



Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de Oliveira

**Análise Crítica da Propriedade Imobiliária
Capitalista: Um confronto entre a proteção da
propriedade e seus valores de uso**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-
graduação em Direito do Departamento de Direito da
PUC-Rio.

Orientador: Prof. Adriano Pilatti.

Rio de Janeiro
Abril de 2015.



Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de Oliveira

**Análise Crítica da Propriedade
Imobiliária Capitalista: Um Confronto entre
a Proteção da Propriedade e Seus Valores de
Uso**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Adriano Pilatti

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a Caitlin Sampaio Mulholland

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Marcos Alcino de Azevedo Torres

UERJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 13 de abril de 2015.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de Oliveira

Graduou-se em Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA) em 2003. É especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA – 2005). É especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ – 2013). Foi professora substituta da Universidade Federal Fluminense – UFF. Foi coordenadora de atividades complementares do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. É professora do Curso de Graduação em Direito e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

Ficha Catalográfica

Oliveira, Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de.

Análise Crítica da Propriedade Imobiliária Capitalista: Um Confronto entre a Proteção da Propriedade e Seus Valores de Uso / Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de Oliveira; Orientador: Adriano Pilatti – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2015.

103f; 30 cm

Dissertação (mestrado) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – teses. 2. Propriedade. 3. Capitalismo. 4. Constitucionalização. 5. Função Social. 6. Direitos Fundamentais. I. Pilatti, Adriano. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para Leoni, meu *marido*, meu
amor e meu maior e melhor
amigo.

Agradecimentos

Ao Professor Adriano Pilatti, como orientador pelas intervenções precisas e fundamentais para esta pesquisa, mas além disso, como Professor de disciplinas que foram essenciais à minha formação ao longo do mestrado.

À Professora Caitlin Sampaio, pelo comprometimento com o qual se debruçou ao meu projeto me ajudando a encontrar o caminho certo.

Ao meu marido Leoni, que compartilhou comigo todos os minutos, todas as dúvidas e angústias, simplesmente por tudo.

À minha mãe Anita, pelo exemplo, de que não existem obstáculos, quando se quer, para chegar onde se pretende. E por todo o resto que dispensa comentários.

À Tia Ione, pela constante preocupação no sucesso de cada passo dado.

À Vanessa, que além de amiga, como sócia, tornou possível todas as minhas ausências profissionais, mesmo quando elas não eram possíveis, me ajudando nesta conquista.

Resumo

Oliveira, Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de; Pilatti, Adriano. **Análise crítica da propriedade imobiliária capitalista: Um confronto entre a proteção da propriedade e seus valores de uso.** Rio de Janeiro, 2014. 103p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A propriedade sobre o solo sempre ocupou lugar de grande destaque na formação política e jurídica das mais diversas sociedades. O modo de produção capitalista elevou a propriedade, sobre todas as coisas, a fundamento da sociedade burguesa. A partir da análise dos problemas sociais dessa construção capitalista será analisado o direito de propriedade em sua constitucionalização clássica e no constitucionalismo social, com objetivo de enquadramento da proteção da propriedade na Constituição brasileira. Por fim, a pesquisa trata da extensão de tutela da propriedade no direito brasileiro a partir da proteção outorgada na Constituição da República de 1988.

Palavras-chave

Propriedade. Capitalismo; Constitucionalização; Função social; Direitos fundamentais.

Résumé

Oliveira, Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de; Pilatti, Adriano. (directeur). **Analyse critique des droits de propriété capitaliste: une confrontation entre la protection de la propriété et de leurs valeurs d'usage.** Rio de Janeiro, 2014. 103p. Thèse de Master - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

La **propriété sur le terrain** a toujours été un lieu très important dans formation politique et juridique des sociétés les plus divers. La propriété est particulièrement devenue, dans le mode de production capitaliste, la fondation de la société bourgeoise. L'analyse des symptômes sociaux capitalistes de droits de propriété et sa construction sera discuté, donc, dans sa constitutionnalisation classique et dans le constitutionnalisme social, mais sous la perspective de protection de la propriété dans la Constitution brésilienne . Enfin, la recherche se développe en révélant l'extension du concept de propriété dans la loi brésilienne de la protection accordée par la Constitution de la République de 1988.

Mots-clés

Propriété; Capitalisme; Constitutionnalisation; Rôle social; Droits fondamentaux.

Sumário

1. Introdução	10
2. Noção de Propriedade Capitalista Fundiária	19
2.1 A propriedade fundiária capitalista como mercadoria	19
2.2 A acumulação de capital a partir da renda fundiária	28
3. A constitucionalização da propriedade	38
3.1. A constitucionalização clássica da propriedade	39
3.1.1 a propriedade como expressão de igualdade sob a ótica da burguesia na revolução francesa	41
3.1.2 a abordagem da propriedade no processo de emancipação política americana	44
3.1.3 a sacralização da propriedade no modelo de constitucionalização clássica	47
3.2. Constitucionalização social da propriedade	47
4. O direito <i>de</i> propriedade e o direito <i>à</i> propriedade na ordem constitucional brasileira	55
4.1. A relação de poder em torno da propriedade na Constituição da República de 1988	58
4.2. O direito <i>de</i> propriedade como patrimônio individual	70
4.3. O direito <i>à</i> propriedade como direito social econômico	74
4.4 Crítica à propriedade capitalista frente à proteção outorgada a propriedade no ordenamento jurídico brasileiro	78
5. Conclusão	93
6. Referências Bibliográficas	99

“Mesmo uma sociedade inteira não é proprietária da terra, nem uma nação, nem todas as sociedades de uma época reunidas. São apenas possuidoras, usufrutuárias dela, e como *bonipatres familias* têm de legá-las melhorada às gerações vindouras”

Karl Marx

1 Introdução

As questões em torno da apropriação do solo sempre foram de grande relevância nos debates políticos de formação de todas as sociedades, que de certa forma influenciaram nossa formação política e jurídica atual. O surgimento da propriedade privada nos moldes estabelecidos pelo modo de produção capitalista, no entanto, determinou transformações profundas nos poderes e interesses daquele que detém o domínio sobre o objeto da propriedade.

A propriedade privada, que em modelos anteriores significa exercício de poderes sobre determinado bem, ainda que este bem fosse o solo, ou seja, um espaço de terra no *globo terrestre*, passa a gozar de outros interesses. Mais do que ter o bem a seu serviço, e utilizar suas qualidades, a elite dominante no capitalismo, qual seja a burguesia, depende do poder de disposição do patrimônio, de alienação. Ademais, é fundamental a utilização dos bens como fonte de acumulação de capital. Neste âmbito é essencial a percepção da transformação da propriedade fundiária e/ou imobiliária capitalista em mercadoria.

Para tal compreensão, é indispensável analisar a lógica de acumulação de capital não somente em relação à propriedade imóvel, mas à acumulação do capital na sua essência, cuja forma mais clara é o capitalismo industrial. No entanto, dadas as limitações que a presente pesquisa encerra, impossível esmiuçar todo o processo de produção, reprodução e acumulação do capital, exaustiva e brilhantemente apresentados por Marx em *O Capital*¹. Por isso, o processo inerente ao referido modelo econômico é apresentado com as restrições necessárias, centrando-se a crítica capitalista na acumulação do capital a partir da renda fundiária.

O reconhecimento do que significa a propriedade capitalista imobiliária e sua conseqüente crítica ganha extrema relevância na medida em que se pode observar que a propriedade privada encontrou respaldo constitucional, em suas mais diversas e variadas formas de constituição. Nesse contexto, sua complexidade alcança alto patamar, uma vez que em um momento histórico goza de proteção absoluta e em outros tipos de formação social determina verdadeiros

¹ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I.

deveres a serem desempenhados por seus proprietários. No caso do ordenamento jurídico brasileiro essa complexidade se concretiza face a implantação do modo de produção capitalista, com conseqüente proteção da propriedade privada e concomitante inserção de objetivos como o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária na Constituição da República de 1988.

O ponto central da presente pesquisa, portanto, é problematizar o nível de proteção da propriedade privada imóvel em face da necessidade de adequação da propriedade privada aos preceitos de justiça social. Ou seja, a questão fundamental que se apresenta é a possibilidade, ou mais do que isso, a necessidade de coordenação do direito *de* propriedade previsto e tutelado constitucionalmente, com o também direito constitucional *à* propriedade.

Pretende-se, assim, discutir em que medida a função social da propriedade poderá ser critério de ponderação da *tutela de merecimento* de proteção da propriedade. Mais do que isso, de que modo a função social pode ser via de construção de uma sociedade mais justa e solidária, através da concretização do acesso à propriedade, seja na qualidade de proprietários ou de terceiros que dependem da propriedade alheia para obtenção dos bens mínimos à sua subsistência. Sem a pretensão de focar exclusivamente em um ou mais problemas sociais que o capitalismo engendra, como as graves crises de moradia, o estudo desenvolvido pretende contribuir para o esclarecimento do modo pelo qual o condicionamento à efetiva função social da propriedade pode auxiliar na solução do conflito entre o exercício da propriedade como acumulação de capital frente ao exercício da propriedade em conformidade com seus valores de uso.

Tomando por marco inicial a análise da propriedade capitalista, será apresentada a crítica marxista à propriedade fundiária capitalista fundada em autores originais da teoria crítica, como Marx e Engels, como também em autores que desenvolveram as teorias utilizadas, como E. B. Pachukanis e V. I. Lênin. No mesmo sentido a pesquisa é embasada em outros autores contemporâneos como David Harvey e Antonio Negri. A partir desse discurso se constrói uma abordagem sociológica e crítica da propriedade.

Para análise jurídica e dogmática da propriedade nos amparamos em autores que se pautam no constitucionalismo social como José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Eros Grau, que descrevem e garantem a implementação de um regime de justiça social. Ademais, nos fundamos ainda em autores como Luis

Edson Fachin, Pietro Perlingieri e Gustavo Tepedino, que se pautam na ótica do Direito Civil sem se distanciar dos preceitos constitucionais atribuídos à propriedade, e permitem uma análise do que se pode esperar da proteção jurídica da propriedade frente sua proteção constitucional.

O direito de apropriação da terra é elaborado em algumas das principais obras da teoria política moderna² notoriamente relacionadas a uma perspectiva de se estabelecer a legitimidade dos indivíduos em se apoderar da terra e usufruir do que ela pode gerar. Nesse contexto o direito de apropriação de determinado espaço do solo está vinculado à ideia de subsistir através do solo.

Contudo, quando apresentada sob a ótica capitalista, a noção de apropriação com vistas à utilização da terra, por si só não se satisfaz ou se sustenta. O verdadeiro sentido da propriedade capitalista é configurado por seu poder de disposição, ou seja, o poder que o titular dessa propriedade terá em aliená-la, ou alienar seu uso.

O processo que envolve a transformação mercadoria – dinheiro – mercadoria, ou mais propriamente quando se tem em mente a obtenção de mais valia ou de mais dinheiro, que seria o processo dinheiro – mercadoria – dinheiro, só faz sentido se nesse resultado o capitalista obtiver o resultado: dinheiro – mercadoria – mais dinheiro. E isso depende da possibilidade de alienação, disposição da propriedade³. Ou seja, a propriedade pura e simplesmente como direito de apropriação do bem não faz o menor sentido na realidade capitalista. Para que tenha valor é necessário que aquele que se diz proprietário possa fazer o objeto do direito subjetivo de propriedade trocar de mãos.

Construindo a perspectiva do que seria a propriedade capitalista, para posteriormente chegar à propriedade fundiária capitalista, Pachukanis, em diversas passagens, faz o paralelo do que seriam as duas concepções distintas da propriedade. A propriedade enquanto valor de uso pessoal e a propriedade enquanto capital⁴.

O ciclo inerente ao sistema capitalista se conclui quando a possibilidade de alienação da propriedade fundiária pode determinar o objetivo maior do capitalista, qual seja a acumulação ou reprodução de capital. Esse processo só se

² HOBBS, Thomas. *Leviatã*; LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*.

³ HARVEY, David, *Para entender o capital*, p. 92.

⁴ PACHUKANIS, E. B, *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 84.

efetiva em virtude de existirem pessoas que dependem dessa relação, como também explica Pachukanis quando afirma que “esta liberdade de dispor da propriedade capitalista é impensável sem a existência de indivíduos necessitados de propriedade, ou seja, de proletários”⁵.

Inicialmente, como pressuposto da pesquisa estabelecemos os termos do que se entende por propriedade capitalista. Principalmente o viés da propriedade capitalista que se critica, qual seja aquela que se afasta de seus valores de uso, para mais se vincular a sua potencialidade em transformar-se em capital. Demonstra-se assim, de que forma a instituição do modo de produção capitalista estabelece a propriedade privada em geral, e especialmente a propriedade privada sobre o solo como uma mercadoria como qualquer outra.

As múltiplas relações ou situações jurídicas que se estabelecem em torno da propriedade aguçam a necessidade de melhor esclarecer este instituto, que nas palavras de José Afonso da Silva deve ser vislumbrado como uma instituição⁶. O interesse individual relacionado à proteção do direito de apropriação de bens, e preservação do exercício de poderes e alienação desses bens se apresentou por diversas vezes na história como interesse de toda uma classe, normalmente a classe dominante.

Verifica-se, portanto, que a propriedade privada, ou a característica de proprietários, especialmente proprietários fundiários, foi marca distintiva de classes e fonte de atribuição de direitos⁷. Fica nítido que a classe dominante, que é a burguesia, é justamente a que detém o capital⁸. A proteção da propriedade esteve presente em diversos momentos de especial importância na formação da ordem jurídica e política, a exemplo da Revolução Americana e Revolução Francesa, que influenciaram diretamente a concepção da propriedade privada brasileira.

⁵ PACHUKANIS, E. B., *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 84.

⁶ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 270-271: “Embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social”.

⁷ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, p.150: “Sobretudo, a mudança de rumo, mudanças que o contexto comercial da economia acelerou, refletiu sobre o sentido da propriedade territorial que se afasta da concessão administrativa para ganhar conteúdo dominial. [...] A terra, de base do sustento, expandiu-se para título de afidalgamento, com o latifúndio monocultor em plena articulação”.

⁸ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I, p. 796.

A análise dos valores enraizados na propriedade privada advindos da Revolução Francesa e Revolução ou Emancipação Americana é feita a partir do estudo daquilo que se entende por constitucionalização clássica da propriedade capitalista a partir das revoluções. Tomando por exemplo, portanto, a Revolução Americana e a Revolução Francesa, períodos de formação constitucional, demonstramos que a existência do poder de apropriação de bens é anterior à própria existência de uma ordem jurídica. Quando essa ordem jurídica é instaurada, através de uma nova ordem constitucional, e paralelamente coexiste a concepção burguesa da propriedade, a proteção da propriedade surge como proteção da propriedade privada, enquanto direito individual protegido de forma absoluta. É direito individual que deve ser protegido pelo Estado.

A construção desse direito, seja dando-lhe um fundamento jusnaturalista ou não, tem seus termos absolutos fundados em alegação de igualdade e liberdade, considerando que todos poderiam se apropriar igualmente daqueles bens que pudessem obter. Nesse sentido, sob a ótica liberal burguesa abordamos a proteção da propriedade estabelecida na Declaração de Direitos do Homem, que em seu artigo 17 se consagrou como um direito inviolável, de que ninguém pode ser privado⁹.

Avaliando esse cenário em que a propriedade mais uma vez surge no centro da organização jurídica e política, apresentada como expressão de valores fundamentais, extremamente aclamados naquele momento, representados pela liberdade e igualdade, colocamos em debate em que medida a propriedade era posta como signo de tais valores.

Considerando a inviabilidade de obtenção da propriedade, nas suas mais diversas formas, por todos, demonstramos que tal igualdade traduz em verdade pura igualdade formal e desigualdade material. Tendo por fundamento uma visão capitalista burguesa, a propriedade privada notoriamente se apresenta naquele momento também como fonte de poder. Poder sobre a terra. Poder sobre o capital. Poder de compra da força de trabalho alheia.

⁹ FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: Artigo 17º- “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização”.

Essa desigualdade derivada da propriedade, que em realidade contraria a bandeira de igualdade apresentada pela propriedade capitalista burguesa, naquele momento constitucionalizada, é evidenciada por Antonio Negri:

“o direito real que é fundamental para a garantia da liberdade chama-se direito de propriedade, cuja ‘essência característica’ reside na ‘desigualdade’. Na nova constituição francesa, ao contrário, este valor-guia da propriedade é tendencialmente submetido a valores igualitários: com ele, podem ser destruídos a liberdade e todos os valores que se fundamentam na propriedade”¹⁰.

Considerando a propriedade constitucionalizada com faculdades jurídicas ilimitadas, próprias dos ideais burgueses, apresentamos, na etapa seguinte, a crítica marxista sobre a propriedade capitalista, e a alternativa pautada em um constitucionalismo social. Nesta alternativa a propriedade teria seu uso vinculado ao bem comum, consoante estabelecido no artigo 14 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Constituição de Weimar¹¹.

O exercício da propriedade subordinada ao bem comum é então relacionado à correção de abusos de direito perpetrados no exercício do direito de propriedade, uma vez que se voltado ao bem comum, ao uso racional da propriedade e não simplesmente em benefício individual, o objetivo de alcance de uma sociedade mais justa e solidária estaria de pleno atendido.

Realizada a abordagem da propriedade inserida em um constitucionalismo social, ingressamos depois na discussão do direito constitucional brasileiro, onde inicialmente a propriedade foi consagrada enquanto direito individual nos termos estritamente burgueses.

No Brasil desde os tempos de colonização, essa relação de poder que se apresentava especialmente como poder sobre a exploração da terra ficou nítida. Principalmente considerando o formato extrativista a partir do qual a terra foi trabalhada pelo longo período de colonização e mesmo depois dele¹². E como fonte de poder, essas relações também se evidenciaram claramente durante a

¹⁰ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*, p. 336.

¹¹ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1919. (Constituição de Weimar) Artigo 14: “(1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei. (2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum”. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> acesso em 04 de fevereiro de 2015.

¹² PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*, p.139.

Constituinte de 1987/1988. Naquele momento a propriedade era mais um dos temas de grande embate ideológico entre conservadores e progressistas¹³.

Apesar de algumas das constituições anteriores já apresentarem certo interesse social relacionado à propriedade, até então, a propriedade privada, principalmente fundiária e/ou imobiliária, era regulamentada com enfoque exclusivo em interesses individuais e patrimoniais, submetida ao direito privado. Na Constituinte de 1987/1988 muitas foram as modificações propostas para transformação da concepção da propriedade. Essa tensão se deu no âmbito da propriedade fundiária, e também da propriedade em geral.

Pode-se afirmar, considerando as tímidas mudanças do regime da propriedade, principalmente no que tange à exclusão de termos como a necessidade de uso racional da terra¹⁴, que houve certa vitória do bloco conservador. Porém a propriedade, por outro lado, na forma como foi disciplinada na Constituição da República de 1988 tem seu sentido modificado.

Deixa de existir a simples proteção da propriedade privada, inerente e subordinada ao direito privado, para existir a propriedade concebida como uma instituição, dada sua complexidade¹⁵. A instituição propriedade, que compreenderá em seus termos as múltiplas situações jurídicas da propriedade¹⁶, dará ensejo à propriedade privada, regulamentada pelo direito civil, enquanto direito individual patrimonial, e também ao direito à propriedade, e ainda, em suas diversas formas sempre se relacionado com os valores da ordem econômica¹⁷.

Com fundamento em todas as críticas à propriedade burguesa será possível debater em que termos a Constituição de 1988 normatiza a propriedade e avaliar o efetivo conteúdo da constitucionalização do direito *de* propriedade e direito à propriedade.

¹³ São utilizadas as denominações bloco conservador como aqueles que pretendem a manutenção do *status quo*, e bloco progressista para aqueles que compõe a bancada de esquerda, que pretendem a modificação dos temas de maior relevância. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*, p.13.

¹⁴ PILATTI, Adriano. op. cit, p. 98.

¹⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 270.: “Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado”. No mesmo sentido: ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à Moradia -instrumentos e experiencias de regularização fundiária nas cidades brasileiras*, 1997.

¹⁶ SILVA, José Afonso. op. cit, p. 274.

¹⁷ Art. 170, CR/88.

Estabelecemos, portanto, como objetivo de nossa principal discussão por em debate a ponderação da proteção do direito individual e patrimonial da propriedade enquanto direito fundamental, e da proteção, também enquanto direito fundamental, do direito à propriedade, que poderá ser vislumbrada como direito social e econômico da propriedade.

Nesse contexto pretendemos analisar o direito social de acesso à propriedade, ainda que consumado pelo uso de propriedade alheia, através do aluguel, por exemplo, para obtenção do direito de moradia com dignidade.

Tomando por base essas premissas, o trabalho parte da análise da propriedade fundiária sob esses múltiplos enfoques, avaliando a estrutura e conteúdo do direito *de* propriedade¹⁸ bem como do direito *à* propriedade. Nesse contexto, importante considerar que, seja qual for o aspecto da propriedade a ser analisada, esta estará condicionada, como fundamento de sua tutela jurídica, ao cumprimento de sua função social.

Em princípio, analisar a função social da propriedade, em um sistema capitalista, poderia parecer absolutamente ineficaz. O detentor do capital, que neste caso é o proprietário, certamente tem e sempre terá condições de dar cumprimento às finalidades sociais da propriedade, e o fará no seu estrito interesse¹⁹. Essa situação se reproduzirá nas múltiplas formas em que a propriedade se apresenta, seja fundiária, seja intelectual, seja industrial.

Contudo, como assinala José Afonso da Silva²⁰, a inserção da propriedade e sua respectiva função social não somente no elenco dos direitos individuais, mas especialmente como questão de ordem econômica, vinculou o exercício da propriedade a estes termos. Analisar a função social da propriedade subordinada aos objetivos da ordem econômica, quais sejam assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, poderá nos levar ao condicionamento da proteção da propriedade se seu exercício estiver relacionado a seu valor de uso, às suas finalidades.

¹⁸ Será abordado portanto o direito de propriedade, protegido no art. 5º, inciso XXII, CR/88 enquanto direito patrimonial existente ao indivíduo, e da mesma forma tratado o direito à propriedade. Sobre esse tema FACHIN, Luiz Edson. In MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Parte Especial. Tomo XI. Direito das coisas. Propriedade, p. 61.

¹⁹ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 59: “A explicação de Duguit, mediante a qual o proprietário deve ser protegido apenas quando cumpre as suas obrigações sociais, não tem, sob esta forma geral, qualquer sentido. No estado burguês é uma hipocrisia, no Estado proletário é uma dissimulação dos fatos [...]”.

²⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 274.

Enfrentadas as múltiplas acepções da propriedade, sua normatização, e sua *tutela de merecimento*, com fundamento na crítica marxista à propriedade capitalista, será possível avaliar os exatos contornos da proteção outorgada à propriedade no ordenamento jurídico contemporâneo. Por fim buscaremos a interpretação coerente à tal perspectiva sobre a extensão das faculdades jurídicas da propriedade.

2 Noção de Propriedade Capitalista Fundiária

2.1 A propriedade fundiária capitalista como mercadoria

A possibilidade de apropriação de bens de toda ordem, e substancialmente apropriação do solo, sempre foi tema presente na discussão filosófica em torno da formação do Estado e da sociedade. Delineando direitos e os limites desses direitos, os poderes sobre o solo acabam por alcançar patamar de maior relevância em todas as organizações sociais.

A relevância de um certo formato de propriedade privada, sem se pretender com isso uma abordagem efetivamente histórica é observada desde pelo menos a formação do Império Romano, onde a elite que partilhava do exercício de poder daquele momento, apesar de sua submissão ao Império, era justamente aquela detentora da propriedade de terras²¹. A propriedade privada naquele momento existente, guardadas suas devidas proporções, determinou a concepção adotada pelo direito romano de propriedade e domínio, necessariamente, portanto, interferindo na noção de propriedade contemporânea. O enraizamento da propriedade em termos absolutos, dando forma a seu conteúdo desde aquele momento fica claro na abordagem feita por Ellen Wood, quando afirma que:

“Essa combinação de Estado imperial e forte propriedade privada se refletiu no direito romano, que produziu ao mesmo tempo uma concepção característica de propriedade individual absoluta (*dominium*) – muito diferente das concepções vagas de posse características, por exemplo dos gregos [...]”²².

A correlação entre a apropriação do espaço e a formação social e política, existente, como visto, desde momentos muito anteriores, e independentemente do modo de produção em voga, é evidenciada pelas denominadas teorias contratualistas.

