

A USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA – COLETIVA E INDIVIDUAL – COMO MEIO DE POLÍTICA PÚBLICA DE HABITAÇÃO

THE SPECIAL URBAN ADVERSE POSSESSION - COLLECTIVE AND INDIVIDUAL - AS PUBLIC HOUSING POLICY

Mariane de Bortoli Rossato¹

Joseane Ceolin Mariani de Andrade Pedroso²

RESUMO

O presente estudo versa sobre a análise do tema usucapião especial urbana - coletiva e individual - como política pública de habitação. Objetiva analisar se há relação entre a escassez de políticas públicas de habitação e a usucapião urbana (coletiva e individual) como meio de aquisição da propriedade pela população mais carente, e a obrigatoriedade da ação positiva do Estado na garantia de direitos sociais, especialmente o de moradia. Por fim quer-se analisar se no atual ordenamento jurídico a usucapião especial urbana – coletiva e individual – pode ser considerada uma espécie de política pública de habitação. Diante dessa reflexão mensura-se o possível resultado positivo para esse questionamento, em decorrência da inercia estatal em relação à clara escassez de ação positiva do Estado nesse sentido. Para enfrentar a análise proposta, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o de procedimento histórico e monográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião – Direito Social de Moradia – Função Social – Políticas Públicas.

ABSTRACT

This study focuses on the analysis of special urban adverse possession - collective and individual - as public housing policy. It aims to analyze whether there is a relation between the scarcity of public housing policies and the urban adverse possession (collective and individual) as a way of property acquisition by the neediest, and the State's mandatory affirmative action in guaranteeing social rights, especially housing. Finally, it examines whether the urban adverse possession - collective and individual - can be considered a sort of public housing policy in the current legal system. Given this reflection, it estimates the possible positive outcome to this question, due to State's inertia related to the clear lack of State's affirmative action in this direction. To conduct the proposed analysis, it was used the deductive method of approach and the historical and monographic procedure.

KEYWORDS: Adverse Possession – Social Housing Law – Social Role – Public Policies.

¹ Acadêmica do décimo semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Endereço eletrônico: mari.rossato@hotmail.com.

² Advogada. Professora de Direito Civil e Direito Processual Civil do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA, e da Faculdade Metodista de Santa Maria- FAMES. Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Integração Latino Americana, pela Universidade Federal de Santa Maria. RS. Endereço eletrônico: joseanemariani@yahoo.com.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tema de suma relevância na atualidade é a falta de ação positiva do Estado na promoção de políticas públicas de habitação. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo central de estudo a análise do tema usucapião especial urbana - coletiva e individual - como política pública de habitação, tendo como principal questionamento como o reconhecimento da efetivação da função social da propriedade pela Usucapião pode ter reflexo nas problemáticas atuais do Direito à moradia e nas políticas públicas acerca do tema.

Resta evidente a importância na realização do presente artigo em virtude da importância que o tema possui frente à sociedade visto que a análise da usucapião como meio de política pública de habitação é temática que envolve direitos fundamentais das partes envolvidas, como direito à propriedade e direito à moradia, razão pela qual a reflexão proposta permite a todos o conhecimento destes direitos e a conscientização da importância de políticas públicas em relação a estes.

Para atender a problemática e objetivo proposto, o presente trabalho adota o procedimento técnico a pesquisa teórica e indireta, aplicada na bibliografia indicada, na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil Brasileiro de 2002. O Método de abordagem a ser utilizado é o dedutivo, onde analisa-se a aquisição da propriedade por meio da Usucapião urbana (coletiva e individual) e verifica-se a possibilidade desse fenômeno enquadrar-se como meio de política pública de habitação.

Para enfrentar o tema proposto, estrutura-se o presente artigo em dois capítulos. O primeiro, dividido em subitens, analisa a evolução do direito de propriedade desde o Estado Absolutista até o Estado Democrático de Direito, dando ênfase a concepção de propriedade em casa modelo de Estado até se chegar ao dever de cumprir a função social. No segundo item, aborda-se sobre a função social da propriedade no espaço atual do ordenamento jurídico brasileiro e principalmente na Constituição Federal de 1988. Como consequência frente a análise da função social, no capítulo segundo busca-se fazer referência ao direito social de moradia frente a usucapião especial urbana (coletiva e individual). Ao final do capítulo, pretende-se refletir sobre a possibilidade dessa modalidade especial de usucapião ser considerada como política pública de habitação. É o que passa-se a abordar.

1 A evolução do direito de propriedade: do Estado Absolutista ao Estado democrático de Direito

A análise da usucapião como meio de acesso à propriedade perpassa pela evolução do próprio direito de propriedade e este, relaciona-se com a evolução do Estado. Assim, mister refletir sobre esta relação, premissa mais do que necessária para atingir o propósito do presente trabalho.

Inicia-se a análise partindo-se da teoria idealizada pelo filósofo John Locke e que defende o estado natural do indivíduo e afirma que o mesmo nasce livre na medida em que nasce racional, participando da sociedade singular que é a humanidade, que se interliga pelo cerne comum da razão (LOCKE, 1991). Ressalta-se que entre os direitos que Locke considera naturais, está incluído o de propriedade. Nas palavras do autor:

o direito à propriedade seria natural e anterior à sociedade civil, mas não inato. Sua origem residiria na relação concreta entre o homem e as coisas, através do processo de trabalho. Se, graças a este, o homem transforma as coisas, também adquire o direito de propriedade: Todo homem possui uma propriedade em sua própria pessoa, de tal forma que a fadiga de seu corpo e o trabalho de suas mãos são seus. (LOCKE, 1991, p. 07)

Assim, nota-se que Locke sustenta que a origem da propriedade se dá pelo trabalho, pois com o trabalho se dá fundamento as coisas que contraem valor e se tornam propriedades. De outro lado, contrapondo as ideias de Locke, Hobbes defende que a propriedade inexistia no estado de natureza e foi instituída pelo Estado após a formação da sociedade civil e, por ser fruto do Estado, a propriedade pode ser suprimida por este (LOCKE, 1991, p. 09).

Nesse sentido, para a compreensão de Estado deve-se levar em conta todas as relações que uma sociedade implica, pois de acordo com Lenio Streck (2010, p. 54) “O Estado não tem uma continuidade (evolutiva), que o levaria ao aperfeiçoamento; são as condições econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta para atender os interesses das classes hegemônicas”.

A evolução social retratada por Streck (2010) refere-se à mudança de paradigmas e modelos estatais de acordo com a necessidade da sociedade da época. Assim sendo, no curso da história, em decorrência das deficiências deixadas pelo Estado Medieval é que se muda o modelo de Estado, a fim de ir ao encontro de maiores anseios sociais. Em decorrência disso, o Estado Moderno nasce de uma estrutura absolutista onde

as monarquias absolutistas se apropriam dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, fazendo surgir um poder de *imperium* como direito absoluto do Rei sobre o Estado. Por outro lado, com tal postura os reis constituíram-se como senhores dos Estados, tal qual o faziam os senhores feudais do medievo, titularizando individualmente a propriedade do Estado. (STRECK e MORAIS, 2010, p. 45).

