**USUCAPIÃO: a função social da posse e a efetivação do direito fundamental à moradia**

**RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar usucapião como forma de exercício da função social da posse, bem como esclarecer de que maneira tal função é corolária à efetivação do direito fundamental à moradia. A diferenciação entre posse, propriedade e detenção, será necessária na medida em que nos conduz ao conceito de função social da posse. Além disso, o estudo da posse nos leva a um de seus principais efeitos, o direito de usucapir. O usucapião é uma forma de aquisição da propriedade pela posse continuada durante certo período de tempo e a partir de requisitos previstos em lei. A ação representa ainda, um meio de resolução de conflitos a parir da relativização entre função social da posse e da propriedade, já que é declarado possuidor aquele que dá devida destinação ao seu bem, seja tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família ou tendo nela sua moradia. A partir disso, pretende-se apresentar a função social da posse e como ela representa a efetivação do direito fundamental à moradia.

**Palavras-chave:** Usucapião. Função Social da posse. Direitos Fundamentais.

# 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 88, ao tratar sobre direitos fundamentais, em seu art. 5°, XXII garante o direito a propriedade, estabelecendo mais adiante (inciso XXIII) a necessidade de tal propriedade atender a sua função social. Atualmente, diante do ordenamento jurídico que temos, entende-se quetanto a Carta Magna quanto o Código Civil, trazem em seu corpo, implicitamente, a importância da aplicação da função social da posse, pois esta representa um complemento ao principio positivado da função social da propriedade, ou seja, a posse é a concretização do direito à propriedade.

O instituto da posse é de relevante caráter social, tendo em vista que é também uma forma de efetivação da garantia constitucional a moradia (art. 6° CF/88), que, por sua vez, dá dignidade a pessoa humana, alicerce de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, podemos entender que o possuidor que exerce a posse de um bem de forma produtiva, ainda que não seja o proprietário concretiza a função social, bem como efetiva a garantia à moradia, atingindo o real objetivo do legislador.

Ademais, o art. 191 e 183 da Lei Maior tratam sobre a aquisição de propriedade de bem imóvel em situações em que o possuidor torna a área produtiva mediante seu trabalho ou de sua família, tendo nela moradia ou mesmo quando utiliza tal área apenas para sua moradia ou de sua família. Além disso, o Código Civil, também trata sobre a aquisição de propriedade ao falar sobre o chamado usucapião, utilizando-se não apenas de requisitos temporais, mas também da materialização da função social da posse.

O usucapião pode ser definido como um modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais, mediante posse prolongada e qualificada por requisitos estabelecidos pela lei. A ação possue importante participação em nosso sistema jurídico, representando um meio para solução de conflitos, onde ocorre a relativização da função social da posse e da propriedade, visto que, nessa situação, o proprietário que não está dando a devida destinação a seu bem, fica privado de seu direito em prol daquele que é possuidor e está dando a devida destinação.

Além disso, o direito fundamental a moradia é integrante do rol dos direitos econômicos, sociais e culturais, e para que tenha de fato uma eficácia há a necessidade de existir ações positivas por parte do Estado, o que envolve adotar uma política que regule o uso e desenvolvimento do território. O usucapião entra no momento em que o bem esta na posse de alguém que esta utilizando-o de acordo com sua função social, é um ciclo que torna possível alcançar tanto a necessidade do bem exercer sua função social quanto tornar efetiva a vontade do legislador ao tratar/garantir o direito a moradia.

Diante do apresentado, chega-se a uma dúvida quanto a em que momento o usucapião é uma forma de exercer a função social da posse e de que maneira tal função é corolária a efetivação do direito fundamental à moradia

A partir de tal dúvida, o trabalho irá diferenciar conceitos de posse e propriedade, assim como os de posse e detenção, para melhor compreensão do tema em questão, assim como apresentar o que é a função social da posse e esclarecer sucintamente o que representa usucapião, definindo suas espécies.