Apesar de identificarmos somente em Locke a centelha do que seria a propriedade privada nos termos capitalistas, os chamados filósofos contratualistas Tomas Hobbes, Jonh Locke e Jean Jacques Rousseau, identificam na apropriação

²¹ WOOD, Ellen Meikisins. *O Império do Capital*, p. 36. “Ao contrário de outros Estados imperiais, cujo poder tendia a impedir o desenvolvimento da propriedade privada, o Império Romano consolidou a regra da propriedade como local alternativo de poder que não o Estado”.

²² WOOD, Ellen Meikisins. Op. cit., p. 37.

da terra um dado substancial para a formação da sociedade civil, ainda que não sejam concordes quanto ao direito do homem se apropriar do solo individualmente²³.

Dessa constatação é possível perceber que a propriedade fundiária sempre esteve no centro de formação jurídica e política. Narrativas de períodos anteriores a instalação do modo de produção capitalista, que envolvem o citado Império romano, o sistema escravagista e o feudalismo, apesar de adotarem perspectivas diversas da que vamos apresentar como inerente à propriedade capitalista, formam-se tendo na propriedade fundiária fonte de poder e determinação política.

Essa constatação pode ser observada no modo de produção Feudal por toda Europa antes do surgimento do capitalismo e também nas colônias espalhadas a partir da corrida ultramarina²⁴. No Brasil, tomando por base o modelo de povoamento do território antes do período de industrialização, verifica-se uma distribuição de terras nas mãos de poucos, que se estabeleceu em um formato com vistas à extração de recursos para atender ao mercado europeu, mesmo antes de existir um modo de produção capitalista local instaurado, eis que utilizado o escravismo como mão de obra.

Esses poucos indivíduos que detinham o poder de exploração da terra, para extração daquilo que lhes convinha e produção daquilo que lhes interessava e interessava à metrópole, ainda não possuíam uma relação dominial com o solo, ainda não se caracterizava a grande propriedade, mas certamente já eram os

²³ Sem prejuízo das controvérsias, referentes ao posicionamento de cada um dos filósofos citados, sobre a legitimidade de apropriação da terra, o debate em torno da propriedade, fica evidente em passagens bem marcantes das obras dos reconhecidos autores contratualistas: HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 204: “Nesta distribuição, a primeira lei diz respeito a distribuição da própria terra, da qual o soberano atribui a todos os homens uma porção, conforme o que ele, e não conforme o que qualquer súdito, ou qualquer número deles, considerar compatível com a equidade e com o bem comum”; LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre o governo civil*, p. 100: “Mas visto que a principal questão da propriedade atualmente não são os frutos da terra e os animais selvagens que nela subsistem, mas a terra em si, na medida em que ela inclui e comporta todo o resto, parece-me claro que esta propriedade, também ela, será adquirida como a precedente. A superfície da terra que um homem trabalha, planta e melhora, cultiva e da qual pode utilizar os produtos, pode ser considerada sua propriedade”; ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 203: “O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: isto é meu, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, quantas misérias e horrores não teria poupado o gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: ‘Evitai ouvir esse impostor. Estarei perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém’”.

²⁴ Sobre o tema, MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I, capítulo 23.

titulares do efetivo poder sobre a terra, ou ao menos os *titulares da oportunidade*²⁵. A Elite política, portanto, seja no modo de produção escravagista, ou feudal já ostentava o poder sobre a terra.

Com a inserção do modo de produção capitalista, a concentração dos poderes sobre o solo, tanto a terra, nas áreas rurais, como o solo urbano, nas cidades que se formam e aglutinam nas áreas de industrialização, se mantém. O poder político, no capitalismo, permanece nas mãos dos titulares da propriedade, porém com uma nova perspectiva da propriedade. A partir daí, passa a ser relevante avaliar não somente o proprietário fundiário, mas o proprietário do capital, que se apresentará em múltiplas facetas.

Assim, antes de passar à análise dos problemas sociais instaurados ou agravados pelo capitalismo no que diz respeito ao acesso e à utilização da propriedade fundiária, é fundamental analisar alguns conceitos relativos a esse modo de produção, à propriedade capitalista e ainda aos sujeitos que surgem com esse modo de produção, quais sejam o capitalista e o operário.

A instalação do modo de produção capitalista tem como elite dominante, econômica e politicamente, a burguesia, formada pelos detentores do capital. A classe dominante se apropria de determinados valores, fazendo-os parecer verdadeiros valores naturais, a fim de atender interesses capitalistas. É nesse contexto que surge a ideia contemporânea do sujeito de direitos. Ou seja a ideia de sujeito de direitos coincidente com a noção de pessoa, de que todo ser humano é pessoa. Por óbvio, não se pretende afirmar que a ideia de que todo ser humano deve ser entendido como pessoa e assim sujeito de direito é maléfica. Certamente a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão²⁶, outorgando-se direitos fundamentais a todos, tais como vida e a dignidade, é algo que não se pode entender como negativo.

²⁵ Sobre essa acumulação de terras nas mãos de poucos, sob um formato extrativista e predatório, consulte-se: PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*, p. 171 e FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro.*, p.150.

²⁶ FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No entanto, a sensação de serem naturais²⁷ ou lógicos, disseminada pela burguesia naquele momento, apesar da consequência indiscutivelmente positiva pela afirmativa de proteção à vida, à liberdade, à dignidade etc. eram consequência de verdadeira necessidade demandada pelo modo de produção capitalista, dentre elas a noção de sujeito de direitos moderna, equivalente à ideia de personalidade jurídica, ou seja, a capacidade de adquirir direitos e obrigações, uns em relação aos outros.

Como bem explica Michel Mialle “a categoria jurídica de sujeito de direito não é uma categoria racional em si: ela surge num momento relativamente preciso da história e desenvolve-se como uma das condições da hegemonia de um novo modo de produção”²⁸. Fica claro, que independente dos ideais buscados, a existência não mais de servos e senhores, ou de escravos, é fundamental para que se possa estabelecer o tráfego jurídico de mercadorias de toda ordem. Mercadorias produzidas, mercadorias consistentes na força de trabalho, ou seja, circulação, criação e reprodução do próprio capital.

Nesse sentido mais uma vez esclarece o autor que “a relação do proprietário do capital com os proprietários da força de trabalho – Vai ser escondida por ‘*relações livres e iguais*’, provindas aparentemente apenas da ‘*vontade de indivíduos independentes*’”²⁹.

A criação de sujeitos livres e supostamente iguais, com plena capacidade de manifestação de vontade, era fundamental para a instauração de uma organização social fundada no capitalismo. Isso torna-se latente não somente no que tange à produção, através da compra da força de trabalho alheia pelo dono do capital, como também para a circulação de mercadorias posterior, e sua consequente transformação em dinheiro.

Essa noção é fundamental ao surgimento da propriedade sob a perspectiva capitalista, pois como bem esclarece Pachukanis³⁰, segundo uma ótica capitalista, o homem é sujeito de direito porque tem a possibilidade de determinar suas várias

²⁷ Nem sempre a noção de sujeito de direitos se confundiu com a noção de ser humano. O tratamento dos escravos como coisas, que poderiam ser alienadas no mercado, em diversos momentos da história demonstra isso. Sobre o tema: MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, p. 114.

²⁸ MIAILLE, Michel. Op. cit, p. 119.

²⁹ MIAILLE, Michel. Op. cit, p. 118.

³⁰ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo.*, p. 71.

situações de vida, de se autodeterminar. Todavia, numa visão marxista, os olhares só são pousados no sujeito em virtude do fato de ser o sujeito o *personagem da mercadoria*, cumprindo o grande objetivo do direito, de ver essa mercadoria circular, e como as mercadorias não podem ser trocadas por si, precisam do sujeito para que as façam circular, nasce o sujeito da mercadoria.

Essa coisificação pode ser vislumbrada pela noção de alienação da força de trabalho, pela ideia de um mercado idealizado que se concretiza na presença de uma igualdade formal, e conseqüente proteção absoluta da propriedade e sua disponibilidade.

Ou seja, a necessidade de circulação de bens determina a concepção de sujeito de direitos, esses sujeitos devem se relacionar, para que a circulação efetivamente ocorra, nascendo daí a regulamentação da relação ou situação jurídica, bem como das normas de direitos reais sobre o objeto da propriedade. Por tais fatos, na concepção capitalista a criação e crescimento do mercado seria movimento fundamental para a construção da ideia da propriedade privada.

Segundo David Harvey:

“As pessoas privadas podem, segundo as leis da propriedade privada, adquirir poderes de monopólio ‘sobre porções definidas do globo, como esferas exclusivas de sua vontade privada com a exclusão de todas as outras’. Como a terra é monopolizável e alienável, ela pode ser arrendada ou vendida como mercadoria”³¹.

A propriedade capitalista é marcada pelo fato do sujeito não somente poder se apropriar de determinado bem, mas também de poder aliená-lo, conforme descreve Pachukanis:

“a apropriação privada como condição de utilização pessoal livre, e a apropriação privada como condição de alienação posterior no ato de troca, unem morfologicamente uma à outra por um vínculo direto, elas constituem, no entanto, logicamente, duas categorias diversas, e o termo ‘propriedade’ gera, referido a ambas, mais confusão do que clareza. [...] A propriedade capitalista é no fundo, a liberdade de transformação do capital de uma forma para outra, a liberdade de transferência do capital de uma esfera para outra, visando obter o maior lucro possível sem trabalhar”³².

³¹ HARVEY, David. *Os limites do Capital*, p. 431-432.

³² PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 83 e 84. Em outra passagem o mesmo Autor ainda afirma que “a propriedade não se torna o fundamento da forma jurídica a não ser enquanto livre disponibilidade dos bens no mercado”. Também no mesmo sentido: PACHUKANIS, E. B., op. cit., p. 69.

A partir desses valores o modo de produção capitalista se funda na existência de proprietários de bens jurídicos distintos que, ao se relacionarem, determinarão a circulação de suas mercadorias. De um lado, o proprietário do capital e, de outro, o proprietário de sua força de trabalho, formarão as duas classes, *burguesia* e *proletariado*, dentre diversos outros sujeitos intermediários, como o pequeno burguês.

O capitalismo, que segundo Michael Hardt e Antonio Negri³³, pode ser considerado como inerente a uma espécie de fundamentalismo, tal qual o fundamentalismo religioso ou nacionalista, tem como marco fundamental da sua sociedade, a sociedade burguesa, o controle da propriedade do capital, das terras e do modo de produção por poucos. Esse controle, diferente de outros sistemas não se dá pela força bruta, mas se estabelece nas relações sociais entre as classes criadas pelo capital, nas entrelinhas, criando uma força abstrata, definindo as relações de trabalho, e tendo no direito de propriedade o verdadeiro fundamento da sociedade burguesa.

Partindo da premissa de que o sistema capitalista envolve não somente a livre troca de mercadorias, mas essencialmente a existência, produção e reprodução do capital, é relevante e necessário entender em que momento se dá a produção do capital. Falar em capital não significa simplesmente falar em transformação da mercadoria em dinheiro, para que então esse dinheiro possa dar ensejo à aquisição de outra mercadoria, completando assim o ciclo mercadoria – dinheiro – mercadoria. Falar em capital significa tratar essa troca de mercadoria por dinheiro e dinheiro por mercadoria, ou seja, essa circulação de mercadorias utilizando o dinheiro para um fim determinado: a produção de mais dinheiro, de mais valor.

Como mencionado por David Harvey, inobstante a existência da produção de capital pelo comércio, pela aplicação de juros, pela renda fundiária³⁴, será através do capital industrial que será possível efetivamente compreender o

³³ Especialmente sobre o poder abstrato, que se dá quase que invisível do capitalismo: HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, p. 21: “È difficile riconoscere tutto ciò come espressione della violenza dato che è perfettamente normalizzata, e la sua efficacia si manifesta in modo del tutto impersonale. Il controllo e lo sfruttamento capitalístico non sono manifestazioni di un potere sovrano, ma si dispiegano attraverso una serie di norme pressoché invisibili e interiorizzate”.

³⁴ HARVEY, David. *Para Entender O Capital*, p. 96.

processo de produção e reprodução do capital, pois no capital industrial a produção de mais valia em seu formato clássico fica evidente. A simples circulação de mercadoria não é suficiente para evidenciar esse processo de criação do capital, pois imaginemos que um proprietário de dinheiro adquirisse certa mercadoria pelo seu valor³⁵ e a vendesse pelo mesmo valor, não seria nesse momento criado o capital.

É no capitalismo industrial que fica claro que a acumulação de capital e renda concentrados no capitalista e não no operário se fundamenta e justifica a partir do *instituto* da propriedade, de titularidade do capitalista, nos termos já enunciados por Pachukanis. O que legitima o capitalista a se apropriar do mais valor produzido, do lucro, é o fato de que, sendo proprietário dos meios de produção, e tendo adquirido do operário a sua força de trabalho, faz com que tudo o que for produzido, inclusive o lucro, seja de propriedade do capitalista, sendo devido ao operário somente seu salário, ainda que aquém do que ele produziu. Daí se desenvolverá a acumulação primitiva do capital. Apesar do capital industrial se apresentar como exemplo clássico e elucidador do modo de produção, esse ciclo se estabelece nos outros ciclos de produção e reprodução do capital.

O papel da propriedade fundiária no modo de produção capitalista, bem como a necessidade de reinterpretar diversos institutos jurídicos, como o direito de propriedade, serão fundamentais para a formação do conceito de propriedade privada capitalista. Marx apresenta textualmente como elemento da acumulação primitiva e premissa da instalação do modo de produção capitalista a necessidade de que exista, de um lado, o detentor do dinheiro e proprietário dos meios de produção, e de outro, uma grande massa que não seja de titular de coisa alguma, a não ser a própria *pele*³⁶, a fim de que tais pessoas precisem para alcançar os elementos mínimos à sua subsistência vender sua força de trabalho.

É fundamental, portanto, que exista uma camada da sociedade formada por pessoas que não detém os meios de produção. Que não podem, por sua própria conta, produzir os artigos necessários à sua subsistência e de sua família. É nesse

³⁵ Sobre a composição do valor, que engloba o valor de uso, valor de troca e o trabalho necessário à produção da mercadoria: HARVEY, David. *Para Entender O Capital*, capítulo 1.

³⁶ A expressão de que o operário só tem a própria pele, ou o próprio corpo para levar ao mercado é corriqueiramente utilizada pela crítica marxista, como meio de denunciar as expropriação dos meios de produção.

campo que a expropriação da terra, daqueles que funcionavam ainda em um regime de feudalismo, porém com certa independência, bem como daqueles pequenos camponeses, se apresenta como essencial à criação dessa massa desprovida de acesso próprio aos meios de produção, pois “a assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção”³⁷.

Ainda que a burguesia existente ao tempo da transição para o capitalismo coloque esse movimento como verdadeira libertação dos camponeses do regime de servidão, segundo as palavras de Marx:

“Com isso, o movimento histórico que transforma os produtores em trabalhadores assalariados aparece, por um lado, como a libertação desses trabalhadores da servidão e da coação corporativa, e esse é único aspecto que existe para nossos historiadores burgueses”³⁸.

Deve ser levado em consideração que inúmeras famílias, que antes produziam seus artigos necessários à subsistência, são forçadas a alienar sua força de trabalho, pois esse será seu único caminho ao sustento mínimo³⁹.

Em um único movimento, o de expropriação das terras do povo, os capitalistas burgueses conseguem tornar presentes todos os elementos primitivos de instituição do modo de produção capitalista que pretendem implantar, a separação da propriedade dos meios de produção do trabalhador, o capital formado pela propriedade fundiária e a criação de uma grande população que depende da alienação de sua força de trabalho para obtenção de seus artigos mínimos de subsistência.

Tais condições de propagação do capitalismo, são identificadas por Michael Hardt e Antonio Negri, como a pedra angular da sociedade capitalista:

“Le pietre angolari della società – il potere della proprietà concentrata nelle mani di pochi, la necessità da parte della maggioranza di vender la forza lavoro per sopravvivere, l’esclusione di gran parte della popolazione mondiale persino dai circuiti dello sfruttamento, e così via – sono come degli a priori”⁴⁰.

³⁷ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I, p. 786.

³⁸ MARX, Karl. Op. cit., p. 787.

³⁹ MARX, Karl. Op. cit., p. 788: “Na Inglaterra, a servidão havia praticamente desaparecido na segunda metade do século XIV. A maioria da população consistia naquela época, e mais ainda no século XV, em camponeses livres, economicamente autônomos, qualquer que fosse o rótulo feudal a encobrir sua propriedade”.

⁴⁰ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, p. 21.

Nesse cenário torna-se fundamental o instituto da propriedade privada, agora não somente em seus termos genéricos, mas da propriedade privada fundiária capitalista. O processo de formação da propriedade fundiária capitalista é identificado claramente por Marx, em *O Capital*:

“Os capitalistas burgueses favoreceram a operação, entre outros motivos, para transformar o solo em artigo puramente comercial, ampliar a superfície da grande exploração agrícola, aumentar a oferta de proletários absolutamente livres, provenientes do campo etc”. [...] “O progresso alcançado no século XVIII está em que a própria lei se torna, agora, o veículo do roubo das terras do povo” [o que se dá através de] “decretos mediante os quais os proprietários fundiários presenteiam a si mesmos, como propriedade privada, com as terras do povo”⁴¹.

Essa *criação* da propriedade fundiária capitalista e essa *relação* da burguesia com a propriedade fundiária determinarão uma série de consequências. Essas consequências se desmembrarão na existência da renda fundiária, bem como nos problemas sociais do capitalismo, vinculados ao exercício abusivo da renda fundiária e do direito sobre a propriedade imóvel, que será melhor explorado mais a frente quando do tratamento da habitação frente à propriedade. Porém, desde já, é fundamental identificar o interesse da burguesia nos termos em que a propriedade privada foi constituída, ou seja, outorgando ao seu titular determinados poderes ou faculdades jurídicas, dentre eles o poder de disposição da propriedade, seja da sua utilização, seja a através da transferência da titularidade.

Interpretando o conteúdo efetivo da propriedade privada fundiária capitalista, Pachukanis apresenta textualmente o poder de dispor da propriedade, em suas múltiplas facetas, como o efetivo vínculo do capitalista à terra, quando afirma que:

“A propriedade fundiária capitalista não pressupõe nenhuma espécie de vínculo orgânico entre a terra e o seu proprietário. Ao contrário, só podemos concebê-la graças à passagem inteiramente livre da terra de uma mão a outra.

O próprio conceito de propriedade apareceu no mesmo tempo em que a propriedade fundiária individual e alienável”⁴².

Nesse momento verifica-se a formação da propriedade fundiária capitalista enquanto mercadoria.

⁴¹ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I, p. 796.

⁴² PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 83-84.

2.2

Acumulação do capital a partir da renda fundiária

Como já se pôde observar até o presente momento, a importância da propriedade do capitalista não está centrada somente na propriedade fundiária, mas na propriedade genericamente estabelecida, e substancialmente na propriedade do capital. A propriedade fundiária, contudo, exerce papel de destaque enquanto bem jurídico e econômico sob o qual se pode exercer poderes com exclusividade. Com isso, considerando que o modo de produção capitalista determina uma série de problemas sociais posicionados no entorno da luta de classes que se estabelece, a crítica Marxista, bem como as reflexões críticas aos problemas sociais causados pelo abuso nesse modo de produção indicam que a divisão da sociedade moderna burguesa se daria em três classes: o operário, o capitalista e o proprietário fundiário⁴³.

Cada uma dessas três classes, ou cada um desses personagens das classes que compõem a sociedade moderna burguesa, tem sua fonte de subsistência determinada por certa espécie de renda. O capitalista perceberá seus lucros, os juros de seu capital, o operário o salário, produto da venda de sua força de trabalho, e o proprietário fundiário perceberá a denominada *renda fundiária*⁴⁴.

Não há a pretensão de compreender, no bojo da presente pesquisa, a trajetória histórica da propriedade privada, ou o exercício de posse sobre a terra com a consequente determinação de renda fundiária. A impossibilidade de compreensão linear desse tema é reconhecida não somente nos textos de autoria de Marx, como em diversos críticos sobre o assunto, a exemplo de David Harvey, que afirma que:

“a história real da transformação da renda feudal em renda fundiária capitalista, da sujeição da propriedade feudal ao modo de produção capitalista, está repleta

⁴³ Sobre o tema MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. O processo global de produção capitalista. Livro 3, vol. 6., p. 828: “temos aí reunidas e em confronto as três classes que constituem o quadro da sociedade moderna - o trabalhador assalariado, o capitalista industrial e o proprietário da terra”. Comentando, no mesmo sentido: ROSDOLSKY, Roman. *Gênese e estrutura de O Capital de Karl Marx*, p. 43.

⁴⁴ Nesse sentido em momento já adiantado da obra, Marx esclarece o formato de renda dos personagens da sociedade moderna nos seguintes termos: MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 1077: Capital-Lucro (lucro do empresários + juro), terra-renda fundiária, trabalho-salário, esta é a fórmula trinitária em que se encerram todos os mistérios do processo social de produção.

de complexidades geradas para uma grande extensão das contracorrentes da luta de classes e do conflito social”⁴⁵.

Apesar dessa dificuldade que desponta, algumas premissas podem ser estabelecidas, e a primeira delas é o fato de que a ocupação de determinados espaços de terra por indivíduos determinados frequentemente se apresenta como tema de relevante atenção política e social. A propriedade fundiária, nos moldes modernos ou anteriores, pôde ser observada em diversas organizações sociais, fazendo do proprietário fundiário personagem constante e relevante na história.

A dificuldade, portanto, se concentra na compreensão das transformações sofridas pela propriedade fundiária, que vão desaguar na compreensão possível, ainda que inexata, do papel da renda fundiária no modo de produção capitalista. A ocupação de determinado espaço no solo terrestre de forma absoluta por um indivíduo não é uma inovação do capitalismo, estando absolutamente presente no feudalismo⁴⁶, porém a propriedade fundiária no capitalismo nasce em um novo formato.

A propriedade sobre a terra se apresenta enquanto a apropriação de um bem jurídico e econômico, que é de titularidade de alguns, de modo que existem os proprietários e os não proprietários⁴⁷. Tal fato determina que a propriedade seja equivalente a uma mercadoria, como outra qualquer, que não somente pode ser alienada, trocando de mãos, mas possui e corresponde a um valor econômico.

A equivalência da propriedade a um valor econômico não somente determina que ela possua um valor de troca, mas também faz com que o proprietário fundiário, neste formato em que a propriedade da terra tem como seu principal benefício o seu correspondente a um valor econômico, se dissocie dos valores de uso da terra, e corresponda, exclusivamente, à percepção de seu correspondente em dinheiro. A perspectiva da propriedade como mercadoria possibilita sua visão como bem jurídico que troca de mãos, como explicitado por Pachuckanis, mas permite mais do que isso.

⁴⁵ HARVEY, David. *Os Limites do Capital*, p. 443.

⁴⁶ No modo de produção do feudalismo estava presente um certa forma de renda fundiária, porém a monetização dessa renda auxilia a migração do feudalismo ao capitalismo, conforme descrito por HARVEY, David. op. cit., p. 444.

⁴⁷ Essa situação é condição fundamental para a instauração do capitalismo, considerando que para que o capitalista possa se apropriar da força de trabalho alheia, mediante pagamento desta força de trabalho, é necessário que esse trabalhador esteja afastado dos meios de produção, ou seja precise ser empregado e remunerado através do salário.

O poder de alienação buscado no formato capitalista, evidenciado na passagem de Pachukanis já abordada, também é evidenciado por Marx, especialmente em relação à terra, quando afirma que “com a mobilidade assumida pela terra na condição de mera mercadoria, aumentam as transferências de propriedade”⁴⁸.

Mais do que o valor de troca alcançado pela propriedade, quando há a alienação, o proprietário fundiário, ou aquele que se tornará um, pretende seu valor econômico a partir da possibilidade de auferir renda em decorrência de sua qualidade de proprietário. O proprietário se afasta da relação antes existente com a terra, onde aquele que se apropriava dela necessariamente absorvia seus valores de uso, e a concebe como algo que lhe pode auferir renda se transferido seu uso a terceiro, mediante retribuição monetária.

Para David Harvey⁴⁹, fundado em *O Capital*, valores de uso da terra podem ser diversificados entre a extração, a mobilização na produção e na localização do espaço. Dito de outro modo, no ambiente agrícola “os valores de uso que a terra contém podem ser extraídos [...], mobilizados na produção como ‘forças da natureza’ ou utilizados como a base para reprodução contínua”⁵⁰. Quando o uso do solo não estiver associado à sua produtividade, a terra obterá maior ou menor valor em virtude do espaço e sua localização, segundo o *gosto da burguesia*⁵¹ fazendo com que tomando-se uma determinada localidade como referência os valores sejam maiores ou menores como contribuição ao proprietário pela utilização, conforme seja o espaço próximo ou distante, respectivamente.