Assim, a organização e administração do Estado era poder do monarca, esse que tinha total relação com os detentores de um bom poder aquisitivo, fazendo com que as benesses e facilidades dos que eram anteriormente os senhores feudais fossem remetidas também ao governo de Estado. Essa organização de Estado Moderno assim se definiu em consequência das deficiências do Estado Medieval, pois

o sistema feudal, compreendendo uma estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, constituída de unidades familiares voltadas para a produção de subsistência, ampliou o número de proprietários, tanto dos latifundiários quanto dos que adquiriram o domínio de áreas menores. Os senhores feudais, por seu lado, já não toleravam as exigências de monarcas aventureiros e de circunstância, que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante, que só causavam prejuízo a vida econômica social. (DALLARI, 1998, p. 70)

Esse contexto despertou a insatisfação e a busca pela unidade, que somente se concretizaria com a afirmação de um poder soberano com o auxílio e apoio dos antigos senhores feudais.

Assim, após a evolução do Estado Moderno Absolutista, a classe que detinha o poder apenas pela sua situação econômica não se contentava mais com essa realidade, passando a almejar o poder político, que até esse ponto era apenas aristocrático e da dinastia (STRECK e MORAIS, 2010). Nesse sentido, Bonavides (1995) acrescenta que a monarquia absolutista jamais foi a burguesia no poder político, no entanto, essa favorecia consideravelmente os interesses burgueses, quando já lhe era impossível reprimi-los. Assim, com o declínio da dinastia do Estado Absolutista, surge uma nova ordem estatal, influenciadas por várias revoluções históricas, como o iluminismo e a revolução francesa.

Em relação a essa fase da construção do Estado, o iluminismo e a Revolução Francesa, é que se compreende a origem do Estado Liberal, esse que segundo Guilherme Penã de Moraes (2006) teve início com as revoluções burguesas de 1789 e é basicamente fundado na limitação do poder político, pela divisão do exercício do poder e principalmente pela redução das funções do Estado em relação à sociedade tendo a notável finalidade de proteger o indivíduo. Assim sendo, o homem tendo sua individualidade protegida e sendo detentor de direitos subjetivos invioláveis pelo Estado

valoriza-se a autonomia privada, pois o acesso a terra independe da coerção de um senhor, ligando-se agora a vontade individual. A propriedade será alcançada segundo a capacidade e esforço de cada um e, na forma da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, terá a garantia da exclusividade dos poderes de seu titular, como asilo inviolável e sagrado do indivíduo. (ROSENVALD e FARIAS, 2009 p. 165).

Para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que foi instituída na Revolução Francesa e marcou o Estado Liberal, a propriedade era tida como direito sagrado e inviolável, pois a exacerbação desse individualismo deu ensejo ao caráter mais absoluto da propriedade (FACHIN, 1988). Especificamente em relação a propriedade privada, pode-se compreender segundo Gustavo Tepedino (1999), que no Brasil o Código Civil de 1916 é baseado nas doutrinas individualistas, que foram consagradas com o Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações da época, tendo o legislador brasileiro sido influenciado pois o valor fundamental da época era o indivíduo.

Após a ascensão e declínio do Estado Liberal, nota-se a necessidade de uma nova ordem estatal e de um novo ordenamento que venha suprir as necessidades dos cidadãos, esses que antes não tinham nenhuma intervenção estatal se encontravam em uma considerável desigualdade social sendo de suma importância uma intervenção estatal, essa de forma moderada, porém efetiva. Por conseguinte, segundo STRECK e MORAIS (2010) passa-se a não somente a limitar o Estado, mas também a exigir e limitar uma ação positiva do Estado, essa motivação pelo social tem o objetivo de corrigir o individualismo liberal por meio de garantias coletivas, com isso se pretende criar um modelo de estado que crie uma situação de bem-estar social e geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana.

Para Wilson Antônio Steinmetz (2001), as consequências da teoria do Estado Social são três: a primeira, a efetividade dos direitos fundamentais depende das disponibilidades financeiras do Estado; a segunda, como os recursos estatais são limitados é inevitável a decisão de prioridades, decisões essas que por questão de discricionariedade política passam a ser critério de interpretação dos direitos fundamentais; o terceiro, é que tais problemas não deveriam ser decididos judicialmente, pois esses passam a ser tratados como mera positividade constitucional.

No Brasil, após uma vasta evolução desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916, a efetivação do Estado Social se deu com a promulgação da atual Constituição Federal, essa que trouxe em seu texto a previsão de que o titular da propriedade, que até então era a absoluta, deveria exercer a sua função social, previsão que trouxe um novo conceito para a propriedade, sobrepondo esse direito que antes era individual e absoluto através de uma outra visão que é garantir o bem social que é comum.

Nesse contexto, segundo Maria Helena Diniz (2002), não há como comprimir o conceito de propriedade a relação do homem com a coisa, pois tornou-se necessários estender essa proteção, pois há limitações que provém da própria natureza do direito de propriedade, como a proibição de abuso ou o impedimento de que o mal exercício desse Direito acarrete

um dado ao bem estar social. Em decorrência da previsão constitucional, o Código Civil de 2002 afasta de vez o individualismo firmado em toda a evolução do Direito de propriedade e exige que esse seja utilizado para o bem social e comum. Nesse passo, José Afonso da Silva vai mais além e afirma que

o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo a qual o seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se a concepção da propriedade como função social, e ainda a concepção da propriedade socialista, hoje em crise. (SILVA, 1994 p. 263.)

Essa mudança tem reflexo direto no tratamento desse direito, anteriormente, inerente ao indivíduo deve passar a exercer uma função social. Nas palavras de José Afonso da Silva (1994), pode-se afirmar que essa evolução acarreta a superação da propriedade como direito natural, o que não se confunde na faculdade do indivíduo de exercê-la usando e gozando do bem como assim o quiser, somente o direito objetivo vem limitar e estatuir a maneira que esse direito deve ser exercido.

Assim, nota-se com a evolução do direito de propriedade que este passou a ser considerado atualmente como um direito que deve atingir acima de tudo uma finalidade social, a fim de contribuir para o bem comum, devendo ser exercida com o bom e racional uso de suas atribuições naturais.

2 A função Social da propriedade na Constituição Federal de 1988

Como afirmado outrora, o Código Civil de 1916 é fruto de doutrinas individualistas e de liberdade, pois naquela época o valor que se fazia absoluto era o indivíduo. No entanto, após a ascensão da democracia e uma grande mudança no modelo estatal, o direito de propriedade pode ser compreendido com uma instituição de ordem econômica que deve atingir a sua função para o bem comum.

