito à moradia é direito fundamental social presente em diversas normas constitucionais, intimamente ligado à qualidade de vida do indivíduo e por isso tem profunda fusão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo tratado pela Constituição como um fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil.

O DIREITO À MORADIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Devido as complexas relações da sociedade humana entre si, o direito de propriedade, mesmo que seja um direito constitucional fundamental, é limitado pela própria Carta Magna, por exemplo, quando esta determina no inciso XXIII do artigo 5 “a propriedade atenderá a sua função social” o dispositivo determina a forma e prescreve limites a propriedade. Mas palavras de Araújo esta limitação visa, não apenas o interesse particular, mas o interesse público e social. A proporcionalidade como princípio é aplicado para solucionar eventuais conflitos desses interesses.³⁵

A função social, como atributo da propriedade, integra o elenco dos princípios fundamentais da Constituição da República, previsto no art. 5º, inc. XXIII.³⁶ Assim sendo a função social é um elemento integrante do direito à propriedade. Com a recepção da função social na Constituição nacional de 1988 o legislador definiu o direito de propriedade conjuntamente com a finalidade de atender as necessidades do indivíduo enquanto ente privado, porém também como ente do próprio contexto social que interessa ao Estado.

³⁴ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *O usucapião no âmbito material e processual*. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2003. p.246.

³⁵ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *O usucapião no âmbito material e processual*. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2003. p. 20. “Na verdade, o reconhecimento da função social não exclui o *ius fruendi, utendi* ou *abutendi*, mas delimita-os, tornando possível a utilização da propriedade com vistas ao interesse público e social, e não apenas o individual. ”

³⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;” Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

Reconhecida a função social da propriedade, o titular da propriedade possui um poder dever de ordem social, que lhe impõe a utilização da coisa na forma prevista em lei. O irregular uso da propriedade pode configurar a perda da propriedade para terceiros, como é o caso da usucapião, onde outrem que detenha a posse é utilize a propriedade de forma a dar destino a sua função adquirir a propriedade para si.

O direito de propriedade continua sendo assegurado a todos os cidadãos desde que, estes, no exercício do direito de propriedade permitam que a propriedade exerça a função social. Na medida em que o titular do direito de propriedade não desempenha a respectiva função social da propriedade, o direito subjetivo e fundamental exclusivamente disponível ao interesse privado, passa a estar disponível ao interesse público para que, através do Poder Público, sejam proporcionados os meios de desempenho da função social daquela propriedade.³⁷

Deve-se ressaltar que não existe paradoxo entre o interesse coletivo e individual quanto a função social da propriedade, pois o interesse público serve a melhoria de vida de todos. “Não existe contradição entre ambos interesses (público e privado). Trata-se de uma *contraditio* aparente que pode ser solucionada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual advém do Direito Alemão (Verhältnismassigkeitgrundsatz).”³⁸

Desta forma a função social da moradia é elemento intrínseco do direito à propriedade, não se pode falar em propriedade sem implicitamente abarcar a função na sociedade dela. Assim resta claro o dever do proprietário de utilizar a propriedade de acordo com os ditames sociais jurídicos legais.

POSSE

Posse, no sentido jurídico, é o uso da coisa tendo-se o direito justo sobre ela. Sobre a posse Nader explica:

Dado que a posse se caracteriza com a possibilidade de exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade – uso, gozo,

³⁷ PAGAMI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito a moradia*. Porto Alegre. EDIPUCRS.2009. p. 51.