Esse *gosto da burguesia* poderá influenciar positiva ou negativamente a organização dos espaços nas cidades. Pois “a agricultura é sensível tanto à fertilidade quanto à localização, enquanto fábricas, casas, lojas etc., são sensíveis à localização”⁵².

Nos casos em que a propriedade é alienada e trocada de mãos, temos situação em que a propriedade não produz exatamente valor, eis que o valor

⁴⁸ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 1065.

⁴⁹ HARVEY, David. *Os limites do Capital*, p. 431 et. seq.

⁵⁰ HARVEY, David. op. cit., p. 432.

⁵¹ HARVEY, David. op. cit., p. 438.

⁵² HARVEY, David. op. cit., p. 440.

percebido pelo proprietário que a aliena equivale a ela somente. Aquele que vendeu renuncia à propriedade mediante a percepção do capital e aquele que adquire se descapitaliza pela aquisição da propriedade. No entanto, quando o proprietário percebe a renda em virtude de sua qualidade de proprietário, apesar da propriedade fundiária não ser reproduzida, diferente das outras mercadorias, o que dificulta sua mensuração de valor, produzirá renda.

Apesar do enfoque principal desta pesquisa não ser a propriedade fundiária rural e sim os problemas em torno da proteção da propriedade fundiária urbana, que se colocará no centro do problema da habitação, é na renda fundiária agrícola que a propriedade/renda fundiária se coloca nitidamente no modo de produção capitalista. No momento de transição do feudalismo para o capitalismo é que se torna possível vislumbrar a postura do proprietário fundiário se afastando das qualidades e valores de uso da propriedade e a concebendo enquanto mercadoria.

Nas palavras de Marx:

“A circunstância de a renda fundiária capitalizada se configurar no preço ou no valor da terra, e de a terra por isso ser comprada e vendida como qualquer outra mercadoria, é para alguns apologistas motivo para justificar a propriedade fundiária, pois o comprador teria pago por ela, como qualquer outra mercadoria, um equivalente, e a maior parte das propriedades fundiárias teria assim mudado de mãos”⁵³.

Como parte das condições de produção capitalista, que consiste na separação do trabalhador dos seus meios de produção, a figura do proprietário fundiário, que não pretende produzir e sim arrendar, mediante pagamento periódico em dinheiro, a terra a um capitalista que a utilizará como mais um meio de produção, tal qual as máquinas da indústria, permite a subsistência do proprietário como alguém que se apropria de parte da mais valia produzida pelo operário, pelo simples fato de ser titular daquele espaço terrestre no globo. Esse formato se apresentará no campo, fazendo com que a produção agrícola seja equivalente à produção industrial, quanto ao seu modo de produção.

A possibilidade de obtenção de renda a partir da propriedade fundiária absolutamente dissociada de seus valores de uso pelo proprietário, ou seja, a obtenção de renda fundiária a partir de uma perspectiva em que o proprietário só

⁵³ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 834.

se vincula e preocupa com o valor econômico que a propriedade pode render, independente de seus valores de uso, se verifica não somente no ambiente agrícola, como também no ambiente urbano.

“é natural que na prática se considere renda fundiária tudo o que o arrendatário paga ao proprietário na forma de tributo pela permissão de explorar a terra. [...] o monopólio sobre um pedaço do globo terrestre capacita o intitulado proprietário para cobrar, impor o gravame. [...] o qual nada mais é, conforme vimos, que receita capitalizada do aluguel da terra”⁵⁴.

Nas áreas urbanas, a apropriação do espaço no solo terrestre se localizará não somente no arrendamento para a produção, mas também e substancialmente no espaço destinado à moradia.

É certo que não se pode estabelecer um único modelo de propriedade privada fundiária, e que não se pretende aqui demonizar o modo de produção capitalista, ou excluir a propriedade imóvel do ordenamento jurídico como solução dos problemas sociais determinados pelo capitalismo. Porém tais fenômenos rurais e urbanos, que permitem que a propriedade privada seja encarada como sinônimo de fonte de renda fundiária, contribuem para sua dissociação de seus valores de uso, determinando que o proprietário deixe de se ocupar das finalidades sociais e econômicas, pretendendo somente a maior renda possível. Esse fato por si só justifica a crítica aos abusos perpetrados no formato de propriedade capitalista.

Dito de outro modo, em modelos anteriores a terra era diretamente fonte de subsistência para os proprietários da terra. No modo de produção capitalista, a terra é mais uma ferramenta de produção para se obter a subsistência através do dinheiro e isso afasta as pessoas, especialmente o proprietário fundiário, das finalidades sócio econômicas da propriedade.

Nessa fórmula, enquanto o proprietário fundiário obterá através da propriedade o valor que garantirá sua subsistência, o assalariado terá que desembolsar parte de seu salário para ter acesso à terra como parte também de sua subsistência, no caso dos centros industriais para moradia:

“a terra é para o proprietário eterno imã que atrai parte da mais-valia sugada pelo capital, e finalmente o trabalho é condição e meio que se renovam sempre para adquirir, sob o título de salário, parte do valor criado pelo trabalhador e

⁵⁴ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 834.

portanto fração do produto social determinada por essa parte do valor e que abrange os meios de subsistência necessários”⁵⁵.

Com isso, verifica-se profunda contradição na busca de uma propriedade adequada à sua função social, quando se autoriza a busca de renda fundiária como efeito natural da propriedade e da autonomia privada.

Os efeitos do modo de produção capitalista, e da luta de classes travada na sociedade moderna, pode-se dizer que apresentam inúmeros problemas sociais, relacionados com a pobreza, distribuição de renda etc. E como mais um sintoma de tais problemas sociais aparece, de forma gritante, o problema da habitação; a crise habitacional. A partir do que foi apresentado, não se pode deixar de relacionar o modo de produção capitalista, associado ao sistema de obtenção de renda fundiária, com os problemas de habitação.

A tensão antes já existente em torno da propriedade fundiária e do direito de apropriação da terra, que poderia ser vislumbrado como privilégio direcionado a determinadas classes no sistema feudal, dá lugar no modo de produção capitalista à referida crise da habitação. Podemos identificar o problema da habitação atacado e agravado por dois movimentos que acontecem concomitante e paralelamente.

De um lado, a separação do operário dos meios de produção, com objetivo de criar uma classe de trabalhadores assalariados, que alienam sua força de trabalho. Esse fator, em um só movimento expulsa grande parte da população rural, formada por pequenos produtores, camponeses etc. do campo, determinando que estes migrem para os centros urbanos com vistas a buscar trabalho nas fábricas. Esse acontecimento, ao mesmo tempo que facilita a implementação da produção capitalista agrícola, cria uma população urbana com extremo déficit de moradia.

Por outro lado, o objetivo do proprietário, seja ele rural ou urbano, centrado não nas finalidades sócio econômicas do bem, mas na obtenção da maior renda possível a partir de suas propriedades, faz com que o custo do arrendamento para a produção no campo e o custo para moradia nos centros urbanos se eleve.

⁵⁵ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 1085.

O objetivo é a obtenção de renda, como evidencia Marx, dentre outras passagens:

“também não tratamos das condições excepcionais em que mesmo em países de produção capitalista o proprietário da terra pode extorquir arrendamento exagerado que não tem relação alguma com o produto do solo, como por exemplo nas zonas industriais inglesas o aluguel de pequenos pedaços de terra aos trabalhadores das fábricas”⁵⁶.

Em um cenário de crescimento de centros urbanos, processos de industrialização concomitantes a verdadeira penúria de moradias a todas aquelas pessoas, inaugura-se um verdadeiro ciclo de profunda crise habitacional.

Afirmamos a existência de um ciclo de profunda crise habitacional, eis que percebe-se, desde a fundação do sistema de produção capitalista, o sintoma de ausência de condições habitacionais minimamente adequadas a toda a população, considerando espaço, número de pessoas, salubridade, deslocamento ao trabalho, entre outros. Cumpre observar que o problema da habitação não é causa das demais crises sociais, mas sim mais um sintoma dos problemas sociais inerentes ao modelo, mas pela sua constante existência e ainda por envolver elemento tão substancial da vida humana a morada, passa a ser objeto de análise.

No momento anterior, correspondente ao feudalismo, existia um formato de servidão e outros problemas e crises sociais, porém a moradia não era um sintoma dos mais graves a ser enfrentado. No período de transição, certos grupos de camponeses tentaram resistir, sem sucesso. Paralelo a isso, nos centros urbanos, aqueles que para lá foram empurrados são compelidos a se aglutinarem em moradias insalubres, com espaços insuficientes, ponderando a escolha do local e tipo de moradia não em virtude de suas necessidades e de sua família, mas das possibilidades que seus recursos financeiros, no caso o salário, poderiam pagar.

Percebe-se que, para bem compreender os antecedentes do embate entre o proprietário fundiário e os demais personagens, compreender a renda fundiária é de extrema importância na medida que essa renda percebida pelo proprietário dos imóveis disponibilizados para a moradia corresponde ao custo que determinado indivíduo, em especial o operário, tem que desembolsar para habitar um espaço no solo terrestre. Desta forma, aquele que se apropria de um determinado espaço,

⁵⁶ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 836.

tendo-o como seu, se apropriará também de uma parte dos rendimentos do operário, a fim de que ele possa se estabelecer para moradia⁵⁷.

Ao mesmo tempo, é importante que fique claro que a relação jurídica que se estabelece em virtude da locação não pressupõe, necessariamente, a opressão do operário pelo capitalista, o primeiro como locatário, e o segundo como locador, como evidencia Engels:

“Na questão da habitação, temos, uma diante da outra, duas partes: o inquilino e o senhorio ou proprietário. O primeiro quer comprar ao segundo o uso temporário de uma habitação; tem dinheiro ou crédito, ainda que tenha que comprar esse crédito ao próprio proprietário a um preço usurário, mediante um suplemento à renda. Trata-se de uma simples venda de mercadoria, não de um assunto entre proprietário e burguês, entre operário e capitalista; o inquilino ainda que seja operário – apresenta-se como *um homem que tem dinheiro*”.⁵⁸

Mas não se pode deixar de observar como será mais detalhado adiante, ao tratarmos não somente do direito de propriedade, mas do acesso à propriedade na ordem constitucional brasileira, que a renda fundiária, ou a possibilidade de renda fundiária, se seguir padrões fundados exclusivamente em critérios de autonomia privada, ou um modelo liberal, necessariamente determinará o prejuízo de valores fundamentais como a moradia, em benefício da liberdade de perseguir e obter a renda fundiária que o mercado possibilitar.

Historicamente, esse fato contribuiu, em diversos momentos, para verdadeiro sacrifício da moradia com critérios mínimos de salubridade e dignidade. Esse fato pode ser relacionado à baixa possibilidade de despende uma maior parte da renda para a moradia, segundo Michelle Perrot “por um longo período, a reivindicação operária se refere ao aluguel, não a moradia”⁵⁹. Inicialmente verifica-se uma necessidade de se abrigar, inobstante em muitos momentos só ser possível através das moradias *multifamiliares*.

⁵⁷ HARVEY, David. *Os limites do Capital*, p. 441: “os proprietários de terra são indiferentes em relação a se a renda que recebem é uma dedução dos salários dos trabalhadores, do excesso ou mesmo do lucro médio do capital, ou de qualquer outra forma de receita. E o próprio Marx certamente está bem consciente de que ‘a pobreza é mais lucrativa para o aluguel de casas do que as minas de Potosi jamais foram para a Espanha’, e se queixa amargamente de como o ‘poder monstruoso’ do feudalismo é ‘usado contra os trabalhadores [...] como um meio de praticamente expulsá-los da terra como um local de moradia’”.

⁵⁸ ENGELS, Friedrich. *O problema da habitação*, p. 26.

⁵⁹ PERROT, Michelle. *Os excluídos da história. Operários Mulheres Prisioneiros*, p.102.

Aos poucos, os questionamentos em torno do custo dessa ocupação do espaço, envolvendo a moradia com maior dignidade de forma independente, ou seja, com a busca de liberdade pelo lugar que a classe assalariada, operária ou não operária irá ocupar, passa a ter lugar na agenda das reivindicações. É nesse contexto que se passa a criticar as condições especialmente das moradias operárias.

“O amontoamento extremo – uma ou duas peças para famílias frequentemente numerosas -, a ausência daquilo que a partir do século XVIII, chama-se ‘conforto’, atribuindo-se ao termo um sentido cada vez mais material, a instabilidade, a precariedade patente na mediocridade da mobília caracterizam essas habitações das grandes cidades”⁶⁰.

A percepção de que esse sintoma é um problema derivado da instalação de centros urbanos e industriais sob o comando do capitalismo advém de os mesmos sintomas serem observados em momentos históricos e locais diferentes, a exemplo do ocorrido na Europa e também no momento de formação da cidade do Rio de Janeiro, como relata Maurício Abreu:

“o centro, contraditoriamente, mantinha também a sua condição de local de residência das populações mais miseráveis da cidade. Estas, sem nenhum poder de mobilidade, dependiam de uma localização central, ou periférica ao centro, para sobreviver. Com efeito, livres ou escravos, a procura de trabalho era diária, e este era apenas encontrado na área central.

A solução era então o cortiço, habitação coletiva e insalubre e palco de atuação preferencial das epidemias de febre amarela, que passam a grassar quase que anualmente na cidade a partir de 1850”⁶¹.

Sendo evidenciado que esse fato determina um problema cíclico e infundável, na medida em que a busca desmedida e abusiva pelo crescimento da renda fundiária não só cria dificuldades de instalação do operariado ou das classes pobres de um modo geral, mas também determina sempre que convém ao capital o deslocamento da classe mais pobre em virtude de um aumento do custo de vida em determinadas localidades, com vistas a uma fruição máxima do que a renda fundiária pode determinar.

Esse movimento realizado pela burguesia, ou por aqueles detentores do poder econômico, sejam capitalistas industriais ou proprietários fundiários, que será melhor explorado no capítulo terceiro desta pesquisa, é denominado de

⁶⁰ PERROT, Michelle. op. cit., p. 110.

⁶¹ ABREU, Mauricio de A. *Evolução Urbana do Rio de Janeiro*, p. 42.

emburguesamento por Engels ⁶², reconhecido como *Hausmannização* por Michelle Perrot⁶³, e em termos pós modernos de *gentrificação*.⁶⁴

O uso abusivo da obtenção de renda fundiária, mesmo sob o modo de produção capitalista, viola um valor maior da terra, qual seja seu valor uso, que em termos contemporâneos seria a sua função social. A propriedade seria concebida como mera fonte de renda, o que é inconcebível na análise de Marx que vincula a atividade sobre determinado espaço do solo à finalidade que este espaço guarda. Esse pensamento se resume quando afirma que: “Mesmo uma sociedade inteira não é proprietária da terra, nem uma nação, nem todas as sociedades de uma época reunidas. São apenas possuidoras, usufrutuárias dela, e como *bonipatres familias* têm de legá-las melhorada às gerações vindouras”⁶⁵.

⁶² ENGELS, Friedrich. *O problema da habitação*, p. 75.

⁶³ PERROT, Michelle. *Os excluídos da história. Operários Mulheres Prisioneiros*, p. 119.

⁶⁴ MENDES, Luís. *Gentrificação e a cidade Revanchista: Que lugar para os movimentos sociais de resistência*.

⁶⁵ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*, p. 1029.

3 A Constitucionalização da Propriedade.

O poder constituinte é fundador de uma nova ordem, seja criando uma realidade absolutamente nova, ou como transformador de uma ordem pré-existente. Pode-se admitir, portanto, que com a formulação de uma constituição se inaugurará uma nova ordem jurídica, com a formação ou transformação do Estado, e isso será ordenado a partir dos preceitos e interesses de uma classe dominante responsável pelo exercício do poder constituinte, que certamente se valerá da nova ordem constituída para manter a salvo, e resguardar ao máximo, seus interesses.

Esta nova ordem se estabelece em relação a todos os temas políticos econômicos, e inerentes às relações sociais, como afirma Antonio Negri no sentido de que:

“A potência constituinte oferece aos cidadãos, aos novos cidadãos, um poder em progressão, uma progressividade criadora de formas. O ato fundador é absolutamente radical: destrói a memória, cria novas ordens e organizações, constrói mitos funcionais. O poder constituinte se manifesta como facticidade ontológica.”⁶⁶.

Em relação à propriedade não será diferente, considerando o lugar que a propriedade privada ocupa e sempre ocupou em todas as formas de organização social. Tomando por base esses elementos, é perceptível que a propriedade privada terá a sua proteção estabelecida com contornos distintos a partir dos interesses sociais, econômicos e políticos de uma sociedade, ou da elite dominante de certa sociedade, em termos marxianos, da *classe dominante*.

Visto a influência que sofre a propriedade privada sob as diferentes formas de organização social e modos de produção, bem como valores fundamentais, trataremos do fundamento constitucional da propriedade privada em dois formatos distintos de constituição. O primeiro é o da constitucionalização clássica, assim reconhecida como a fase de constitucionalização pautada em valores liberais, tais como as constituições fundadas na Revolução Francesa e na Revolução Americana. O segundo é o da constitucionalização social, fundada na

⁶⁶ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*, p. 220.

proteção e garantia de direitos fundamentais não só individuais, mas também coletivos e sociais.

3.1 Constitucionalização clássica da propriedade.

A ordem jurídica inaugurada a partir do exercício do poder constituinte necessariamente determinará o surgimento de uma organização estatal, uma forma de governo etc. Em paralelo, contudo, tendo em foco valores liberais, um dos fundamentais interesses de existência de uma norma, ou sua utilidade originária se dá na regulação e garantia das relações privadas do indivíduo. Ou seja, a existência de um antagonismo, naturalmente decorrente de eventuais conflitos de expectativas entre entes privados, faz surgir nesses sujeitos o interesse pela existência de uma norma, uma vez que pessoas em posições antagônicas pretenderão fazer uso de teses jurídicas diante de interesses e necessidades individuais. Sob uma ótica burguesa, portanto, inicialmente se constitui e existe a vida civil, para que em momento posterior se organize a sociedade política⁶⁷.

A importância atribuída às relações civis é decorrente, numa sociedade capitalista-burguesa, da livre circulação de bens, como explorado no capítulo anterior. Sob essa perspectiva a noção de sujeito irá se relacionar com a noção de liberdade e de propriedade, eis que esses conceitos só efetivamente se concretizam quando no exercício da plena liberdade, sob um olhar liberal, o sujeito pode se dizer titular do direito de propriedade. E quando, além de poder exercer sobre a coisa seus poderes, pode também aliená-la⁶⁸. Dada a importância a desses valores, não somente a igualdade e a liberdade, mas também a proteção à propriedade privada serão constitucionalizados.

Como analisado anteriormente, o indivíduo seria o *sujeito da mercadoria*, aquele que tem o poder de fazer a mercadoria circular, eis que a mercadoria não pode por ela própria se fazer trocar, sendo portanto, essa circulação de

⁶⁷ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 52.

⁶⁸ PACHUKANIS, E. B. op. Cit, p. 80: “No ato de alienação, a realização do direito de propriedade como abstração torna-se uma realidade”.

mercadorias a razão primeira das relações sociais, como com outras palavras é afirmado por Pachukanis⁶⁹:

“Se a coisa se sobrepõe economicamente ao homem, uma vez que, como mercadoria, coisifica uma relação social que não está subordinada ao homem, ele, em contrapartida, reina juridicamente sobre a coisa, porque, ele mesmo na qualidade de possuidor e de proprietário, não é senão uma simples encarnação do sujeito jurídico abstrato impessoal, um puro produto das relações sociais”.

A noção de propriedade privada contemporânea surge, na medida em que, o direito de se apropriar e simplesmente se utilizar do bem se transforma no direito de propriedade, que além de utilização, confere ao titular, a faculdade de alienação. Com a inserção da faculdade de alienação, a propriedade privada passa a fazer sentido numa perspectiva capitalista, tem seu conteúdo modificado e passa a gozar de proteção absoluta⁷⁰. O poder de dispor dos bens, poder de troca, determina um olhar sobre a propriedade como exercício de uma liberdade, liberdade de autodeterminação do sujeito.

Justamente para proteger esse mercado de troca de mercadorias, e também de exercício dos poderes inerentes à propriedade, como centro maior da vida privada, é que surge a necessidade e o interesse de uma organização jurídica, permeada de normas que justamente protejam essa relação, que assegurem o dever geral de abstenção de não interferência na propriedade alheia. É consolidada a ideia de que o homem que se apropria das coisas a partir da força de seu trabalho, seus méritos, seus esforços, torna-se um proprietário jurídico, eis que a noção de propriedade capitalista não existirá se a propriedade não for dotada de livre alienação, na possibilidade de livre transferência de um titular a outro.

Fica marcada a diferença em relação à noção de *propriedade feudal*, onde o aspecto mais importante seria assegurar o uso da propriedade, não sendo necessária a sua disponibilidade, o que de certa forma traduzia uma virtude, de ser a apropriação vinculada a outras funções que não o capital⁷¹.

Considerando que a propriedade privada é o centro de interesses da vida civil do indivíduo, o que pretende a perspectiva capitalista burguesa, a partir de um divórcio entre o público e o privado, é que o Estado seja garantidor dessas

⁶⁹ PACHUKANIS, E. B. op. Cit., p. 72.

⁷⁰ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 73.

⁷¹ PACHUKANIS, E. B. op. cit, p. 85: “De outro modo, as formas de propriedade feudais e corporativas, isto é, as formas limitadas de propriedade demonstravam já a sua função: a absorção do trabalho não pago”.

relações, contudo interfira minimamente nelas. Isso se dá em nome de uma liberdade conferida a cada um dos sujeitos, liberdade esta existente entre sujeitos entendidos como iguais, iguais perante a lei, ou seja formalmente iguais, uma igualdade determinada abstratamente, de modo que o Estado se conserve destacado da sociedade em suas atividades. Essa postura certamente poderá ser observada como modo de escamotear as desigualdades promovidas a partir de falsas relações entre iguais, que não demandariam a intervenção do estado para assegurar minimamente nenhuma das partes.

Constata-se que a criação de um estado não intervencionista na vida privada, com esse preceito garantido constitucionalmente, assegura que os dois principais pilares patrimoniais do âmbito privado, quais sejam o contrato e a propriedade, possam ser facilmente manipulados pela burguesia capitalista, sob o argumento de que nenhuma intervenção do Estado seria legítima, construindo-se o espaço público absolutamente separado do espaço privado. Assegura-se a propriedade como direito absoluto em nome de suposta supremacia da liberdade e igualdade, pois se assim fosse, em tese não haveria classe originalmente privilegiada e todos poderiam ser titulares da propriedade, dependendo exclusivamente de seu esforço pessoal, o que se verá se tratar de uma falácia.

A constitucionalização clássica tem como especiais paradigmas a constitucionalização francesa e americana, fundadas na Revolução Francesa e Revolução Americana, onde é possível desenvolver uma breve análise do espaço ocupado pela propriedade nas ordens constitucionais fundadas nestes momentos específicos.

3.1.1

A propriedade como expressão de igualdade sob a ótica da burguesia na revolução francesa.

Em uma análise ainda que superficial dos preceitos orientadores da revolução francesa, seja sob a ótica da burguesia, seja sob a perspectiva do proletariado, verifica-se a substancialidade da liberdade e igualdade que devem ser pertinentes a todo e qualquer cidadão. A segurança em torno da liberdade e igualdade deve se estabelecer independente do deferimento de qualquer privilégio,

como claramente demonstrado por Sieyès, quando afirma que: “Não somos livres por privilégios, mas por direitos, direitos que pertencem a todos os cidadãos⁷²”.

Facilmente observa-se, portanto, que a partir das declarações de direitos do final do século XVIII o tema da igualdade torna-se central, sendo de fácil percepção o uso da noção de vontade geral pela burguesia para a fundação de uma nova ordem onde seja garantida uma igualdade política entre os cidadãos.

É certo que não se pode deixar de considerar que a noção de vontade geral apresentada por Rousseau, buscava uma igualdade política, partindo do pressuposto de uma igualdade social, inexistente naquela sociedade, como demonstrado por Negri⁷³, o que deu margem para a utilização contraditória da noção de vontade geral pelas duas classes, quais sejam a burguesia e o proletariado. Contudo, há de se observar que a burguesia enquanto classe dominante fez prevalecer naquele momento a ideia de que no campo social se podia presumir uma igualdade, igualdade essa que se lê necessariamente discrepante de uma igualdade material e aproximada a efetiva igualdade formal.

E é nesse cenário que a propriedade mais uma vez surge no centro da organização jurídica e política, considerando ser apresentada como expressão de valores fundamentais, extremamente aclamados naquele momento, representados pela liberdade e igualdade, eis que a igualdade é designada como a proibição de qualquer discriminação de nascença, sendo determinado que a lei seja a mesma para todos e a propriedade conceituada como o direito de “gozar e dispor de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de sua operosidade”⁷⁴.