Mediante o exposto, o estudo faz-se necessário pois, apesar da função social da posse não ter previsão legal expressa, esta deve ser interpretada por analogia a função social da propriedade, vez que, como já dito anteriormente, a posse é a concretização do direito a propriedade. No mais, é de grande importância entender qual a diferença entre posse e propriedade, de que forma isso pode ser utilizado em uma ação de usucapião, além de compreender como funciona tal instituto, suas modalidades e requisitos, afim de esclarecer como ele torna eficaz o direito a propriedade.

Por fim, a pesquisa classifica-se, no que tange aos objetivos, como exploratória, visto que busca aproximação do assunto abordado, utilizando-se de exemplos como incito a compreensão. Quanto ao procedimento técnico usado na pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, haja vista ser baseada em documentos já existentes.

A pesquisa apresenta uma abordagem indutiva, pois parte de dados particulares para tentar chegar a uma abordagem de verdade efetiva (NALINE, 2008), além disso, quanto a abordagem do problema a pesquisa classifica-se como qualitativa.

# 2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

## 2.1 Posse x Propriedade: uma discussão acerca dos conceitos

Carlos Roberto Gonçalves (2014), diz que os romanos distribuíam aos cidadãos pequena parcelas dos seus terrenos, sendo a outra parte reservada. As terras eram estendidas de forma que era concedido aos particulares a fruição das áreas destinadas às cidades para que não ficassem improdutivas, dividindo-as em pequenas propriedades denominadas “*possessiones”*. Essas concessões eram da propriedade quiritária e não podiam ser defendidas pela*reivindicatio*, atribuída ao particular da propriedade. Entretanto, para que não permanecessem indefesas criou-se as formas de defesa da propriedade. Diante disso, percebe-se claramente que o Direito Romano já discutia a concepção de posse.

Atualmente, o conceito e delimitação de posse perpassam por duas teorias: subjetiva (Savigny) e objetiva (Ihering). A primeira diz respeito ao conceito de posse enquanto dois elementos, corpus e animus domini. O corpus seria o elemento material da posse, já o animus seria o elemento subjetivo de vontade de dono. Para a teoria objetiva que tem como principal defensor Ihering, a posse se constitui com o corpus, bastando a pessoa dispor fisicamente da coisa e comportando-se como se proprietário fosse. O animus estaria inserido no corpus e demonstraria ainda, que a intenção de exploração da coisa de forma econômica seria o único fator de comprovação da posse (TARTUCE, 2015, p.28).

Ademais, trazendo a discussão para o âmbito do direito brasileiro, quetiona-se qual das duas teorias foi adotada. Segundo Tartuce, conclui-se que o atual Código Civil adotou parcialmente a teoria objetiva de Ihering: art. 1.196 da atual codificação “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes a propriedade”. Fala-se em adesão da teoria objetiva em quase a totalidade do CC pelo fato do usucapião ser uma forma de aquisição de propriedade que se utiliza tanto da teoria objetiva quanto da teoria subjetiva, fato que será discutido com maior atenção à medida em que se desenvolver o trabalho.

Além disso, se faz necessária a diferenciação entre posse e detenção. A posse tem ainda a característica de ser exteriorização da propriedade. Existe a presunção de que aquele

que é possuidor é ao mesmo tempo proprietário da coisa. Segundo doutrinadores e o próprio Código Civil de 2002, possuidor é aquele que tem de fato o exercício da coisa para interesse próprio, ou seja, exerce uma posse própria. Em compensação, o detentor exerce a posse para interesse de outrem, e em nome de outrem. Artigo 1.198 ‘considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com o outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas’. Diante disso, segundo doutrinadores como Maria Helena Diniz e Tartuce, como o detentor não tem posse, visto que a exerce em nome de outrem, não tem o direito de invocar ações possessórias, sendo possível apenas que defenda posse alheia mediante autotutela prevista no art. 1.210, § 1º do CC/2002 (TARTUCE, 2015, p.32).