Corroborando o raciocínio, traz-se a baila a lição de Celso Ribeiro Bastos:

O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da lei maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica. (BASTOS e MARTINS, 1989, p. 119).

Nesse sentido, ROSENVALD (2009) versa que a propriedade nas pós-modernidade engloba muito mais que uma relação com os bens móveis e imóveis, mas sim uma relação também com bens que são incorpóreos, sendo que estes estão regulamentados em leis que estão fora do Código Civil, como, por exemplo, a Lei de Marcas e Patentes e a Lei de Direitos Autorais. Assim salienta-se que a garantia do direito de propriedade, atualmente, não se detém apenas em conteúdo patrimonial, mas sim em direitos que são obrigacionais. Para fins deste trabalho, trabalhar-se-á somente com a perspectiva do direito de propriedade sobre as coisas corpóreas, qual seja, a propriedade imóvel.

Ainda na perspectiva da propriedade e sua função social, afirma o referido doutrinador que a concepção unitária da propriedade tendo essa apenas como meros poderes sobre bens corpóreos e mensurar esta como apenas uma relação patrimonial, é apenas reproduzir e reforçar a concepção conservadora e individualista absoluta do direito de propriedade, sem dar a necessária atenção para as diversas formas de propriedade e ignorar as várias formas de utilização desses bens. Nesse sentido Francisco Loureiro (p. 58, 2003) corrobora: “houve uma transformação do direito de propriedade em poder econômico sobre o mercado. Em outras palavras, a propriedade passou, de poder sobre as coisas, a poder de comando.”

Sendo assim, nota-se que a propriedade é um direito fundamental, pois está no “artigo 5º, XXII – É garantido o Direito de Propriedade” (BRASIL, 1988), esse dispositivo, segundo ROSENVALD (p. 171, 2009) abrange os bens corpóreos e incorpóreos que podem ser objeto de direito mas essas que de qualquer maneira só se revelarão tuteladas pela constituição se atingirem sua função social. Tal preceito está positivado no inciso XXIII no mesmo diploma, o qual que prevê os Direitos Fundamentais e aduz que a propriedade atenderá sua função social, tendo sido instituída de forma significativa pela atual Constituição Federal.

Nesse diapasão, ao estar tutelada pela Constituição Federal como supracitado, a função social, de acordo com BARRUFFINI (p. 185, 1998) trouxe um novo conceito de propriedade que informa que ela não é apenas um bem patrimonial. Ao conceituar a função social, afirma que é um conjunto de normas objetivas e tampouco subjetivas que visa coibir as deformidades da ordem jurídica em relação a coletividade, está diretamente ligada a necessidade de se incorporarem medidas que garantam o princípio da supremacia do interesse da coletividade.

Nesse sentido, o mesmo autor aduz que a função social traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão que possa vir a realizar

interesses sociais, sem a exclusão dos direitos sociais que tem, pois lhe é assegurado às faculdades de uso, gozo e disposição, pois salienta-se que a propriedade permanece sendo instituto privado, porém que este adequa suas metas com as coletividade.

Sendo assim, salienta-se que muitas vezes quem dá função social não é, necessariamente o proprietário, mas sim o possuidor, prova disso se encontra nas várias formas de usucapião previstas pelo próprio código civil ou por leis esparsas como o estatuto da cidade, nesses casos, a propriedade passa a ser do possuidor, que por um lapso temporal determinado, deu função social ao bem.

Nesse diapasão, ROSENVALD (2009) afirma que é simples compreender que a proteção da posse é uma extensão da tutela da propriedade, pois ao expor as duas teorias mais conhecidas sobre a posse têm-se a Teoria Subjetiva de Savigny e a Teoria Objetiva de Ihering. A primeira apresenta a necessidade de dois elementos constitutivos, um é o controle material da pessoa sobre a coisa e segundo é o elemento volitivo que consiste na intenção do possuidor de exercer sobre a coisa o direito como se proprietário fosse; já na segunda teoria que, exatamente por ser objetiva, somente prevê que a posse se caracteriza pelo mero exercício da propriedade sobre a coisa. Nesta esteira, no que tange a proteção possessória, o Código atual perdeu a oportunidade de trazer expressamente a teoria mais avançada quanto à posse, aquela que considera a sua função social, tese cujo principal defensor foi Saleilles. Nesse sentido,

vale registrar que foram as teorias sociológicas da posse, a partir do século XX, na Itália, com Silvio Perozzi; na França com Raymond Saleilles e, na Espanha, com Antonio Hernandez Gil, que não só colocaram por terra as célebres teorias objetiva e subjetiva de Ihering e Savigny como também tornaram-se responsáveis pelo novo conceito desses importantes institutos no mundo contemporâneo, notadamente a posse, como exteriorização da propriedade (sua verdadeira 'função social'). (FIGUEIRA JUNIOR, 2003, p. 1095).

Essas teorias tem clara relação com a proteção da posse e principalmente com a função social da propriedade, previsão constitucional que desencadeou todo o sistema de proteção e principalmente de aquisição definitiva da propriedade por meio da posse, onde se enquadram as várias modalidades de usucapião. Sendo assim, nota-se o reflexo dessa breve ressalva constitucional em relação a função social da posse/propriedade na consituição federal, no atual Código Civil Brasileiro, que trás no parágrafo 1, do artigo 1228 do Código Civil de 2002 que:

O Direito de Propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas." (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, segundo MALUF (2011), ao mesmo tempo que a propriedade é regulamentada, na Constituição Federal, como direito individual fundamental, nota-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento que se enquadre aos anseios sociais.

O doutrinador LEAL (1998) corrobora a ideia de que a Carta Magna de 1988 expandiu significativamente a abrangência dos direitos e garantias fundamentais e, desde seu preâmbulo, prevê a consolidação de um Estado Democrático de Direito, este com objetivo de assegurar o pleno exercício dos direitos sociais e individuais. A Constituição traz a figura de um Estado Garantidor, principalmente do bem-estar social, este em favor da coletividade.

Nesse diapasão, nota-se que o regime jurídico que disciplina o direito de propriedade atualmente, tem seu fundamento na Constituição Federal. Segundo José Afonso da Silva (1998) a maneira com que a Carta Magna de 1988 adota o direito de propriedade aduz no sentido de que esse direito não pode mais ser tratado de forma individual e nem com uma instituição de Direito Privado, mas sim como uma instituição de ordem econômica, tendo tido seu conceito propedêutico reformulado devendo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo assim, a propriedade privada cumprir a sua função social.