Vinculada que está a propriedade ao direito de gozar do fruto do próprio esforço, trata-se de expressão de igualdade, na medida que, sob aquela perspectiva, está disponível a todos que consigam obtê-la, pois seria um fundamento basilar da organização social do trabalho, como demonstrado claramente na crítica feita por Pachukanis:

⁷² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?*, p. 7.

⁷³ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*, p. 284-285. “O que é, porém a igualdade rousseauiana? É, acima de tudo, uma afirmação de igualdade política que faz mera alusão à igualdade social como algo desejável, de certo modo pressupondo-a. Com isso a igualdade é desencarnada e transformada numa questão ideal e atemporal. Fiel a Rousseau, a burguesia procura e encontra em seu pensamento, as bases de sua construção jurídica”.

⁷⁴ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 297.

“o direito real que é fundamental para a garantia da liberdade chama-se direito de propriedade, cuja ‘essência característica’ reside na ‘desigualdade’. Na nova constituição francesa, ao contrário, este valor-guia da propriedade é tendencialmente submetido a valores igualitários: com ele, podem ser destruídos a liberdade e todos os valores que se fundamentam na propriedade”⁷⁵.

Nota-se que, ao fazê-lo, o que pretende a burguesia francesa é sedimentar a propriedade, de seu fundamental interesse, em direitos que não devem ser alienados, manipulando seu significado, para que assim esteja sob proteção absoluta, do mesmo modo que manipulou a noção de vontade geral, como antes apresentado, para que com isso instituisse um modelo de representação que atendesse aos seus interesses.

Não se pode, contudo, deixar de observar, seja por esses episódios apresentados, seja pela experiência desses e de outros modelos, que a proteção da propriedade privada em nada se relaciona com valores inerentes à igualdade. Ainda que possua alguma autoridade a ideia de que efetivamente representasse igualdade o fato de todos possuírem abstratamente o direito de se tornarem juridicamente proprietários, na medida em que isso é inviável de se concretizar, face às distinções insuperáveis que se apresentam no campo social, promulgar a propriedade como expressão de igualdade implica em consagrar uma igualdade formal. Se está longe de se atingir uma efetiva igualdade material, eis que a propriedade na forma que é proposta estabelece uma fonte de desigualdade.

Colocando de outra forma, observa-se que a organização política a partir da organização social e civil, que como defendido acima, se funda na colocação da propriedade não somente no centro da vida privada e mercantil, mas como um de seus pilares, determina que certos males advindos da organização do estado não sejam suprimidos sem que se transforme o modo de abordagem e proteção da propriedade privada, como coloca Tocqueville⁷⁶:

“No início, o povo quisera socorrer-se mudando todas as instituições políticas; no entanto, depois de cada mudança percebia que sua sorte não havia melhorado ou que melhorava com uma lentidão incompatível com a velocidade de seus desejos. Era inevitável que, num dia ou noutro, acabasse descobrindo que sua posição não era devida à constituição do governo, mas às leis imutáveis que constituem a própria sociedade; e assim seria natural perguntar-se se não tinha o poder e o direito de mudar também essas leis, como já havia feito com outras. E, falando especificamente da propriedade, que é o fundamento de nossa ordem social, esta restou como o principal obstáculo para a igualdade entre os homens, até o ponto

⁷⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?*, p. 336.

⁷⁶ TOCQUEVILLE, Alexis. *Lembranças de 1848: as jornadas revolucionárias de Paris*, p. 118.

de parecer o único signo de desigualdade, porquanto todos os privilégios que a envolviam e até escondiam haviam sido destruídos. Não seria necessário, portanto, não digo eliminar a propriedade, mas que pelo menos a ideia de eliminá-la se apresentasse ao espírito dos que dela não desfrutavam?”

Importante observar, que frente a uma burguesia capitalista, que de forma clara e objetiva detém o poder econômico e com isso efetivo poder sobre a organização política e social, o estabelecimento de determinados condicionantes a proteção da propriedade privada será ineficaz. A determinação de condutas a serem desempenhadas pelo proprietário que representem atendimento à função sócio econômica da propriedade, naquele momento, nada mais é do que tentar mascarar a mesma proteção absoluta sob a ótica de Pachukanis, eis que o proprietário burguês, em vista de proteger a sua propriedade, em sendo necessário, atenderá às exigências postas e perpetuará a proteção de sua propriedade privada em sentido absoluto⁷⁷.

3.1.2

A abordagem da propriedade no processo de emancipação política americana

Com postura diversa da proteção expressa e expansiva da propriedade, um primeiro olhar sobre a constituição americana, sem maior cautela e profundidade, poderia dar ensejo ao entendimento de ausência de garantia fundamental à propriedade. Inicialmente, pode-se imaginar que a Constituição americana mais se preocupou com a organização do estado, e distribuição dos poderes, do que com interesses individuais como a propriedade privada de cada um dos sujeitos de direito denominados cidadãos dos Estados Unidos. Essa sensação poderia ser absorvida face a ausência de uma menção expressa no texto da constituição, bem como de maior discussão sobre o âmbito de proteção da propriedade através da

⁷⁷ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Sobre o tema: Nota 71. “Gojchbarg, em seu comentário ao Código Civil da URSS, salienta que os juristas burgueses progressistas estão começando a considerar a propriedade privada não mais como um direito subjetivo arbitrário, mas sim como um bem posto à disposição da pessoa. Ele se refere diretamente a Duguit, o qual afirma que o possuidor do capital só deve ser juridicamente passível de proteção apenas porque exerce, mediante justas colocações do seu capital, funções socialmente úteis. [...] a burguesia, por outro lado, somente tolera tais considerações acerca das funções sociais da propriedade, porque elas em nada a comprometem. Antítese real da propriedade não é propriamente a propriedade concebida como função social, mas a economia planificada socialista, isto é, a supressão da propriedade”.

adoção da constituição proposta, como mesmo abordado por Alexander Hamilton no artigo 85 de *O Federalista*:

“De acordo com a divisão formal do tema destes artigos, anunciada no primeiro deles, pareceria faltar ainda discutir dois pontos: ‘a analogia do governo proposto com a Constituição do nosso próprio estado’ e a ‘garantia adicional que a sua adoção proporcionará ao governo republicano, à liberdade, e à propriedade’”⁷⁸.

Todavia, uma análise mais acurada do processo constituinte americano, contemporâneo ao que Antonio Negri denomina de emancipação política⁷⁹, facilmente denota que desde o princípio é identificado como cidadão aquele que se apropria da terra, identificando-se de imediato à propriedade, ou ao poder de se apropriar de bens a liberdade, que deve ser determinante da ordenação da vida de todo e qualquer indivíduo.

Dito de outro modo, naturalmente, através de um processo de ocupação, paulatinamente os espaços são alvo de apropriação, ou seja os indivíduos se apropriam da terra. No entanto, segundo a ótica determinante da organização política e jurídica daquela sociedade, esse sujeito só seria dotado de efetiva liberdade, se constituído juridicamente como proprietário. Dessa forma, bastaria para assegurar a liberdade derivada da propriedade que a ordem jurídica garantisse a proteção efetiva da propriedade.

A afirmativa de falta de disposição expressa na constituição sobre a necessidade de proteção da propriedade privada, ou mesmo de seu conteúdo poderia dar ensejo a questionamentos quando a propriedade ocupar lugar central na organização jurídica e política social. Tal questionamento se agravaria principalmente, se for considerada a autoridade ilimitada do poder constituinte, como afirmado em *O Federalista*, cujo propósito é declaradamente defender o texto proposto na constituição⁸⁰.

Todavia, se avaliado o questionamento sob a perspectiva do sentimento do que significa a liberdade e a propriedade naquele momento constituinte e fundador, se verifica que esses elementos não se estabelecem em oposição e na verdade se relacionam. A afirmativa de que a autoridade do poder constituinte é

⁷⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*, p. 761.

⁷⁹ Conferira: NEGRI, Antonio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*, capítulo IV.

⁸⁰ HAMILTON, Alexander, op. cit., artigo 40.

ilimitada não contrariaria a permanente soberania popular, tendo em vista que é permanentemente mantido o direito de revolução do povo, direito de se insurgir contra qualquer usurpação do poder, de modo que a soberania popular seria um direito natural inalienável, direito esse relacionado também à liberdade e à propriedade.

Ou seja, as ideias de soberania do povo, poder constituinte e propriedade estariam subordinados a direitos naturais, que se usurpados ou desrespeitados, permitiriam permanentemente a ruptura à ordem anterior, fundando uma nova ordem que os respeitasse.

Sobre esse fato, é importante observar que Antônio Negri apresenta o tema como o momento constituinte americano inaugurando uma nova ordem, diferente de todos os cenários antes já conhecidos. Forma-se uma burguesia que não parte de uma transformação de um cenário feudal, mas na verdade constitui uma burguesia que se inventa a partir dela própria, como se pode verificar de algumas passagens do trecho abaixo citado:

“é um denso movimento de ruptura e de inovação, e não apenas a modificação de uma função no curso da história jurídica, política e ideológica dos Estados. A ‘separação perpétua’ define um espaço inteiramente novo, um espaço que a atividade democrática do povo já começa a preencher de vida nova, de liberdade e de felicidade⁸¹”

vinculando a essa atividade a propriedade privada:

“isto demonstra o quanto o espaço americano modifica qualquer conceito, a ponto de a ‘propriedade’ ser apresentada como atividade irreprimível de ‘busca da felicidade’⁸²”.

Conclui-se, portanto, que ainda que o debate sobre o texto proposto para a constituição não tenha se fundado expressamente na vinculação da propriedade privada com o preceito da liberdade, é notório que a propriedade privada está no centro da organização política que se dá naquele momento. A configuração do cidadão, desde o início, se dá a partir daquele que tem o poder de se apropriar da terra, sendo ainda um direito natural, que estaria no mesmo patamar da soberania popular, tão cara naquele momento fundacional. A ordem jurídica passa a ser a regulamentação de direitos e interesses de proprietários, ou seja a ordem jurídica regula relações proprietárias.

⁸¹ PACHUKANIS, E. B . *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 225.

⁸² PACHUKANIS, E. B . op. cit., p. 228.

3.1.3

A sacralização da propriedade no modelo de constitucionalização clássica.

Seja no modelo francês, ou no modelo americano, o ponto importante de observação é o fato inerente a ser a propriedade de certa forma sacralizada. Sua proteção absoluta, contudo, não se deve a seus valores de uso, mas em virtude de representarem a efetividade dos interesses de uma classe dominante. Sendo, tanto em um caso como no outro, a classe dominante aquela detentora do capital, a chamada constitucionalização clássica molda o direito de propriedade adequadamente a uma ordem econômica fundada no capitalismo e pronta a servir a esse capitalismo.

“A propriedade burguesa capitalista deixa, conseqüentemente, de ser uma posse flutuante e instável, uma posse puramente de fato, passível de ser contestada a todo momento, e também de ser defendida a mão armada. Ela transforma-se num direito absoluto, estável, que segue a coisa por todo lado e que, desde que a civilização burguesa espalhou seu domínio a todo o globo, é protegida em todo o mundo pelas leis, pela polícia e pelos tribunais”⁸³.

A subserviência do regime jurídico da propriedade privada aos interesses do capitalismo pode ser observada não somente na possibilidade de apropriação dos bens de produção, como na própria liberdade consistente em mudar de mãos o objeto da propriedade, conforme melhor convém ao proprietário. Esses ideais tomam consistência através de uma propriedade associada a direitos inalienáveis como a igualdade e liberdade.

3.2

Constitucionalização social da propriedade

As ideias antiliberais, que posteriormente formariam as bases do constitucionalismo social podem ser observadas em diversos movimentos que precederam a instalação do Estado Social, e culminaram em Constituições Sociais. Os direitos fundamentais, que posteriormente se consagrarão valores sociais, assegurados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de

⁸³ PACHUKANIS, E. B. . *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 73.

1793⁸⁴, quando efetivados, fazem surgir as constituições sociais, ainda que não seja, em alguns casos, rompido o sistema de produção capitalista.

A preocupação com as questões sociais que passam a atormentar o discurso político e jurídico no momento posterior a instauração do capitalismo, deflagrará uma série de movimentos sociais e normatização com vistas a garantir direitos no campo social e operário. Esse fenômeno, em sentido contrário do que foram as declarações de direitos formuladas na conjuntura das revoluções burguesas, pode ser explicado pelo fato de que somente com o capitalismo há efetiva opressão econômica, com a necessidade de afastar liberdades e igualdades formais em prol de exercê-las efetivamente.

“As declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. Isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente”⁸⁵.

Quanto se trata de implementação de direitos sociais, a fim de afastar desigualdades econômicas que implicam em desigualdades sociais, não basta a garantia de direitos formalmente, sendo necessários políticas para implementá-los. Nesse sentido, até que se culminasse na efetiva instalação de um Estado Social, pode ser observada uma sucessão de *acontecimentos* espalhados por diversos lugares do mundo. Como exemplo podem ser pontuadas as encíclicas papais de 1891, que espelham a Doutrina Social da Igreja⁸⁶, e tem como marco inicial a encíclica de Leão XIII, *Rerum Novarum*. Contribuindo para a intensificação dos valores antiliberais, a Revolução de 1848 na França, que desencadearia na Comuna de Paris.

Da mesma forma, como forte marco dos valores sociais, a Constituição Mexicana de 1917, que apesar de não implementar outro modo de produção diverso do capitalismo, é a primeira a sistematizar direitos sociais, inobstante ter

⁸⁴ Apesar da forte relação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão com os valores liberais e burgueses, eis que impregnada de individualismos e garantias individuais, pode-se afirmar que a partir dela há a consagração das tendências de universalismo e socialismo. Este último não vinculado ao socialismo como modo de produção, mas sim como preocupação com o social. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 162.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 159.

⁸⁶ Sobre a intensificação do discurso social na Doutrina Social da Igreja, RODOTÁ, Stefano. *Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, p. 296, que menciona o programa eleitoral da Democracia Cristã apoiado na promessa de fazer de todos proprietários de pequenas propriedades: “Non tutti proletari, ma tutti proprietari”.

sido menos influente nas demais constituições do que a Constituição de Weimar de 1919. E extremamente fincada nos pensamentos de Marx, Engels e Lenin, e extremamente importante, se coloca a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, realizada no terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes⁸⁷.

O pensamento antiliberal, portanto, especialmente desenvolvido por Marx, e propagado por tantos outros, a exemplo de Engels, torna-se cada vez mais presente no discurso de formação de um Estado Social. Os valores de proteção de direitos sociais, cada vez maiores, que viriam a formar os chamados direitos fundamentais de segunda geração passam a estar explicitamente consagrados. Tal fato se apresenta ao longo de todo século XX, influenciando especialmente as Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial⁸⁸, como evidencia Paulo Bonavides, quando afirma a constitucionalização de determinados valores, eis que:

“uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também da maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra”⁸⁹.

Pode-se dizer que a instauração de tais valores sociais, com sua consequente constitucionalização se deve a propagação das teorias Marxistas, e além disso, da percepção, de que os valores em que se pautavam as constituições clássicas na realidade não se concretizavam. Esse fato é compreensível na medida em que a questão da luta de classes é superveniente à consagração dos direitos de liberdade e igualdade. Como coloca Antonio Negri:

“É difícil interpretar a Revolução Francesa do ponto de vista da luta de classes, mas é certo que ela, ao desenvolver-se, molda os novos sujeitos políticos da luta de classes: burguesia e proletariado. A luta de classes não é a sua origem, mas o seu resultado”⁹⁰.

A tão sonhada liberdade e igualdade impregnadas no texto e discursos liberais só serviam e se destinavam a satisfazer os interesses daqueles que pretendiam legitimar constitucionalmente um regime de opressão por aqueles que

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 161.

⁸⁸ É certo que a influência da Constituição de Weimar de 1919 já pode ser observada após a primeira guerra mundial, se intensificando, contudo, no segundo pós guerra. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 236 e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 160.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 578.

⁹⁰ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*, p. 281.

possuíam maiores condições. Ou seja, aqueles que detinham o poder, poder através da classe dominante, seja por detenção da terra, seja por deter o capital como um todo.

As mudanças na disciplina da propriedade e outros direitos sociais presentes no movimento constitucional do pós-guerra, são estabelecidas por Stefano Rodotà não simplesmente como transformação na tutela da propriedade, mas efetiva transformação sócio-econômica:

“Così, la ricostruzione in chiave liberista della disciplina proprietaria, fondata sui dati desumibili dalla storia economica del dopoguerra, ben può apparire non contraddittoria, rispetto ad una ricostruzione dell'art. 42 che ne valorizzi, invece, i tratti di rottura dello schema formale adottato dalle costituzioni liberali per disciplinare la materia. La contraddizione sta altrove, nella debolezza del progetto rispetto alle forze che furono chiamate a realizzarlo, nel venir meno degli equilibri che avevano reso storicamente accettabile una formulazione compromissoria, nell'impossibilità di assegnare soltanto ad uno schema legislativo il compito di determinare una trasformazione socio-economica”⁹¹.

O caráter ilusório da igualdade e liberdade serem relacionadas à propriedade é extensivamente demonstrado por Pachukanis, especialmente quando afirma que:

“A forma jurídica da propriedade não está, de nenhum modo, contradizendo o fato da expropriação de um grande número de cidadãos, pois a qualidade de ser sujeito jurídico é uma qualidade puramente formal. Ele define todas as pessoas como igualmente ‘dignas’ de serem proprietárias, mas não as torna, por isso, proprietários”⁹².

Reconhecidamente necessária a proteção a direitos sociais, coletivos, culturais, e econômicos, há certa unanimidade em reconhecer-se a constituição de Weimar, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1919 o texto precursor a sustentar a grande influência do constitucionalismo social dali por diante. Especialmente no que tange à propriedade, é rompida na Constituição de Weimar o seu sentido absoluto, liberal e individualista, sacralizado na constitucionalização clássica.

⁹¹ RODOTÀ, Stefano. *Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, p. 276. Tradução livre: Assim, a reconstrução liberalista da disciplina proprietária, fundada em dados econômicos da história do pós-guerra, pode não parecer contraditória, a respeito da reconstrução do art. 42, que em vez disso, trata da ruptura do tratamento formal adotado pelas constituições liberais que cuidaram da matéria. A contradição está em outro lugar, na fraqueza do projeto em comparação com as forças que foram chamadas a realiza-lo, na falta de equilíbrio que tornou possível uma legislação compromissória, incapaz de atribuir a um único sistema legislativo a tarefa de determinar uma transformação socioeconômica.

⁹² PACHUKANIS, E. B., *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 84.

Segundo o art. 14, da Constituição de Weimar, que foi reproduzido no art. 14 da Constituição da Alemanha de 1949, a propriedade que constitui um direito fundamental, é assegurada, sendo garantido também o direito de herança, que nada mais é do que a garantia do direito de propriedade aos sucessores do proprietário. No entanto, sem que se permita um conteúdo ilimitado, sendo estabelecido que, “La propiedad obliga. Su uso deberá servir al bienestar general”⁹³.

Fica claro, nesse contexto que é rompida a ideia de que a propriedade existe em função de satisfazer interesses ilimitados do proprietário, desde que tais interesses estejam compreendidos nos limites geográficos do bem e das faculdades jurídicas da propriedade. Mais do que isso, a proteção do direito de propriedade passa a estar umbilicalmente vinculada ao bem estar geral. Cria-se nitidamente junto à proteção da propriedade um dever ao proprietário, no momento em que se estabelece que a propriedade obriga. A propriedade é, portanto, um poder-dever.

Tratar da constitucionalização social da propriedade, portanto, significa afirmar que o direito de propriedade protegido constitucionalmente, ou, dito de outro modo, a proteção constitucional da propriedade atenderá não somente ao interesse dos proprietários. Deverão ser atendidos em paralelo, ou concomitantemente, os direitos do proprietário, os direitos dos não proprietários e ainda daqueles que pretendem se transformar em proprietários.

A perspectiva de atrelar a apropriação privada dos mais diferentes bens, móveis ou imóveis, de consumo ou de produção etc., aos critérios de justiça social, significa necessariamente interferir nas relações jurídicas que estabelecem a aquisição ou mesmo acesso de qualquer ordem a todos esses bens, pois concomitantemente à propriedade enquanto direito individual deverá ser resguardada a proteção do acesso à propriedade como garantia de existência digna. Nas palavras de José Afonso da Silva, a propriedade

“não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica

⁹³ ORFANEL, German Gómez. *Las constituciones de Los Estados de La Union Europea*, p. 39. “A propriedade obriga. Seu uso deverá servir ao bem-estar geral”

são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”⁹⁴.

O impacto da recepção da propriedade no ordenamento jurídico, a partir do comando constitucional, não mais exclusivamente como bem individual e de direitos absolutos do proprietário, mas concomitantemente como direito social, ou necessariamente vinculado ao bem comum, determina a necessidade de reinterpretação do instituto. A partir de então, o proprietário deve, nessa concepção, se utilizar da propriedade em observância do bem comum, determinando reflexões diversas, compatíveis com o tipo de bem que se está apresenta.

As diferentes reflexões decorrentes da espécie de bem objeto da propriedade se evidenciam quando comparados bens de consumo e de bens de produção. No que tange aos bens de consumo, verifica-se a necessidade de apropriação por todo e qualquer ser humano, eis que são aqueles bens que devem ser utilizados por todo e qualquer indivíduo lhe garantindo a existência com dignidade. Cuida-se nesse caso do acesso às condições mínimas de existência com dignidade, ou seja, alimentação, moradia, vestuário, saúde etc.⁹⁵ Esses bens, como afirma José Afonso da Silva se destinam a cuidar de necessidades *humanas primárias*, e “disso decorre que sejam predispostos à aquisição de todos com a maior possibilidade possível, o que justifica até a intervenção do Estado no domínio da sua distribuição, de modo a propiciar a realização ampla de sua função social”⁹⁶.

A propriedade, nesse passo, integra não somente um direito fundamental individual, mas também integra direitos fundamentais que não pretendem atender

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 814.

⁹⁵ HARVEY, David. *Para entender o capital*, p. 106. David Harvey se utiliza da expressão cesta básica para denominar as mercadorias mínimas necessárias a subsistência e reprodução da força de trabalho, ao comentar as variáveis que definem o valor da força de trabalho. E dentre tais mercadorias necessárias se encontra a habitação, nos seguintes termos: “Além disso, ‘a quantidade dos meios de subsistência têm, portanto, de ser suficiente para manter o indivíduo trabalhador como tal em sua condição normal de vida’ Mas o que é ‘normal’? Existem ‘necessidades naturais, como alimentação, vestimenta, aquecimento, habitação, etc’, que são diferentes de acordo com o clima e outras peculiaridades naturais de um país’(245/6)”. Sobre os bens minimamente necessários à vida com dignidade Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*.

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 815.

a interesses de um indivíduo, mas da coletividade, o que se desenvolve na esteira das constituições que refletem o denominado constitucionalismo social⁹⁷.

Por outro lado, a constitucionalização social da propriedade não determinará, por si só, o acesso antes mencionado a todo e qualquer bem, a exemplo dos bens de produção, que serão de acesso a todos ou somente àqueles que detém poder sobre o capital em virtude do modelo de produção adotado. Naqueles ordenamentos em que seja adotado o modo de produção capitalista, fundado na iniciativa privada, é certo que necessariamente não será a todos assegurado o direito à propriedade de tais bens. Tal acesso portanto, dependerá das circunstâncias, esforços e possibilidades de cada um individualmente. Eis que reaparece a propriedade enquanto direito individualista e patrimonialista.

Neste caso, a árdua tarefa, em uma constituição que elege o modo de produção capitalista, através do apoio e proteção da iniciativa privada, e em certa medida implementa o constitucionalismo social da propriedade, é possibilitar, ao mesmo tempo, a proteção da propriedade privada sob a construção de uma sociedade fundada em justiça social. Sobre a Constituição da República de 1988, José Afonso da Silva afirma que:

“vimos já que o nosso sistema é fundamentalmente o da propriedade privada dos meios de produção, o que revela ser basicamente capitalista, que a vigente Constituição tenta civilizar, buscando criar, no mínimo, um capitalismo social, se é que isso seja possível, por meio da estruturação de uma ordem social intensamente preocupada com a justiça social e dignidade da pessoa humana”⁹⁸.

A reflexão sobre os limites e condicionantes da proteção da propriedade privada em um regime jurídico capitalista, porém fundado em solidariedade social, se apresenta de grande dificuldade. As dificuldades em torno do tema se intensificam ainda mais quando se trata de propriedade fundiária, da propriedade sobre o solo.

De certo, a propriedade fundiária, dependendo de onde se situe e a que sirva, poderá se apresentar como bem essencial ao desenvolvimento humano, e necessidades individuais básicas, tais como a moradia, ao mesmo tempo que

⁹⁷ Sobre o tema BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 579 e seguintes.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 815.

poderá configurar simples fonte de renda na qualidade de capital acumulado, ou em outras tantas circunstâncias compor o conjunto de bens de produção⁹⁹.

