



Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de Oliveira

Direito Fundamental à Moradia

**A necessária proteção do morador nas situações
jurídicas privadas.**

Tese de Doutorado

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

Orientador: Prof. Adriano Pilatti.

Co-orientadora: Prof^a. Caitlin Sampaio Mulholand.

Rio de Janeiro
Junho de 2019.



Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de Oliveira

Direito Fundamental à Moradia

**A necessária proteção do morador nas situações
jurídicas privadas.**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção
do grau de Doutora 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

Profª Caitlin Sampaio Mulholland

Co-orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª Virgínia Totti Guimarães

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Marcos Alcino de Azevedo Torres

UERJ

Profª. Mariana Trotta *Dallalana Quintans*

Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Prof. Ricardo Cesar Pereira Lira

UERJ

Rio de Janeiro, 06 de junho de 2019.

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). É mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica PUC-Rio. É professora substituta da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. É conselheira da OAB/RJ. É professora do Curso de Graduação em Direito e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá. É professora do Curso de Especialização em Direito Imobiliário da PUC-Rio.

Ficha Catalográfica

Oliveira, Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de

Direito Fundamental à Moradia: A necessária proteção do morador nas situações jurídicas privadas / Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de Oliveira ; orientador: Adriano Pilatti ; co-orientadora: Caitlin Sampaio Mulholland. – 2019.

203 f. ; 30 cm

Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2019.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Propriedade privada. 3. Função social da propriedade. 4. moradia. 5. Direito fundamental. I. Pilatti, Adriano. II. Mulholland, Caitlin Sampaio. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

Para Leoni, que diariamente constrói
comigo o significado de morar.

Para todas as pessoas que lutam para ter
um lugar de aconchego para onde voltar
no fim do dia..

Agradecimentos

Ao Professor Adriano Pilatti, agradeço pela generosidade no compartilhamento do conhecimento e especialmente por manter vivo, durante toda pesquisa, o espírito desobediente fundamental à minha tese.

A Professora Caitlin Mulholand, pelo incansável trabalho de orientação, discussão de cada detalhe, verdadeira construção em conjunto de cada fundamento e argumento jurídico, e principalmente pela amizade.

Aos Professores Virgínia Totti Guimarães e Guilherme Martins, pela valiosa participação na banca de qualificação.

Ao Leoni, por tudo! Por pacientemente ler e reler cada trecho; por seus valiosos comentários; por suas discordâncias que quase sempre acabavam em briga; e principalmente por seu companheirismo e estímulo incansáveis a que eu me realize sempre, que incluem eu nunca ter passado uma noite em claro sozinha.

À minha mãe, além de tudo pelo exemplo, que ao terminar seu doutorado aos quase 70 anos reforçou em mim a crença de que esse processo não acaba nunca e que a satisfação pessoal tem que estar sempre a frente de tudo.

À Tia Ione, pela torcida agoniada em todos os passos que dei na vida.

Aos meus filhos do coração Rafa, Pedro e Louise, por existirem.

À Bia e Anitinha, pela melhor amizade que há na vida.

À minha equipe Delmás Mostaphia, a quem agradeço na pessoa da minha sócia, parceira da vida, melhor amiga, e companheira de todas as horas, Vanessa Mostaphia de Almeida, que fez ser possível todas as minhas ausências sem culpa.

Aos meus companheiros da Comissão de Assuntos Fundiários e Habitacionais da OAB/RJ, a quem agradeço nas pessoas dos amigos Ericka Gavinho e Sandro Gaspar, pelos ricos debates e reflexões.

Aos meus alunos de graduação da Universidade Estácio de Sá e da Faculdade Nacional de Direito UFRJ, e de pós-graduação da Especialização em Direito Imobiliário da PUC-Rio, pela paciência em me ouvir defender essa tese, em múltiplas versões, me obrigando a desconstruir e reconstruir argumentos diariamente.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

Resumo

Oliveira, Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de; Pilatti, Adriano. **Direito Fundamental à Moradia: A necessária proteção do morador nas situações jurídicas privadas.** Rio de Janeiro, 2019. 203p. Tese de Doutorado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Esta pesquisa trata da necessária proteção do morador nas situações jurídicas privadas, a partir do direito fundamental à moradia. A propriedade sobre o solo sempre ocupou lugar de grande destaque na formação política e jurídica das mais diversas sociedades. A propriedade privada do solo ganha distintos contornos no modo de produção capitalista. A possibilidade de obtenção de renda fundiária a partir do tratamento da moradia como mercadoria associa a crise de moradia à sociedade capitalista. O direito de propriedade, que no período de constitucionalismo liberal é associado a interesses exclusivamente privados, passa a ser relacionado também à satisfação do bem estar coletivo. Os conflitos privados em torno do direito de moradia contrapõem o direito de propriedade privada imobiliária ao direito à moradia. A extensão da tutela do direito à moradia nas relações jurídicas privadas depende do enfrentamento do conteúdo e limites de proteção de ambos os direitos fundamentais: propriedade e moradia. São analisados os conteúdos dos direitos fundamentais de propriedade, à propriedade e ainda a função social da propriedade. O direito fundamental de propriedade compreende a proteção de manutenção da propriedade no patrimônio de seu titular em face do Estado ou de terceiro. O direito fundamental à propriedade legitima a todos serem proprietários. Por outro lado o direito fundamental à propriedade deve garantir a todos acesso a bens necessários ao livre desenvolvimento da personalidade e vida digna. O conteúdo do direito de propriedade é estabelecido pelo direito civil, sendo parte desse conteúdo a função social da propriedade, que possui múltiplas perspectivas. O direito à moradia, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana é elencado como direito social fundamental. Em decorrência do princípio da solidariedade social o direito à moradia tem incidência horizontal. A análise de institutos de direito privado como a impenhorabilidade do bem de família, o direito real de habitação conferido a viúvo ou viúva, demonstram que o sistema jurídico brasileiro sacrifica, por vezes, direitos patrimoniais em benefício de direitos existenciais. Partindo dessas conclusões é proposto paradigma de proteção do morador nas relações privadas, em prol de adequada tutela do direito de moradia, como direito existencial, quando confrontado com direito de propriedade como direito patrimonial.

Palavras-chave

Propriedade privada; função social da propriedade; moradia; Direito fundamental.

Résumé

Oliveira, Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de; Pilatti, Adriano (directeur de thèse). **Droit fondamental au logement: La nécessaire protection du résident dans les situations juridiques privées.** Rio de Janeiro, 2019. 203p. Tese de Doutorado - Departamento de Direito, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Cette recherche porte sur la nécessaire protection du résident dans les situations juridiques privées, fondée sur le droit fondamental au logement. La propriété de la terre a toujours occupé une place de choix dans la formation politique et juridique des sociétés les plus diverses. La propriété privée du sol acquiert différents contours dans le mode de production capitaliste. La possibilité d'obtenir une rente foncière du traitement du logement en tant que marchandise associe la crise du logement à la société capitaliste. Le droit à la propriété, qui dans la période du constitutionnalisme libéral est associé à des intérêts exclusivement privés, est également lié à la satisfaction du bien-être collectif. Les conflits privés sur le droit au logement contredisent le droit de la propriété privée au droit au logement. L'extension de la protection du droit au logement dans les relations juridiques privées dépend du contenu et des limites de la protection des deux droits fondamentaux: propriété et logement. Le contenu des droits de propriété fondamentaux, la propriété et la fonction sociale de la propriété sont analysés. Le droit fondamental de la propriété comprend la protection de l'entretien de la propriété dans le patrimoine de son propriétaire face à l'État ou à un tiers. Le droit fondamental à la propriété légitime tous les propriétaires. D'autre part, le droit fondamental à la propriété doit garantir à chacun l'accès aux biens nécessaires au libre développement de la personnalité et à une vie digne. Le contenu du droit à la propriété est établi par le droit civil, dont une partie est la fonction sociale de la propriété, qui a de multiples perspectives. Le droit au logement, issu du principe de la dignité de la personne humaine, est inscrit parmi les droits sociaux fondamentaux. En vertu du principe de solidarité sociale, le droit au logement a un impact horizontal. L'analyse d'instituts de droit privé tels que l'impénétrabilité des biens de la famille, le droit réel au logement accordé à une veuve ou à une veuve, montre que le système juridique brésilien sacrifie parfois les droits de propriété au profit de droits existentiels. Sur la base de ces conclusions, il est proposé un paradigme de protection du résident dans les relations privées, en faveur d'une protection adéquate du droit au logement, en tant que droit existentiel, face aux droits de propriété en tant que droits patrimoniaux.

Mots-clés

Propriété privée; fonction sociale de la propriété; le logement; Loi fondamentale.

Sommario

Oliveira, Rachel Louise Braga Delmás Leoni Lopes de; Pilatti, Adriano (supervisore di tesi). **Diritto fondamentale all'alloggio (all'abitazione): la necessaria protezione del residente in situazioni giuridiche private.** Rio de Janeiro, 2019. 203p. Tese de Doutorado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Questa ricerca riguarda la necessaria protezione del residente in situazioni legali private, in base al diritto fondamentale all'abitazione. La proprietà della terra ha sempre occupato un posto di primo piano nella formazione politica e legale delle società più diverse. La proprietà privata del suolo assume contorni diversi nel modo di produzione capitalistico. La possibilità di ottenere rendite fondiari dal trattamento degli alloggi come merce associa la crisi abitativa alla società capitalista. Il diritto alla proprietà, che nel periodo del costituzionalismo liberale è associato a interessi esclusivamente privati, è anche legato alla soddisfazione del benessere collettivo. Le dispute private sul diritto all'abitazione contraddicono il diritto della proprietà privata al diritto all'abitazione. L'estensione della tutela del diritto all'abitazione nei rapporti giuridici privati dipende dal contenuto e dai limiti della protezione di entrambi i diritti fondamentali: proprietà e alloggio. Vengono analizzati i contenuti dei diritti fondamentali di proprietà, proprietà e funzione sociale della proprietà. Il diritto fondamentale di proprietà include la tutela del mantenimento della proprietà nel patrimonio del suo proprietario di fronte allo Stato o a terzi. Il diritto fondamentale alla proprietà legittima tutti i proprietari. D'altra parte, il diritto fondamentale alla proprietà deve garantire a tutti l'accesso ai beni necessari per il libero sviluppo della personalità e della vita dignitosa. Il contenuto del diritto di proprietà è stabilito dalla legge civile, parte della quale è la funzione sociale della proprietà, che ha più prospettive. Il diritto alla casa, derivato dal principio della dignità della persona umana, è elencato come un diritto sociale fondamentale. A causa del principio di solidarietà sociale, il diritto alla casa ha un impatto orizzontale. L'analisi di istituti di diritto privato come l'impenetrabilità della proprietà di famiglia, il vero diritto all'abitazione concesso alla vedova o alla vedova, mostrano che il sistema legale brasiliano a volte sacrifica i diritti di proprietà a favore dei diritti esistenziali. Sulla base di queste conclusioni, si propone un paradigma di protezione del residente nelle relazioni private, a favore di un'adeguata protezione del diritto di abitazione, come diritto esistenziale, quando si affrontano i diritti di proprietà come diritti patrimoniali.