A propriedade é o direito que todos têm, dentro doa limites normativos, de usar, gozar ou fruir, dispor ou reaver o bem de quem injustamente o possui ou o detenha. É um direito que alguém possui em relação a alguma coisa e que é ainda, tratado como um direito fundamental protegido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafos XXII e XXIII, devendo atender a uma função social em beneficio de uma coletividade. A função social da propriedade explicitamente descrita em Texto Maior nos leva a discussão acerca da função social da posse, visto que a mesma não é prevista de forma positiva em nosso ordenamento. Esse assunto vem sendo amplamente discutido inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal e será mais bem explicitado no trabalho em tópicos específicos.

A posse gera ainda, em relação aos seus efeitos, o direito de usucapir. O usucapião é uma forma de adquirir o domínio, a propriedade da coisa móvel ou imóvel, pela posse continuada durante certo período de tempo e com os requisitos estabelecidos em lei, visto que nem todo aquele que tem a posse é necessariamente o proprietário da coisa.

## 2.2 O direito de usucapir, modalidades e requisitos

O direito de usucapir está relacionado à discussão doutrinária sobre a posse enquanto direitos reais. Questiona-se: a posse é fato ou direito? A natureza jurídica da posse traz três grandes pensadores. O primeiro é Beláqua que afirma ser a posse um fato que a lei protege por ser uma exteriorização da propriedade. O segundo teórico, Ihering, diz ser a posse um direito por ser um interesse juridicamente protegido. E, por fim, mas não menos importante, Savigny que considera a posse como um fim em si mesmo, portanto é um fato, mas que produz em relação aos seus efeitos um direito (TARTUCE, 2015, p. 28).

A posse tem como um de seus efeitos o direito à usucapião que é o direito de exercer o domínio sobre coisa móvel ou imóvel. De uma forma geral, a aquisição de propriedade imóvel segue os seguintes pressupostos: coisa hábil ou suscetível de usucapião, posse (ad usucapionem, mansa e pacifica, ou seja, sem oposição do proprietário e continua, sem interrupção) e o tempo fixado em lei.

De forma especifica, em relação ao bem imóvel, o Código Civil consagra 4 (quatro) modalidades de usucapião: extraordinária, ordinária, especial rural ou pro labore, urbana, familiar e coletiva. Todas elas devendo obedecer a todos os requisitos previstos em texto normativo.

Usucapião extraordinária: 15 anos de posse com animo de dono, sem oposição do proprietário, sem interrupção, independente de titulo e boa-fé, reduzindo-se o prazo para 10 anos caso o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou nele houver trabalhado no sentido de produzir economicamente (art.1.238, caput e p.u). Usucapião especial rural ou pro labore está previsto em art.1.239 do CC/02 e em redação normativa constitucional 191. Seus requisitos são: posse por cinco anos ininterruptos, com animus domini, sem oposição do proprietário, em área rural não superior a 50 hectares obedecendo ao chamado modulo rural, não ser ainda proprietário de outro imóvel rural ou urbano e nele produzir e estabelecer moradia habitual.

Na ação de usucapião urbana, deve-se observar os seguintes requisitos: área urbana não superior a 250 metros quadrados, posse mansa e pacifica de cinco anos ininterruptos, sem oposição do proprietário, com animus domini, devendo ser o imóvel utilizado para moradia habitual ou de sua família nos termos em que consta do art. 6º, caput da CF/88 (pro misero) e não podendo ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano (TARTUCE, 2015, p. 176).

Usucapião familiar obedece ao art.1.240-A que teve sua redação modificada no ano de 2010 em virtude do programa Minha Casa, Minha Vida. Para adquirir a propriedade deve ter a posse do bem imóvel por dois anos, sem oposição do proprietário, e sem interrupção. A posse deve ser direta com exclusividade, o imóvel deve ser urbano de ate 250 metros quadrados, não podendo ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Nessa modalidade de usucapião o imóvel deverá ter sua propriedade dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonando o lar por dois anos, deixará de ter domínio integral.