Por tais circunstâncias, os contornos de proteção da propriedade privada em um ordenamento jurídico que acolhe o sistema de produção capitalista, ao mesmo tempo que funda seus preceitos em valores que formam um Estado social podem ser tênues, exigindo do intérprete verdadeiro esforço e atenção aos preceitos constitucionais. Face à existência, ainda que em um Estado Social, da propriedade capitalista, polemizada no primeiro capítulo deste estudo, qualquer desatenção ou falha de interpretação do que seja a função social da propriedade pode desaguar na proteção da propriedade privada nos termos clássicos apresentados, em detrimento do direito fundamental à propriedade, ou do direito fundamental da sociedade ao respeito e implemento, pelo proprietário, da função social da propriedade.

Não se pode deixar de observar, contudo, que a noção ou conceito de função social, além de ser disposta no ordenamento como uma norma de conteúdo indeterminado, não será única, nem mesmo se referida a propriedade imobiliária. A localização do imóvel, sendo urbano ou rural, sua destinação, suas dimensões, entre outras circunstâncias, influenciarão no delineamento da função social da propriedade.

⁹⁹ Sobre a classificação entre bens essenciais, úteis e supérfluos: NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. Novos paradigmas, p. 29. “O paradigma da essencialidade – a servir para distinguir os contratos em razão do grau de imprescindibilidade do bem contratado (...) a inovação no sistema de diferenciação dos contratos, por meio da classificação dos bens contratados em essenciais, úteis e supérfluos”.

4

O Direito de Propriedade e o Direito à Propriedade na Ordem Constitucional Brasileira.

Compreender a verdadeira concepção da propriedade privada nos termos atuais, ou seja, inserida na Constituição da República de 1988, e com suas faculdades regulamentadas pelo Código Civil de 2002, depende necessariamente da análise de uma conjuntura muito maior, o que justifica toda formulação crítica realizada no primeiro capítulo deste estudo, quanto à propriedade capitalista. A ordem jurídica necessariamente nasce das demais relações existentes entre os membros de uma sociedade, especialmente as relações de produção, vinculadas à estrutura econômica desta ou daquela sociedade.

Nesse sentido, ao tratar da teoria Marxista do Direito, em contraposição à teoria pura do Direito de Kelsen, Orlando Gomes elucida que:

“o Direito é uma expressão das relações econômicas no sentido de que carece de substantividade própria, contendo-se, pois, na área em cujo subsolo germinam as relações de produção. É enfim, uma forma ideológica condicionada pela estrutura econômica da sociedade, que lhe indica a direção, lhe fornece o conteúdo e lhe fixa o gabarito até onde pode elevar-se”¹⁰⁰.

Essa constatação, segundo conclusões expostas pelo autor, é necessária, na medida de se conscientizar que as normas que regem determinada sociedade são reflexo dos interesses sociais, econômicos etc. da classe dominante daquela sociedade. Em outras palavras, afirma que:

“Não se trata de substituir o Direito pela Sociologia Jurídica quando se proclama que as normas jurídicas representam uma forma ideológica da estrutura econômica, mas, apenas, de mostrar que a regra jurídica é uma simples racionalização de interesses materiais predominantes em determinada sociedade e de reconhecer que, apesar de todos os disfarces, as relações humanas regidas pelo Direito são ‘relações fáticas’ de poder político ou econômico”¹⁰¹.

Assim, refletindo as relações sociais existentes, bem como os interesses predominantes de uma classe, especificamente a classe dominante, a elite dominante, as normas pertinentes à propriedade, assim também se apresentarão, de modo que “o sistema das normas traduz os interesses econômicos

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, 2006, p. 65.

¹⁰¹ GOMES, Orlando. op. cit., p. 82.

correspondentes a essas relações, definindo-se como certo tipo de organização da propriedade”¹⁰².

É certo, que inobstante, a elite dominante ainda possa ser reconhecida como aquela detentora do capital, dos meios de produção, da terra, a transição do que vimos ter por base a constitucionalização clássica, para o constitucionalismo social implementa transformações sociais.

No caso brasileiro, a transição do chamado Estado Liberal para o Estado Social implica, de fato, em uma reinterpretação da propriedade, mas tal fato não significa uma modificação no sistema econômico antes adotado. A consciência de que não houve uma migração de sistema econômico é fundamental, não em defesa do sistema capitalista, mas a fim de verificar que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe e institui o sistema capitalista não seja um óbice de se buscar afastar o modelo individualista e patrimonialista da propriedade em termos absolutos de outrora.

Cumprir observar que a adoção de políticas sociais que garantem minimamente condições dignas de sobrevivência e *reprodução* da classe trabalhadora não é um interesse somente desta última, mas é também fundamental ao capital. Por isso, a intervenção do Estado no sentido de suprir essas necessidades interessa também ao *capital*. Nesse sentido esclarece Eros Grau que

“Em um quadro no qual por um lado a força de trabalho/mercadoria é o único bem que constitui propriedade de largas parcelas da população e, por outro, era imperiosa a necessidade de formação de poupanças para a reprodução do capital, por força se havia de convocar o Estado para suprir as insuficiências do sistema”¹⁰³.

É necessário avaliar a constitucionalização da propriedade no Brasil, especialmente no que se refere à Constituição da República de 1988, como um instituto que se desenvolve a partir de interesses paralelos, lembrando que interesses paralelos não convergem a um ponto comum.

Referindo-se à atuação do Estado na economia, Eros Grau deixa claro que o Estado, funcionando como agente que supre determinadas necessidades básicas, reduz conflitos entre os agentes das diferentes classes e assume um papel legitimador, afirmando que “a ampliação do Estado-aparato e do Estado-

¹⁰² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 86.

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, 1997, p. 21.

ordenamento germina nesse clima, no qual se reconsagra a vocação do direito para a defesa da propriedade: o espírito das leis, como observa Linguet, é a propriedade”¹⁰⁴.

Verifica-se, portanto, segundo o mesmo autor, ao se referir à implantação de um Estado Social sem adoção de regime econômico diferente do capitalismo, que os interesses capitalistas são preservados:

“Na mesma linha prosperam as Constituições formais capitalistas que se seguem a elas, seja na provisão da institucionalização de um Estado Social, seja na implantação do capitalismo social, noção que não resiste nem mesmo à contradição dos vocábulos que integram a expressão que a designa – só o processo de produção é social; o processo de acumulação capitalista é essencialmente individualista.

[...]

Observe-se enfaticamente que, embora a estatização e o intervencionismo estatal do domínio econômico possam aqui ou ali contrariar os interesses de um ou outro capitalista, serão sempre adequados e coerentes com os interesses do capitalismo.”¹⁰⁵.

Ou seja, ainda que tenhamos por base grandes vitórias do bloco progressista, que serão analisadas em seguida no âmbito da constituinte de 1988, o instituto da propriedade remodelado continua inserido em um regime capitalista. É justamente essa ponderação que deve ser enfrentada pela ordem jurídica brasileira.

A análise da proteção jurídica outorgada à propriedade privada, portanto, depende da compreensão plena da proteção constitucional da propriedade privada, das acepções da propriedade contidas na Constituição da República de 1988, e além disso, da aplicação do que se entende pela proteção constitucional da propriedade privada nas relações jurídicas privadas. Para tanto, não se pode deixar de enfrentar os resquícios da propriedade liberal e individualista ainda encontrados na proteção da propriedade privada, por aqueles que não interpretam adequadamente o conteúdo da Constituição da República de 1988 acerca da propriedade.

¹⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 21-22.

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 27-28.

4.1

A relação de poder em torno da propriedade na Constituição da República de 1988.

A constituinte de 1987/1988 não pode ser observada como um momento isolado da história constitucional brasileira, tampouco como simples consequência do movimento de redemocratização que se espalhava por todo o ocidente¹⁰⁶. Especialmente no que se refere à propriedade privada fundiária e/ou imobiliária, a compreensão de determinados fatos e resultados da Constituinte de 1987/1988, que culminou na Constituição da República de 1988, depende da análise de elementos que estiveram sempre presentes em torno da propriedade sobre a terra.

As relações de poder que se desenvolvem pelos mais variados atores sociais sobre a terra, associadas às características da formação do Brasil, não somente em termos constitucionais, mas também sua formação social, histórica, cultural e jurídica despertam algumas conclusões, que se tornam cristalinas na Constituinte de 1987/1988.

A partir das conclusões referidas, nos permitimos ousar a afirmativa de profunda semelhança ou até continuidade na postura adotada pelo bloco conservador¹⁰⁷ nos trabalhos desenvolvidos na constituinte de 1987/1988 com a postura ou mentalidade pertinente aos dirigentes das grandes lavouras existentes pelos três séculos de colonização vivenciados pelo Brasil. Partindo de um breve percurso sobre a estrutura do Brasil-Colônia, pode ser apurado em que medida certos conceitos e posturas se enraizaram ao ponto de determinar efeitos na constituinte de 1987/1988, responsável pela Constituição da República vigente.

Não há a pretensão de um detalhamento histórico ou mesmo de uma análise que permita a apresentação de toda a trajetória dos latifúndios e das relações de poder que se desenvolveram sobre eles, tanto em sua defesa ou na tentativa de minimizar os prejuízos provocados por sua manutenção ao longo de nossos pouco mais de cinco séculos de história. Mas por outro lado, pretendemos demonstrar de forma pontual a notória correlação entre as origens e intenções na

¹⁰⁶ Sobre esse tema, Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*.

¹⁰⁷ São utilizadas as denominações bloco conservador como aqueles que pretendem a manutenção do *status quo*, e bloco progressista para aqueles que compõe a bancada de esquerda, que pretendem a modificação dos temas de maior relevância. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*, p.13.

ocupação inicial do território e a tensão e distribuição de poder em virtude desse tipo de relação latifúndio/exploração verificada, nas estratégias dos parlamentares e da representação popular na constituinte de 1988.

Tais deduções podem ser obtidas de uma abordagem sobre os objetivos iniciais verificados pelos ocupantes da terra e suas influências nas destinações que foram dadas ao território, coadunada com as consequências que tais distribuições e formato de ocupação do território produzem na economia e na formação da sociedade naquele momento em que nem se reconhece ainda como país. Com isso se pode estabelecer os pontos de interseção entre esse tempo mais distante da história e as relações de poder e interesses embatidos no curso da elaboração da Constituição da República de 1988, que ao lado dos enormes avanços que determinou, retrata, em diferentes escalas, ainda muitos resquícios daquele momento original.

Para tanto, torna-se fundamental expor sucintamente a trajetória de ocupação do solo durante a formação do Brasil. De início, é importante pensar que as terras que viriam a constituir o Brasil não eram o único ponto de colonização. As denominadas corridas ultramarinas se espalhavam pelos continentes, onde Portugal foi precursor, mas não foi o único. Obviamente, os interesses que ali se apresentavam eram completamente voltados a atender os interesses e necessidades das metrópoles.

No caso brasileiro fica evidente que o estabelecimento da colônia não tinha como objetivos o povoamento e ocupação das novas terras. Esse povoamento só se estabelece com vistas a tornar possível atender o efetivo interesse na constituição da Colônia, através da produção e extração de recursos que se adequassem ao mercado europeu.

Partindo dos acontecimentos que giram em torno do povoamento, contudo, apresentam-se dois modelos de povoamento, que terão futuramente características e consequências absolutamente distintas. O primeiro onde o colonizador ocupa com vistas a reconstituir sua vida, criar um mundo novo para ele e àqueles que os cercam. Nesse formato certamente se preocupará com a sua manutenção no local escolhido para se restabelecer, e, de certa forma, reproduzirá sua cultura, seus hábitos. Em regra, a ocupação com essas finalidades se desenvolverá nas áreas em que as condições climáticas e geográficas mais se

aproximarem do país de origem, considerando ficar mais fácil assim se estabelecer no *novo mundo*.

O povoamento no Brasil, todavia, se deu exatamente no segundo modelo quase que em todo seu território, com alguma exceção da região Sul. Esse segundo modelo, em razão de não ter qualquer intenção de reconstituição de uma vida, mas tão somente o povoamento para atender aos interesses de outros povos, no caso a metrópole, tem seu objetivo maior na exploração da área ocupada. Não há qualquer intenção de determinar um mínimo de bem estar às pessoas que servem à finalidade pretendida, sejam elas escravas ou sejam elas trabalhadores brancos em regime de semiescravidão.

Isso pode ser observado com muita clareza em um momento já de povoamento instaurado nas grandes extensões de lavouras. Apesar daquela imensidão produtiva e lucrativa com vistas à exportação, a grande população convivia literalmente com a fome, eis que faltava em grande parte do território agricultura de subsistência eficiente¹⁰⁸.

Por tais motivos a ocupação se estabelecerá nas localidades em que as condições naturais sejam perfeitas, até porque não existirá qualquer investimento de recursos e esforços no sentido de implantação de tecnologias que melhorassem o trato da terra. Ou seja, o objetivo único era explorar, sugando todas as possibilidades daquela localidade e, quando por fim aquele território se esgotasse, a exploração migraria para outros lugares, como de fato aconteceu.

Ao problematizar as características de povoamento que se apresentam desde os períodos de colonização, Caio Prado Jr.¹⁰⁹ já demonstra que as fases de povoamento em muito se determinaram por essa mentalidade simplesmente exploratória da oportunidade do momento. Inclusive determinando a mudança de produtos a serem extraídos ou produzidos conforme a *moda*¹¹⁰:

“Se vamos à essência da nossa formação, veremos que na realidade nos constituímos para fornecer açúcar, tabaco, alguns gêneros; mais tarde ouro e

¹⁰⁸ Sobre isso: PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*, p. 171. “O papel secundário a que o sistema econômico do país, absorvido pela grande lavoura, vota a agricultura de subsistência, e que parece ter ficado bem caracterizado assim, cria um problema que é um dos mais sérios que a população colonial teve de enfrentar. Refiro-me ao abastecimento dos núcleos de povoamento mais denso, onde a insuficiência alimentar se tornou quase sempre a regra.”

¹⁰⁹ PRADO JR, Caio. op. cit., p.35-37.

¹¹⁰ PRADO JR, Caio, op. cit., p. 29.

diamantes; depois algodão, e em seguida café, para o comércio europeu. Nada mais que isso”.

Verifica-se, então, total ausência de qualquer preocupação de constituir uma economia fundada em bases que pudessem produzir um mínimo de solidez. O que, nas palavras de Caio Prado, demonstra que “a colonização não se orienta no sentido de constituir uma base econômica sólida e orgânica, isto é, a exploração racional e coerente dos recursos do território para a satisfação das necessidades materiais da população que nela habita”¹¹¹.

É interessante observar que a mentalidade dos *titulares da oportunidade*, daqueles que através de mão de obra escrava iriam usufruir da dita oportunidade, ainda é a mesma daqueles que na realidade contemporânea se encontram com o poder de dar destino às terras, ou seja, que tem as terras nas mãos.

Essa mentalidade de uso egoísta do território, dos recursos, dos benefícios públicos, veremos, ficará evidente na *guerra* instaurada entre o bloco conservador e o bloco progressista em torno da ideia de *uso racional da terra*. A expressão é curiosamente utilizada por Caio Prado para narrar as deficiências daqueles tempos de colônia, quando denuncia a ausência de utilização dos recursos naturais do território em prol de todos os que o ocupam. E, durante os trabalhos da constituinte, voltará a aparecer como forma de determinar requisitos basilares do que seria o uso minimamente adequado da terra¹¹².

As circunstâncias de povoamento descritas determinaram o cenário a ser observado nos demais ramos de construção do país, influenciando completamente a economia, as relações sociais e políticas, e por motivos óbvios, a distribuição de terras. De início essa distribuição de terras não se apresenta no formato de propriedade privada, o regime jurídico que ali se estabelece não se relaciona ainda com o direito privado, ou direito civil, onde a propriedade privada e o contrato se colocam como fundamentos.

A evidência de que a colônia é uma grande empresa de Portugal faz com que as relações de ocupação de terras sejam eminentemente administrativas. A ocupação se dá, portanto, em um regime administrativo.

¹¹¹ PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*, p. 75.

¹¹² Como será esclarecido mais adiante, durante os trabalhos da constituinte de 1987/1988 houve verdadeiro embate em torno da utilização obrigação social e função social com condicionamento ao uso racional da terra. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*, p. 98.

Ainda que se verifique a distribuição de certas titularidades de terras a colonos, como demonstrado por Marcos Alcino Torres em estudo histórico do aproveitamento de terras no Brasil¹¹³, aqueles ocupantes não tinham efetiva propriedade e não se comportavam como tal, o que vai ficar claro na medida que a metrópole pode lhes tirar as terras, e que, face o esgotamento da terra, migram sem qualquer apego ao solo antes ocupado.

Como já mencionado anteriormente, no afã de atender aos interesses do mercado europeu, sem nenhuma preocupação com a subsistência efetiva daqueles que aqui viviam e determinavam, através de seu trabalho, a real produtividade, a ocupação teve algumas trajetórias entre agricultura, mineração, em muito menor escala pecuária, mas sua atividade efetivamente expressiva se deu no campo da agricultura.

A agricultura, nos modelos que se apresentou nas colônias localizadas nas zonas tropicais, se colocou com características específicas e devastadoras não somente da terra, mas também das relações sociais e humanas. A organização agrária do Brasil-Colônia se apresentava a partir da associação de grandes propriedades, destinadas a monocultura e realizadas por meio do trabalho escravo.

O maior mal que começa aí a ser identificado não se verifica somente na grande concentração de terras nas mãos de poucos, que virá a ser identificado como as grandes propriedades, mas sim no tipo de exploração que se estabelece nessas grandes propriedades. A grande propriedade por si só não seria o maior mal, mas quando ela se volta e se destina às monoculturas, sem dar lugar a arrendamentos que pudessem garantir a real subsistência daquela população local, os problemas sociais começam a aparecer, como a fome.

Essa organização determina que os benefícios desse formato de agricultura sejam revertidos exclusivamente às mãos daqueles que detém o controle. São benefícios exclusivamente econômicos, tendo na terra fonte essencial de acumulação de capital. O modelo existente determina, assim, uma concentração extrema de riquezas¹¹⁴, sendo a agricultura¹¹⁵, denominada de

¹¹³ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo, *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social.*

¹¹⁴ PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*, p.129.

¹¹⁵ Ao lado da agricultura, são apresentados também a atividade de Mineração, que teve sua queda, como já demonstrado anteriormente.

grande lavoura a atividade que realmente se estabelece e se mantém como atividade de primeira ordem.

Esse modelo de agricultura extrativa simplesmente, de baixa qualidade técnica, apesar de quantitativamente ter sido expressiva, ocupava a “melhor parte do Brasil” e sua estrutura determinava aqueles que se beneficiavam com os resultados lucrativos. Os efeitos maléficos desse formato começaram a ser percebidos no século XVIII¹¹⁶, quando se estabeleceu como procedimento rotineiro o abandono de áreas completamente devastadas em busca de novas áreas para a exploração. Desde aquele momento se identifica na elite detentora do capital o poder de se apropriar, usar e abusar do solo, como melhor lhe convinha, já significadas as faculdades jurídicas da propriedade. Desde aquele momento, os detentores do capital, migram, a seu bel prazer para as áreas de seu melhor interesse.

Essa cultura até hoje pode ser observada e determina grandes prejuízos não somente na seara ambiental, mas também com grandes expressões nas relações humanas, uma vez que as explorações determinam ciclos migratórios, mas ao mesmo tempo acabam por causar a manutenção de parte daquela população que migrou na localidade já completamente esgotada e devastada, produzindo verdadeiros bolsões de pobreza¹¹⁷.

Voltando àqueles tempos, os males produzidos pela utilização de mão-de-obra escrava não cessam quando abolida a escravidão, pois ela acaba por continuar a existir materialmente, apesar de formalmente afastada da realidade brasileira.

A distribuição de terras para criação dos latifúndios direcionados à monocultura, ou seja, o formato da agricultura naquele momento no Brasil, não determinou apenas o modelo de distribuição de terras contemporâneo, mas acabou por determinar o formato das relações sociais, familiares, trabalhistas, políticas etc. Ousamos afirmar que, no Brasil, a ocupação e distribuição de terras foi um fio condutor da formação social e política da sociedade.

¹¹⁶ PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*, p.139.

¹¹⁷ Sobre as migrações em torno do capital da população trabalhadora, e dos males que são observados quando mais uma vez o capital que se instalou em determinada localidade parte em mudança para outra localidade, Cf. PIQUET, Rosélia. *Cidade-Empresa. Presença na paisagem urbana brasileira*.

A referida distribuição de terras, que se inicia enquanto atividade exclusivamente administrativa, que era dada e tirada pela Coroa, como já abordado anteriormente, diante do rumo dado ao comércio, passa a configurar um signo de poder e títulos. O que assume, então, a noção de domínio, como enunciado nas palavras de Raymundo Faoro:

“Sobretudo, a mudança de rumo, mudanças que o contexto comercial da economia acelerou, refletiu sobre o sentido da propriedade territorial que se afasta da concessão administrativa para ganhar conteúdo dominial. [...] A terra, de base do sustento, expandiu-se para título de afidalgamento, com o latifúndio monocultor em plena articulação”¹¹⁸.

E é exatamente nesse contexto que surge o desenho que irá se evidenciar com muita força na constituinte de 1987/1988, onde a sociedade é dividida entre atores sociais muito bem definidos: os proprietários que produzem sua concentração de riquezas através da exploração dos recursos naturais e do trabalho alheio com vista ao exclusivo benefício próprio¹¹⁹; e o segundo grupo, desprestigiado, que encontra dificuldades na obtenção de sua mínima subsistência.

Naquele momento, essa engenharia de poder acerca da propriedade se organizou colocando, de um lado, os grandes senhores de lavouras ou de gado e, de outro, os demais, como denunciado por Faoro onde “a apropriação da terra em largas porções, transformando um deserto no domínio de uma rala população, fez proliferar o dependente agrícola, o colono de terras aforadas e arrendadas”¹²⁰.

Esse histórico vai determinar, a intensa tentativa daqueles que ainda conservavam em 1987 a mesma mentalidade exploratória não só da terra, mas do trabalho alheio, além de ter na propriedade seu signo de poder, de manter essa arquitetura social em seu estado original.

Desenhada a realidade pregressa da propriedade fundiária até o momento da Constituinte de 1987/1988, vale lembrar, antes de apresentar a questão específica da propriedade, que a tensão entre o denominado bloco conservador e o

¹¹⁸ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, p.150.

¹¹⁹ Já em um momento em que o Brasil existia enquanto colônia, onde não se podia definir um modo de produção instituído pelo ordenamento jurídico já se delineava e se apresentava o modo de produção capitalista, marcado pela apropriação do capital e meios de produção por determinada elite, e exploração da força de trabalho alheia, ainda agravada pela realidade da escravidão. Sobre a relevância da propriedade fundiária no modo de produção capitalista, e na acumulação do capital, se destaca MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro 3 v.6 *O processo Global de produção capitalista*..

¹²⁰ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, p.151.

bloco progressista se estabelecia em torno de inúmeros temas, nas mais diversas escalas de importância. Verificar especificamente os embates estabelecidos sobre esse tema restou possível em virtude do procedimento ter se desenrolado através de cinco fases e 34 foros¹²¹, o que facilitaria a análise de cada uma das subcomissões temáticas.

Além disso, não se pode deixar de observar que maiorias não conseguiram se manter em virtude justamente dos regulamentos adotados para que se procedesse as votações, existindo inúmeras situações de concessões que acontecem em ambos os lados. Porém, o tema da reforma agrária - não por acaso relacionado com esse momento original de formação do Brasil - pode ser identificado como um dos temas que delimitaria os “campos ideológicos”¹²².

Assim, a subcomissão responsável por tratar do tema, apesar de todo o procedimento ser parlamentar, como nos recorda oportunamente Pilatti¹²³ em diversos momentos, conta com extrema influência, interferência e mobilização popular, social, ou seja, de fora do parlamento.

Dada a impossibilidade de analisar a evolução de cada um dos textos propostos, e seus motivos de desaprovação por ambos os posicionamentos, conservador e progressista, cumpre ressaltar que os membros responsáveis por elaborar o texto que seria enviado a Comissão de Sistematização se encontravam absolutamente divididos. Ademais, o Brasil ainda encontrava-se com os resquícios da ditadura militar também nesse tema, com repressão das tentativas de mudanças dos camponeses e fortalecimento dos latifúndios.