Parole Chiave

Proprietà privata; funzione sociale della proprietà; abitazione; diritto fondamentale

Sumário

1 Introdução	11
2 A propriedade imóvel brasileira e o capitalismo	19
2.1 A crise de moradia como um sintoma da civilização capitalista.	19
2.2 A suposta dicotomia entre econômico e político na civilização capitalista.	40
2.3 A sobrevivência da propriedade imóvel como mercadoria no constitucionalismo social.	52
2.4 A gentrificação como forma de violação da moradia.	67
3 A Propriedade Privada Imóvel em sua Perspectiva Constitucional e Civil	76
3.1 Inclusão do direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais.	76
3.2 Direito fundamental <i>de</i> propriedade	83
3.3 Direito fundamental <i>à</i> propriedade.	90
3.4 Estrutura Civilística da propriedade	103
3.5 Função social da propriedade	112
4 Direito de Moradia	133
4.1 Moradia: de fato social a Direito Fundamental.	136
4.1.1 Solidariedade	148
4.2 O morador no Direito Privado.	151
4.2.1 Morador titular de direito real: propriedade, bem de família e direito real de habitação.	152
4.2.2 Morador não proprietário.	167
4.3 A proteção do direito fundamental de moradia como direito autônomo frente à propriedade.	182
5 Conclusão	190
6 Referências bibliográficas	197

1 Introdução

Existem cidades que nos encham de afetos mesmo antes do primeiro contato. Um mundo imaginário determina seus cenários, seus aromas, seus hábitos, que instintivamente pretendemos transformar em realidade. Paris certamente para mim e para muitos tem esse sabor. Foi cenário de grandes lutas romanceadas como a revolução francesa, que hoje não consigo deixar de chamar simplesmente de revolução burguesa. Foi berço de grandes artistas, grandes filósofos, que criticados ou amados, nos influenciam substancialmente. É marca, fictícia ou não, das sonhadas *Liberté, égalité e fraternité*.

Em meio a esse encanto, desembarquei no coração de uma primavera parisiense, de lua-de-mel, na cidade luz. Nosso hotel, de fachada estreita se localizava estrategicamente em frente ao *Café Deux Magot* e ao lado do *Café De Flore*. Estar pela primeira vez em Paris é simplesmente inebriante, e não se pode deixar de atribuir esse encantamento às suas paisagens, dentre elas à sensação de observar do arco do triunfo um perfeito octógono de grandes vias orientando a cidade.

Durante nossa estada, entre construções e estruturas monumentais em uma cidade milimetricamente planejada para ser majestosa, nossa vizinha de frente era a Abadia de Saint-Germain-Des-Prés. A igreja, construída no séc. VI, desalinhada do recuo do Boulevard Saint Germain, é imponente o suficiente para lá ter sido mantida, mas despercebida o suficiente para não ser um ponto turístico tão atrativo. Aquela mesma igreja, contudo, já fora o ponto de orientação de uma comunidade inteira. O ponto central de onde surgiam ruas, que orientavam seus moradores e seus comércios. Hoje é uma testemunha de pedra da devastação de seus vizinhos, da morte da velha Paris e daqueles que não suportaram viver sem ela, e o nascimento de uma nova Paris.

Esse foi o caso de Rose Bazelet¹, para quem a destruição de sua cidade, com a demolição de suas construções, casas e todo tecido social, não poderia ser

¹ Personagem fictícia do livro ROSNAY, Tatiana de. *A casa que amei*, moradora de casa localizada na Rue Childebert, localizada em Saint-Germain-des-Prés, para quem no período da chamada Haussmanização de Paris, estaria a salvo das demolições por sua proximidade daquela abadia de mais de 10 séculos.

substituída por simples decretos expropriatórios, que determinavam pagamento a cada um, de indenizações correspondentes às suas propriedades ou aos direitos que tinham sobre os imóveis, ainda que os valores ali prometidos fossem sedutores. Rose não podia, não conseguia aceitar que sua rua, sua vizinhança e sua casa fossem demolidas para dar lugar a um Boulevard. Para ela, “casas são como pessoas. Elas têm alma, coração, vivem e respiram. As casas tem memória²”. Sua casa, depois de sua trajetória de vida era seu parente mais próximo, e seus vizinhos o restante da família.

Muitos, ainda que irresignados, podiam buscar um recomeço. Mas ela não, nas paredes de sua casa estavam suas histórias. Em seus vizinhos suas lembranças e sua família. As expropriações fariam com que cada um buscasse novos rumos em lugares distintos, e ela não podia, nem conseguia suportar isso.

Por fim, em seu momento de máximo desespero diante da demolição que se aproximava, Rose afirma, por carta, a seu marido já falecido que: “- Essa casa é como meu corpo, como minha pele, meu sangue, meus ossos. Ela me carrega como carreguei nossos filhos. Foi danificada, sofreu, foi violada e sobreviveu, mas hoje ela vai ruir”. Por se recusar a prosseguir com sua vida longe dali Rose morre com a casa, soterrada em seus escombros, dando um novo sentido para aquela rua, aquela igreja e aquela vizinhança.

Deparar-me com Rose Bazelet, e saber que estive tão perto do cenário de sua história, ou, na verdade, o resultado das transformações impostas a aquele lugar, me fez perceber que talvez não tenha existindo uma Rose Bazelet, mas sim milhares de Roses, espalhadas pelo mundo, pelas cidades, cidades estas que sofrem cirurgias plásticas e nem sempre funcionais. Roses francesas, italianas, inglesas, brasileiras, certamente se aglutinam pelo mundo. Para elas a moradia não pode ser garantida simplesmente por um teto. Esse direito tão umbilicalmente relacionado com todas as nossas questões existenciais envolve a construção de vidas, de famílias, de vizinhanças, tecidos sociais e afetivos, que não podem ser simplesmente descartados. O exercício do direito de moradia, ou à moradia, não pode ser encarado como o simples exercício de direitos sobre um determinado imóvel destinado à residência.

² ROSNAY, Tatiana de. *A casa que amei*. p. 73

As encantadoras paisagens de Paris continuam encantadoras, mas voltar àquela rua, olhar para a mesma igreja, ver Paris a partir do arco do triunfo, tem hoje um outro sentido. O encantamento não pode mais ser dissociado da certeza de que por trás daquela apropriação da *belle ville*, vendida aos turistas, há um custo, um custo que atinge a moradia em suas mais diversas formas. Seja fazendo com que os verdadeiros donos da cidade tenham de deixar a cidade para conseguir sobreviver nela, seja, pelo preço que se paga por um simples café, que é estabelecido pelas leis do mercado, onde os personagens não serão necessariamente o povo daquele lugar, mas quem puder consumir aquele lugar.

Dentre as inúmeras mazelas suportadas por uma civilização capitalista em torno do espaço urbano, como dificuldade de mobilidade urbana, saneamento, ou problemas em torno do exercício profissional, a questão da moradia desponta como questão central e de certa forma preliminar a todas as demais. As condições de moradia influenciarão as relações familiares do sujeito, sua existência como pessoa, suas relações de trabalho, bem como formação do tecido social. A moradia é requisito básico e fundamental do pleno desenvolvimento humano.

Em uma realidade constitucional onde se pretende implementar os preceitos da igualdade e solidariedade, como formas de realização de justiça social, há a necessidade de harmonização de interesses patrimoniais e interesses existenciais. Em verdade, a concretização da justiça social depende da incidência plena dos princípios da igualdade e solidariedade, que tem por pressuposto a remoção de todos obstáculos sociais e econômicos para verdadeira igualdade substancial. Nesse contexto, é fundamental analisar determinados valores patrimoniais a partir de uma perspectiva funcionalizada que permita a remoção de tais obstáculos tão enraizados em uma civilização capitalista.

Por isso, segundo Pietro Perlingieri, algumas situações patrimoniais deverão ser avaliadas como instrumentos de realização da personalidade humana. Nas palavras do autor “disso deriva um reforço daquelas situações patrimoniais instrumentais e essenciais à realização de uma vida livre e digna: nessa perspectiva, a falta de moradia insere-se na noção de obstáculo a ser removido”³.

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, p. 50

Em conformidade com os objetivos fundamentais da República, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do art. 3º, inciso I, da Constituição da República de 1988, bem como de se reduzir as desigualdades sociais, a moradia passou a integrar o rol dos direitos fundamentais sociais. No entanto, a partir de uma perspectiva pragmática a garantia a todos do direito fundamental social de moradia, para que seja exercido, considerando a conformação física e social das cidades, depende da destinação de imóveis a residências de todas as pessoas.

Se, em paralelo a este dado real for colocado o fato de que, enquanto *mercadoria capitalista*, a propriedade imóvel, se encontra, assim como todas as formas de propriedade privada, concentrada nas mãos de poucos, que pretendem, com esse controle, obter o máximo de renda e acumulação de capital possível, a tarefa de adequação do interesse individual patrimonial proprietário ao interesse social global de moradia, é árdua e depende de elevada construção teórica para atingir seus fins de proteção.

A partir dessa conjuntura fático-teórica, sendo incontroverso que os valores constitucionais são explicitamente destinados a proteger e outorgar a moradia a todos, especialmente com vistas a eliminar as desigualdades, cumpre investigar quais são os elementos econômicos, sociais e normativos que permitem artimanhas que tem como resultado verdadeiros obstáculos à implementação de moradias dignas. O grande desafio é compreender o arranjo jurídico que vem permitindo que em confronto entre a propriedade e a moradia, a última seja quase que invariavelmente prejudicada sob o signo de proteção ao direito também fundamental da propriedade. Constatadas tais circunstâncias será possível propor novo paradigma de enfrentamento do conflito posse/propriedade, que em verdade, para nós traduz-se em moradia/propriedade.