Usucapião ordinária (art. 1.242 do CC/02) requer posse com animo de dono, sem oposição do proprietário, por 10 anos ininterruptos, por justo-título e boa-fé. Em parágrafoúnico do mesmo artigo o prazo será de cinco anos se o imóvel tiver sido adquirido de forma onerosa desde que nele tiverem estabelecido moradia ou investimento de interesse social e econômico (TARTUCE, 2015, p. 174). E, por fim, usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.257/01) obedecendo a área superior a 250 metros quadrados, população de baixa renda, estabelecendo moradia habitual por cinco anos ininterruptos, sem oposição do proprietário e não exercendo domínio sob outro imóvel urbano ou rural.

## 2.3 Usucapião como exercício da função social da posse e efetivação do direito fundamental a moradia

No Direito Romano, bem como em todo direito antigo, não havia previsão legal que assegurasse o príncipio da Função Social da Propriedade, tendo em vista que essa, na época, possui um caráter absoluto. No entanto, com o surgimento do Estado Liberal da Revolução Francesa, o direito a propriedade passou a ser reconhecido como uma forma de atender a sua função social.

Conforme defende Bobbio, a propriedade, assim como outros institutos do direito, tem assumido um aspecto mais funcional do que propriamente um direito de uso, de forma que, como já dito, a propriedade deverá ser observada em sua função social, como um direito pertencente a todos enquanto sociedade. Isso não quer dizer que o proprietário não continua com os direitos de proprietário, mas sim que haverá uma relativização, fazendo com que isso não seja mais algo absoluto.

O fato é que a possibilidade de adquirir a propriedade do bem por parte do possuidor mostra claramente que a terra precisa estar voltada para seu fim maior, que seria, de acordo com a sociedade atual, gerar sustento e moradia aos que necessitam. Ou seja, na posse, no que tange a utilidade, será concebida a propriedade mediante o proveito que o possuidor retira do bem, mediante a melhora que existe na condição de vida do indivíduo.

Em outras palavras, a propriedade deve ser utilizada como meio de produção e circulação de riquezas para moradia ou produção econômica. Tal visão vem do entendimento de que a propriedade é uma das bases do sistema socioeconômico do Estado, sendo sua importância relacionada não apenas aos direitos individuais, mas também a ordem econômica e social, de forma que tal direito não pode ser meio de destruição de bens ou valores caros a toda a sociedade.

Roberto de Aguiar pontua que a produtividade e a destinação que indicarão a legitimidade ou não de certa apropriação, acrescentando ainda que “a posse e a produtividade é que precedem o direito de propriedade, assim como podemos também dizer que sua destinação é importante para percebermos sua justiça ou não”.

Em outras palavras, a função social da posse mostra o que é necessário para alguém, é uma “expressão” natural da necessidade, e ao ligarmos a função social da propriedade, podemos dizer que ela visa eliminar da propriedade privada o que pode ser eliminado.

Além disso, o art. 191 da Constituição de 88 diz que “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” nos faz perceber claramente que o legislador queria garantir que uma área que estivesse na posse de determinada pessoa continuasse produtiva, ou seja, o possuidor deve utilizar a terra mediante sua função.

Em outro momento, ainda na Constituição Federal, o legislador, no art. 183, visando garantir que o possuidor tenha onde morar, direito constitucional fundamental, diz:

aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta 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.

Portanto, observa-se que a Lei Maior apresentou possibilidades de aquisição de um imóvel, em hipóteses em que o proprietário não estava cumprindo com a devida função social do imóvel. Essa previsão visa, sobretudo, a eficácia do direito à moradia, que é um dos núcleos que possibilita o alcance de outra garantia fundamental, a dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida, sabe-se de todas as diferenças sociais em nosso país, sendo o direito à moradia um dos mais nítidos efeitos da exclusão social e do desnível de renda entre as famílias brasileiras, mostrando um grande déficit habitacional e precariedade das moradias em áreas de risco. Isso demonstra a inexistência de vida com dignidade para essas pessoas e esclarece a necessidade de haver uma melhor distribuição das riquezas.