A partir disso, verifica-se que os progressistas pretendiam verdadeira reforma agrária, onde se determinasse uma obrigação social a ser cumprida pelo direito de propriedade. E ainda, deveria ser formulada para se atender a determinados requisitos, como aproveitamento racional do bem. Além disso sujeitava a propriedade a uma limitação geográfica e a desapropriação que estaria autorizada nos casos de descumprimento desses ideais¹²⁴.

¹²¹ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*, p. 24.

¹²² PILATTI, Adriano, op. cit., p. 22.

¹²³ PILATTI, Adriano, op. cit.

¹²⁴ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*, p. 98.

Diante do texto proposto, logo de início a tensão existente fica evidente e depois de substitutivos e emendas, observa-se que os conservadores pretendiam afastar, a todo custo, qualquer possibilidade de determinação de *uso racional da terra*, motivo pelo qual subsistiu a noção de *função social*. É certo que nenhum dos dois blocos, seja o bloco progressista, seja o bloco conservador, aprovou seus textos na íntegra, mas a vitória conservadora pode ser constatada, uma vez que apesar das relações de poder sobre a terra terem sido redesenhadas formalmente, materialmente, a mentalidade daqueles que detém o controle da terra ainda é a mesma dos tempos da Colônia e pode ser largamente exercida.

Isso pode ser verificado em circunstâncias sutis como a substituição da necessidade de cumprimento de uma *obrigação social* no exercício do direito de propriedade, cujo um dos requisitos expressos seria o uso racional, pela expressão *função social*.

A dualidade entre essas expressões, como a utilização da expressão que se refere a um uso racional da terra, torna evidente que o grande problema não se centrava somente em torno de questões como a manutenção da terra improdutiva, a manutenção de latifúndios, necessidade de cumprimento de função social, ou a desapropriação subordinada à atenção ao bem coletivo. Mas além disso, se centrava, principalmente na intenção de se manter poderes absolutos sobre a terra por parte daqueles que a detém, com vistas a reprodução de interesses exclusivos destes.

As disputas em torno do uso racional tem lugar quando se observa que o que pretendia já a metrópole desde os tempos do Brasil colônia era a ocupação e o cultivo da terra, sem qualquer preocupação com o bem estar da coletividade que se localizava no entorno. Formatação essa que deu lugar às grandes lavouras de monocultura. Da mesma forma, isso se repete com os grandes proprietários contemporâneos que viram no uso racional um problema, pois a questão não era deixar improdutiva a terra, mas sim o que pretendiam com ela, eis que implementam um *uso irracional* por razões meramente exploratórias.

Quando a produção se estabelece nestes termos não se traduz em nenhum benefício à população local, sequer à população trabalhadora, que em lugar de prosperidade através do trabalho se apresenta como modelo subsidiário da escravidão.

Evidencia-se, então, como a formação social, econômica, cultural, jurídica e política do Brasil em muito foi determinada pela ocupação da terra, sendo o modelo de colonização experimentado devastador no sentido de realizar, exclusivamente, a extração dos recursos que o território tinha a oferecer. Esse modelo extrativista determinou o desenho da economia e com ela das relações de poder e atores sociais que atuam sobre a propriedade.

Surge, portanto, a mentalidade proprietária que entendemos ter deixado raízes profundas que determinaram a postura observada no bloco conservador. E, com isso, conclui-se que o bloco conservador formado por fazendeiros, proprietários latifundiários, como claramente evidenciado na obra de Adriano Pilatti¹²⁵, manteve-se com postura de tamanha resistência em relação a qualquer alteração que se fizesse ao *status quo*, por vislumbrar na propriedade o signo de poder que os permite explorar o trabalho alheio, não contribuir para o bem estar da coletividade ao seu entorno, enquanto produz extraordinária concentração de riquezas. Esse comportamento espelha com nitidez os valores capitalistas analisados no capítulo um desta pesquisa, bem como aqueles que fundaram a constitucionalização clássica da propriedade. Em contraposição, o denominado bloco progressista tenta implementar os valores observados pela constitucionalização social da propriedade.

O resultado dessa tensão verificada na Constituinte de 1987/1988 foi sem dúvida o nascimento de uma propriedade ainda mais complexa e permeada de múltiplos sentidos e acepções no texto na Constituição da República de 1988. A propriedade, por si só, dada sua natureza, já encerra em seus elementos, em suas várias possibilidades de existência tal complexidade, que se apresenta ainda potencializada¹²⁶.

Dada sua realidade ao longo dos tempos, não se pode dar um único conceito à propriedade privada e pretender que esse conceito seja estabelecido de

¹²⁵ Inclusive suscitando questões procedimentais em torno de conflitos de interesses determinados por parlamentares que destinados a votação da temática referente a reforma agrária eram fazendeiros de alta escala.

¹²⁶ A dificuldade de modificação na perspectiva da propriedade com sua reformulação constitucional é apresentada por Rodotà também na experiência italiana, quando verifica-se que, até que a construção do texto definitivo acontecesse, se deu profunda instabilidade em relação aos limites e termos de proteção da propriedade. Esse fato fica evidente quando exposto o texto proposto por uma das subcomissões encarregada da propriedade na constituinte italiana, que continha previsão de tratamento específico da propriedade dos chamados bens de consumo, e não prosperou. RODOTÁ, Stefano. *Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, p. 282.

forma estática, sendo importante observar que, em permanente relação com os interesses econômicos, políticos e sociais que atende, a propriedade privada estará em constante mutação. A partir da Constituição da República de 1988, contudo, tais mutações determinaram verdadeira reestruturação de seu conteúdo, devendo ser analisadas a partir não somente dos poderes e eventuais limitações que se inserem no exercício das faculdades do proprietário sobre a coisa, diante das proibições legais, mas em verdadeira avaliação de tutela de merecimento da propriedade, o que certamente só será possível a partir de uma apreciação do instituto consoante a aplicação do direito privado à luz do direito constitucional¹²⁷. Pois, como se pretende demonstrar adiante, a adoção de uma perspectiva exclusivamente patrimonialista, como aquela aplicada enquanto perdurou o denominado Estado Liberal, não nos permite avaliar o cumprimento dos valores e objetivos constitucionais a partir da propriedade.

A constitucionalização do direito de propriedade, e a sua respectiva ascensão enquanto direito fundamental, se consolidou, com a roupagem atual, na Constituição da República de 1988. Todavia, a garantia da propriedade tem sua leitura pautada nos direitos fundamentais desde os movimentos que culminaram na Revolução Francesa no final do século XVIII, que influenciaram fortemente a construção jurídica da propriedade no Código Civil Francês, de 1804. E no Brasil, mesmo antes da CR/88, já gozava de especial proteção, a exemplo da Constituição de 1946, que dispunha em seu artigo 141, §16: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro [...]”¹²⁸.

Tendo como alvo a propriedade imobiliária, e pautando-se na premissa de que a propriedade é um direito subjetivo, é de extrema relevância para o presente trabalho ressaltar que o direito subjetivo de propriedade não pode ser vislumbrado como um direito com conteúdo único. A propriedade além de se apresentar em nosso ordenamento jurídico como direito fundamental, eis que disposta textualmente dentre os direitos fundamentais constantes do art. 5º da Constituição da República, é um direito que encontra duplo conteúdo, uma vez que não se trata

¹²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito civil na construção unitária do ordenamento. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil. Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹²⁸ Art. 141, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

exclusivamente da proteção da propriedade como direito fundamental daquele indivíduo que já a possui. Mas trata-se de proteção da propriedade no seu mais amplo espectro, ou seja, não somente da propriedade daqueles que já a detém em seu patrimônio, mas também daqueles que dela precisam, para que tenham acesso aos bens da vida, substanciais, necessários ao livre desenvolvimento do indivíduo e de sua dignidade humana.

Observa-se, portanto, que dentre os direitos fundamentais estão as duas facetas do direito de propriedade, explícita e separadamente previstos, sendo assegurado no caput do art. 5º, da CR/88 o direito fundamental *à* propriedade, e no inciso XXII do mesmo dispositivo, o direito fundamental *de* propriedade¹²⁹. Como direito *à* propriedade deve-se entender o direito de acesso a apropriar-se dos bens necessários e mínimos a uma existência digna. Ou seja, acesso aos bens da vida, ao menos aqueles indispensáveis à vida com dignidade, o que não conflita, mas sim se complementa pela proteção do direito de propriedade.

Nestes termos, de forma simplória, em paralelo, o direito *de* propriedade está vinculado à proteção da manutenção da titularidade daqueles bens que já integram efetivamente o patrimônio do sujeito, protegendo-o de expropriação indevida. Proteção esta que deve se dar em nome do livre exercício de seus direitos e faculdades jurídicas sobre os bens por ele adquiridos como resultado de seu esforço pessoal.

Em paralelo, a propriedade também se encontra regulamentada na ordem econômica da Constituição da República, especificamente em seu art. 170, que estabelece como preceito a existência digna, e respeito aos ditames da justiça social, e afirma como princípios da ordem econômica a propriedade privada e a função social da propriedade ao lado de valores como a redução das desigualdades regionais e sociais etc.

Segundo Eros Grau:

“O sistema econômico compreende um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, de conformidade com as quais se realiza o modo de produção – propriedade privada, propriedade estatal ou propriedade coletiva dos bens de produção – e a forma de repartição do produto econômico – há rendimentos da

¹²⁹ Cf. FACHIN, Luiz Edson. In: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial. Tomo XI. Direito das coisas. Propriedade*. FACHIN, Luiz Edson. (atualizador), p. 61: “A subjetivação jurídica do direito de propriedade tem hoje, no Brasil, explícito assento constitucional, como direito fundamental imbricado na respectiva função social. Assegura-se, assim, tanto o direito de propriedade como direito *à* propriedade, instrumento que sirva à concretização da dignidade humana”.

propriedade? Ou só rendimentos do trabalho? Ou ambos? – em uma determinada sociedade”¹³⁰.

Conclui-se, portanto, que a Constituição da República de 1988 tutela concomitantemente o direito *à* propriedade e o direito *de* propriedade enquanto direitos fundamentais, a propriedade privada como princípio da ordem econômica, e ainda a função social da propriedade com dupla acepção, pois ao mesmo tempo que é princípio da ordem econômica, é dever fundamental do proprietário. A constitucionalização da propriedade nos termos em que se dá determinará a transformação da proteção jurídica da propriedade, pelo ordenamento jurídico pátrio.

4.2

O direito *de* propriedade como patrimônio individual.

O direito *de* propriedade, em seu sentido mais amplo, desde uma perspectiva liberal capitalista foi dotado de grande relevância a partir da ideia de que não bastava simples possibilidade de utilização de algo por determinada pessoa, mas sim a possibilidade de ter esse bem em seu patrimônio, com vistas a implementar a transferência de tal bem para outro, como amplamente demonstrado no primeiro capítulo deste estudo. Ou seja, determinado bem deveria ser trocado de mãos, assumindo enorme relevância neste momento o sujeito que teria o poder de desempenhar tal atividade, o proprietário, e o mecanismo jurídico capaz de determinar o contrato.

Ao cuidar do direito de propriedade, tratamos, portanto, do conteúdo patrimonial que a propriedade expressa a determinado indivíduo eis que dentre tantos conteúdos que o instituto da propriedade alcança, nosso enfoque é a propriedade privada. Esmiuçando a ideia de que não se pode falar do direito *de*, mas *das propriedades*, José Afonso da Silva esclarece que a garantia constitucional contida no art. 5º, inciso XXII, da Constituição da República de 1988, que outorga à propriedade a qualidade de direito fundamental, tutela a propriedade em suas mais variadas formas, nela incluída a propriedade privada sobre o bem imóvel, seja urbano ou rural.

¹³⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 63.

Fica claro que a Constituição da República de 1988, “Garante o direito de propriedade em geral (art. 5º, XXII; garantia de um conteúdo mínimo essencial)”¹³¹, sendo contudo tal direito de propriedade exercido sobre diversos bens, por sujeitos também diversos, o que faz nascer um grande número de formas de exercício da propriedade, que no fim terão, cada qual, regulamentação própria e distinta, como detalhado por José Afonso da Silva:

“Em verdade, uma coisa é a *propriedade pública*, outra a *propriedade social* e outra a *privada*; uma coisa é a *propriedade agrícola*, outra a *industrial*; uma, a *propriedade rural*, outra a *urbana*; uma a *propriedade bens de consumo*, outra, a de *bens de produção*; uma a *propriedade de uso pessoal*, outra a *propriedade/capital*”¹³².

Com o enfoque na propriedade privada imobiliária, e inicialmente, em um cenário além de capitalista, em seu modelo liberal, a figura do proprietário se sustenta inicialmente, em poderes absolutos, como assinalado. O termo absoluto aqui é empregado na extensão do seu exercício, e não no sentido em que o termo é aplicado contemporaneamente, em relação a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais. Essa noção interfere diretamente no conteúdo do domínio que compreende as faculdades jurídicas da propriedade, conforme assinala Pontes de Miranda ao tratar da dimensão do domínio frente a propriedade:

“A referência da ilimitação do domínio procede da velha concepção absolutista da propriedade, que aliás recaía, antes, em coisas inanimadas, em animais e em homens. O poder ilimitado ia até a destruição daquelas e à morte desses. Quando, hoje, abrimos certos livros e vemos repetido que o domínio é ilimitado, temos a prova de que tais escritores não pensam sequer, a matéria de que trataram, não atenderam, por exemplo, à entrada de limitação ao conteúdo do direito de propriedade, com os direitos de vizinhança por exemplo”¹³³.

Como se observa nas palavras de Pontes de Miranda os poderes ou faculdades de titularidade do proprietário sobre a coisa, mesmo antes da Constituição da República de 1988, já contavam, de certa forma, com alguns limitadores, sendo que tais limitações possuíam natureza diversa ou menos abrangente das limitações ou implicações que podem ser observadas atualmente no direito de propriedade.

As limitações que se apresentavam na propriedade, guardavam quase que na sua totalidade relação com a situação jurídica do proprietário frente ao Estado, protegendo-o de qualquer postura abusiva por parte do Estado, que pudesse violar

¹³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 274.

¹³² SILVA, José Afonso da. op. cit., 2011, p.

¹³³ MIRANDA, Pontes *Tratado de direito privado. Parte especial. Tomo XI.*, p. 96

o direito de certa forma sacralizado da propriedade. Por outro lado, determinava que o proprietário, não violasse, no seu exercício da propriedade, qualquer norma de ordem pública inerente a sua propriedade, ou, por outro lado, com a situação jurídica do proprietário com outro proprietário como se dava nas limitações derivadas do direito de vizinhança.

Tais imposições negativas à propriedade não guardavam, com isso nenhuma semelhança com as limitações, ou dizendo de outro modo, os condicionantes hoje existentes ao exercício do direito de propriedade.

As grandes diferenças observadas nos contornos da propriedade privada vão se apresentar justamente na legitimidade de sua proteção, ou seja naquilo que efetivamente lhe outorga tutela de merecimento e não propriamente nas faculdades de exercício do proprietário, eis que consoante previsto no art. 1.228, do Código Civil, “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”, guardando redação semelhante ao art. 524, do Código Civil de 1916¹³⁴.

Em paralelo, observa-se que a necessidade de demarcação da propriedade está vinculada à ideia de exclusividade da propriedade, porque caso se tratasse de propriedade comum poder-se-ia desprezar a necessidade de delimitar o que é de um e de outro. A delimitação e atribuição da propriedade, no caso da propriedade imobiliária, atribuição da titularidade sobre a terra, está relacionada ao real exercício dos poderes da propriedade, pois só poderá ter o exercício na integralidade dos poderes de uso, fruição e disposição, aquele que tenha a titularidade do direito com exclusividade e possibilidade de transferência do direito, podendo excluir o exercício de poder de qualquer pessoa sobre o bem.

Em definição de quais seriam os poderes ou faculdades que tem o proprietário sobre a coisa, inserida em seu patrimônio, a lei determinava o conteúdo da propriedade, ou como denominado por alguns autores, os seus elementos estruturais, que dada a semelhança da legislação anterior com a legislação atual, bem como ao fato de que o Código Civil de 1916 era absolutamente alheio à questão da função social da propriedade, fica nítida que a inclusão da função social da propriedade no sistema jurídico constitucional de

¹³⁴ art. 524 do Código Civil de 1916: A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem injustamente os possua”.

tutela da propriedade não determinou a alteração de sua estrutura, mas a necessidade de uma reinterpretação dos moldes nos quais tais poderes serão exercidos.

A necessidade de reinterpretar a propriedade, a partir de seus elementos funcionais, inobstante a manutenção de seus elementos estruturais resta evidente segundo Gustavo Tepedino¹³⁵:

“Tais poderes, expressão do núcleo interno ou econômico do domínio (faculdade de usar, gozar e dispor) e do núcleo externo ou jurídico (as ações de tutela do domínio), compõem o aspecto estrutural do direito de propriedade, sem nenhuma referencia ao aspecto funcional do instituto.

A função social da propriedade apresentava-se, portanto, no direito brasileiro, inteiramente estranha ao Código Civil”.

Desta feita, a partir da inserção da função social da propriedade, o conteúdo da propriedade não pode mais ser alcançado a partir exclusivamente de seus elementos estruturais ou suas faculdades jurídicas, devendo esse exercício de direitos ser conformado ao elemento funcional da propriedade, a sua função social.

Nas palavras de Pietro Perlingieri o conteúdo da propriedade será regido em certo regime de complementariedade entre o aspecto estrutural e o aspecto funcional:

“Sob o perfil estrutural, a propriedade é ligação entre a situação do proprietário e as situações que, gradualmente, entram em conflito com ela e constituem centros antagônicos. [...] O aspecto funcional é certamente prevalecente na propriedade entendida como relação: entre proprietário e terceiros, entre proprietário e vizinhos, entre proprietário e Estado, entre proprietário e entes públicos, existe relação não de subordinação, mas de colaboração. O regulamento da propriedade dá prevalência ora ao interesse do proprietário, ora ao interesse de outros sujeitos”¹³⁶.

Sob essa perspectiva, não é possível estabelecer o conteúdo do direito de propriedade, nem tão pouco, em que medida os direitos assegurados ao proprietário, quais sejam os direitos de usar, gozar, dispor e reaver serão efetivamente assegurados pelo ordenamento jurídico sem se estabelecer o conteúdo efetivo da função social da propriedade, eis que será a função social da propriedade de extrema relevância para se atestar a *tutela de merecimento* do proprietário, como se verá a seguir.

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da Propriedade Privada. In *Temas de direito civil*, p. 305.

¹³⁶ PERLINGIERI, Pietro, *O direito civil na legalidade constitucional*, p. 929/930.

Contudo, o condicionamento da propriedade ao cumprimento de sua função social, ou a inserção da função social como mais um dos elementos formadores da propriedade, por si só não soluciona a necessidade de reinterpretção do conteúdo do direito patrimonial e individual da propriedade privada protegida enquanto direito fundamental na Constituição da República de 1988. Pois, como assinalado por Pachukanis, não basta o condicionamento da propriedade burguesa ao cumprimento de *uma* função social, deve-se apurar o que constitui tais finalidades sociais e econômicas, afirmando o autor que:

“Se a tentativa para reduzir o direito de propriedade a uma série de proibições dirigidas a terceiras pessoas não é mais que um procedimento lógico, uma construção mutilada e deformada, a representação do direito de propriedade burguês como uma obrigação social por sua vez não passa de mera hipocrisia”¹³⁷.

Esclarecendo na nota 71 sua motivação de entender a aceitação da burguesia ao cumprimento de determinada função social, naquele momento, hipocrisia:

“os juristas burgueses progressistas estão começando a considerar a propriedade privada não mais como um direito subjetivo arbitrário, mas sim como um bem posto à disposição da pessoa. Ele se refere diretamente a Duguit, o qual afirma que o possuidor do capital só deve ser passível de proteção apenas porque exerce, mediante justas colocações de seu capital, funções socialmente úteis.

[...] Mas a burguesia, por outro lado, somente tolera tais considerações acerca das funções sociais da propriedade, porque elas em nada a comprometem”¹³⁸.

Por tais motivos, fundamental adequar o exercício da propriedade capitalista, aos novos contornos sociais estabelecidos na Constituição da República de 1988. Essa adequação significa não mascarar a proteção outorgada a propriedade, através de suposto cumprimento de função social, que muitas vezes é encoberto sob a exclusiva afirmativa de que o bem objeto da propriedade possui destinação, sem que sejam avaliados outros fatores.

4.3

O direito à propriedade como direito social econômico.

O direito de propriedade, como analisado, tem sua proteção enquanto direito fundamental do indivíduo desde às Declarações de Direitos do Homem e

¹³⁷ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 59.

¹³⁸ PACHUKANIS, E. B., op. cit., p. 59.

do Cidadão do final do século XVIII¹³⁹, enquanto direito patrimonial e individual que o homem deve ter resguardado em face do Estado. A concepção de direitos fundamentais naquele momento, segundo Paulo Bonavides, que se baseia na obra de Carl Schmitt encontra-se calcada na liberdade que deve ser conferida ao indivíduo, em face dos demais e também em face do Estado, espelhando o modelo de Estado Burguês¹⁴⁰.

Por tais motivos, esses direitos fundamentais afirmados em decorrência da liberdade do indivíduo, seriam os direitos fundamentais de primeira geração, ou dimensão¹⁴¹, sendo assim reconhecidos, ao menos naquela oportunidade, como base do Estado Liberal e vinculados à dignidade humana. A propriedade enquanto direito individual patrimonial, e expressão de liberdade surge e se estabelece na qualidade de direito fundamental, não deixando de pertencer a essa categoria até o momento presente. Ou seja:

“Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência a opressão”¹⁴².

Apesar da propriedade não ter deixado de consagrar direito fundamental individual e patrimonial, o advento do constitucionalismo social, faz surgir um novo conceito de direito fundamental, relativo à formação do Estado Social, onde se pode identificar o surgimento dos direitos fundamentais enquadrados como de segunda e terceira geração. Depois de garantidos direitos, na categoria de fundamentais derivados da liberdade e da igualdade, nascem direitos então inerentes à fraternidade, que em verdade devem ser entendidos como derivados da *solidariedade*.

Neste momento, o destinatário da proteção outorgada será outro:

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos

¹³⁹ FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*.

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 575: “Os direitos fundamentais propriamente ditos são na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável”.

¹⁴¹ Sobre a divergência entre a utilização do vocábulo geração ou dimensão, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 586.

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 576.

que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de u indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”¹⁴³.

É nesse contexto que a propriedade, também enquanto direito fundamental, se distanciará de uma proteção exclusivamente individual e patrimonialista. Essa concepção da propriedade enquanto direito a ser outorgado a todos, e que deva estar ao alcance de todos, demandando necessariamente uma remodelação do instituto da propriedade.

Alinhado à propriedade enquanto direito patrimonial e individual, outorgada na qualidade de direito fundamental que espelha o direito *de* propriedade, a propriedade foi fincada no título destinado à Ordem Econômica e Financeira, cujo objetivo maior é a “existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Nessa condição, de certa forma, viabiliza-se o direito à propriedade instituído no *caput* do art. 5º da Constituição da República de 1988.

Pode-se afirmar que a propriedade, como explorado acima, tem previsão constitucional, na qualidade de direito fundamental individual, expresso no direito de propriedade e direito fundamental coletivo, expresso no direito fundamental à propriedade. Concomitantemente, seu conteúdo, modo de proteção e finalidades sócio econômicas serão ponderados pela inserção da propriedade privada e função social da propriedade como princípios da ordem econômica.

Essa disposição determina, ao mesmo tempo, a compreensão de que foi adotado um sistema fundado na iniciativa privada, sendo acolhido, portanto, explicitamente o capitalismo. Contudo, para que sejam alcançados os objetivos da ordem econômica, a propriedade privada deve ser exercida a atender uma finalidade social. E assim, fora estabelecido também como princípio a função social da propriedade.

Nesse passo, considerando que é preceito da ordem econômica a vida digna e em consonância com a justiça social, ser a função social da propriedade também princípio da ordem econômica, expressam uma tentativa de estabelecimento do modo de produção capitalista dotado da necessária medida de justiça social. Se posiciona nesse sentido José Afonso da Silva, ao se referir a propriedade dos meios de produção e de uso pessoal que:

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 584.

“A função social desses bens consiste precisamente na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, o que vale dizer que se destinam à manutenção da vida humana. Disso decorre que sejam predispostos à aquisição de todos com a maior possibilidade possível, o que justifica até a intervenção do Estado no domínio da sua distribuição, de modo a propiciar a realização ampla de sua função social”¹⁴⁴.

Assim, fica cristalino o fato de que a propriedade não pode ser concebida exclusivamente com sua feição individual. Considerando a existência de direito fundamental à propriedade, o conceito deve ser revisitado, onde se pretende instituir a propriedade com observância e respeito à justiça social¹⁴⁵.