³⁸ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *O usucapião no âmbito material e processual*. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2003. p. 20.

disponibilidade –, estes podem se concentrar na esfera patrimonial de uma pessoa ou se dispersar em mais de uma titularidade, quando então todas as pessoas estarão na posse, mas com poderes diversos e, naturalmente, limitados. A primeira hipótese é a do proprietário que detém a coisa, preservando os poderes de uso, gozo e disponibilidade. A segunda ocorre quando o proprietário mantém o direito à substância da coisa, enquanto outrem dispõe do poder de uso ou gozo, como o locatário ou usufrutuário.³⁹

Tratando-se de posse justa ou injusta. O Código Civil elucida as possibilidades que ensejam a posse considerada injusta (violenta, clandestina e precária), e defini a posse justa como aquela que não é injusta. Assim para saber se a posse é justa devesse analisar a forma que foi constituída, caso não tenha nenhum elemento que a torne injusta é classificada como sendo justa. Conforme artigo 1.200 do Código Civil “Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária. ” Referente ao momento, “A violência somente qualifica a posse como injusta ao se efetivar no momento de aquisição, apresentando-se como irrelevante quando se manifesta posteriormente.”⁴⁰

Cabe ressaltar que a posse injusta impede a usucapião, pois a posse justa é requisito necessário para tal. A percepção de frutos também fica vedada pela posse injusta.

Pela usucapião adquire-se tanto a propriedade da coisa imóvel quanto do móvel, aqui examinaremos a aquisição da coisa imóvel.

Quanto a boa ou má fé o art. 1.201 do Código Civil estabelece a posse de boa-fé: “Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. ” Assim sendo a posse é de má-fé quando o possuidor conhecer a existência de vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Ou seja, o desconhecimento ou conhecimento da existência de algum impedimento ou obstáculo legal é o elemento que constitui a boa ou má-fé. A posse de boa-fé nem sempre se caracteriza como justa e, de igual modo, a de má-fé nem sempre é injusta. Todavia, há presunção de boa-fé para o possuidor que apresenta justo título.

³⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 45.

⁴⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 50.

USUCAPIÃO

Usucapião é um gênero donde se originam diversas espécies, um conceito básico é capaz de revelar seu conteúdo geral, (usucapião, ou prescrição aquisitiva, é uma modalidade de aquisição originária da propriedade, móvel ou imóvel, e de outros direitos reais). A legislação criou diferentes espécies de usucapião, modalidades que se fazem necessários de acordo com as peculiaridades do objeto da usucapião, neste estudo a análise recairá sobre a propriedade imóvel urbana e rural.

A usucapião, como já visto, é forma originária de aquisição da propriedade que, de maneira geral, transfere-se ao adquirente desde que preenchido os requisitos legais. Após transcurso do prazo temporal compatível com o tipo de usucapião, qualificado pelo *animus domini* e sem qualquer oposição, e preenchidos os requisitos legais específicos de acordo com a modalidade a qual pertença. Segundo explica Nader, a usucapião possui um caráter duplo, ao mesmo tempo em que o possuidor adquire o domínio da coisa, o proprietário a perde.⁴¹

Produzidas as provas e havendo sentença judicial reconhecendo o direito, o juízo determinará a expedição de mandado próprio, assim possa ser feito o registro em Cartório de Registro de Imóveis. Se a parte alegar a usucapião em matéria de defesa, ainda que prove sobejamente a posse pelo tempo necessário à aquisição do domínio, não obterá sentença declaratória, hábil ao registro da propriedade. Haverá de ajuizar ação específica, para possa realizar o registro legal.⁴²

A aquisição de domínio verifica-se com o preenchimento dos requisitos essenciais à espécie de usucapião. O direito subjetivo surge com a realização dos requisitos. O direito é gerado dos fatos. A sentença, de natureza declaratória, é instrumento hábil para ser levado ao cartório de registro de imóveis.

⁴¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 123.

⁴² “Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.” Brasil. *Código Civil*, 2002.

A função social da propriedade, fundamental para sociedade de direito (como já visto), também serve de fundamentação a *usucapio*. Portanto, parte e fundamento simultaneamente, a função social é prova da essência social, do princípio da solidariedade e da busca pela justiça da usucapião. Com tal característica caso a função social não seja atendida a proteção legal deixa de atuar sobre a propriedade, deixando-a apta a usucapião. “A função social da propriedade é um elemento estrutural e necessário para o próprio direito de propriedade seja garantido ao seu titular, ou seja, se o titular da propriedade não der destinação social a mesma, o seu direito não deverá ser protegido.”⁴³

De modo simplista se diz que a usucapião é a transformação da posse em propriedade pelo decurso do tempo. A Carta Magna, local de dispositivos jurídicos de suma importância, confirma a imperiosidade da usucapião, como forma de justiça social.