Nesse sentido, o mesmo autor ainda afirma que a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, pois a função social da propriedade não é simplesmente um conjunto de limitações, ônus e obrigações, mas sim um princípio de ordem interna, intrínseca ao se exercer esse direito. (SILVA, 1998. p. 43)

Mesmo com toda a evolução dos sistemas estatais, percebe-se a presença da função social como uma característica da própria propriedade, essa tendo sido positivada em várias constituições, mesmo as anteriores a que trouxe claramente em seu texto essa previsão, sendo assim

O proprietário exerce os direitos de proprietário, porém limitando o seu exercício em conformidade com os interesses sociais. Esta limitação de conteúdo da propriedade foi firmada, no ordenamento jurídico brasileiro em constituições federais. Assim, na de 1934, art. 113,17; na de 1937, art. 122, 14; na de 1946, art. 147; na de 1967, art. 157, III; na resultante da Emenda Constitucional número 01/96, art. 160, III. (PEREIRA. 1994, p. 187)

Assim, com a evolução do direito de propriedade verifica-se que não é mais admitido compreendê-lo como um direito individual e absoluto, mas sim com um direito que deve atingir um bem estar comum e social, o que caracteriza a função social da propriedade.

Em relação a essa análise, é necessário salientar a função social da propriedade urbana, eis que de extrema relevância para este trabalho, devido a análise da usucapião urbana como política pública. No que tange a propriedade urbana, de acordo com Carlos Alberto Dabus Maluf (2011), surge uma Lei que é denominada o Estatuto da Cidade, este que proporciona ao Poder Público a faculdade de mediante lei municipal específica para a área incluída em seu plano de exigir da propriedade do solo urbano que não for edificado, que promova um adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento, edificação compulsória, tributação progressiva ou desapropriação, sendo assim se cria ao proprietário uma obrigação *propter rem*, pois mesmo sendo o titular proprietário da coisa, isso não o isenta de cumprir com a função social devida e prevista constitucionalmente.

Nesse diapasão, MALUF (2011) afirma no moderno e atual estatuto da cidade que versa sobre a propriedade para fins de atingir o bem da coletividade essa interfere no comportamento que é imposto ao proprietário.

Ainda em relação a função social da propriedade urbana, Nelson Rosenvald (2009) disserta no sentido que de para que houvesse uma maior efetividade e que se materializasse o artigo 182 da CF/88, esse foi regulamentado pelo Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001, pois desde o século XIX os problemas urbanos crescem de forma considerável com descaso ou concordância dos administradores, essa lei portanto vem estabelecer normas de interesse social que regulam a propriedade urbana em favor do coletivo e do bem-estar social.

Com essa regulamentação, salienta-se que em seu art. 50 do Estatuto instituiu que os municípios deveriam aprovar até a data de 10 de outubro de 2006 os seus respectivos planos diretores, tendo esse prazo sido prorrogado em razão do não cumprimento generalizado, nesse sentido enfatiza ROSENVALD (2009) que os planos diretores são a melhor forma de intervenção do município na política urbana e no garantismo do desenvolvimento em prol da função social.

Corroborando essa ideia, temos segundo Luís Portella Pereira, que

o Estatuto da Cidade e seus instrumentos de política urbana têm o objetivo de tirar do estoque do especulador áreas que devm ser parceladas para o fim de atender um desenvolvimento econômico da cidade. No contexto geral é importante para o desenvolvimento da cidade que estes espaços inabitados cumpram sua função social, gerando moradia, bem-estar dos cidadãos, atingindo-se a justiça social e o desenvolvimento sustentado da cidade. (PEREIRA. 2003 p. 19.).

Em suma, pode-se perceber que em acordo com a teoria do surgimento do direito de propriedade e a função social dessa, que vem positivada pela atual carta magna, a usucapião

em suas mais variadas formas, e em especial as que foram inseridas no ordenamento a partir de 1988, são uma forma de efetivação da função social.

Nesse sentido, salienta-se segundo Rosenvald (2009) que o objetivo da usucapião, unida com o tempo e a posse, é de privar o dono da coisa que não cuida do seu patrimônio em favor daquele que o fez. Assim, tendo em vista um objetivo dúplice, uma maior tranquilidade para aquele que por um período significativo imprimiu ao bem função social como se proprietário fosse e a outra serve como sanção ao proprietário inerte. Em relação a esta análise, resta saber se a usucapião pode contribuir na solução da problemática da moradia urbana, problemática que será enfrentada a seguir.

3 A usucapião especial urbana – individual e coletiva – e a garantia constitucional do direito social de moradia

Historicamente, a usucapião é concebida no ordenamento jurídico como meio originário de aquisição de propriedade, adotada sinteticamente como “a aquisição do domínio pela posse prolongada.” (BEVILÁQUA. 1950, p. 91). Neste viés,

“regulamentada pela Lei das XII Tábuas, o 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” (MONTEIRO. 1961, p. 120)

Nesse sentido, frisa-se que usucapião teve origem e fora consagrada na Lei das Doze Tábuas, como forma de aquisição da propriedade, tanto de bens móveis ou imóveis, por meio da posse continuada por em média um ou dois anos. Com a evolução e a expansão das fronteiras do império, se instituiu uma espécie de prescrição, a título de exceção. No entanto, Justiniano, após um decurso de tempo, concedeu ao possuidor a “garantia” de uma ação reivindicatória para que essa aquisição não tivesse mais caráter de exceção. Assim, a usucapião se tornou, simultaneamente, uma forma de aquisição e perda da propriedade levando em consideração a prescrição aquisitiva (ROSENVALD, 2009).

Ainda no contexto histórico da evolução da usucapião, para Benedito Silvério Ribeiro (1992), o Direito Brasileiro se distanciou do Francês, tendo prevalecido em relação a móveis fora adotado o princípio onde a posse de boa-fé vale como título, tanto é que, quanto ao possuidor de má-fé não se consuma a usucapião, sendo assim os juristas nacionais, que inspirados na legislação gaulesa, passaram a adotar no Brasil a teoria de que se presume

proprietário o que estiver na posse até prova em contrário, sendo assim passa-se a dar ao possuidor características de proprietário, o que na verdade acontece na usucapião no ordenamento jurídico atual, como será exposto no decorrer do presente trabalho.

Assim, como herança histórica, o atual ordenamento jurídico incluindo o Código Civil Brasileiro de 2002 e a Constituição Federal de 1988, adotam uma série de requisitos para que se adquira a propriedade por meio da usucapião de acordo com cada modalidade de usucapião. Segundo Nelson Rosenvald (2009), três são os requisitos essenciais a qualquer modalidade de usucapião no ordenamento jurídico: o tempo, a posse mansa e pacífica e o *animus domini*.