É certo, que qualquer falha na interpretação do conteúdo do direito fundamental à propriedade, contido no *caput* do art. 5º, da Constituição da República poderia nos levar à utopia de que a solução para todos os males, no que se refere à propriedade, seria a possibilidade de que todos se tornassem proprietários, e em se tratando de propriedade imobiliária, todos fossem proprietários ao menos do imóvel de sua moradia. É certo que essa conclusão em um país de tantas disparidades de classe e tanta desigualdade social como o Brasil e tantos outros, seria evidentemente uma utopia.

Além desse direito universal à propriedade ser concretizado através de todos se tornarem proprietários ser ilusório, dependendo das circunstâncias sob as quais determinada família, ou determinado grupo de trabalhadores, ou determinada comunidade vive, sua transformação em proprietário ao menos do imóvel de moradia ainda dependeria, para efetiva aquisição de obtenção de crédito etc. Para tanto seria necessário vincular aquela família, operário ou determinado grupo a um local necessariamente, o que poderia determinar mais prejuízos do que a ausência de propriedade por si só. Em outras palavras, torna-los proprietários não seria a solução, mas a fonte de novos problemas. Essa conclusão já podia ser obtida pelo cenário pós revolução industrial na Inglaterra, segundo relatos de Engels:

“aquilo que, numa fase anterior da história, era base de um relativo bem-estar para os trabalhadores – a associação da pequena cultura com a indústria, a

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 815.

¹⁴⁵ GRAU. Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 257: “No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art. 170 – mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna”.

propriedade de uma pequena casa, de uma horta e de um campo, a habitação assegurada –, tudo isso se torna hoje, sob o reinado da grande indústria, não só o pior entrave para o trabalhador, mas também a pior das desgraças para toda a classe operária e o ponto de partida de uma redução sem precedentes dos salários abaixo do seu nível normal”¹⁴⁶.

[...]

“Só o proletário criado pela grande indústria moderna, liberto de todas as cadeias do passado, incluindo as que ligavam ao solo, e concentrado nas grandes cidades, está em condições de realizar a grande transformação social que porá fim a toda exploração e dominação de classe”¹⁴⁷.

A previsão do direito fundamental à propriedade, não pretende criar um sonho inalcançável, mas certamente garantir dois efeitos. Um primeiro, de fazer com que o proprietário que detém bens que excedam os necessários ao seu uso pessoal, tenham a obrigação de exercício de seu direito de propriedade privada em atenção aos ditames da justiça social, eis que é um direito de todos o acesso à propriedade. E por outro lado, que seja direito fundamental de toda a coletividade o acesso à propriedade seja na qualidade de proprietário, seja na qualidade daquele que depende para construção de sua vida digna do acesso à propriedade alheia, a exemplo do locatário.

4.4

Crítica à propriedade capitalista frente à proteção outorgada à propriedade no ordenamento jurídico brasileiro.

Algumas premissas podem ser estabelecidas a partir da presente pesquisa, que nos conduzirão à realidade em torno da propriedade privada no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira premissa irrefutável, que justifica todo o debate formulado em torno da propriedade privada no presente estudo, é de que o ordenamento jurídico brasileiro acolheu o modo de produção capitalista, e assim, a propriedade privada tutelada no ordenamento jurídico é a propriedade privada capitalista.

A premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro implementa a propriedade privada capitalista, não é derivada, simplesmente, da proteção da propriedade privada na Constituição da República de 1988, uma vez que em constituições não capitalistas, também encontramos certa proteção da propriedade

¹⁴⁶ ENGELS. Friedrich. *O problema da habitação*, p. 19.

¹⁴⁷ ENGELS. Friedrich. op. cit., p. 30.

privada¹⁴⁸. Essa conclusão é oriunda da Constituição da República de 1988 estabelecer a propriedade privada enquanto direito fundamental e concomitantemente fundar os objetivos da República na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a ordem econômica em princípios como a livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada.

Em consequência lógica da premissa de que o ordenamento jurídico pátrio tutela a propriedade capitalista, ainda que remodelada em sua teoria constitucional, a partir de valores sociais, fica evidente que o instituto da propriedade carrega em seu conteúdo os valores sob os quais foi sacralizada. Em seu conteúdo íntimo, bem como no senso comum da classe detentora da propriedade, especialmente a propriedade fundiária os ideais liberais se circunscrevem impregnados na propriedade. As raízes derivadas do período da constitucionalização clássica e da era das codificações, liderada pelo Código Civil Napoleônico¹⁴⁹, ainda podem ser percebidos nitidamente não somente nas faculdades jurídicas que compõe os elementos do domínio, como na crença dos poderes do proprietário fundiário e/ou imobiliário.

Ao lado da concepção patrimonialista e individualista enraizada da propriedade, é certo que a Constituição da República de 1988, reconhecida como a *Constituição Cidadã* foi promulgada sob a forte influência do constitucionalismo social que se desenvolveu no período que se seguiu a 2ª Guerra Mundial, o período compreendido na segunda metade do século XX. Em virtude de toda tensão existente em torno da constituinte de 1987/1988, demonstrada acima, o instituto da propriedade pode-se dizer que renasce na nova ordem constitucional mais complexo do que antes. A complexidade atual se remete ao fato de que a propriedade antes enraizada, tem de ser instituída a partir de duas facetas. A primeira, nos termos já enunciados, propriedade individual, patrimonial, e a segunda com vistas a servir a uma destinação específica, qual seja auxiliar a distribuição da justiça social.

“enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual. Como tal é garantida

¹⁴⁸ Sobre o tema Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 249-251.

¹⁴⁹ Sobre a codificação do Direito Civil e Código Civil Francês, Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*.

pela generalidade das Constituições de nosso tempo, capitalistas e, como vimos, socialistas.

[...]

Assim, cumpre distinguirmos, entre si, a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo. Nesta última, ainda, a propriedade do solo rural, do solo urbano e do subsolo.

Uma segunda distinção, ademais, há de ser procedida, entre propriedade de bens de consumo e propriedade de bens de produção.

[...]

incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a função social da propriedade.

[...]

Posso assim, sopesando as ponderações que venho desenvolvendo, concluir que fundamentos distintos justificam a propriedade dotada de função individual e propriedade dotada de função social”¹⁵⁰.

As distintas facetas da propriedade privada terão, portanto, critérios de legitimidade distintos e a necessidade de se coadunar, eis que subsiste, no tratamento e tutela da propriedade a mentalidade que já devia estar superada, de ser o proprietário uma espécie de senhor da terra. Essa mentalidade, como analisado, freou alguns avanços em torno do instituto da propriedade, no sentido de estabelecer de modo irrefutável que o direito patrimonial deve servir à satisfação de interesses existenciais, inviabilizando-se a crença de um direito patrimonial ser um fim em si mesmo.

Apesar disso, as vitórias verificadas pelos progressistas na Constituinte de 1987/1988 garantiram que a propriedade ingressasse na nova ordem constitucional com roupagem diversa. Essa nova roupagem da propriedade faz surgir a propriedade privada submetida à função social da propriedade. A função social da propriedade é inserida na Constituição da República de 1988 no rol dos direitos fundamentais, assim como princípio da ordem econômica. Desta forma, o instituto da propriedade privada deve ser considerado condicionado à sua função social.

Nesse contexto, contudo, essencial definir em que consiste exatamente a função social da propriedade, eis que, além de ser elemento interno da propriedade e não somente uma limitação de exercício da propriedade pelo proprietário, será efetivamente condicionante da proteção da propriedade privada.

¹⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 254.

Em outros termos, definir a função social da propriedade representa atribuir novo significado aos termos sacralizados da antiga propriedade. Somente uma verdadeira atribuição de função social será responsável por modificar a crença em torno *do que pode* o proprietário, modificando, assim, a mentalidade em torno da antiga propriedade sacralizada.

Como exaustivamente analisado acima, a Constituição da República do Brasil de 1988¹⁵¹ estabeleceu dentre os direitos e deveres protegidos e tutelados como fundamentais, o direito à propriedade, o direito de propriedade, e a necessidade de que a propriedade atenda a sua função social¹⁵². Desde então, face à ausência completa de qualquer menção ou referência no Código Civil de 1916, vigente naquela oportunidade, bem como do exercício efetivo da propriedade conformado com essa norma extremamente carregada moralmente, iniciou-se verdadeira busca da centelha deflagradora da função social da propriedade, seja no ordenamento jurídico pátrio como na própria teoria política.

Essa busca portanto, remonta ao período em que a propriedade estava vinculada ao ideal individual liberal, e até mesmo ao período colonialista, onde se tenta buscar na distribuição das terras, formas de aquisição e tentativa de regulamentação do exercício da propriedade privada normas de certa forma limitadoras que se pudesse hoje comparar ou determinar como fundamentos da função social, nos moldes a que hoje nos referimos.

Em dedicado trabalho histórico, Marcos Alcino de Azevedo Torres demonstra que nos primeiros tempos de ocupação das terras brasileiras, no período colonial, as terras, que por direito derivado dos tratados assinados¹⁵³ por Portugal, naquele momento deviam ser consideradas de titularidade do Rei de Portugal, eram distribuídas dentre os colonos com a intenção de cultivo e ocupação. Essa distribuição conferia titularidade dessas terras aos colonos que as recebiam, porém condicionada a que se atendesse os fins perseguidos pela coroa portuguesa, de modo que a terra que não fosse cultivada ou ocupada naqueles

¹⁵¹ As constituições de 1946 e 1967 já faziam menção à função social em outros termos de compreensão, nos artigos 147 e 157, inciso III, respectivamente.

¹⁵² Art. 5º, CR/88.

¹⁵³ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*, passim.

termos seria retomada, o que segundo o autor se apresenta como necessidade de cumprimento de função social:

“Parece indubitosa a existência de um fim social (que não exclui o econômico) no direito de propriedade, renúncia de sua função social, sancionada com a perda da coisa se tal desiderato não fosse atingido, sem qualquer tipo de contrapartida para o proprietário desidioso no cumprimento de seu compromisso social de proprietário”¹⁵⁴.

Nesse sentido, o raciocínio exposto determinaria que a exigência de cultivo e ocupação, estabelecida em relação àqueles que foram destinatários da terra, seria entendida como uma função social a ser desempenhada, já desde aquele tempo punida com a perda da terra.

De certo que naquele momento existia uma finalidade pretendida por aquele que distribuía a terra aos ocupantes, em regra colonos, e deles a tomava se não fossem atendidas as mencionadas finalidades. Percebe-se um renúncia da função social, apesar de não nos parecer, como também esclarece o autor, que possa ser feita uma correlação exata com a função social atualmente atribuída e determinada pela propriedade, tendo-se em conta que as finalidades a serem perseguidas num momento de colonização não se reportavam ao respeito ao bem estar social ou de uma comunidade local, mas sim a atender as finalidades econômicas pretendidas pela metrópole.

Por outro lado, ainda que apontado com visão deturpada pelo ideal individualista, é identificado por alguns um renúncia de função social na teoria política de Locke, uma vez que inicia sua defesa e proteção à propriedade a partir de uma identificação do direito à propriedade com o trabalho nela agregado, conforme pode ser observado no Segundo Tratado Sobre o Governo:

“A mesma lei da natureza que por este meio nos concede a propriedade, também limita essa propriedade. Deus deu-nos de tudo em abundância é a voz da razão confirmada pela revelação. Mas até que ponto ele no-lo deu? Para usufruirmos. Tanto quanto qualquer pessoa possa fazer uso de qualquer vantagem da vida antes que se estrague, disso pode, por seu trabalho, fixar a propriedade. O que é que quer que esteja além disso excede sua parte e pertence aos outros”¹⁵⁵.

No entanto, como assinalado por Enzo Bello, no fundamento original da propriedade Locke estabelece que o sujeito só pudesse conservar a propriedade daquilo que conseguisse utilizar a fim de evitar que percesse, o que se

¹⁵⁴ Marcos Alcino, *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*, p. 19.

¹⁵⁵ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 412.

conformaria com a noção de função social da propriedade. Fundamentar o direito de propriedade na efetiva utilização do bem ou no trabalho sobre ele desenvolvido expressaria essa função social. Porém, na construção de sua teoria, quando trata da moeda e da acumulação de riqueza, permitindo que essa acumulação de riqueza ocorra a partir da aquisição da propriedade fica notória a possibilidade de desatenção da função social¹⁵⁶.

Fica nítido observar, portanto, que a função social da propriedade, como deve ser concebida entre nós, está intimamente ligada à constitucionalização da propriedade. Para efetivo alcance do conteúdo da função social é necessária a integração do que se entende por função social não somente a partir do Código Civil mas substancialmente a partir da metodologia civil constitucional.

Apesar de, como mencionado em momento anterior, outras constituições brasileiras já terem apresentado a ideia de função social, a propriedade continuava tratada e exercida em aspecto exclusivamente individualista, contando o proprietário somente com limites externos, fundados em questões de ordem pública ou direito de vizinhança, vigorando, nos limites geográficos de sua propriedade, e no que se entendia no uso normal da propriedade, a mais ampla autonomia da vontade.

Foi então a disciplina da função social da propriedade pela Constituição da República de 1988 que determinou efetiva transformação no conteúdo da propriedade, face à necessidade de seu exercício, estabelecer ao proprietário não somente mais poderes, como antes se dava, mas definitivamente deveres. Todavia, alguns questionamentos se apresentaram, dentre eles: a) qual o conteúdo efetivo do que se entende por função social da propriedade¹⁵⁷; b) depende a função social da propriedade de regulamentação infraconstitucional? c) quais seriam as consequências do descumprimento da função social da propriedade pelo proprietário?

¹⁵⁶ Sobre o tema, cf. BELLO, Enzo. *A teoria política da propriedade na Era Moderna: ascensão e crítica do individualismo possessivo*, p. 136: “Com o surgimento da moeda, esta passou a servir como instrumento de troca do valor excedente produzido pelos proprietários (com o seu trabalho e dos seus empregados), que então passaram a justificar seu monopólio de terras através do não perecimento da produção”.

¹⁵⁷ A definição do efetivo alcance da função social da propriedade sempre foi tema de especial preocupação, como se pode verificar em: RODOTÁ, Stefano. *Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, p. 277: “È questa un' diffidenza, che ha sempre percorso il pensiero socialista e ha fatto leggere il riferimento alla funzione sociale come un espediente per evitare forme di socializzazione dei beni, rilegittimando con una nuova veste la tradizionale proprietà borghese”.

Com vistas ao cumprimento dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º, CR/88, quais sejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, bem como reduzindo as desigualdades sociais e regionais, a Constituição da República de 1988 estabelece a função social como princípio da Ordem Econômica, no inciso III, de seu art. 170. Ao mesmo tempo, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social” no inciso XXIII, do art. 5º, colocando-a dentre os direitos e deveres individuais e coletivos que compõe os direitos e garantias fundamentais. Assim, não há o que questionar sobre ser o cumprimento da função social da propriedade um princípio a ser observado pela livre iniciativa social e econômica, e mais importante do que isso, ser um direito-dever fundamental, que ousamos afirmar talvez se tratar de um dever fundamental a ser cumprido pelo proprietário e um direito fundamental de toda a coletividade de que nenhuma propriedade privada seja protegida em dissonância a sua função social.

Além de disposta enquanto direito fundamental e princípio da Ordem Econômica, a função social da propriedade integra os capítulos destinados à política urbana e à política agrícola e fundiária, e reforma agrária. No que tange aos centros urbanos, estabelece o § 2º, do art. 182, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Com isso, sem prever exatamente de que modo a função social será cumprida, deixa ao *plano diretor* a tarefa de estabelecer as diretrizes para cumprimento das “chamadas funções urbanísticas de propiciar *habitação* (moradia), condições adequadas de *trabalho*, *recreação* e de *circulação humana*”¹⁵⁸. Fica claro, que cumprirá a função social a propriedade que se adequar às disposições urbanísticas do plano diretor, sem que tal conteúdo, contudo, seja estabelecido de forma concreta, dificultando a aplicação das sanções pelo descumprimento da função social urbana, nos termos do § 4º, do mesmo dispositivo constitucional.

No que tange a política agrária, apesar de disposta também através de norma de conteúdo indeterminado, o cumprimento da função social agrária é subordinado, segundo o art. 186 da Constituição da República de 1988, ao cumprimento dos requisitos de aproveitamento racional do solo, respeito e

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 819.

preservação do meio ambiente, respeito à relação de trabalho e aos direitos do trabalhador rural, e ainda à exploração que assegure o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Não cumprida a função social, segundo o art. 184, CR/88, o imóvel rural será desapropriado para fins de reforma agrária. Os dispositivos mencionados, necessariamente embasarão a interpretação e verificação de cumprimento ou não da função social, sem que, todavia delimitem o conteúdo da função social da propriedade.

Da mesma forma o conteúdo da função social da propriedade não é esgotado pelo que dispõe o § 1º, do art. 1.228, do Código Civil Brasileiro, quando estabelece a necessidade que o exercício do direito de propriedade se dê em consonância com as finalidades sociais e econômicas da propriedade¹⁵⁹. Tal fato se dá em virtude de a função social da propriedade ter sido estabelecida através da técnica legislativa das cláusulas gerais, onde o conteúdo estabelecido pela norma é dotado de flexibilidade, a fim de que não se dê o engessamento de seu conteúdo, justamente por se tratar de norma que deve se adequar às situações fáticas, devendo seu conteúdo específico ser atribuído pelo operador do direito, em especial pelo julgador.

Não há que se falar, entretanto, de necessidade de regulamentação do que compõe a função social da propriedade pelo legislador infraconstitucional, existindo sim a necessidade de interpretação do exercício da propriedade em consonância com a função social da propriedade. Por sua vez, a função socioeconômica será atendida quando atendidas as finalidades econômicas e sociais que devem ser perseguidas por aquele bem, no caso do presente estudo, bem imóvel, seja ele rural ou urbano. Atender-se-á não somente aos interesses proprietários que circundam aquela propriedade específica, mas também aos interesses não proprietários, que podem ser atacados ou influenciados pelo exercício da dita propriedade. Pela primeira vez os interesses de não proprietários devem ser considerados, sem que com isso se dissipe por completo a ideia de que a propriedade é um direito individual. A concretização ou não da função social que se espera da propriedade será verificada no caso em exame, caso a caso, eis

¹⁵⁹ § 1º, art. 1228, CC: “ O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e 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”.

que impossível pré-determinar o que seria a finalidade socioeconômica que se espera da propriedade para todos os bens com suas diversas peculiaridades.

Nesse contexto, afirma Marco Aurélio Viana¹⁶⁰ que a função social será apurada a cada momento pelo julgador, que verificará sua observância, eis que tais peculiaridades, bem como a evolução dos tempos determinará em cada momento as finalidades econômicas e sociais que se espera do proprietário, no exercício da propriedade.

Assim, o cumprimento da função social da propriedade se estabelece na atenção das finalidades sociais e econômicas que se espera do bem, sendo tais valores buscados, avaliados e ponderados a partir dos valores constitucionais, tais como a solidariedade social, a dignidade da pessoa humana, a busca da realização da personalidade a partir do exercício de direitos patrimoniais, como evidenciado na obra *Introduzione alla problematica della proprietà*, de Pietro Perlingieri¹⁶¹. No mesmo sentido se posiciona Gustavo Tepedino, ao tratar dos princípios constitucionais informadores do contorno da função social, ao apontar que “tais princípios não podem ser reduzidos a letra morta, devendo ao reverso, vincular os titulares de direitos patrimoniais e definir o conceito jurídico de função social”¹⁶².

Certo de que é um dever do proprietário o cumprimento da finalidades sociais e econômicas esperadas de determinada propriedade, o § 1º, do art. 1.228, Código Civil estabelece que o proprietário exerça os poderes da propriedade em consonância com as ditas finalidades sem prejuízo do meio ambiente e do patrimônio cultural. Por alguma dificuldade conclusiva chegou-se a vislumbrar que a funcionalidade da propriedade seria um elemento limitador externo da propriedade, quando então foi classificada como mais um dos limites externos que delimitariam o exercício dos poderes da propriedade, assim como os demais limitadores.

¹⁶⁰ VIANA, Marco Aurelio S., *Comentários ao novo Código Civil. Dos Direitos Reais*, vol. XVI, p. 41: “Temos um esforço contra o individualismo, e um instrumento de intervenção do Estado no direito de propriedade. [...] Nosso legislador foi mais comedido, ao estabelecer o princípio, sem descer ao casuísmo. Em verdade, sendo a aplicação da lei circunstancial, variando no tempo, em função do progresso social, uma disposição dessa natureza atende mais de perto a aplicação da justiça”.

¹⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*, p. 71.

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo III, p. 182.

Todavia, a função social da propriedade, a partir de uma perspectiva civil constitucional não pode ser vislumbrada como um desdobramento externo da propriedade, ou uma limitação externa da propriedade, mas sim parte do componente do direito de propriedade, sendo, como afirma Perlingieri, componente da propriedade tais como as faculdades da propriedade. Enquanto as faculdades de gozo, uso e disposição do bem são faculdades em senso positivo, existe na situação jurídica da propriedade uma situação passiva, de uso da propriedade com vistas do bem comum, ao interesse da coletividade, sendo portanto um conteúdo interno da propriedade¹⁶³.

Seja qual for a perspectiva da função social, seja no âmbito de proteção ao meio ambiente, seja em relação às peculiaridades de bens imóveis urbanos, ou rurais, o fundamento de tutela de merecimento da propriedade se dá justamente no atendimento desse dever inerente à propriedade que incumbe ao proprietário, como sustenta Gustavo Tepedino:

“Não mais se sustenta, assim, em face dos interesses coletivos e difusos destacados pelo legislador constitucional, a existência de um direito de propriedade com conteúdo mínimo inatingível, vez que a função social constitui elemento interno do direito subjetivo do proprietário”¹⁶⁴.

E nesse passo, sendo dever interno da propriedade, não se conformará somente na forma de um limite imposto ao proprietário, mas, em muitas das vezes em conduta positiva, com a finalidade de assegurar a utilidade do bem em questão, para que o mesmo efetivamente atinja suas funções. Ou seja, “o conteúdo da função social assume um papel promocional, de maneira que a disciplina das formas proprietárias e sua interpretação deverão ocorrer de forma a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento”¹⁶⁵.

De forma mais detalhada, consta da interpretação do art. 1228, § 1º, no Código Civil interpretado conforme a Constituição da República a ideia de que:

“O preceito, portanto, condiciona a fruição individual pelo proprietário ao atendimento de múltiplos interesses não proprietários. A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho alcançadas pela situação proprietária, o bem-estar dos trabalhadores configuram interesses

¹⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*, p. 70.

¹⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *A função social da propriedade e o meio ambiente*, p. 183.

¹⁶⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade Constitucional*, p.940.

tutelados constitucionalmente e passam assim a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária”¹⁶⁶.

Por outro lado, além de estabelecer o conteúdo interno da propriedade ao lado das faculdades garantidas e asseguradas ao proprietário, seja no seu conteúdo econômico interno, seja em sua proteção jurídica, pelo direito de reivindicar o bem de sua propriedade, a função social se estabelece como verdadeiro condicionante e justificativa para a proteção e garantida das referidas faculdades. Pode-se dizer que, quando se fala que a função social da propriedade é condicionante, ou que a propriedade privada está resguardada como direito fundamental desde que respeitada ou promovida a função social, afirma-se que a tutela de merecimento da propriedade somente se concretiza com o respeito de sua funcionalidade.

Em outras palavras, só se justifica a proteção da propriedade nos casos em que o proprietário preenche os requisitos de tutela de merecimento da proteção constitucional do direito, que é um direito patrimonial, porém fundado na realização de interesses substanciais, ou seja, em conformação com a finalidade social e econômica condizente com aquele bem especificamente, que terá suas peculiaridades determinadas pelas especificidades do caso, tais como se tratar de bens de consumo, bens de produção, bem móvel ou imóvel; sendo bem imóvel, seja urbano ou rural.

O proprietário não terá, em seu favor, asseguradas as faculdades da propriedade se deixar de cumprir efetivamente a função social da propriedade.

Ao se abordar as consequências do descumprimento da função social da propriedade, não se pretende adentrar nos mecanismos, sejam eles urbanos ou rurais de punição pelo ente público face ao descumprimento da função social pelo particular. Da mesma forma, não se pretende analisar os mais diversos instrumentos de desconstituição formal da propriedade, com vistas a tutela de direito de terceiro, tal como usucapião ou desapropriação, mas sim avaliar as consequências que se estabelecem nas relações *interprivadas* em virtude do descumprimento da função social, especialmente quando isso se apresenta como sintoma social de denuncia a prevalência do capital sobre direitos fundamentais.

¹⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado*. Vol. III, p. 500.