Em busca da construção do paradigma de enfrentamento dos conflitos em torno do direito *de* moradia, a partir de metodologia teórica apresentaremos a pesquisa em três capítulos, abordando inicialmente os sintomas sociais da propriedade imóvel capitalista, em seguida analisando a propriedade privada imóvel em sua perspectiva constitucional e civil, para por fim cuidar do direito fundamental de moradia. Inobstante serem feitas as delimitações dos temas tratados exaustivamente em cada um dos capítulos, cumpre observar desde já, que dados os limites da presente pesquisa, não será possível enfrentar as críticas existentes à

moradia como mercadoria. A pesquisa encerra-se na proteção do direito fundamental de moradia nas relações jurídicas privadas individuais.

No primeiro capítulo, tendo por marco teórico a crítica marxista, além de autores como David Harvey, Antonio Negri e Ellen Wood será demonstrada a construção político normativa implementada quando da superposição do modo de produção capitalista como predominante, que determinou uma civilização e lógica social capitalista. Serão inicialmente tratadas as características jurídicas e econômicas que permitiram prevalência do capitalismo e sua consequente acumulação primitiva do capital.

No âmbito do estabelecimento das condições primárias do capitalismo, demonstraremos que a propriedade fundiária se posiciona como chave central da formulação capitalista. Sua participação fundamental se dá a partir do momento em que é através da propriedade do solo que se efetiva a separação da grande massa da população dos meios de produção. A separação da grande massa dos meios de produção, fará com que essas pessoas dependam da alienação de sua força de trabalho, para obtenção de todos os bens necessários a manutenção de sua vida *mínima*, dentre eles a moradia, no que David Harvey denomina de *cesta básica*⁴. Não serão objeto de análise, dados os limites da pesquisa as diversas correntes críticas ao capitalismo, ou mesmo de enfrentamento da propriedade imóvel ou moradia como mercadoria.

Será indispensável explicitar a conformação jurídico política que determina a manutenção desse *status quo*, no que tange à exploração capitalista da propriedade privada, mesmo após a transição do chamado estado liberal ao denominado estado social ou constitucionalismo social. Para tal compreensão será fundamental reconhecer que para que o capitalismo efetivamente triunfasse era necessário estabelecer as condições econômicas e jurídicas das relações privadas que possibilitassem seu pleno desenvolvimento. Em paralelo criou-se circunstâncias políticas que determinassem uma *pseudo* separação entre o político e o econômico. Por fim, será abordado o processo de *gentrificação* como uma das formas de violação do direito à moradia diretamente decorrente do processo de especulação do espaço derivado do capitalismo.

⁴ HARVEY, David. *Para entender o capital*, p. 106

O segundo capítulo é dedicado à propriedade privada imóvel em sua perspectiva constitucional e civil. Para análise da garantia constitucional da propriedade, bem como de seu conteúdo jurídico, em sua estrutura civilística, nos utilizaremos de autores constitucionalistas e civilistas, amparando-nos em grande medida de pesquisa desenvolvida por Miguel Nogueira de Brito, em *A Justificação da Propriedade Privada Numa Democracia Constitucional*, especialmente em virtude de apresentar as mais diversas concepções da propriedade privada. Ao longo do segundo capítulo, apesar de partirmos das reflexões apresentadas pelo autor, dele nos distanciaremos nas conclusões, especialmente em virtude de sua concepção individualista da propriedade. Em princípio será analisada a justificativa de inclusão do direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais. Em seguida cuidaremos do conteúdo do direito fundamental *de* propriedade, observando-se que o objeto da tese se restringe à propriedade imóvel.

Inerente ao conteúdo do direito de propriedade trabalharemos o direito a manutenção da propriedade no patrimônio de seu titular, assim como seu valor econômico, o que importa proteger a propriedade em face do estado e de terceiro particular. Todavia, considerando tratar o objeto da tese da proteção do direito fundamental à moradia no âmbito das situações jurídicas de direito privado, não será analisado o conteúdo do direito fundamental em seu âmbito de proteção em face de eventual desapropriação do Estado. Ademais será analisado o conteúdo do direito fundamental à propriedade, a partir do qual será desenvolvido o direito fundamental à propriedade na qualidade de acesso à propriedade. O direito de acesso à propriedade aqui proposto identifica-se ao acesso à propriedade de bens próprios ou alheios, desde que seja universalmente garantido o acesso a todos os bens essenciais ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Partindo do pressuposto de que a Constituição Federal garante tanto o direito fundamental de propriedade como direito fundamental à propriedade sem, contudo, estabelecer seu conteúdo, analisaremos a estrutura civilística da propriedade a partir das noções de propriedade e domínio, além das faculdades jurídicas disponíveis ao proprietário. Por fim, encerrando o conteúdo da propriedade trataremos da função social da propriedade. Face a impossibilidade de atribuir um único sentido nos propomos a estabelecer o conteúdo e papel da função social da propriedade, a partir dessas quatro perspectivas: a) *Função social da propriedade como princípio da*

Ordem Econômica e poder/dever fundamental; b) Função social da propriedade como regra de conduta em respeito às diretrizes urbanas, ao ambiente rural e ao meio ambiente; c) Função social da propriedade como tutela de merecimento; d) Função social da propriedade como promoção de valores existenciais e justiça distributiva.

O terceiro capítulo é dedicado ao direito fundamental de moradia e a proposição de mudança de paradigma para a proteção do sujeito morador no âmbito do direito privado. Em princípio abordaremos a trajetória do direito à moradia, que parte de fato social sendo posteriormente incluído no rol dos direitos fundamentais sociais no art. 6º, da Constituição Federal de 1988. Na construção da trajetória do direito fundamental à moradia abordaremos sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Dados os limites da presente pesquisa, e a extensão do tema, importante observar que não cuidaremos do exercício do direito fundamental à moradia em seu caráter promocional, qual seja, a possibilidade de exercício do direito frente ao Estado, bem como das políticas públicas em torno de promoção de moradia.

A tese restringe-se à proteção da moradia nas situações jurídicas individuais privadas, excluindo, portanto, a análise e alternativas de moradia a serem exercidas coletivamente. Nesse âmbito, ainda na seara da inserção do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais trataremos de sua relação com a função social da propriedade e com o princípio da solidariedade social como legitimadores de sua eficácia horizontal nas relações privadas. A necessária observância da solidariedade social e da função social da propriedade serão trabalhadas como critérios de fundamentação e legitimidade para sacrifício eventual de direitos patrimoniais em prol do exercício do direito à moradia, como direito existencial que é.

A construção de novo paradigma de tutela do direito fundamental à moradia partirá da análise da inexistência e insuficiência de proteção e tutela do sujeito morador no direito privado. Tal constatação poderá ser confirmada ou refutada a partir da análise de efetividade e adequada fundamentação de instrumentos jurídicos de proteção do morador titular de direito real, como o instituto da impenhorabilidade do bem de família legal ou convencional ou do direito real de habitação conferido ao viúvo ou viúva, bem como da proteção ou ineficácia de instrumentos de proteção do morador não titular de direito real sobre o imóvel sobre

o qual recaia sua moradia, como se dá nas relações contratuais em torno da habitação.

Por fim, chegaremos ao ponto nodal da pesquisa que buscará solução do conflito entre a propriedade como valor patrimonial em face da moradia como valor existencial.

“a produção capitalista só desenvolve a técnica e a combinação do processo de produção social na medida em que solapa os mananciais de toda a riqueza: a terra e o trabalhador”⁵

2

A propriedade imóvel brasileira e o capitalismo

2.1

A crise de moradia como um sintoma da civilização capitalista.

A perspectiva de se estabelecer em um pedaço de terra e dele se apropriar com a exclusão de todos os demais não é privativa, tampouco determinante, de uma civilização capitalista. Da mesma forma, a ideia de explorar aqueles que se encontram sob a sua autoridade, eis que estão na sua terra, também não surge com o que se entendeu por capitalismo⁶. Porém, a crença de que a exploração da propriedade privada, nela compreendida a propriedade fundiária, é ilimitada, e aquele que o faz pode simplesmente retirar dos demais, em absoluto, o acesso à terra e a tudo o mais que nela se incorpora e se enraíza, toma novas cores no capitalismo. Essa nova conformação estabelece um grave problema social: a falta de moradia a todos. O problema se apresenta, na medida em que aqueles que têm o controle do espaço, pretendem manter tal controle, e ainda obter o maior lucro possível pelo uso do solo, impossibilitando, portanto, que o acesso à moradia seja universal, eis que tal acesso deve derivar da disponibilidade financeira para tanto.

Antigos problemas sociais, como o regime de servidão do feudalismo, ou o sistema escravagista das colônias, que de certa forma conviveram com o processo de ascensão do capitalismo dão lugar a outros problemas sociais. A compreensão dos fatores fundantes do capitalismo que determinam que a crise habitacional seja especialmente relacionada com essa conformação social, pressupõe o entendimento da transformação da propriedade privada, a identificação dos sujeitos no processo de produção capitalista e ainda, de que forma tais elementos atacam à moradia.

⁵ MARX, Karl. *O Capital*, livro I. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 574.

⁶ Durante o período histórico do feudalismo, antes de consolidado o predomínio do capitalismo como modo de produção, o modelo de servidão e exploração dos camponeses demonstra a existência de exploração pelo senhor feudal daqueles que se encontravam em suas terras, sob sua proteção.

A relevância de um certo formato de propriedade privada é observada desde pelo menos a formação do Império Romano. Sem a pretensão de uma abordagem efetivamente histórica, desde aquele momento a elite que partilhava do poder era justamente aquela detentora da propriedade de terras, apesar de sua submissão ao Império.⁷ A propriedade privada daquela oportunidade, 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 [...]”⁸.

Apesar do grande hiato histórico, essa perspectiva de apropriação absoluta se mantém e subsiste ao longo das evoluções e transformações políticas e sociais pelas quais é submetida. A correlação entre a apropriação do espaço e a formação social e política, 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 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 individualmente⁹. Apesar do que se entende por propriedade

⁷ 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”.

⁸ WOOD, Ellen Meikisins. op. cit., p. 37.

⁹ 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, assassinios, 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’”.

privada variar ao longo do tempo, a concentração de poder nos proprietários é algo que se mantém, inclusive e especialmente no capitalismo.