REQUISITOS

Enquanto no contrato de compra e venda o domínio se transfere apenas com o devido registro do título no Registro de Imóveis da zona correta, na usucapião opera-se a aquisição da propriedade com o preenchimento dos requisitos previstos para a modalidade, na forma da lei.

Existem requisitos comuns a todas modalidades de usucapião e outros específicos exigidos apenas para algumas formas. Estes requisitos devem ser comprovados pelo usucapiente e por todos meios legais possíveis. Sobre a prova testemunhal e a prova documental Nader explica:

Relativamente à prova testemunhal, em geral a mais convincente é a produzida com o depoimento de antigos moradores da localidade onde o imóvel encontra-se situado, especialmente pelos vizinhos que, no dia a dia, acompanham a movimentação que ocorre em seu derredor. A prova documental se consubstancia, às vezes, em instrumento particular de compra e venda ou em recibos de pagamento, que não foram suficientes para a aquisição mediante registro público. É comum os requerentes anexarem, aos seus

⁴³ PAGAMI, Elaine Adelina. *O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito a moradia*. Porto Alegre. EDIPUCRS. 2009. p. 79.

pedidos, comprovantes da quitação do imposto territorial urbano ou rural.⁴⁴

E complementa, destacando três categorias de requisitos, requisitos pessoais (do sujeito); requisitos reais (referem-se à coisa); e requisitos formais (referentes a posse):

Para obter a propriedade por intermédio da usucapião, o interessado há de satisfazer os seguintes requisitos, que se apresentam em três categorias: a) requisitos pessoais – dizem respeito à capacidade do possuidor; b) requisitos reais – referem-se à coisa e aos direitos suscetíveis de usucapião; c) requisitos formais – guardam pertinência com a posse e seus predicados.⁴⁵

Tanto a pessoa física quanto a jurídica são capazes de usucapir, não se distinguindo, para este fim, entre nacionais e estrangeiros, à vista do disposto no caput do art. 5º da Lei Maior.

Na usucapião tempo é relativo a posse. Um espaço temporal que deve ser preenchido. E necessário também que o tempo seja prolongado. A posse deve ser contínua, sem interrupções. Na interrupção mata-se o tempo transcorrido, como se dá com a citação válida, já na suspensão da posse, desconsidera-se apenas o período de permanência do obstáculo, como, por exemplo, o tempo em que o absolutamente incapaz manteve-se sem o devido representante legal. Caso o possuidor, após algum tempo de exercício da posse, venha a abandonar a coisa, uma possível eventual retomada não o beneficiará com o aproveitamento do período anterior. O tempo útil à usucapião começa a ser computado no dia seguinte ao assenhoreamento da coisa e se completa no dia em que o prazo se totaliza. O tempo, isoladamente, não provoca a aquisição da propriedade, nem a extinção de direito.

Quanto à capacidade de fato, restrição existe apenas em relação aos absolutamente incapazes, pois lhes falta *affectio tenendi*, a qual deverá ser suprida por seus representantes legais.

Por sua vez os bens do Poder Público, em regra, não estão sujeitos a serem usucapidos.

⁴⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 124.

⁴⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 124.