Salienta-se que esse lapso temporal, deve ser exercido de forma ininterrupta, e em relação a esse requisito, Nelson Rosenvald (2012) acredita que não é admissível que uma situação tão relevante, seja afetada por medidas extrajudiciais, pois essas caracterizam medidas coercitivas que não possibilitam a ampla defesa e o contraditório ao possuidor. Ainda em relação aos requisitos gerais da usucapião, aduz-se à posse mansa e pacífica

“Exige-se, ainda, que a posse seja mansa e pacífica, sem oposição, sendo de ressaltar-se que somente a impugnação feita por quem tenha legítimo interesse para tanto, como é o caso do proprietário contra quem se visa usucapir, poderá retirar-lhe esta característica, desde que o mesmo logre êxito em sua pretensão. Em contrapartida, não será suficiente para obstar o usucapião, a oposição indevidamente levantada contra a posse do usucapiente, por quem não detém legitimidade jurídica para tanto.” (NADER, 1989. p. 20)

Ainda, além do tempo e da posse, como fora exposto acima, para completar os requisitos gerais da aquisição da propriedade por meio da usucapião é necessário tratar sobre o *animus domini*, esse que é o requisito geral subjetivo. Em relação a esse requisito, RIZZARDO (2007) afirma que o possuidor deve no exercício da posse, fazê-la com ânimo de dono. Corroborando essa definição, Rosenvald (2009) afirma que esse requisito subjetivo consiste no propósito de o usucapiente possuir a coisa como se dela dono fosse, ou seja, o possuidor que possui o *animus domini* sabe que a coisa não lhe pertence, porém age com a vontade de tonar-se proprietário.

Os requisitos acima mencionados – tempo, posse mansa e pacífica e *animus domini* - são requisitos gerais da usucapião, inerentes também à usucapião urbana coletiva e individual, objetos deste trabalho.

Neste viés, segundo Rosenvald (2009) a usucapião especial urbana é a mais clara demonstração do princípio da função social da propriedade adotada pela Constituição Federal de 1988, pois se dá para aqueles que com *animus domini* residem no imóvel em regime

familiar, tendo a prescrição aquisitiva um período reduzido, exatamente para que esse tipo de possuidor seja beneficiado.

No que tange a usucapião urbana individual, a Constituição Federal de 1988 instituiu no artigo 183 os seguintes requisitos: “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.” Esse dispositivo está inserido no Código Civil vigente, no artigo 240.

A Lei 10.257/01 surgiu com o intuito de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal sendo que seu texto versa sobre os requisitos para a concessão dessa que é uma forma excepcional de aquisição da propriedade, salienta-se ainda que o texto da lei é o mesmo adotado por todo o ordenamento jurídico.

Da análise do artigo 9³ do Estatuto da Cidade, verifica-se os requisitos exigidos para a caracterização dessa modalidade, são eles: o imóvel não pode ter sua área de superfície maior que duzentos e cinquenta metros quadrados, o imóvel deve ser utilizado como moradia, e o possuidor não pode ser proprietário de outro bem.

Essa moradia tende a ser exercida pela entidade familiar em seu sentido amplo, pois faz cumprir seu princípio protecionista, da família e dos menos favorecidos, por meio do requisito objetivo que impede que o possuidor seja proprietário de outro imóvel, “veda-se o apossamento de áreas superiores a 250m², para posterior ajuizamento de ações autônomas de usucapião entre os membros de uma mesma família.” (ROSENVALD, 2009. p. 305). Portanto, verifica-se a intenção do legislador de proteger o direito social de moradia.

De outro norte, quanto a usucapião urbana coletiva, não se pode deixar de mencionar os requisitos positivados na lei 10.257/2001 para reconhecimento dessa modalidade de usucapião pois, apesar dos requisitos não se igualarem à usucapião urbana individual, a intenção também é proteção do direito de moradia, conforme extrai-se da análise do artigo 10⁴

³ “Art. 9o Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

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

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

§ 3o Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.” (BRASIL, 2013, p.256)

⁴ “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.

da lei em referência. Segundo Rizzardo (2007), será autorizada a usucapião, além dos requisitos expressos, desde que presente um vínculo de proximidade social e econômica, por um grupo de indivíduos que ocupa uma área maior que 250m² onde não há a possibilidade de individualização dos terrenos, devendo ser levado em consideração as condições de baixa renda, pois essa, fora a pretensão da Carta Magna, trazendo o princípio protecionista.

Compartilhando da mesma tese, Rosenvald (2009) afirma que além de possibilitar que os possuidores de áreas inseridas em glebas, que não teriam possibilidade de ajuizar ações individuais por não conseguirem individualizar e documentar o espaço que ocupavam, é notável a capacidade da usucapião especial urbana coletiva em favorecer os interesses individuais homogêneos da coletividade que anseia por um direito que é constitucional, o da propriedade, pois com a usucapião coletiva, cada família terá uma fração ideal dando ensejo à urbanização racional da área.

Da análise das modalidades anteriormente citadas, constata-se a necessidade de que o possuidor preencha o elemento geral subjetivo da usucapião que é o animus domini. Assim, adquirirá direito à propriedade, o que poderá levar a efetivação do direito à moradia digna e saudável, que é elencado pela constituição como um Direito Social devendo ser assegurado a todos os cidadãos.

Em outras palavras, a usucapião acarreta a perda da propriedade para aquele proprietário que não cumpre a função social. Tal consequência decorre da evolução causada pela democratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o direito de propriedade começa a ter um novo tratamento, não sendo somente um direito absoluto e individual, mas sim um direito voltado também ao bem comum.

Em sintonia com os dispositivos elencados, Nelson Rosenvald (2009) afirma ser o texto das legislações infraconstitucionais a reprodução da mensagem prevista inicialmente pela Constituição Federal trazendo para a ordem privada um rol exemplificativo de conceituação de função social, tendo sido trazida para essa codificação de forma geral para dar ensejo a novas legislações especiais a cerca do tema.

Ao contextualizar a função social da propriedade, compreende-se que essa restrição retira as garantias daquele que não exercer seu direito da maneira que está positivada, perde as garantias adquiridas a priori, nesse sentido:

§ 1o O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2o A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.” (BRASIL, Lei 10.257/01)

“o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso a propriedade. Nesta hipótese, as garantias ligadas normalmente a propriedade, notadamente a de exclusão de pretensão possessória de outrem, deve ser afastada. Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito, tão-só, ao uso do bem, mas a própria essência do domínio. Quem não cumpre a função social perde as garantias judiciais e extra-judiciais de proteção da posse.” (COMPARATO. p. 9. 2005)

José Neure Bertan (2004) é claro ao dizer que em razão de princípios como o da unidade e harmonia constitucional, o cumprimento da função social a todos obriga. Nesse caso, o descumprimento faz surgir os modos de aquisição e de utilização da propriedade, sendo a posse, uma delas, desde que cumprida em acordo ao preceito fundamental da constituição. Nesse sentido, salienta-se que não há nada mais objetivo e eficaz no cumprimento da função social da propriedade que o exercício da moradia, pois esta além de dar função a propriedade também colabora para a efetividade de um Direito Social.