A partir disso é visível que os personagens sociais que determinavam os modelos políticos e jurídicos, eram justamente aqueles que tinham o poder do que se pode conceber por propriedade, ou efetivo controle da terra. No entanto, o que vamos perceber ao longo deste capítulo, especialmente ao tratarmos da *suposta separação entre o político e o econômico no capitalismo*¹⁰, é que a forma de controle social, político e jurídico que será determinada pelos proprietários fundiários será diversa no capitalismo. O modelo de controle político será escamoteado, eis que protegido por um controle supostamente econômico.

Inobstante sua característica enquanto modo de produção, o capitalismo está longe de ser exclusivamente um modelo econômico. Deve ser encarado como uma relação social¹¹, que envolve não somente a apropriação de tudo quanto o ser humano pode precisar para satisfazer suas necessidades, como por suas relações espaciais e de trabalho. É uma relação social, que transborda de simples modelo econômico onde há produção e acumulação de riqueza, estabelecendo em sua conjuntura inúmeras consequências jurídico-políticas.

O momento que precede o surgimento do que pode ser denominado por civilização capitalista, que expressa o predomínio do modo de produção do capitalismo, ao menos no espectro analisado nessa pesquisa, que se encerra na Europa ocidental e nas colônias espalhadas a partir da corrida ultramarina¹², possui duas situações bastante distintas, que são o feudalismo e os modelos coloniais de exploração e ocupação¹³. Em ambas, no entanto, são reproduzidas as condições necessárias ao pleno estabelecimento da civilização capitalista. Não existiria *capital*

¹⁰ Sobre o tema, confira item 1.2 deste capítulo.

¹¹ Marx explora a ideia de que os elementos formadores do capitalismo sem a relação social que o estabelece não seriam capitalismo. O capital só surge, segundo Marx, quando se presta a explorar e dominar o trabalhador, daí sua ideia de ser o capital uma “relação social entre pessoas, intermediada por coisas” esclarecendo na nota 256 de *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I, p. 836: “Um negro é um negro. Somente sob determinadas condições ele se torna escravo. Uma máquina de fiar algodão é uma máquina de fiar algodão. Apenas sob determinadas condições ela se torna capital. Arrancada dessas condições, ela é tão pouco capital quanto o ouro é, em si mesmo, dinheiro, ou o açúcar é o preço do açúcar [...]. O capital é uma relação social de produção. É uma relação histórica de produção”.

¹² Sobre o tema, MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I, capítulo 23.

¹³ Os modelos de colonização se diferenciam entre os modelos exclusivamente exploratórios e os modelos de ocupação, onde se pretende reproduzir a metrópole na colônia. Sobre os modelos de colonização: PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*.

e consequentemente *capitalismo*, se circunstâncias específicas não fossem previamente estabelecidas.

Partindo da análise da teoria burguesa da colonização feita por Wakefield¹⁴, Marx evidencia como incontroverso entre ambos os modelos o fato de que “a propriedade de dinheiro, meios de subsistência, máquinas e outros meios de produção não confere a ninguém a condição de capitalista se lhe falta o complemento: o trabalhador assalariado”¹⁵. Antes de tudo é necessário, a partir dos personagens sociais existentes no feudalismo, bem como os personagens que começavam a se apresentar nas colônias *criar* a figura do trabalhador assalariado.

Certamente se verificará, quando da análise das revoluções burguesas¹⁶, que existiam pessoas, que formavam um grupo poderoso economicamente, a quem interessava que o capitalismo emergisse. Essa elite dominante economicamente, para que efetivamente se estabeleça como dominante nos âmbitos políticos e jurídicos criará não somente o sujeito reconhecido como o *trabalhador assalariado*, como o *capitalista* e o *proprietário fundiário*, que será este último, ele próprio, um capitalista, ou servirá aos interesses do capital. As duas últimas categorias formando, em linhas gerais, *a burguesia*.

A burguesia, enquanto 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 Cidadão¹⁷, outorgando-se direitos fundamentais a todos, tais como vida e a dignidade, é algo que não se pode entender como negativo.

¹⁴ Economista britânico que formulou, segundo Marx, em *O Capital*, as soluções para implantação do capitalismo nas colônias, considerando a ausência das condições fundamentais para o capitalismo, dada a grande existência de terras livres.

¹⁵ *O Capital*, livro I, p. 836.

¹⁶ Sobre as revoluções burguesas SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?*

¹⁷ FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No entanto, a sensação de serem naturais¹⁸ 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 atribuição 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”¹⁹. 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’*”²⁰.

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 ocorre 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. Em nítida subserviência da lei aos interesses pertencentes às classes dominantes, é criada artificialmente a noção de igualdade, onde todos, do dia para noite seriam considerados iguais perante a lei, o que reflete igualdade formal. Esse processo é determinado a margem de quaisquer medidas que implementassem

¹⁸ 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: MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, p. 114.

¹⁹ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, p. 119.

²⁰ MIALLE, Michel. Op. cit. p. 118.

efetiva igualdade entre as diversas pessoas que passariam a contratar entre si, deixando-se absolutamente de fora que refletiria igualdade substancial.

O individualismo é o que virá a ser sua consequente autonomia privada²¹, determina a constituição do contratante – que vende sua força de trabalho e leva a mercadoria ao mercado, e determinará também o novo sujeito proprietário. Essa noção é fundamental ao surgimento da propriedade sob a perspectiva capitalista, pois como bem esclarece Pachukanis²², segundo uma ótica capitalista, o homem é sujeito de direito porque tem a possibilidade de determinar suas várias 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, mas 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 consequente 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.

Analisando o que levou a construção do solo como objeto de propriedade, David Harvey esclarece que:

“As pessoas privadas podem, segundo as leis da propriedade privada, adquirir poderes de monopólio ‘sobre porções definidas do globo, como esferas exclusivas

²¹ Explicando a dificuldade de atribuir um único significado a autonomia privada, Teresa Negreiros explica que “a expressão ‘autonomia privada’ reportada ao direito contratual, será utilizada como o poder atribuído às pessoas de, por meio de contratos, auto-regularem os seus interesses, estando, pois, diretamente relacionada ao princípio da liberdade contratual. O uso da expressão ‘autonomia da vontade’ será feito também na acepção de ‘poder de o indivíduo produzir direito’” NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas, p. 3.

²² PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*., p. 71.

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"²³.

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 morfológicamente 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”²⁴.

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 o 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*²⁵, 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. A terra, em primeira análise, é elemento integrante dos meios de produção, será integrada naquele momento original e até a atualidade na cadeia produtiva agrícola e industrial. No contexto de necessária separação da grande massa dos meios de produção, a terra lhe é ceifada. Essa massa formará a classe dominada, incluindo aqueles que funcionavam ainda em um regime de feudalismo, porém com certa independência, bem como daqueles pequenos camponeses. Esse movimento é

²³ HARVEY, David. *Os limites do Capital*, p. 431-432.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

necessário, pois “a assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção”²⁶. A propriedade fundiária seria o primeiro e principal meio de produção.

No momento expropriatório, a experiência da Europa ocidental, cuja ocupação era substancialmente fundada no modelo feudal será diversa da experiência nas colônias, onde em determinados momentos de ocupação a fagulha do capitalismo já era incandescente. As diferenças serão centradas justamente no processo de estabelecimento de monopólio do solo. No primeiro caso, onde se verifica um predomínio do feudalismo antes da ascensão do capitalismo, o processo de expropriação dos meios de produção, dentre eles a terra dos trabalhadores não pode ser explicado de forma linear. Esse processo de concentração da propriedade do solo nas mãos de poucos contou com inúmeras variáveis, especialmente fundadas na qualidade possessória dos possuidores da terra na era pré-capitalista. A qualidade ostentada por cada um que possuía um pedaço do globo terrestre influenciaria em maior facilidade ou dificuldade de expropriação da terra ao trabalhador.

Certamente nas localidades em que existia um senhor feudal, que já detinha o poder exclusivo da terra, tendo servos camponeses que para ele trabalhavam, sendo compelidos a lhe ceder parte do que produziam, cuidou-se de transformar a renda feudal em renda fundiária capitalista. Marx estabelece no *Grundrisse* uma relação direta de transformação pura e simplesmente de personagens, a evolução do senhor feudal em rentista fundiário²⁷. E nessa exposição fica claro que o senhor feudal, que se transformará no rentista fundiário, não necessariamente será o mesmo personagem do capitalista que controlará o solo.

É por isso que em determinado momento Marx esclarecerá que na formação de classes não existirá somente o embate burguesia – proletariado, mas especialmente existirão três classes sociais: burguesia, proletariado e proprietário fundiário. Pois o capitalista rural, por exemplo, não necessariamente precisará ser proprietário da terra, mas necessitará que esta terra esteja afastada das mãos do

²⁶ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I, p. 786.

²⁷ MARX, Karl. *Grundrisse*, p. 194: “A história da propriedade fundiária que mostrasse a transformação progressiva do senhor feudal em rentista fundiário, do arrendatário vitalício por herança, semitributário e frequentemente privado de liberdade no moderno fazendeiro”

trabalhador rural, e possa ser adquirida por ele. Quando se fala nesse potencial de aquisição, não necessariamente a aquisição precise ser efetivada em aquisição da propriedade, mas ao menos aquisição do uso.

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, com propriedade privada, com as terras do povo”²⁸.

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 é alienável”²⁹.

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

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”³⁰.

²⁸ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I, p. 796.

²⁹ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 83-84.

³⁰ MARX, Karl. Op. cit., p. 787.

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 mínimo³¹.

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. Percebe-se que ainda que esses sejam diversos, acontecem paralelamente, pois não são movimentos sequenciais, mas concomitantes e interdependentes

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”*³².

No caso das colônias, a experiência, como mencionado, será distinta, eis que não se observava uma relação de servidão nos moldes feudais, mas a conjugação de personagens distintos daqueles que integravam as relações sociais nas metrópoles. Aqui não se tem a pretensão de analisar todos os personagens históricos observados em todos os modelos de colonização, especialmente porque essa análise marxista se funda nas colônias em que, em princípio, existiria a terra virgem, passível de ocupação por todos, e mesmo assim, ainda que se tratando de trabalhadores livres, se estabeleceu, a serviço do capital, o processo de expropriação do solo³³.

³¹ 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”.

³² HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. Comune. *Oltre il privato e il pubblico*, p. 21. Tradução livre: A pedra angular da sociedade – o poder da propriedade concentrada nas mãos de poucos, a necessidade por parte da maioria de vender sua força de trabalho para sobreviver, a exclusão de grande parte da população dos circuitos de exploração – são como antes.

³³ A análise feita no capítulo 25 do livro I, do Capital, referente a teoria moderna da colonização se funda expressamente nas colônias formadas por trabalhadores livres, ou naquelas em que houve completa abolição da escravidão.