De acordo com a egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, em julgamento da Apelação Cível Nº 0006559-55.2009.404.7001/PR, quando o bem alvo do instituto da usucapião ter vínculo a contrato de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH), não há possibilidade de usucapião, pois este adota caráter público em razão da função política do SFH.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006559-55.2009.404.7001/PR RELATOR : Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE APELANTE : CINDA PEREIRA DE SOUZA e outro ADVOGADO : Marcia Cristina Mileski Martins APELADO : COOPERATIVA HABITACIONAL BANDEIRANTES DE LONDRINA - COHABAN INTERESSADO : CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF EMENTA ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO. SFH. BEM PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO PELA USUCAPIÃO. 1. A usucapião é forma originária de aquisição da propriedade que, de maneira geral, transfere-se ao adquirente desde que decorrido prazo temporal compatível com o tipo de usucapião, qualificado pelo animus domini e sem qualquer oposição, preenchidos os requisitos legais. 2. Tratando-se de bem vinculado a contrato de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH), não há possibilidade de usucapião, porquanto o imóvel financiado com recursos do SFH possui caráter público em razão da função social do financiamento - o qual tem por objetivo possibilitar a aquisição de moradias a baixo custo para a população. A manutenção do equilíbrio do sistema assume relevante interesse social, que se sobrepõe a qualquer interesse particular. Precedentes desta Corte.

Não cabe ao usucapiente a prova de que o objeto da posse não constitua bem público. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou neste sentido.⁴⁶ Em relação à coisa, ainda, é preciso que seja certa e determinada. Na formalização do pedido deve ficar individualizada, descrita com todos os seus pormenores.

A posse, elemento central para a usucapião, deve ser pública e pacífica. De outra vista, se diz que a posse não pode ser violenta nem clandestina (posse injusta), o inverso de pacífica e publica. A posse derivada de atos de concessão também não permite a usucapião.⁴⁷

⁴⁶ "... Cabe ao Estado o ônus da prova, quando alega ser pública a área objeto de usucapião. REsp. nº 97634/RS, 3ª turma, rel. Min. Castro Filho, julg. em 16.02.2003, pub. em 10.02.04, DJ, p. 00246. "" Nader, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 125.

⁴⁷ "A posse assumida de modo violento (vis) ou clandestino (clam) não gera aquisição de propriedade, conforme dispõe o art. 1.208 do Código. Cessado, porém, o impedimento, ficando a coisa sob o poder de quem a assenhoreara, inicia-se a contagem do tempo. Como não há posse, quando a coisa permanece em poder de alguém por ato de permissão ou tolerância,

De acordo com a doutrina, a posse *ad usucapionem* pressupõe o *animus domini*, ou seja, que o possuidor exerça o seu poder sobre a coisa com a intenção de dono. Nem toda posse, conseqüentemente, leva à usucapião, embora fazendo jus à proteção, como é a situação jurídica do locatário, do credor pignoratício, do usufrutuário. Como detenção não se confunde com posse, o detentor não pode usucapir a coisa que mantém sob a sua guarda em nome de outrem. É possível, todavia, ocorrendo a interversão ou mudança do título, passando este de mera detenção para posse, que o interessado adquira o domínio pela *usucapio*.

MODALIDADES

Usucapião Ordinária

Usucapião Ordinária prevista no artigo 1.242 do Código Civil: “Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. ”

Esta modalidade comporta duas formas, uma que se completa em dez anos de posse encontrada no *caput* do art. 1.242 do Código Civil, e a outra, em cinco anos, prevista no parágrafo único do art. 1.242.

A primeira, definida no *caput* do art. 1.242 do Código Civil, exige além do preenchimento dos requisitos comuns à usucapião, o justo título e a boa-fé. O requisito justo título é o fato ou motivo jurídico que justifica a posse em poder do usucapiente. O título para ser justo deve estar formalizado e devidamente registrado.

Usucapião Extraordinário

A usucapião extraordinária está prevista no artigo 1.238 do Código Civil (Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como

não há de se cogitar da aquisição da propriedade mediante a usucapião. Posse haverá, como destaca Marco Aurélio S. Viana, a partir do momento em que a parte se recusa a devolver a coisa, computando-se, daí em diante, o tempo para a usucapião. O *dies a quo* é o que se segue àquele em que se caracterizou o abuso de confiança.” NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 127.

seu um imóvel, adquiere-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). Não se cobra justo título e boa-fé do possuidor, pois segundo Nader ambos são presumidos, de nada adiantando, contestar em juízo, a prova em contrário, já que se trata de presunção absoluta – *juris et de jure* (De direito e por direito. Presunção que não admite prova em contrário. Presunção absoluta).⁴⁸

No parágrafo único do art. 1.238 (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.). O legislador inovou ao formular uma variação do modelo tradicional de usucapião, reduzindo o prazo de quinze para dez anos, quando o possuidor estabelecer a sua moradia habitual no imóvel, ou realizar obras ou serviços de caráter produtivo.