Nesse contexto, é necessária uma análise sobre os direitos sociais na história da Constituição Brasileira sendo imprescindível para a compreensão da maneira pela qual Carta de 1988 trata desses nobres direitos. Segundo versa Alessandra Gotti Bontempo (2005), após uma longa evolução das Constituições Brasileiras anteriores, e o longo período de regime militar ditatorial, surge o processo de democratização no Brasil, que desencadeou na promulgação da atual Constituição. Corroborando esse pensamento aduz José Afonso da Silva,

a luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático e Direito começara assim que se iniciou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil (...) Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentido de Nação, em busca de reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional.” (SILVA, 2002. p. 88)

Assim, enquanto no âmbito interno se consolidava a democracia, internacionalmente Andreas J. Krell (2000), afirma que após a revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os Direitos da “segunda geração” surgiram com previsão constitucional, tendo passado por um ciclo de pouca eficácia, devendo ter seus pressupostos criados pelo Estado como agente para que eles se concretizem.

Nesse diapasão, Paulo Bonavides (2001), afirma que a Constituição de 1988, por ter tido constituintes congressuais, possui vícios insanáveis, o que justifica o atual número de emendas constitucionais no atual ordenamento jurídico, o que reflete na aplicação das normas constitucionais. No entanto, Alessandra Bontempo (2005) ressalta que não se pode esquecer que a Constituição Federal foi o marco da transição da ditadura ao regime democrático, pois a

Carta Magna institui desde seu preâmbulo um Estado Democrático de Direito com o objetivo de assegurar o exercício dos Direitos Sociais e individuais.

Em relação a isso, conclui Ingo Sarlet (2000), que os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim os que vêm por meio deste, sendo exigido do poder público prestações materiais. Assim, verifica-se ser esse o pontapé inicial para a completa mudança do Direito Constitucional Brasileiro, e todo o teor em relação aos Direitos Humanos e sociais.

O doutrinador José Afonso Da Silva (2002) define os direitos sociais como uma parte dos direitos fundamentais do homem, afirmando que são prestações estatais, positivadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos e a esses, Direitos a igualização.

Dentre os direitos sociais fundamentais, destaca-se o Direito Social à Moradia, que fora elevado a esse patamar pela Emenda Constitucional nº 26, sendo que o art. 23, inciso IX da Constituição Federal trás a necessidade de os entes federados promoverem programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais. Nesse sentido, Bontempo (2005), conclui que o reconhecimento do Direito à Moradia como Direito Social pressupõe a conduta ativa do Estado em efetivar esse Direito por meio de políticas públicas.

Pedro Lenza (2009) analisa o Direito Social à Moradia, aduzindo a outros princípios basilares da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito cita, como por exemplo, a clara relação entre o Direito Social à Moradia, com a dignidade da pessoa humana, com o Direito a intimidade e à privacidade e também o de ser a casa asilo inviolável, todos positivados expressamente na carta magna vigente.

Sendo assim, não restam dúvidas de que o Direito Social à moradia busca consolidar o Direito individual de moradia digna e adequada, tanto que a Constituição elenca como dever dos entes federados promover a habitação digna dos menos favorecidos. Nesse viés, por ser o direito social de moradia um direito de segunda geração, há necessidade da atuação positiva do Estado, através da implantação de políticas públicas.

Após esse breve relato sobre importância do Direito Social à moradia e da necessidade de que se promovam políticas públicas acerca do tema, não há como não fazer a relação a usucapião especial urbana – coletiva e individual – como forma clara de proteção a esse Direito Social, pois não há dúvidas sobre o intuito da Constituição Federal quando trouxe essa modalidade com lapso temporal reduzido para o ordenamento.

Nesse sentido, ROSENVALD (2009) afirma ser, essa modalidade de usucapião, uma maneira de promover o direito fundamental à moradia, pois vem assegurar o mínimo do

patrimônio de uma entidade familiar, tutelando o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto o entendimento de CORDEIRO (2001), questiona que a utilização racional da propriedade de áreas urbanas ociosas ou ocupadas de forma irregular, demonstra que o Estado não quer apenas tutelar direitos, mas fornecer maneiras para seu exercício.

É o que se tem na usucapião especial urbana, uma maneira indireta que o Estado encontrou de tutelar esse Direito Social que é a moradia, pois é clara a intenção do artigo 183 da Constituição Federal, pois como referido supra os requisitos para a aquisição da propriedade são extremamente voltados para o fim garantidor nessa modalidade especial. Na sequência, pretende-se refletir se esta forma de tutela pode ser considerada como política pública de habitação.

4 A (Im)possibilidade de considerar a Usucapião especial urbana (coletiva e individual) como meio de política pública de habitação'

A usucapião urbana – individual e coletiva – beneficia aquele que efetiva a função social da propriedade urbana com o reconhecimento da propriedade, ao mesmo tempo que protege sua dignidade humana, eis que condição para este reconhecimento é a demonstração de que utilizada do bem para moradia. Diante desta relação, pode-se refletir sobre a usucapião como política pública de habitação. Assim, antes de adentrar nessa reflexão, faz-se mister tecer algumas considerações sobre as políticas públicas.

A análise se inicia pela evolução das políticas públicas com base na experiência do direito comparado. Maria Paula Dallari Bucci (2002) afirma que na Inglaterra em função das políticas públicas o Direito Administrativo é considerado uma subdivisão do Direito constitucional, pois vem disciplinar a organização, composição, funções das políticas públicas.

Na experiência americana, considera-se que nos Estados Unidos, o principal conflito em relação ao Direito Administrativo é exatamente a execução das políticas públicas, sendo assim conclui a autora que “as políticas públicas são, portanto, no direito administrativo norte-americano, a face afirmativa da regulamentação.” (BUCCI, 2002 p. 69).

Refere ainda BUCCI (2002), que as modificações da ordem social e as verdadeiras intenções dos agentes do poder estão entre os elementos que ressaltam as dificuldades em transpor, no Brasil, um sistema eficaz que divida o direito da política. Nesse sentido, Norberto Bobbio (1987) afirma que com a “tecnicização do Direito Público” e a evolução do Estado de Direito para Estado Social volta-se a obter a visão de um Estado como organização social e

titular do poder de efetivação das garantias individuais e sociais por meio das políticas públicas.

Corroborando, José Joaquim Gomes Canotilho (1994) afirma que há sim uma relação entre uma constituição dirigente, a ideia de um Direito Administrativo voltado para a concretização do que decorrem as políticas públicas.

Com ensejo na experiência do direito comparado, salienta-se que as políticas públicas são um conjunto de ações proporcionadas pelo Estado, englobando União, Estados e Município, que visam o bem da coletividade, estas podem ser desenvolvidas em parceria com organizações não governamentais, ou com a iniciativa privada, as mesmas são o instrumento que permite ao Estado observar lacunas, e prioridades. (APPIO, 2005. p. 133).