Talvez essa análise seja tão interessante justamente por evidenciar claramente que a segregação da terra nas mãos de poucos não é um mero acidente, mas condição fundamental e criada pelo capitalismo. A partir da observação da ocupação das terras virgens ou recém ocupadas, nota-se que foi necessário, por parte daqueles que formavam a classe dominante que consolidaria a burguesia nas colônias dessa espécie, a adoção de medidas contra a apropriação do solo por parte da grande massa que formaria a classe dos trabalhadores assalariados.

Construindo uma análise conjunta da formação das condições: criação de uma classe trabalhadora e a privação da terra, os mecanismos expropriatórios nas áreas de colônia são expostos por Marx, ao analisar a teoria econômica de Wakefield aplicada pela Inglaterra às colônias³⁴. Segundo essa teoria, um dos males de desenvolvimento das colônias era o fato de que grandes proprietários de meios de produção, capital e todos os valores necessários migravam para as terras novas, levando com eles tudo de que precisavam, além de seus futuros trabalhadores. Porém aqueles que seriam os trabalhadores, ao chegar as colônias conseguiam se estabelecer em terras próprias e passavam rapidamente de trabalhadores assalariados a produtores independentes³⁵. Com isso, as pretensões referentes ao mercado de trabalho nas colônias se torna especialmente prejudicada, sendo necessário, para o bom andamento do capitalismo, medidas radicais quanto à distribuição de terras.

Seria necessário, segundo as teorias liberais, corrigir os problemas do mercado de trabalho, tão essencial para o pleno crescimento do capital, fazendo com que a força de trabalho fosse tão abundante nas colônias como era nas metrópoles, garantindo-se a dependência do trabalhador em relação ao capitalista, bem como escamoteando as relações de opressão na suposta existência de um “*contrat social* de tipo totalmente original³⁶” onde a divisão da propriedade seria equalizada de modo que o trabalhador fosse proprietário da força de trabalho e o

³⁴ Já mencionada teoria da colonização sistemática de Wakefield.

³⁵ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política*. Livro I, p. 839: “O assalariado de hoje se torna, amanhã, um camponês ou artesão independente, que trabalha por conta própria (...) Essa constante transformação dos assalariados em produtores independentes, que trabalham para si mesmos em vez de trabalhar para o capital, e enriquecem a si mesmos em vez de enriquecer o senhor capitalista, repercute, por sua vez, de uma forma completamente prejudicial sobre as condições do mercado de trabalho”.

³⁶ MARX, Karl, op. cit., p. 837

capitalista proprietário do capital. Para tanto, a solução apresentada pelos economistas liberais, de então, seguida pelos governos, foi determinar-se, por decreto, que o acesso à terra fosse estabelecido através do pagamento de preço, elevado o suficiente para que não fosse possível, a qualquer trabalhador livre, em curto espaço de tempo, se tornar proprietário³⁷.

Apesar dos diferentes modelos coloniais não caberem estritamente na análise feita por Marx, tendo por fundamento um modelo específico de colônia, o elemento de controle de poderes sobre a terra, bem como a subserviência daquele que poderia ser concebido como trabalhador livre, são semelhantes.

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 titulares do efetivo poder sobre a terra, ou ao menos os *titulares da oportunidade*³⁸. A Elite política, portanto, seja no modo de produção escravagista, ou feudal já ostentava o poder sobre a terra, e permanece com esse poder no capitalismo de forma ainda mais intensa, pois fundada em valores absolutos e liberais.

É fácil perceber que em ambas as experiências, apesar dos caminhos expropriatórios percorridos, a percepção da propriedade da terra não somente como mercadoria, mas também como meio de produção, dá margem à perspectiva da propriedade fundiária capitalista. A *criação* da propriedade fundiária capitalista e a *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

³⁷ MARX, Karl, op. cit., p. 842

³⁸ 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.

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 através da transferência da titularidade.

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 essencial e primeiro meio de produção, eis que em última análise todos, no meio urbano ou rural, precisarão se colocar em determinado espaço terrestre, sob o qual se pode exercer poderes com exclusividade. Com isso, a crítica que ora se constrói, com fundamento na teoria Marxista, de abuso do direito de propriedade como violador da moradia, pode partir de estrutura social colocada por Marx ao indicar que a divisão da sociedade moderna burguesa se daria em três classes: o operário, o capitalista e o proprietário fundiário³⁹.

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*⁴⁰.

Não há a pretensão de esgotar a análise da 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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

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 de complexidades geradas para uma grande extensão das contracorrentes da luta de classes e do conflito social”⁴¹.

Como já mencionado quando tratada a transição para o capitalismo, 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 feudalismo⁴², porém a propriedade fundiária no capitalismo nasce em um novo formato. Já ficou claro, contudo, que a perspectiva da propriedade se transforma, a legitimidade da renda também se modifica.

Traduzindo para as consequências práticas dessa transição, 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 proprietários⁴³. 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.

⁴¹ HARVEY, David. *Os Limites do Capital*, p. 443.

⁴² 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. *Os Limites do Capital*, p. 444.

⁴³ 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.

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.

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”⁴⁴.

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 Harvey⁴⁵, 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”⁴⁶. 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*⁴⁷ fazendo com que tomando-se uma determinada localidade como referência os valores sejam

⁴⁴ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 1065.

⁴⁵ HARVEY, David. *Os limites do Capital*, p. 431 et. seq.

⁴⁶ HARVEY, David. op. cit., p. 432.

⁴⁷ HARVEY, David. op. cit., p. 438.

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”⁴⁸.

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 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, existirá a produção de renda, apesar de não ocorrer a reprodução de uma mercadoria. A terra, não é reproduzida por um processo industrial, como as outras mercadorias, o que dificulta sua mensuração de valor, mas seu uso ou sua alienação, produzirá renda.

Apesar do nosso enfoque principal 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”⁴⁹.

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

⁴⁸ HARVEY, David. op. cit., p. 440.

⁴⁹ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 834.

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. 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 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”⁵⁰.

Constata-se, segundo a crítica marxista, que esse primeiro olhar e cobiça de exploração ao máximo da renda fundiária, inicialmente se apresenta como meio do proprietário fundiário se apropriar de parte da mais valia produzida em sua terra, seja rural ou urbana. Contudo, quando essa terra se localiza nas áreas urbanas, a apropriação do espaço no solo terrestre se encerrará não somente no arrendamento para a produção, mas também e substancialmente no espaço destinado à moradia. Verificado esse fato, ao invés de se corrigir esse desvio da renda fundiária deslocada dos valores de uso do bem, a lógica capitalista de obtenção de renda em nada é freada.

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,

⁵⁰ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 834.

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 portanto fração do produto social determinada por essa parte do valor e que abrange os meios de subsistência necessários”⁵¹.

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

⁵¹ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 1085.

referida crise da habitação. Podemos identificar o problema da habitação atacado e agravado pela consolidação do capitalismo.

A separação do operário dos meios de produção, 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.

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”⁵².

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, eis que se percebe, 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 moradia, 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

⁵² MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*. Livro 3, vol. 6, p. 836.

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, tendo-o como seu, se apropriará também de uma parte dos rendimentos do operário, a fim de que ele possa se estabelecer para moradia⁵³.

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*”.⁵⁴

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

⁵³ 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’”.

⁵⁴ ENGELS. Friedrich. *O problema da habitação*, p. 26.

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 despendar 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”⁵⁵. Inicialmente verificase uma necessidade de se abrigar, inobstante em muitos momentos só ser possível através das moradias *multifamiliares*.

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”⁵⁶.

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”⁵⁷.

É evidenciado que esse fato determina um problema cíclico e infundável, na medida em que a busca desmedida e abusiva pelo crescimento da renda fundiária

⁵⁵ PERROT, Michelle. *Os excluídos da história. Operários Mulheres Prisioneiros*, p.102.

⁵⁶ PERROT, Michelle. op. cit., p. 110.

⁵⁷ ABREU, Mauricio de A. *Evolução Urbana do Rio de Janeiro*, p. 42.

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 item 2.4, é denominado de *emburguesamento* por Engels⁵⁸, reconhecido como *Hausmannização* por Michelle Perrot⁵⁹, e em termos pós modernos apelidado de *gentrificação*.⁶⁰

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 de 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”⁶¹.

2.2

A suposta dicotomia entre econômico e político na civilização capitalista.

⁵⁸ ENGELS, Friedrich. *O problema da habitação*, p. 75: “Na realidade a burguesia só tem um método para resolver a questão da habitação. À sua maneira, o que quer dizer: resolvê-la de tal maneira que a solução volte sempre a criar de novo o problema. Este método tem um nome, o de ‘Hausmann’. Com isto quero dizer não só a maneira especificamente bonapartista do Hausmann parisiense de abrir longas artérias de as ladear de grandes e luxuosas construções; o objetivo procurado – além da sua utilidade estratégica, tornando as lutas de barricadas mais difíceis – era a formação de um proletariado da construção especificamente bonapartista, dependente do governo, e a transformação da cidade numa cidade de luxo”.

⁵⁹ PERROT, Michelle. *Os excluídos da história. Operários Mulheres Prisoneiros*, p. 119.

⁶⁰ MENDES, Luís. *Gentrificação e a cidade Revanchista: Que lugar para os movimentos sociais de resistência*.

⁶¹ MARX, Karl. *O Capital. Crítica da economia política. O processo global de produção capitalista*, p. 1029.

Em nossas sociedades capitalistas democráticas o ideal de soberania popular convive com suposta igualdade jurídico-política e grotesca desigualdade socioeconômica. Esse fato é incontestável e ao mesmo tempo incômodo. Diante disso, coloca-se questão de extrema relevância, sobre apurar, em que medida, a teoria crítica marxista ao capitalismo pode auxiliar em estabelecer limites às práticas predadoras da democracia moderna capitalista, e de que forma tais práticas auxiliam a opressão dos *de baixo*⁶², dos não proprietários pelo capital.

Fundado na ideia antiga de que constituição seria “a organização das várias autoridades, em particular da autoridade suprema”⁶³, a diferença entre oligarquia e democracia é estabelecida basicamente na qualidade de proprietários ou não proprietários daqueles que possuem o poder de governar.