É certo que, desde os tempos mais remotos, existiram mecanismos de proteção da posse, bem como utilização da posse por longo lapso temporal como forma de aquisição da propriedade. Todavia, o que se apresenta neste momento é a retirada de tutela de merecimento do proprietário em virtude do desrespeito da função social, sem que se avalie de fato as características que permeiam o possuidor, mas sim o descumprimento das finalidades do bem pelo proprietário.

Essa visão vem reformular a aplicação prática da suposta perpetuidade do direito de propriedade, bem como afirmada imprescritibilidade da ação reivindicatória, sem uma minuciosa análise do cumprimento efetivo da função social. A determinação da perda da propriedade pode ser dissociada da aquisição do direito por aquele que exerce a função social sobre o bem, uma vez que o possuidor poderá se manter na posse em detrimento do direito de reivindicação do bem pelo proprietário, mesmo que ainda não preencha os requisitos para aquisição da propriedade pela posse.

Sobre essa hipótese se apresenta interessante julgado, onde se observa que não são avaliados eventuais requisitos autorizadores da aquisição da propriedade por parte dos possuidores, mas sim, a verificação de falta de legitimidade de exercício de uma das faculdades da propriedade, qual seja o direito de reaver, com eventual perda da propriedade, em virtude de descumprimento da função social.

“A autora alega que o imóvel pertenceu a seu avô, Sr. Ernani, tendo lá residido desde que nasceu; que realizou diversas benfeitorias no bem; que passou um ano no exterior, momento em que o imóvel fora invadido clandestinamente pelos réus; que nunca abandonou o imóvel; que ainda possui pertences pessoais no interior do mesmo.

Para comprovar suas alegações, a autora anexou declarações firmadas por pessoas que atestam que a mesma exercia a posse prévia do bem, no início da década de 90 (fls. 32/35).

Em sede de audiência de justificação, restou esclarecido que a segunda ré é prima da autora, também sendo neta do Sr. Ernani, já falecido, e que, ao contrário do que a autora alega em sua inicial, esta permaneceu no exterior por mais de dez anos.

[...]

Feitas essas considerações acerca da prova dos autos, chego à inafastável conclusão de que, a partir do momento em que a autora viajou para o exterior, deixou de atribuir qualquer função social ao imóvel, situação que permaneceu por longo período, possibilitando com isso a tomada de posse pelos réus.

Para a sociedade e para a ordem jurídica, merece proteção e prestígio a atuação daquele que dá destinação social a uma riqueza, cumprindo a função social inerente ao bem, em contraponto à inércia do titular, que ignora que além de direitos tem também obrigações de caráter positivo a cumprir.

Não há dúvida de que o bem encontrava-se abandonado, em sentido fático, posto que se encontrava vazio há cerca de vinte anos, caracterizando, assim, a figura do abandono em sentido jurídico, que pode levar à perda da propriedade, nos termos do art. 1.276 do Código Civil¹⁶⁷.

Observa-se que o foco central do julgado em exame foi a ausência de tutela de merecimento da propriedade, pelo descumprimento do dever fundamental de atenção ao direito de propriedade. No mesmo sentido e ainda não vinculando a impossibilidade de exercício da faculdade de reivindicação do bem se pronunciam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, quando afirmam a possibilidade de privação do poder reivindicatório, sem qualquer menção a hipótese de perda da propriedade:

“Em certos casos, a verificação do não uso da coisa, associado à lesão à função social, não resultará propriamente na perda do direito subjetivo dito – como ocorre na usucapião -, mas na perda da pretensão quando não há lesão a um direito subjetivo que não é exercitado por seu titular, da mesma forma que um credor que se olvida em exercitar a pretensão ao crédito”¹⁶⁸.

Nessa última hipótese, o que se dará será efetiva dissociação da propriedade dos poderes do domínio.

O rigor em se estabelecer os exatos contornos da função social da propriedade se dá em virtude de extrema necessidade em fazer cessar o exercício da propriedade em atenção e serviço ao capital, e em detrimento das finalidades sociais e econômicas pretendidas pela propriedade privada na Constituição da República de 1988.

“Na sociedade atual não há mais espaço para entender a propriedade divorciada do elemento que lhe confere conteúdo e tutela jurídica que vem a ser o exercício do domínio mediante a atenta observância da função social, pois, em que pese a proteção privatística da propriedade, ela deverá retratar uma finalidade econômica e social apta a sua vocação urbana ou rural, gerando frutos, empregos, conduzindo à uma justa circulação das riquezas de modo a que tenhamos uma sociedade mais justa e solidária, objetivo primaz do estado democrático de direito inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ TJRJ, 19ª Câmara, Ap. Cível 0005425-33.2010.8.19.0202, Des. Rel. Marcos Alcino de Azevedo Torres. DJ 23.10.2012.

¹⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Direito das Coisas*, p. 302.

¹⁶⁹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*, p. 88.

Nota-se que apesar de já consagrados os valores constitucionais sociais há quase três décadas, a antiga mentalidade sacralizada da propriedade ainda se apresenta em nossa realidade cotidiana. A interpretação dos outros elementos componentes do domínio, quais sejam os poderes de usar, fruir, dispor e reaver ainda determinam verdadeiro caos, eis que em muitos momentos exercidos com abuso de direito.

Evidencia-se que, quando não ameaçada a propriedade por institutos como usucapião ou desapropriação, existe no proprietário burguês dos dias atuais a crença infundada de exercício da propriedade em caráter absoluto. Acaba ameaçada, portanto, a concepção de propriedade permeada por seus valores de uso, enraizados nos preceitos do constitucionalismo social. Essa postura fica nítida em uma crença ilimitada no exercício absoluto da propriedade e em suposto direito daquele que detém o capital de tudo se apropriar.

Com a finalidade de trazer à tona essa problemática, sem a pretensão de apresentar solução para o problema, coloca-se a situação da moradia nos grandes centros urbanos. Nos dias atuais, assim como na fase de formação da cidade do Rio de Janeiro, bem como centros urbanos como Londres e Paris, em momentos como a Revolução Industrial, e o período das grandes obras de Paris, hoje conhecido como Hausmanização¹⁷⁰, podemos observar os mesmos problemas, fundados nos mesmos supostos direitos do proprietário, o que demonstra que apesar do instituto da propriedade ter se modificado, as práticas em torno da propriedade capitalista não se modificaram na mesma proporção.

Podemos observar famílias e comunidades inteiras sendo banidas de locais onde construíram sua vida, seus centros sociais etc, em virtude daquela localidade, depois de grandes períodos de abandono, ser reivindicada por seus proprietários, ou pela força do poder do capital. Prevalecem os direitos de usar, fruir e reaver do proprietário, em detrimento da função social daquela

¹⁷⁰ Sobre Hausmannização PERROT, Michelle. *Os Excluídos da História: operários, mulheres e prisioneiros*, p. 119: “Isso dá ideia do traumatismo que representa aquilo que se costuma chamar de haussmannização, essa operação conjunta de política e higiene que consiste em desafogar o centro da capital (ela foi imitada em outros lugares; trata-se de uma política urbana geral) pelo duplo movimento das aberturas de vias de circulação e alta dos aluguéis, gerado pelas demolições”.

propriedade, nos casos em que não se demonstrar um direito forte o suficiente que se contraponha a tais prerrogativas do proprietário¹⁷¹.

Em circunstâncias semelhantes, a história mais uma vez ciclicamente se repete em relação à aglutinação de famílias inteiras em condições desumanas e indignas de moradia, em virtude da dependência de alugueis extorsivos, eis que vislumbrados como decorrentes do mercado imobiliário e do direito que o proprietário tem de auferir renda a partir de sua propriedade. Mais uma vez um dos elementos do domínio, qual seja o direito ou faculdade de fruir do bem se sobrepõem à função social atingida pela destinação dada ao bem, qual seja locação residencial¹⁷².

Para que a propriedade privada, capitalista que é, se conforme a sua previsão constitucional social, fundada na solidariedade, e tendo como preceito o cumprimento de justiça social, a propriedade privada imobiliária capitalista deverá ser conformada a seu exercício não abusivo das faculdades que compõem o domínio, resta saber como. Atualmente, os valores de uso da propriedade seguem ainda ameaçados pelos ideais capitalistas, mesmo sob os prismas atuais quando se vê anulada a moradia, a vida digna e outros valores fundamentais em benefício da acumulação do capital.

¹⁷¹ Em circunstancias próximas ao que denomina-se haussmannização, contemporaneamente, vem se entendendo por gentrificação esse processo de usurpação por parte do capital de determinados espaços sociais. Sobre o tema MENDES, Luís. *Gentrificação e a Cidade Revanchista: que lugar para os movimentos sociais urbanos de resistência?* <http://sociologico.revues.org/226>. Documento gerado automaticamente no dia 15 Abril 2014.

¹⁷² O tema é explorado em texto que se apresenta atual: ENGELS. Friedrich. *O problema da habitação*.

5 Conclusão

A propriedade privada do solo urbano ou rural, guardadas as características de cada momento histórico, pode-se dizer existente pelo menos desde o Império Romano, ocupando fundamental papel na tarefa de distribuição de classes e estabelecimento de direitos. O advento do capitalismo, ou do modo de produção capitalista, contudo, determina verdadeira transformação de diversos atores e relações política, econômicas e sociais. São constituídas novas classes, antes não existentes, tais como a *burguesia* e o *proletariado*, as relações de subsistência são transformadas, bem como elementos jurídicos tão essenciais, como a figura do sujeito de direitos, nascem em formato antes inexistente. Apesar dos inúmeros problemas sociais que vão surgir, não se pode deixar de reconhecer o aspecto progressista positivo contemporâneo à instalação do modo de produção capitalista, a exemplo da noção do sujeito de direitos.

As profundas transformações vivenciadas pela sociedade podem ser identificadas como transformações necessárias, para algumas melhorias às sociedades da época, mas também, sem as quais, a instalação de um modo de produção adequado à acumulação de capital nas mãos de poucos, que serão ou únicos titulares dos meios de produção, não aconteceria. Para que a experiência do capitalismo fosse bem sucedida, para quem interessava, ou seja, para a elite dominante daquele momento, era vital que se observassem algumas condições. A primeira delas, de que ocorresse total separação entre o trabalhador e os meios de produção; a existência de reconhecimento jurídico para que todo e qualquer cidadão possuísse aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, ou seja, contasse com personalidade jurídica, fosse sujeito de direitos; sendo sujeito de direitos, e estando absolutamente afastado dos meios de produção, que o trabalhador, que compunha a classe que constituía a grande massa da população, não tivesse outra alternativa para sobreviver que não fosse a alienação de sua força de trabalho, para que pudesse adquirir todos os bens da vida de que necessitava para viver.

Com esses elementos a fórmula perfeita estaria criada, em prol do capital, em prol da acumulação do capital nas mãos de um pequeno grupo, os capitalistas,

a burguesia. Esse pequeno grupo, titular dos meios de produção, e adquirindo a força de trabalho do trabalhador, se torna dono de tudo, e produz o suficiente para que o seu dinheiro gere mais dinheiro, a mais valia. Os seus produtos circularão face às necessidades de todos, inclusive e principalmente do proletariado de adquirir os bens da vida que garantam sua subsistência. E para que toda essa fórmula funcione com perfeição, há total transformação do instituto da propriedade privada sobre todas as coisas.

Já não se tem mais como maior vantagem da apropriação de um bem a possibilidade de ter esse bem a sua disposição, para uso e obtenção de todas as finalidades do bem. É necessário, para que a propriedade privada cumpra seu papel na estrutura capitalista que ela possa trocar de mãos, para que através do processo mercadoria – dinheiro – mercadoria se dê a circulação de bens e do processo dinheiro – mercadoria – dinheiro se dê a acumulação de capital.

Para o proletariado, cumpre-se a mera circulação de mercadoria, ele vende sua força de trabalho, e com o produto de sua força de trabalho, o salário, adquire aquilo de que necessita para viver. Comida, vestuário, moradia etc. Já para a burguesia, para os capitalistas de um modo geral, seja o capitalista industrial, comercial, fundiário, essa circulação determinará não somente a circulação pura e simples, mas a acumulação de renda. Sendo proprietário dos bens de produção, e adquirindo a força de trabalho do empregado, o excedente de produção ou de renda será seu, e assim se consegue alterar a fórmula inicial determinando o conceito de mais valia. Surge, portanto, a ideia de: dinheiro – mercadoria – mais dinheiro.

Assim como a propriedade sobre todas as coisas, a propriedade sobre o solo, propriedade fundiária, imobiliária, transformará o solo, a terra, em simples mercadoria, a integrar seu papel fundamental no capitalismo, de produção de mais valia, de acumulação de capital. A propriedade sobre a terra desenvolve, desde o início, relevante papel na chamada acumulação primitiva do capital, assim como no processo de separação do trabalhador dos meios de produção e de sua fonte direta de subsistência. É através da separação entre operário, antes agricultor ou trabalhador rural e a terra que se dá uma das vertentes do processo de instalação do capitalismo.

O solo perde sua razão de existir como fonte de subsistência, pura e simplesmente, se equiparando, por fim a qualquer outra mercadoria que atende a

fins comerciais. Independe, neste momento, de suas finalidades sociais e econômicas.

A propriedade fundiária tem tamanha importância neste momento de instauração do capitalismo, de transição do feudalismo para o capitalismo, que determina a afirmativa expressa de Marx da existência, neste modelo de três classes. As classes sociais daquele momento seriam a burguesia, o proletariado, e o proprietário fundiário, possuindo cada uma delas uma forma de obtenção de renda. Enquanto o proletariado sobrevive através da obtenção de salário o papel de acumulação de capital é exercido pela burguesia com o lucro e pelo proprietário fundiário através da renda fundiária.

É nesse contexto que a propriedade privada sobre o solo, seja rural ou urbano em seu formato capitalista, com vistas à sua comercialização e/ou obtenção de renda fundiária, causará inúmeros males sociais. Dada a essencialidade do solo para a moradia, produção agrícola, localização do indivíduo e toda e qualquer atividade de subsistência, o afastamento do exercício da propriedade dos valores de uso do solo e sua aproximação à acumulação de capital determinará, necessariamente, a subordinação de todos esses elementos essenciais de desenvolvimento humano aos interesses capitalistas.

É nesse formato de violação dos valores de uso do solo urbano e rural que a propriedade é sacralizada. É nesse formato que a propriedade privada alcança patamar de direito fundamental, constitucionalmente garantido e vinculado a direitos inalienáveis. Sob o pretexto de que não se poderia mais outorgar privilégios oriundos da origem, são levantadas as *bandeiras* da igualdade e liberdade de todo e qualquer cidadão, direcionadas ao atendimento de interesses da elite dominante. Apesar de serem a igualdade e a liberdade valores extremamente caros à toda humanidade, no contexto da Revolução Francesa e também do período de Emancipação Americana tais valores, que constam das Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão são utilizados, posteriormente, em seu sentido absolutamente deturpado. Sob o pretexto de legitimar a igualdade de todos, suas manifestações de vontade eram absolutas, e legitimando a liberdade, a propriedade sobre os bens que se conseguisse alcançar também se concretizava de modo absoluto.

A não intervenção do Estado, sob o pretexto de garantir liberdade aos indivíduos, gerou, neste contexto, verdadeira igualdade formal e desigualdade

material. A propriedade capitalista teve o poder especialmente de causar cada vez mais desigualdade, eis que aqueles que dependiam para sua subsistência da venda de sua força de trabalho, estavam em notória desvantagem em relação aos *donos* do capital. Diante disso, na segunda metade do século XX, no vácuo das ideias antiliberais desenvolvidas por Marx e aqueles que o seguiram, desenvolvem-se outros direitos fundamentais vinculados a outros valores sociais, tais como a solidariedade e a vida com dignidade, que afastarão a estrita relação da propriedade privada com a liberdade e igualdade.

Assentada a concepção de que os valores da liberdade e igualdade estariam deturpados, germina a ideia de que a propriedade privada não pode ser um fim em si mesma. A propriedade privada não deve existir com vistas a satisfazer interesses exclusivamente individuais e patrimonialistas de forma ilimitada. É necessário que a propriedade privada atenda ao bem estar geral. É essencial que a propriedade privada ou o acesso aos bens fundamentais sejam instrumento de garantia de vida com dignidade. Essa afirmativa e seu real significado importam na análise da extensão e limites da proteção da propriedade privada no ordenamento jurídico brasileiro.

Como pressuposto do delineamento dos limites de proteção do direito subjetivo de propriedade, cumpre observar a adoção explícita do modo de produção capitalista pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, eis que ao dispor da ordem econômica estabelece, em seu art. 170, serem princípios da ordem econômica a livre iniciativa e a propriedade privada. A propriedade privada tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro, portanto, é a propriedade capitalista. Por outro lado, contudo, concomitantemente ao modo de produção capitalista, estabelece a Constituição da República de 1988 a necessidade de garantia da dignidade humana e de uma sociedade justa e solidária. Nota-se que os valores do constitucionalismo social encontram-se inseridos e permeando toda a Constituição, inclusive a tutela da propriedade privada.

Não existirá pura e simplesmente a proteção e tutela da propriedade privada, mas sim o surgimento de um instituto que se apresenta ainda mais complexo do que outrora. Ao mesmo tempo que é protegido no patamar de direito fundamental, já há muito conquistado, o direito *de* propriedade, direito individual e patrimonial, cujo objetivo é assegurar que o proprietário possa exercer as faculdades jurídicas da propriedade, é também garantindo o direito fundamental

universal à propriedade. No direito fundamental à propriedade se assegura o acesso mínimo e necessário aos bens da vida relacionados à subsistência.

Ademais, integrando o conteúdo da propriedade, não somente na qualidade de direito fundamental, mas também como princípio da Ordem Econômica, é estabelecida com vistas a atender o bem estar geral, a necessidade de respeito e cumprimento da função social da propriedade. A propriedade, a partir de então, não outorga simples direitos ao seu titular, mas confere-lhe também obrigações. É certo que não é pacífica, ao menos não ainda, a convivência do direito *de* propriedade, carregado ainda nos dias atuais de seus valores, conteúdo e tradição burguesa, com um novo formato de propriedade, especialmente dos bens de consumo, dentre eles de todos aqueles bens vinculados à mínima subsistência, sob os quais todos devem ter acesso.

O resultado certamente, é ainda uma extrema necessidade de verificação e depuração do real significado da função social da propriedade, bem como os limites daquilo que define o exercício do direito de propriedade como abusivo, a fim de que a função social da propriedade seja efetivamente condicionante da proteção e tutela da propriedade. As faculdades jurídicas da propriedade, antes absolutas enquanto persistisse o direito subjetivo, devem estar subordinadas, a partir de então, ao efetivo cumprimento de uma função social.

Nesse sentido, dada a proteção do direito de propriedade, será fundamental distinguir os bens que compõe as necessidades individuais do sujeito e se encontram em seu patrimônio, daqueles que excedem suas necessidades individuais. Os primeiros tendo função econômica individual de satisfazer exclusivos interesses de seus titulares. Os bens que excedem suas necessidades individuais, que no âmbito do modo de produção capitalista serão aqueles justamente destinados a produção, reprodução ou acumulação do capital, deverão cumprir, necessariamente, sua função social.

Tais bens não podem ser destinados à satisfação exclusiva dos interesses proprietários, devem ser considerados os interesses não proprietários, em cumprimento da função social, do acesso à propriedade seja na qualidade de titular do direito ou de terceiro que depende do bem para sua subsistência. Assim, se prestigiará a proteção do direito subjetivo *se, e somente se*, em conformidade não só com suas finalidades econômicas, mas especialmente com suas finalidades sociais.

Atualmente, apesar do delineamento constitucional em torno do cumprimento da função social pelos proprietários urbanos e rurais, bem como pelos inúmeros estudos de Direito Civil sobre o tema, não se consegue vislumbrar nitidamente nos inúmeros conflitos que batem às portas do Judiciário, diariamente, a análise das faculdades jurídicas daquele que reclama proteção de sua propriedade sob o enfoque da função social ou função individual da propriedade. Não se observa, igualmente, o enfoque da função social permear as inúmeras relações jurídicas que sequer chegam ao Judiciário, na forma de conflitos. Mas nos conflitos sociais, em torno das disputas sobre os mais diversos bens, deve passar a existir verdadeira ponderação das faculdades jurídicas da propriedade em conformidade com as finalidades sociais a serem atendidas pelo bem.

Por certo, quando no uso efetivo de seus *bens de consumo* deverá ter o proprietário amplitude muito maior de suas faculdades jurídicas, dada sua proteção na qualidade de proprietário, e sua possibilidade de atender a seus interesses existenciais, de moradia, dignidade, e até mesmo lazer através das faculdades jurídicas a serem exercidas sobre o bem. Todavia, quando a destinação do bem não se restringir exclusivamente aos seus interesses, mas também a interesses alheios, especialmente quando o bem for colocado como objeto de relação jurídica, com a finalidade de obtenção de renda fundiária, tais faculdades jurídicas devem ser adequadas também a estes interesses.

Dito de outro modo, quando a destinação dada ao bem estabelecer que de um lado se encontre o interesse do proprietário, especialmente voltado à obtenção de renda fundiária e de outro o interesse de não proprietários, inerentes aos valores de uso do bem, ou seja, que pretendam a utilização do bem para satisfazer interesses mínimos como a moradia, não poderão ser prestigiadas as faculdades jurídicas do proprietário de forma absoluta.

No momento em que for possível estabelecer com precisão tais limites e contornos, será possível também afastar sintomas sociais próprios do capitalismo, tais como taxaço abusiva do aluguel, *emburguesamento* ou *gentrificação* de áreas ocupadas por população pobre, dentre tantas outras mazelas.

Referências Bibliográficas

ABREU, Maurício de A. **Evolução urbana do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: IPP – Instituto Municipal de Urbanismo Pereira Passos. 2008.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à Moradia -Instrumentos e Experiencias de Regularização Fundiaria nas Cidades Brasileiras**. Rio de Janeiro: IPPUR/FASE - Observatório de Políticas Urbanas, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BELLO, Enzo. A teoria política da propriedade na Era Moderna: ascensão e crítica do individualismo possessivo. In: **Transformações do Direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

ENGELS, Friedrich. **O problema da habitação**. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.

FACHIN, Luiz Edson. In MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XI. Direito das coisas. Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3^a Ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Direito das Coisas**. Salvador: Jus Podium, 2012.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução: Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Comune. **Oltre il privato e il pubblico**. Milano: Rizzoli, 2010.

HARVEY, David. **Para entender o capital**. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **Os limites do Capital**. São Paulo: Boitempo, 2013

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução Maria Beatriz Nizza da Silva. 2 ed. São Paulo: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1999.

MENDES, Luís. **Gentrificação e a cidade Revanchista: Que lugar para os movimentos sociais de resistência**. Fórum Sociológico [Online], 18 | 2008, posto online no dia 03 Dezembro 2012, consultado o 15 Abril. 2014. URL : <http://sociologico.revues.org/226> ; DOI : 10.4000/sociologico.226

LÊNIN, V. I. **O Estado e a Revolução**. O que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletário na revolução. São Paulo: Hucitec. 1987.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição. A propriedade na Constituição de 1988. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.) **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, Vol. II, 2008

MARX, Karl. **O Capital. Crítica da economia política**. Livro I. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo. 2013.

_____. **O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista**. Livro 3, vol. 6. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. **Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

- MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 2005.
- MIRANDA, Pontes **Tratado de direito privado. Parte especial. Tomo XI**. Direito das coisas. Propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**. Ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- _____. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PERROT, Michelle. **Os excluídos da história. Operários Mulheres Prisioneiros**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PIQUET, Rosélia. **Cidade-Empresa. Presença na paisagem urbana brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- PRADO JR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- RODOTÁ, Stefano. **Studi sulla proprietà privata e i beni comuni**. Bologna: il Mulino, 2013.
- ROSDOLSKY, Roman. **Gênese e estrutura de O Capital de Karl Marx**. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 2001
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes. 2005

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Qu'est-ce que le Tiers État? Tradução: Norma Azevedo. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito civil na construção unitária do ordenamento. In TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil. Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da Propriedade Privada. In **Temas de direito civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

TOCQUEVILLE, Alexis. **Lembranças de 1848**: as jornadas revolucionárias de Paris. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2011.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse**: um confronto em torno da função social. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VIANA, Marco Aurelio S., **Comentários ao novo Código Civil. Dos Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. XVI, 2003.

WOOD, Ellen Meikisins. **O Império do Capital**. São Paulo: Boitempo, 2014.

Sites

TJRJ, 19ª Câmara, Ap. Cível 0005425-33.2010.8.19.0202, Des. Rel. Marcos Alcino de Azevedo Torres. DJ 23.10.2012.

FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. 26 de agosto de 1789. Disponível em <Erro! Fonte de referência não encontrada.> acesso em 21 de fevereiro de 2015.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1919. 11 de agosto de 1919. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> acesso em 04 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. acesso em 21 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916. Código Civil de 1916.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.