# 3 DISCUSSÃO DO TEMA

De forma especifica, em relação ao bem imóvel, o Código Civil consagra 4 (quatro) modalidades de usucapião: extraordinária, ordinária, especial rural ou pro labore, urbana, familiar e coletiva. Todas elas devendo obedecer a todos os requisitos previstos em texto normativo. Tais requisitos englobam desde questões temporais a outras relacionadas á função social da posse e de posse-trabalho. Dessa maneira, a função social da posse é utilizar-se da coisa ou tirar dela os frutos com fins econômicos.

O direito de usucapir presente está intimamente ligado ao direito fundamental à moradia proposto em nossa Constituição Federal. O art. 6º em sua redação: “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 dessa Constituição”. O direito social à moradia é um direito que vai alem do ter uma casa própria ou mesmo de habitar. Ela envolve diretamente, qualidade de vida, condições de higiene e conforto numa alusão à noção de mínimo existencial. O mínimo existencial liga-se ao meta-principio da dignidade da pessoa humana e inspira o fenômeno de repersonalização do Direito Civil – “as coisas têm preço e as pessoas dignidade” (BARROSO, 2009).

Ao que parece, o nosso Código Civil, quando consagra as modalidades de usucapião, corrobora aquilo previsto em texto constitucional em artigos 183 e 191.

A função social da posse, diz respeito a propriedade dever ser usada como meio de produção e circulação de riquezas, para moradia ou produção econômica, não devendo servir de instrumento para destruição de bens ou valores caros a toda a sociedade como é o caso do ambiente sadio e equilibrado.

# 4 CONCLUSÃO

Em epílogo a todo o acima exposto, conclui-se que para Savigny, para que haja posse dois elementos devem estar presentes devem estar presentes, um de natureza objetiva (o *corpus*) e outro de natureza subjetiva (o *animus*), onde o *corpus* é o poder físico sobre a coisa, e o *animus* a intenção de ter a coisa como sua. Se faltar à relação jurídica a presença do *animus*, não haverá posse, mas sim, mera detenção.

Já para Ihering, para que haja posse deve haver a presença do *corpus*. Porém, para a teoria objetiva, o *corpus* não possui o mesmo significado que na teoria subjetiva. Nesta teoria, o *corpus* é a visibilidade de propriedade, ou seja, é possuidor, aquele que age como tal.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria objetiva de Ihering, onde há possibilidade de posse direta e indireta.

Concluiu-se também que usucapião é uma forma de adquirir a propriedade ou qualquer outro direito real que se dá pela posse prolongada da coisa, de acordo com os requisitos legais. Classifica-se como extraordinária, ordinária, especial rural, pro labore, urbana, familiar e coletiva.

Por fim, constatou-se que a usucapião representa uma forma de efetivação da função social da propriedade porque faz com que pessoas que dão uma função real àquela propriedade tenha o direito de adquiri-la. Além disso, o direito à uma moradia é tão importante quanto outros direitos fundamentais, pois se completam e repercutem diretamente na esfera moral e material dos atores sociais. Trata-se de um direito fundamental, essencial à dignificação da pessoa humana.

# REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o principio da proibição de retrocesso. **In**: Inclusão Social, Brasília, v. 2, n. 1, p. 118-124, out. 2006/mar. 2007. Disponível em: http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/viewFile/54/77. Acesso em mar 2015.

AGUIAR, Roberto A. R. de Aguiar. **O que é Justiça**: uma Abordagem Dialética, 4. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. VadeMecum compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 11. ed. atual. eampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Vol. 5:Direito Das Coisas. Ed 9º- São Paulo: saraiva, 2014.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação de obstáculos.Brasília. Ano: 2008.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil**, v.4 : direito das coisas / Flávio Tartuce. – 7. Ed. ver., atual. eampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VadeMecum compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 11. ed. atual. eampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.Vade Mecum compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 11. ed. atual. eampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.