Desta forma, já no momento embrionário, “a oligarquia ocorre quando o poder supremo está nas mãos daqueles que possuem propriedades, a democracia, quando esse poder pertence aos que não acumulam riqueza, os que não tem recurso.”⁶⁴ Sob esse argumento, o paradigma seria atribuído ao fator *propriedade*, eis que o *modelo de governo* não seria fundado na quantidade daqueles que tem o poder político, mas especialmente em qual fato social ou econômico lhes atribui poder político.

Já nesse momento introdutório, no sentido original do termo, percebe-se que inobstante a grande distinção, desde então existente, entre ricos e pobres, entre grandes acumuladores de riquezas e terras e pequenos produtores, isto é, apesar da desigualdade econômica, poderia haver igualdade política. A noção de cidadão politicamente ativo não seria subordinada a seus poderes jurídicos e econômicos, em sua potencialidade de acumulação de riquezas. Nesse contexto “na Grécia surgiu uma nova forma de organização que uniu proprietários e camponeses numa unidade cívica e militar”⁶⁵.

⁶² A noção de os *de baixo* é pautada na utilização feita por Antônio Negri e Michael Hardt em *Comune. Oltre il privato e il pubblico*.

⁶³ ARISTÓTELES. *Política*, p. 221. Aristóteles analisa as diversas formas de constituição, atribuindo-lhes, de forma simplificada, conceitos, centrados nas formas de governo. Construindo tais conceitos e comparando tirania, oligarquia e democracia.

⁶⁴ ARISTÓTELES. *Política*, p. 224-225.

⁶⁵ WOOD, Ellen Melkins. *Democracia contra capitalismo*, p. 163.

A figura do camponês cidadão é uma realidade, onde inobstante ser um pequeno proprietário ou pequeno agricultor, que não poderia ser vislumbrado como grande proprietário de terras ou apropriador, de modo que isso pudesse lhe conferir direitos políticos, possuía direitos políticos. Esse sujeito poderia ser considerado um cidadão politicamente ativo. Por democracia nos modelos antigos, isto é, com base na democracia ateniense, o camponês ateniense se torna cidadão⁶⁶.

Ser cidadão ativo no modelo de democracia antigo, especialmente em Atenas tem um significado específico. Ser detentor de direitos políticos significa igualdade política, direito de falar livremente. Envolve o direito a fala e ao voto, uma participação efetiva nas decisões políticas. Como afirma Finley “em debate estava a participação direta, pela voz e pelo voto, no processo de decisão e no processo judiciário”⁶⁷.

Ser cidadão ativo significa poder falar sobre assuntos de governo, independente de ser um trabalhador ou alguém instruído, pois todos estariam para tanto habilitados, diferentemente do que ocorreria em assuntos técnicos.

É certo que não podem ser desprezadas as exclusões que existiam do que se entendia por cidadão, ou em outras palavras, por aqueles que detinham direitos políticos, excluindo-se as mulheres, os escravos, ou aqueles considerados estrangeiros. Mas o fato que se pretende ressaltar, com vistas a construir um paralelo dos direitos políticos, ou sua eficácia nas democracias liberais é de que os critérios para a obtenção dos direitos políticos, na experiência grega, não estão no fator sócio econômico da propriedade. Naquele momento é construído um espaço de igualdade, ainda que ínfimo, a par da desigualdade econômica. E além disso, enfatizar que aquele que possuía direitos políticos, podia ser um cidadão efetivamente ativo em sua comunidade. Ainda que não o fizesse, poderia fazê-lo.

A formação de uma sociedade capitalista, interferindo nos outros segmentos sociais, acaba por reclamar, para satisfação de seus interesses um novo sentido para democracia. Esse novo sentido irá se diferenciar da concepção original, conforme conhecemos, da democracia, não só pelo que compreende o *demus*, o povo. Mas

⁶⁶ WOOD, Ellen Melkins. *Democracia contra capitalismo.*, p. 181.

⁶⁷ FINLEY, Moses I. *O Legado da Grécia.*, p. 35. Sobre o processo judiciário, na mesma obra consta referencia histórica a votação em processo de ostracismo, destinado a votar o envio de determinada pessoa ao exílio, com a necessidade de um mínimo de 6 mil votos, p. 40.

também, quando há certa ampliação daqueles que possuem direitos políticos, há, proporcionalmente, um esvaziamento da atividade política daquele, por quem se compreende cidadão.

Em princípio, sob o signo de soberania popular, se estabeleceu a necessária separação para o capitalismo, entre “proprietários governantes e súditos camponeses”⁶⁸, que nas palavras de Ellen Wood constituiu condição necessária para os termos modernos em que a democracia se apresentou a partir das revoluções burguesas da Europa. O aperfeiçoamento da propriedade nos termos capitalistas, reservaria a qualidade de cidadão ativo somente àquele que se enquadrasse na figura do proprietário dotado de condições especiais de governar.

Como reporta Ellen Wood, referindo-se a um estágio inicial, que seria posteriormente aprimorado:

“Cidadania ativa seria reservada para os homens proprietários e deveria excluir não apenas as mulheres, mas também os homens que, conforme expressou Harrington, não tivessem ‘com que viver por si só’ – ou seja, aqueles cuja sobrevivência dependesse do trabalho prestado a outros. Essa concepção de cidadania tinha em seu núcleo uma divisão entre uma elite proprietária e uma multidão trabalhadora”⁶⁹

Na sequência, a remodelação da propriedade capitalista, com o deslocamento de sua perspectiva para parâmetros essencialmente econômicos, determina grande ampliação daqueles abrangidos pela noção de cidadania. No mesmo passo, a cidadania ativa seria reservada para um pequeno grupo. A multidão de trabalhadores seria representada por aqueles que estivessem mais habilitados a exercer funções políticas ativamente, isto é, determinando um verdadeiro esvaziamento do que se tem por exercício da política.

De uma forma ou de outra o camponês, o trabalhador, aqueles que compõe a multidão trabalhadora, quando recebidos na comunidade de cidadãos, ingressam nessa nova ordem cívica sem que isso lhe represente uma verdadeira participação na vida política. Mais uma vez Ellen Wood esclarece e reafirma que o “capitalismo torna possível conceber uma democracia formal, uma forma de igualdade civil coexistente com a desigualdade social e capaz de deixar intocadas as relações econômicas entre a elite e a multidão trabalhadora”.⁷⁰

⁶⁸ WOOD, Ellen Melkins. *Democracia contra capitalismo*, p. 178

⁶⁹ WOOD, Ellen Melkins. *Democracia contra capitalismo*, p. 178.

⁷⁰ WOOD, Ellen Melkins. *Democracia contra capitalismo*, p. 193.

Se feito paralelo com o que se entendia por democracia em termos antigos, portanto, poderíamos chegar a conclusão de que o sentido moderno de democracia em muito se afasta do ideal democrático original. Em outras palavras, poder-se-ia afirmar que é criado no momento de formação do Estado moderno, sob o nome de democracia, um projeto antidemocrático.

Cuidando da redefinição americana da democracia Ellen Wood coloca que:

“O ideal federalista pode ter sido criação de uma aristocracia que combinasse riqueza e virtude republicana (...), mas a tarefa prática era manter uma oligarquia proprietária com apoio eleitoral da multidão popular” com isso se implementou “uma redefinição que disfarçasse as ambiguidades do projeto oligárquico”⁷¹.

Como consequência dessa construção, se estabelece a democracia moderna que tem por povo uma concepção que impõe uma igualdade política que em nada interfere na desigualdade econômica. As supostas condições igualitárias dos sujeitos políticos não determinam que se tenha alguma espécie de autonomia e poder político de exclusão de opressões econômicas e jurídicas, especialmente nas relações de trabalho, apropriação e produção.

Antes da consolidação do capitalismo, isto é, no período de transição dos modos de produção pré-capitalistas para o modo de produção capitalista pode ser percebida a construção de um ideal de suposta separação entre as esferas econômica, política e jurídica, que será fundamental para que se estabeleçam as condições de prosperidade e triunfo do modo de produção capitalista, como esclarecido no item anterior.

A propriedade privada, ou a extração da mais valia, seja ela feita pelo Estado ou por algum proprietário privado de terras, que reunia os poderes coercitivos sejam eles jurídicos, políticos, comunitários, deixa de estar vinculada a esses poderes coercitivos. O Estado, aparentemente autônomo reúne esses poderes coercitivos, enquanto a propriedade privada da terra e demais meios de produção passam a estar relacionados a aspecto puramente econômico.

Os elementos coercitivos vão acontecer no momento da apropriação primária por parte dos proprietários. Feito isso, quando a apropriação primitiva⁷² já

⁷¹ WOOD, Ellen Melkins. *Democracia contra capitalismo*, p. 185.

⁷² Sobre acumulação primitiva, MARX, Karl. *O Capital*, Livro I: “A assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção” (p. 786); “grandes massas humanas são despojadas súbita e violentamente de

está concentrada nas mãos de poucos, não serão mais observados os elementos jurídicos e políticos que determinam que a classe operária, que a grande massa de trabalhadores, abra mão da mais valia. Aceite vender sua força de trabalho exclusivamente em troca do salário. Essa postura da classe trabalhadora toma aparência de algo exclusivamente econômico.

Ellen Wood demonstra, com profundidade, essa separação proposta pela democracia capitalista entre o econômico e o extra-econômico, afirmando que:

“Em princípio, não há necessidade de pressão ‘extra-econômica’ ou de coação explícita para forçar o operário expropriado a abrir mão de sua mais-valia. Embora a força de coação da esfera política seja necessária para manter a propriedade privada e o poder de apropriação, a necessidade econômica oferece a compulsão imediata que força o trabalhador a transferir sua mais-valia para o capitalista a fim de ter acesso aos meios de produção.”

A venda da força de trabalho mediante salário por parte do trabalhador se torna algo necessário e consequência lógica quando, segundo Marx, se encontram “de um lado, possuidores de dinheiro, meios de produção e meios de subsistência, (...) de outro trabalhadores livres, vendedores da própria força de trabalho”⁷³, que a contrário sensu estão absolutamente desprovidos e expropriados dos meios de produção e das fontes de subsistência.

Com isso, a razão lógica que explica nitidamente o porquê de o trabalhador ceder sua mais-valia ao proprietário é exclusivamente econômica, não contando, diversamente dos modos de produção pré-capitalista, com nenhuma forma de coerção militar, política ou jurídica. Tal coerção, contudo, além de já ter ocorrido no momento de apropriação primitiva, se mantém na existência de controle total dos meios de produção e por consequência da própria produção. O Estado se reserva em função aparentemente autônoma, mas outorga aos proprietários poderes suficientes, jurídica e politicamente para que exerçam esse controle absoluto da produção.