O legislador de frente, cria a usucapião extraordinário, sem cobrar justo título e boa-fé do possuidor e diminuindo o prazo caso o possuidor dar fim de produtividade ou realizar obras na propriedade, favorecendo assim, o caráter social do instituto. Formalizando o direito fundamental a moradia e a propriedade.

Usucapião *Pro Labore*

A Constituição federal, Lei Maior do ordenamento jurídico nacional determina em seu artigo 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.) Ao olhar o Código Civil no art. 1.239 temos o mesmo sentido com texto similar. Esta modalidade também é frequentemente denominada de usucapião especial rural ou usucapião constitucional rural.⁴⁹

⁴⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 127.

⁴⁹ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *O usucapião no âmbito material e processual*. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2003. p. 228.

Para se obter a propriedade pela usucapião *pro labore*, o possuidor haverá de atender além dos requisitos de caráter gerais os seguintes requisitos especiais.

Status negativo de domínio. O usucapiente não poderá ser proprietário de qualquer imóvel rural ou urbano. O preenchimento do requisito se faz mediante a apresentação de certidão negativa do cartório de registro de imóveis. Prazo de posse mínimo de 5 anos.

O trabalho produtivo e moradia determina que durante a posse, o imóvel deve ser usado para cultivo e produção, seja de forma individual, seja com a sua família. Deve-se morar no imóvel. O prazo prescricional inicia-se apenas com a morada.

Usucapião Habitacional

A usucapião habitacional ou também comumente denominado, usucapião especial urbana, ou usucapião constitucional urbano, está prevista no art. 183 da Constituição da República (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.) cujo texto foi, basicamente, reproduzido no art. 9º da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e, posteriormente, no art. 1.240 do Código Civil.

É exigido que o possuidor exerça a moradia ou sua família no imóvel *usucapiendo* (essencial é que o *animus domini* perdure durante todo o tempo), o status negativo de domínio (não ser proprietário de outro qualquer imóvel), e também se encontra previsto na Carta Constitucional.

Existe uma exigência interpretativa implícita esta modalidade de usucapião. De que o usucapiente deve ser pessoa física, conforme art. 1240, parágrafo 1º do Código Civil que diz: “O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. ”

O parágrafo segundo do art. 183 veda a repetição deste direito. “§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. ”

Usucapião Coletiva

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10.07.2001 que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, dispõe sobre as diretrizes gerais da política urbana brasileira, no seu art. 10⁵⁰ cria a modalidade coletiva de usucapião, Segundo Nader:

[...] visando a atender situações especialíssimas, marcadas, de um lado, pela precariedade de habitações disponíveis e, de outro, pela pobreza que atinge ampla camada da população. Com a fórmula adotada, o legislador tenta minimizar a sorte de grupos de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza e a regularizar situações de fato. Paralelamente, porém, devem ser desenvolvidas políticas de inclusão, que permitam o acesso ao trabalho e envolvam as famílias com a assistência indispensável, dentro do espírito que norteia a justiça social.⁵¹

Os interessados em usucapir não podem ser proprietários de qualquer imóvel urbano ou rural e a posse deve ser exercida por pessoas de baixa renda e devem coabitar o local coletivamente, de forma que vivam agrupados na mesma localidade, sem divisão interna de espaço total, de modo que não se possa identificar o terreno de cada um.⁵² O prazo estabelecido, conforme o caput do artigo 10, para a posse, ininterrupta e sem oposição, é de cinco anos.⁵³

Como se observa no dispositivo legal, não se exige nesta modalidade *justo título e boa-fé* dos possuidores. A ação de usucapião coletiva admite

⁵⁰ “Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.” Brasil. Lei nº 10.257, de jul. 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 20. MAIO 2017.