Essas prerrogativas dadas ao Estado são derivadas da Democracia atual que acaba possibilitando que se promovam ações coletivas, e que ao mesmo tempo se tenha conhecimento dos anseios da grande massa, sem se deixar afetar pelo poder exagerado do capitalismo, que atualmente move grande parte da sociedade, é de suma importância à distinção, nos casos das políticas públicas, da Democracia em frente o Liberalismo,

Interessante bem mais destacar que liberalismo e democracia – que ao menos desde há um século têm sido sempre considerados a segunda como natural prosseguimento do primeiro – mostram não ser mais totalmente compatíveis, uma vez que a democracia foi levada às extremas conseqüências da democracia de massa, ou melhor, dos partidos de massa cujo é o Estado assistencial (BOBBIO, p.139, 2000)

Parte-se desse pressuposto para entender que as políticas públicas, não estão diretamente ligadas ao assistencialismo e a intensa intervenção da massa nas ações estatais, e sim no dever do Estado de observar necessidades e contar com entidades, públicas ou privadas, para tais feitos, que tem o intuito de tornar o Estado e a sociedade mais igualitária, não somente chefia pelo poder do capital, ou ainda pelo poder paralelo.

Nesse sentido, nota-se a necessidade dessa ação estatal, pois “a liberdade, a igualdade e a democracia só sobrevivem com base no poder controlado, a função principal das instituições é ajustar os limites da igualdade aos limites da liberdade” (PASTORE, 2005. p.11), observação, essa, que vai ao encontro com o dever do Estado de proporcionar essas ações, e não só, mas de percebê-las por suas necessidades, e tutelá-las da forma mais coerente e justa possível, podendo se deter no trabalho de organizações governamentais ou não, até da iniciativa privada.

As políticas públicas que efetivam o direito à moradia, segundo Luciano de Souza Godoy (2006), podem ser encontradas no ordenamento jurídico, e um ótimo exemplo é o Direito Civil Brasileiro, no direito das sucessões onde se é protegida a moradia ao cônjuge do

de cuius, ainda no que se trata a proteção ao bem de família que está resguardado por força de lei tendo sido declarado inviolável. Ressalta-se ainda a Lei do inquilinato e as regras de desapropriação, que só ocorrem quando estiverem impedindo o bem comum de ser efetivado.

Salienta-se que uma das principais medidas de garantia ao Direito de moradia relatado por GODOY (2006), é a usucapião constitucional urbana que fora instituída com o cunho de incentivar os proprietários que dessem função social à propriedade e também com intuito sancionatório em relação aos que não levam esse preceito fundamental com o mínimo de consideração.

Tendo como base, a necessidade de efetivação dos Direitos Sociais de Moradia e o dever do Poder Público de assim o fazer, pelos meios que possui, um deles sendo as políticas públicas, parte-se para uma reflexão acerca desse Direito Social e de que forma essa inércia estatal reflete nas invasões.

Nelson Rosenvald (2012), afirma que o direito social à moradia e as invasões são um conflito social, pois direitos fundamentais existenciais (acesso à moradia) e a propriedade elencada no art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988, segundo o nobre doutrinador é um enfrentamento entre um direito subjetivo público e difuso a bens mínimos e vitais que vai contra direito individuais que são positivados no sistema. Nesse sentido, a fim de conceituar essa problemática, cabe uma análise em relação aos problemas habitacionais no Brasil,

Em apenas trinta anos, entre 1950 e 1980, o Brasil se transformou, passando de um país predominância urbana e industrial: enquanto em 1950 a população brasileira era quase dois terços rural, trinta anos mais tarde dois terços da população era recenseada como urbana. Durante esse período, economia manteve uma taxa de crescimento de 7% ao ano em média. Assim, o Pib foi multiplicado por 8, aproximadamente, e a renda *per capita* multiplicada por 3,4. A produção industrial progrediu numa taxa de crescimento médio de 8,5% ao ano e até de 15,3% para os bens de consumo duráveis. (SACHS, Céline, 1999. p. 35)

Salienta-se que as invasões surgiram, portanto, do crescimento em massa e migração para os grandes centros, no entanto, a revolução industrial e reformas sociais do Brasil também refletiram numa triste realidade, a desigualdade, o que transfere a necessidade da tutela para o Estado, que possui poder para que assim seja, impedindo o vazio dos direitos fundamentais, impedindo que permaneçam como letra morta da Constituição. (SARLET, Ingo. 2001)

Ainda nesse sentido, em relação à eficácia e aplicação dos direitos sociais pelo Estado Democrático de Direito, ressalta-se que de acordo com a doutrina tradicional e José Joaquim

Gomes Canotilho (2002) trazem a necessidade da efetivação dos direitos sociais, como a moradia e a saúde, de modo prestacional.

Sendo assim, Nelson Rosenvald (2012) afirma que é inevitável – nesses conflitos de direitos fundamentais – a ponderação e a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois como não há norma constitucional estritamente concreta e absoluta, deve-se analisar cada caso em concreto e no conflito tratado em questão entre a propriedade, que tem caráter patrimonial e de ordem privada e o direito à moradia e a subsistência, deverá prevalecer este último. Pois se o Estado Democrático de Direito é caracterizado pela busca da efetividade dos direitos fundamentais, tem-se que essas condutas devem ser prioridade dos poderes constitucionais atribuídos pelo mesmo nobre diploma legal.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002), não há dúvidas de que a obrigação de fazer em relação à desigualdade e a efetividade dos direitos sociais é do Estado. Afirma a autora que quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a efetividade de um programa de ação governamental, a eficácia de políticas públicas depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos, especialmente no campo dos direitos sociais.

Sendo assim, elenca-se de forma natural esse direito social tão presente nos conflitos atuais, o que aduz diretamente a uma ressalva acerca da usucapião urbana – coletiva ou individual – que foi inserida no Código Civil de 2002 por força da carta magna de 1988, por essa razão também é denominada por usucapião constitucional, por ter sido, segundo Rosenvald (2009) uma das mais claras demonstrações da preocupação da assembleia constituinte com a função social da sociedade. Refletindo esta preocupação, cabe fazer uma ressalva a um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento ficou praticamente abandonado por mais de 20(vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos, em 1978 a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamentos dos proprietários. O jus reivindicandi fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. (TJ/SP, Ap.Cível. 212.726-1/8, rel. Des. José Osório, 16.12.94)

É evidente que em aplicação ao princípio da proporcionalidade o que prevalece é o princípio garantista da ordem pública. Encontra-se, portanto, a relação entre a Usucapião e as políticas públicas que devem ser promovidas pelo Estado, pois fica claro que essas deveriam ser devidamente efetivadas.