Os poderes políticos vão se convertendo em poderes econômicos, e a contrário *sensu*, quem detém os poderes econômicos ao mesmo tempo detém o controle dos poderes políticos. Como assevera Ellen Wood:

seus meios de subsistência e lançadas no mercado de trabalho como proletários absolutamente livres. A expropriação da terra que antes pertencia ao trabalhador rural, ao camponês, constitui a base de todo o processo” (p. 787).

⁷³ MARX, Karl. *O Capital*, Livro I, p. 786

“A característica ímpar do desenvolvimento ocidental é ser ele marcado pelas primeiras e mais completas transferências de poder político para a propriedade privada e, portanto, também a mais completa, generalizada e direta subserviência da produção às exigências de uma classe apropriadora.”⁷⁴

Pode-se perceber, sem muita dificuldade, que em paralelo a figura da existência de um Estado autônomo, esse mesmo Estado auxilia a classe dominante quando presente a luta de classe.

Concomitantemente a esse cenário econômico e jurídico, em que uma pequena classe apropriadora possui, em virtude de sua condição econômica, a privatização de poderes políticos, temos uma grande multidão produtora esvaziada dos poderes políticos. O cidadão, ainda que dotado da qualidade de cidadão, se caracteriza por sua condição passiva.

É certo que a democracia moderna, que tem no capitalismo seu modo de produção, tem consequências liberatórias positivas. O aprofundamento da noção de indivíduo, de sujeito de direitos, de liberdades individuais e direitos civis é incontestável⁷⁵. Porém, incontestável também é a passividade dos sujeitos políticos.

“O ‘povo’ já não era definido, tal como o fora no *demo* ateniense, como uma comunidade ativa de cidadãos, mas como uma coleção desagregada de cidadãos privados cujo aspecto público era representado por um Estado central distante. Em comparação com essa noção antiga de cidadania como participação na comunidade política, até mesmo o conceito de direitos individuais, que talvez sejam a maior prova de superioridade da democracia moderna sobre a antiga, traz uma conotação de passividade”⁷⁶.

Diante da atual conjuntura da democracia moderna capitalista e das provocações formuladas por Texier⁷⁷ e Ellen Wood, que colocam em cena o esvaziamento dos poderes políticos da multidão há, com urgência, a necessidade de reflexão sobre essa relação econômica/política. A constatação da autora pelo triunfo do capitalismo, como ela bem coloca, não resolve o problema. Ao contrário faz surgir uma enorme problemática e necessidade de aplicação de toda teoria crítica marxista ao atual estado da arte.

O aparato coercitivo, político, jurídico, comunitário, sempre que necessário, é utilizado pelo capitalista para atender às suas necessidades, eis que controla em

⁷⁴ WOOD, Ellen Melkins. *Democracia contra capitalismo*, p. 41

⁷⁵ Frente a impossibilidade de aprofundar o tema, para maior detalhamento: MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*.

⁷⁶ WOOD, Ellen Melkins. *Democracia contra capitalismo*, p. 189.

⁷⁷ TEXIER, Jacques. *Revolução e democracia em Marx e Engels*.

absoluto os meios de produção. Assim, consegue repercutir nos demais campos, na medida de seu desejo. Esse processo, que vai subordinar toda produção, suas exigências, e determinar a consequente transferência de poderes políticos para a classe apropriadora, Ellen Wood denomina verdadeira “privatização do poder político”.

Negri e Hardt também chegam a mesma conclusão, partindo da análise do exercício da soberania e da violência travestida em estado de exceção. A soberania e a violência mascaram a verdadeira fonte de controle que é o poder da propriedade e do capital. Nesse sistema, que conta com o uso indevido da força constitucional, a soberania não age diretamente, mas indiretamente. Conta com o poder regulador da mão invisível do capital.

“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 capitalistico non sono manifestazioni di un potere sovrano, ma si dispiegano attraverso una serie di norme pressoché invisibili e interiorizzate”⁷⁸.

Esse domínio, exercido pelas forças do capital reunidas, contudo, como afirmado anteriormente, encontra-se encoberto sob a perspectiva de um Estado autônomo e supostamente neutro, que inclusive administrará a luta de classes, que se estabelecerá naturalmente. Nesse sentido, o capitalismo, como acima observado, para Michael Hardt e Antonio Negri pode ser considerado como uma espécie de fundamentalismo, tal qual o fundamentalismo religioso ou nacionalista. Para que o controle se efetivasse a tal ponto, era necessário um modelo constitucional que fundasse juridicamente essa ordem de fatores.

A formulação política que atendeu a esse anseio da burguesia foi a criação de uma constituição, expressão do poder constituinte, com valor superior ao legislador ordinário, que garantisse direitos fundamentais e instituísse uma ordem jurídica que cumprisse os objetivos ali delineados. Nestes sentido, Vitor Nunes Leal muito bem esclarece que:

“Toda a organização política deveria existir, portanto, em função dos direitos do homem e do cidadão. E entre esses direitos foram estipulados, de maneira mais

⁷⁸ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, p. 21. Tradução livre: É difícil reconhecer tudo isso como expressão de violência, uma vez que é perfeitamente normalizada e sua eficácia se manifesta de modo impessoal. O controle da exploração capitalista não é através de um poder soberano, mas através de uma série de normas invisíveis e internalizadas.

categórica o direito de propriedade e a liberdade, incluindo a liberdade econômica, a plena iniciativa do domínio econômico. (...)

Contudo, mais importante ainda, do ponto de vista dos interesses da burguesia, foi a teoria da divisão do estado traduzida na fórmula da divisão dos poderes”⁷⁹.

O modelo criado por Montesquieu, que previa a organização do Estado a partir da divisão dos poderes, onde cada um dos poderes possuiria suas funções, e seria reciprocamente controlado pelos outros dois, contando com o sistema de freios e contrapesos, atende com exatidão aos interesses da classe dominante apropriadora. O modelo é milimetricamente criado para que os de baixo permaneçam desprovidos de recursos políticos ou jurídicos para preservação de seus interesses. Enquanto isso, o Estado, aquele mesmo estado que pretensamente deveria ser neutro, promove a salvaguarda dos interesses da burguesia.

A burguesia funda, como bem explica Vitor Nunes Leal⁸⁰, neste formato de organização do Estado, a garantia de que seus interesses serão assegurados. Através desse formato, o poder do Estado, ao mesmo tempo que não se encontra sob a responsabilidade da elite dominante, é fragmentado de tal modo que sofre todas as influências necessárias para que o resultado de sua atuação seja exatamente o resultado pretendido e perseguido pelo capital. Todos aqueles pontos de maior relevância à manutenção da burguesia como classe dominante e controladora do modo de produção, são preservados, tais como: manutenção da escravidão a seu serviço; poder sobre as colônias; questões salariais. Questões que na sua totalidade podem ser transpostas a temas correspondentes na atualidade.

Isso não acontece acidentalmente. A função de fiscalização recíproca entre os três poderes, em tese poderia determinar um impasse. Diante de um impasse, a rigor, deveria existir consenso para se prosseguir, e necessariamente, o consenso só existirá quando disser respeito aos interesses da burguesia. Cumpre observar que apesar dessa aparente hegemonia que se apresenta na burguesia, deve-se considerar que a burguesia só homogênea se comparada a outra classe. Em seu interior, se comparada a outros seguimentos do capital, será observada relevante heterogeneidade.

⁷⁹ LEAL, Victor Nunes. *Cinco Estudos*, p. 98-99.

⁸⁰ LEAL, Victor Nunes. *Cinco Estudos*, p. 104 - 105

No entanto, a homogeneidade aparentada frente às outras classes, lhe serve para constituir uma minoria, porém dominante. As regras do jogo são postas para que, quando a elite dominante conseguir mobilizar as massas para atuar em seu favor, prevaleça a vontade da maioria, com suposto respeito ao princípio democrático. Contudo, quando a maioria for composta dos de baixo, contra o capital, a minoria dominante tenha recursos e artimanhas suficientes para solucionar a questão.

Vitor Nunes Leal apresenta fato histórico que denota expressamente essa realidade, ao comentar passagem de Madison na Convenção da Filadélfia que ora transcrevemos:

“Não podemos ainda ser considerados como um corpo homogêneo (referia-se aos EE. UU.), no qual todas as coisas que afetem uma parte do mesmo afetem igualmente à sua totalidade. Ao construir um sistema que desejamos que dure para as idades futuras, não devemos perder de vistas as mudanças que essas idades trarão consigo. Um acréscimo de população aumentará necessariamente a proporção daqueles que terão que sofrer os embates da vida, desejando secretamente uma melhor repartição de seus benefícios. É possível que com o tempo estes superem os que se encontram bem situados economicamente. De acordo com as leis do sufrágio o poder passará as mãos dos não possuidores... E como havemos de nos preservar disto, baseando-nos em princípios republicanos? Como vamos poder prevenir o perigo em todos os casos de coalisões interessadas em oprimir a minoria que devemos defender?”⁸¹

As colocações de Madison, que o autor esclarece terem sido antes secretas, vindo a público posteriormente, são conscientemente no sentido de criar um modelo de privar a maioria de poderes políticos efetivos. Talvez, especialmente pelo caráter secreto da manifestação, evidencia o verdadeiro sentido disso, de privar a maioria, constituída de não possuidores, de uma exata e adequada distribuição de benefícios econômicos. É justamente neste contexto que se perpetuará uma segregação de benefícios de toda ordem, desde culturais a econômicos. Dentre eles encontraremos o comum, os bens comuns, aqueles dos quais ninguém deveria ser privado, e uma grande maioria segue sem acesso.

Com a construção constitucional apresentada, segundo Negri e Hardt é fundada uma espécie de república da propriedade. A ordem constitucional se presta a legitimar a propriedade privada, diante da força fundamental a qual é relacionada

⁸¹ LEAL, Victor Nunes. *Cinco Estudos*, p. 106.

ao poder constituinte. Aqueles que o exercem, especialmente se tratando das revoluções burguesas cuidam de proteger seus interesses e riquezas.

Nesse contexto, todos os outros valores e supostos ideais só subsistem se não ameaçam o pleno desenvolvimento e consolidação do capital. Essa afirmativa é verdadeira quando pensada em confronto a fatos históricos localizados em um passado não tão distante como a escravidão. Também é verdadeira se confrontados a situações contemporâneas como a privação de direitos fundamentais de populações urbanas. Valores como a liberdade e igualdade são vislumbrados exclusivamente a partir da perspectiva proprietária.