⁵¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 138.

⁵² 3o 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.

§ 4o 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.

§ 5o As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

⁵³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 139.

ajuizamento por qualquer possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; pelos possuidores, em estado de composesse e por associação de moradores da comunidade, como substituto processual.

Possibilidade de se alegar a usucapião em defesa é decorrência do próprio sistema que autoriza o demandado, na contestação, arguir toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor (art. 300, CPC). No entanto, não é a regra que prevalece quando se trata da usucapião especial. A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis.

Usucapião Por Abandono do Lar

A usucapião por abandono do lar, também denominada usucapião familiar, foi introduzida no Código Civil na forma do art. 1.240-A⁵⁴ através da Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011.⁵⁵ O objetivo da modalidade criada pela lei é auxiliar casais de baixa renda econômica.

A nova espécie possui alcance generalizado e independente do padrão do imóvel, porém é vedado o direito para quem já possuía imóvel oriundo deste dispositivo legal.

É obrigatório que o ex-cônjuge ou ex-companheiro não possua outra propriedade imobiliária, exerce a posse direta exclusiva no imóvel após o abandono do ex-consorte, utilizando-o para sua residência ou de sua família, a posse direta deve ser mansa e pacífica, isto é, sem oposição do ex-consorte.

CONCLUSÃO

⁵⁴ “Lei nº 12.424, art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)” Brasil. *Código Civil*. 2002.

⁵⁵ Altera a Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nos 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.” Brasil. Lei Nº 12.424, de 16. Jun. de 2011.

Direitos Fundamentais, existentes a partir de positivação constitucional, enquanto protetores de direitos individuais e coletivos, advindos dos direitos humanos históricos, muitos alicerçados no princípio dignidade da pessoa humana, criam condições materiais propícias à obtenção de maior igualdade real. Sendo influenciados pela época, local e, de forma especial, pela dignidade da pessoa humana, considerada basilar para diversos direitos fundamentais. A Constituição Federal do Brasil, em 1988, inaugura um novo estado o Estado Democrático de Direito, onde o povo tem o poder soberano. Através dos direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais deixa claro que é intervencionista e solidarista.

A usucapião surge como meio encontrado, pelo Estado, de efetivar direitos fundamentais, como o direito à moradia. E exigir da propriedade sua função social. Claramente o legislador de frente com as habituais crises econômicas, de trabalho, políticas e sociais, criou diversas modalidades de usucapião, reconhecendo a necessidade fática de ajustes na sociedade por vezes desigual, turbulenta, desarrazoada e austera, em especial para aqueles de baixo poder aquisitivo econômico. Favorecendo assim, o caráter social de solidariedade necessário para amenizar os problemas na área da moradia e colapsos rotineiros na realidade da vida dos indivíduos em uma sociedade competitiva de produção e consumo.

REFERÊNCIAS

Agência Industrial Fiesp. Levantamento inédito mostra déficit de 6,2 milhões de moradias no Brasil. 16.02.2016. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/levantamento-inedito-mostra-deficit-de-62-milhoes-de-moradias-no-brasil/>> Acesso em: 15. Abr. /2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *O usucapião no âmbito material e processual*. 1. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

Brasil. *Código Civil*. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 maio 2017.

Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20. maio 2017.

Brasil. Lei Nº 12.424, de 16. Jun. de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm> Acesso em: 20. maio 2017.

Brasil. Lei nº 10.257, de jul. 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 20. MAI. 2017.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528> Acesso em: 20. Maio 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2012.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: direito das coisas. / Paulo Nader. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. - *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006.

SEIBT, Taís. *Áreas irregulares na Grande Porto Alegre têm 350 mil pessoas*. Diário Gaúcho. 13.12.2014. Disponível em: < <http://diariogaucho.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2014/12/areas-irregulares-na-grande-porto-alegre-tem-350-mil-pessoas-4662740.html> > em 16. Abr. 2017.

Súmula 237 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=237.NUME.S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 15. Maio 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. v.4, direito das coisas*. 5. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2013.