Nesse diapasão, o acesso à moradia pode ser contraposto ao direito de propriedade, pelo fato de ela não cumprir a função social, pois a posse não precisa estar atrelada à propriedade para sobreviver, e muitas vezes a titularidade já se divorciou do espaço físico para o qual aponta o título, pois trata-se de uma questão elementar de respeito a direitos fundamentais e interpretação do Direito Civil com vértice axiológico constitucional. (ROSENVALD, 2009)

Nesse sentido, pode-se aduzir, ao sentido da propriedade que não devidamente exercida, vai de encontro com a função social da propriedade sendo essa cumprida, a propriedade não se faz essencial somente a posse, sendo que essa trás para quem antes não tinha a mínima condição de subsistência e muito menos acesso a moradia digna uma garantia de que poderá usucapir aquela propriedade se exercê-la com o devido *animus domini* pelo lapso temporal determinado.

Sendo assim, nota-se a direta relação entre a usucapião especial, que foi trazida ao ordenamento pela Constituição Federal de 1988, com a garantia do Direito Social de Moradia, pois como requisito tem a necessidade de o possuidor utilizar o imóvel para esse fim, e lá residir por mais de cinco anos. Nesse sentido, não há como desvincular a presença de uma proteção a esse direito social, que em decorrência da inercia estatal vem sendo esquecido e necessita de novas formas de tutela, uma dessas podendo ser essa modalidade de usucapião.

É evidente, de acordo com APPIO (2005) que deve se utilizar o espaço judicial como instrumento de debate acerca da importância de políticas públicas, esse que tem como consequência o comprometimento dos diversos órgãos de que deveriam promover essas políticas de forma eficaz.

Nessa mesma linha de pensamento, o mesmo autor afirma que o Poder Judiciário no atual Estado Democrático de Direito tem sua atuação como um representante estatal, ceivado de prerrogativas e limitações que visam assegurar sua isenção frente a cada caso concreto. Nota-se portanto, que de uma análise de acordo com o tema proposto pelo presente artigo, o Poder Judiciário atua como substituto do Poder Estatal, pois acaba por preencher uma lacuna deixada pela inércia do órgão competente, com o fim maior da proteção e tutela de um Direito Social, o de moradia. Segundo APPIO (2005) a atividade do Poder Judiciário se dá na intervenção direta no espaço que tradicionalmente é reservado para outros poderes no caso desses não agirem como deveriam, é quando o Poder Judiciário passa a exercer políticas públicas que não estão sendo devidamente realizadas. Portanto, verifica-se que a usucapião especial urbana (coletiva e individual) tem relação direta com a falta de ação positiva do ente

estatal em promover políticas públicas de habitação que tutelem e garantam o Direito Social de Moradia a todo o cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, pretendeu-se demonstrar a evolução do direito de propriedade desde o Estado Absolutista até o Estado Democrático de Direito. Constatou-se que a *priori* a propriedade era tida como Direito absoluto, inviolável, onde somente os grandes monarcas e burgueses da época a detinham. Com o declínio do Estado Liberal e mais adiante, a implantação do Estado Democrático, nota-se uma brusca mudança nesse caráter absoluto do direito de propriedade que passa a exercer um papel na sociedade, visando agregar uma função social a esse direito. Diante desta evolução, foi possível verificar que o cumprimento da função social é inerente a propriedade, portanto ao proprietário, assim não o fazendo, cede espaço para que o possuidor possa adquirir direitos, tornando-se proprietário do imóvel, através da usucapião.

Em decorrência dessa análise, passou-se a exposição dos elementos que caracterizam a usucapião especial urbana – coletiva e individual – e os requisitos para obter a aquisição da propriedade face a garantia constitucional do direito social de moradia. Percebeu-se a direta ligação em esses dois institutos, pois um dos requisitos objetivos da presente modalidade de usucapião é a necessidade de que o possuidor tenha o imóvel usucapido como moradia, tendo como objetivo a proteção desse direito, pois como é sabido, essa modalidade foi inserida no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988 tendo como principal característica o lapso temporal reduzido em relação as outras modalidades.

Assim sendo, após a compreensão dos requisitos desta modalidade especial de usucapião pode-se entender a sua direta relação com o direito social de moradia e a falta de políticas públicas eficazes no atual ordenamento jurídico. Em decorrência da inércia estatal em promoção de mais políticas públicas de habitação é que se pode analisar a clara relação dessa modalidade com a proteção desse direito social podendo ser considerada uma política pública que vem tutelar esse direito previsto e autorizado constitucionalmente. Com essa análise pretendeu-se conscientizar os pilares e atores sociais desta doutrina, principalmente no que concerne a todos os envolvidos neste processo, bem como quanto a necessidade de efetivação dos direitos sociais de moradia e o dever do Poder Público de assim o fazer implementando políticas públicas. Constata-se que a usucapião especial urbana relaciona-se diretamente com estas, pois oportuniza a melhoria da qualidade de vida da população,

colaborando na distribuição de renda, concretizando direitos humanos, coletivos ou direitos sociais, como o direito de moradia.

REFERÊNCIAS

ANDREAS, J. Krell. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais.** In SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Granda. **Comentários a constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade. Para uma teoria geral da política.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Ltda, 1950. v. III.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1998.** Curitiba: Juruá, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 11ªEd. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Promulgada em 05/10/1988.

_____, Código Civil Brasileiro. Promulgado em 10/01/2002.

_____, Lei 10257. Promulgada em 10/01/2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra, 1994.

COMPARATO, Fabio Konder. **Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade.** Artigo obtido pela internet, extraído do site www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm, da Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, em 29/09/2013.

CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião Constitucional Urbano: aspectos de Direito Material**. São Paulo: Max Limonad, 2001

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos, e D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Novo Código Civil Comentado**. Coordenador: Ricardo Fiúza. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª Edição, 2003.

GIORDANI, José Acir Lessa. **Propriedade Imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo**. 5ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. *In*: RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações do Direito de Propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Cidade**. 3ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 1961. 4ª Ed.

NADER, Natal. **Usucapião de Imóveis – Usucapião Ordinário, Usucapião Extraordinário e Usucapião Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 3ª Ed.

PASTORE, José. **A modernização das instituições do trabalho: encargos sociais, reformas trabalhista e sindical**. São Paulo: LTr, 2005

PEREIRA, Cio Mário da Silva. **O direito de propriedade e sua evolução**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1994.

RIBEIRO, Benetido Silvério. **Tratado de Usucapião**. São Paulo: Saraiva, 1992.
RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70053181327, Décima Nona Câmara Cível, Apelantes: Ricardo Perico e Margarida Rosseli De Oliveira Apelado: Marli Silva Lopez Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 12/03/2013. Disponível em: www.tjrs.jus.br Acesso em: 02/11/2013.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70049007008, Décima Sétima Câmara Cível, Apelante: Maria Helena Pereira Silveira. Apelados: São Cristóvão Futebol Clube e Município de Gramado. Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 13/09/2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 02/11/2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.