Esse fato pode ser observado com proporções catastróficas não somente quando se reflete sobre a propriedade do solo e distribuição igualitária da terra, mas em muitas outras situações. Verifica-se que não há limites de argumentação para se implementar a franca consolidação e crescimento do poder do capital. Exemplo elucidativo são as questões da escravidão e do racismo, que são colocadas como males exterminados pelo capitalismo que trouxe sua nova ordem de homem livre. No entanto, se encontram extremamente enraizados no processo de consolidação do capital, que cresceu às custas de sua exploração.

A lógica *da república da propriedade* fica evidente quando Negri e Hardt concluem que “la repubblica deve proteggere la proprietà privata, gli schiavi sono proprietà privata; dunque, il repubblicanesimo deve opporsi ala liberazione degli schiavi”⁸². E ainda, mais explícita ao comentar que na modernidade a escravidão seria incompatível com a realidade de trabalho assalariado capitalista, mas que a verdade é que o capitalismo se aproveitou da escravidão.

Fica evidente que qualquer valor, para subsistir, deve estar subordinado e condicionado a esta lógica *da república da propriedade*. Essa ideia representa o controle através da propriedade, que, em outros termos, determina a mercantilização do trabalho. Há, portanto uma exclusão política do trabalhador, e sua consequente colocação como mercadoria. Com a divisão de classes que emerge dessa realidade, existe uma luta entre ricos e pobres.

⁸² HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, p. 27. Tradução livre: A república deve proteger a propriedade privada, os escravos são propriedade privada; Portanto o republicanismo deve se opor ao fim da escravidão.

Como na passagem emblemática de Madison, aqui ressurge, na tentativa de proteção concreta da propriedade, através daquele modelo constitucional formado, o medo dessa multidão pobre. O que deve ser ressaltado, neste ponto, é que o controle da multidão, inclusive com a exclusão do próprio termo multidão, dos discursos políticos, por longo período, se dá na transformação da multidão pobre, que pode efetivamente ter poder, em um povo, que em tese seria homogêneo e por isso controlável.

A burguesia parte de uma construção Hobbesiana, para quem a falta de propriedade, que exclui os pobres do povo, não é um fato contingente, mas uma condição necessária e continuamente reproduzida que garante, a quem possui, conservar e incrementar a propriedade. A multidão dos pobres é a condição de possibilidade do povo e da *república da propriedade*. E nestes termos, toma a burguesia o poder, exclui a multidão não somente do poder mas também “è expulso dal lessico politico e giuridico”⁸³, delineando-se um ideal de unidade do povo que não existe.

E é por esses motivos que a multidão ressurge e “emerge al centro del progetto dela trasformazione rivoluzionaria”⁸⁴. A multidão deve ser encarada na sua mais extensa multiplicidade, como esclarece Paolo Virno em *Gramática da multidão*:

“Os muitos devem ser pensados como individuações do universal, do genérico, do indiviso. E assim, simetricamente, pode-se conceber um Uno que, longe de ser um porquê concludente, seja a base que autoriza a diferenciação, que consente a existência político-social dos muitos enquanto muitos”⁸⁵.

Composta da dita multiplicidade e desprovida de qualquer poder, se mantém destituída de verdadeiro poder político, ainda que inserida em projeto democrático, que afirme a inclusão de todos, no que se denomina poder que emana do povo. Na exclusão de poder político, como já evidenciado acima, se entende a exclusão de benefícios econômicos e proprietários. Essa exclusão se agudiza e intensifica não somente ao que se entende por propriedade privada e exclusiva de determinado bem da vida. Mas também é presente, de forma mordaz e intensa, com relação aos bens

⁸³ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, p. 61. Tradução livre: é expulso do léxico político e jurídico.

⁸⁴ HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, p. 65. Tradução livre: emerge ao centro do projeto da transformação revolucionária.

⁸⁵ VIRNO, Paolo. *Gramática da Multidão*, p. 7.

comuns, e aos valores comuns, dentre eles incluída a moradia como será elucidado adiante.

2.3

A sobrevivência da propriedade imóvel como mercadoria no constitucionalismo social.

O estabelecimento das condições econômicas e sociais que possibilitam a persistência da propriedade imóvel como mercadoria, independentemente da destinação que a ela será dada, depende da análise das circunstâncias em que a propriedade privada imóvel se estabeleceu com os valores capitalistas evidenciados até hoje, a estrutura do instituto da propriedade que legitima a conduta proprietária, bem como o cenário constitucional social que idealiza a propriedade funcionalizada, mas acaba por se submeter a artimanhas que perpetuam a propriedade enquanto mercadoria.

A legitimidade das condutas proprietárias, ou a concepção da propriedade imóvel como mercadoria se solidifica, como já demonstrado, na formação da civilização capitalista. Existe contudo uma formulação jurídica que confere legitimidade ao modelo capitalista da propriedade privada imóvel no momento de eclosão das revoluções burguesas. A ordem jurídica que fundamenta a propriedade é estabelecida com a constitucionalização da propriedade, que será contemporânea a formação de uma nova ordem constitucional, expressão exata da classe dominante que se coloca como tal naquele momento.

Os valores capitalistas da propriedade privada são inicialmente consagrados no momento de constitucionalização clássica, motivada pelos valores liberais ordenadores das revoluções burguesas. No momento posterior de constitucionalismo social a propriedade privada se transforma e se reordena, sem contudo perder sua tutela enquanto direito fundamental. O resultado dessa resignificação da propriedade privada, a partir da transição da constitucionalização clássica para o constitucionalismo social⁸⁶, sem que se perceba uma efetiva transformação na aplicação da tutela jurídica da propriedade pelo direito privado

⁸⁶ A análise do direito de propriedade como direito fundamental será aprofundada no capítulo 3.

determina a sobrevivência da propriedade enquanto mercadoria, ainda que a perspectiva ideal da propriedade constitucionalizada seja diversa, como veremos a seguir.

A constituição de uma ordem jurídica permeada pelos valores liberais tem como premissa fundamental proteger e assegurar com eficiência a regulação e garantia das relações privadas do indivíduo. A existência de um possível antagonismo, naturalmente decorrente de eventuais conflitos de expectativas entre entes privados, faz surgir nesses sujeitos o interesse pela existência de normas que possibilitem o 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 política⁸⁷. Essa segmentação, apesar de não tão verdadeira, como demonstrado, é ao menos aparente.

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-la⁸⁸. Dada a importância 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 mercadorias a razão primeira das relações sociais, como com outras palavras é afirmado por Pachukanis⁸⁹:

“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”.

⁸⁷ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 52.

⁸⁸ PACHUKANIS, E. B. op. cit., p. 80: “No ato de alienação, a realização do direito de propriedade como abstração torna-se uma realidade”.

⁸⁹ PACHUKANIS, E. B. op. cit., p. 72.

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 absoluta⁹⁰. 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 capital⁹¹.

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 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

⁹⁰ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 73.

⁹¹ 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”.

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.

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 cidadãos⁹²”.

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

⁹² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?*, p. 7.

Negri⁹³, 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”⁹⁴.

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:

“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”⁹⁵.

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.

⁹³ 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”.

⁹⁴ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 297.

⁹⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?*, p. 336.

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.

Dito 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 Tocqueville⁹⁶:

“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 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, uma vez que o proprietário

⁹⁶ TOCQUEVILLE, Alexis. *Lembranças de 1848: as jornadas revolucionárias de Paris*, p. 118.

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 absoluto⁹⁷.

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 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’”⁹⁸.

Todavia, uma análise mais acurada do processo constituinte americano, contemporâneo ao que Antonio Negri denomina de emancipação política⁹⁹, 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

⁹⁷ 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”.

⁹⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*, p. 761.

⁹⁹ Conferira: NEGRI, Antonio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*, capítulo IV.

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 quanto 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 constituição¹⁰⁰.

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 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 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:

¹⁰⁰ HAMILTON, Alexander, op. cit., artigo 40.

“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 felicidade¹⁰¹”

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’”¹⁰².

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.

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”¹⁰³.

A subserviência do regime jurídico da propriedade privada aos interesses do capitalismo pode ser observada não somente na possibilidade de apropriação dos

¹⁰¹ PACHUKANIS, E. B. . *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 225.

¹⁰² PACHUKANIS, E. B. . op. cit., p. 228.

¹⁰³ PACHUKANIS, E. B. . *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 73.

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.

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 1793¹⁰⁴, 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 consolidação do capitalismo, como modo de produção preponderante, 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”¹⁰⁵.

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 necessárias 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

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 159.

1891, que espelham a Doutrina Social da Igreja¹⁰⁶, 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 a 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 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 Sovietes¹⁰⁷.

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 Mundial¹⁰⁸, 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”¹⁰⁹.

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

¹⁰⁶ 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”.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 161.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 578.

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”¹¹⁰.

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 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 legoslativo il compito di determinare una trasformazione socio-economica”¹¹¹.

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

¹¹⁰ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*, p. 281.

¹¹¹ 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.

igualmente ‘dignas’ de serem proprietárias, mas não as torna, por isso, proprietários¹¹²”.

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.

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, é estabelecido que, “La propiedad obliga. Su uso deberá servir al bienestar general”¹¹³.

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 vincular a apropriação privada dos mais diferentes bens, móveis ou imóveis, de consumo ou de produção etc., aos critérios de justiça social,

¹¹² PACHUKANIS, E. B., *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 84.

¹¹³ ORFANEL, Germán Gómez. *Las constituciones de Los Estados de La Union Europea*, p. 39. “A propriedade obriga. Seu uso deverá servir ao bem-estar geral”

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 são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”¹¹⁴.

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 correspondente.

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 todos os indivíduos lhes 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.¹¹⁵ 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”¹¹⁶.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 814.

¹¹⁵ 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*.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 815.

A propriedade, nesse passo, integra não somente um direito fundamental individual, mas também integra direitos fundamentais que não pretendem atender a interesses de um indivíduo, mas da coletividade, o que se desenvolve na esteira das constituições que refletem o denominado constitucionalismo social¹¹⁷.

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 detêm 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”¹¹⁸.

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 poderá

¹¹⁷ Sobre o tema BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 579 e seguintes.

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 815.

configurar simples fonte de renda na qualidade de capital acumulado, ou em outras tantas circunstâncias compor o conjunto de bens de produção¹¹⁹.

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 enquanto mercadoria, 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.

O risco de tratamento da propriedade imóvel como simples mercadoria importa em se afastar por completo seus valores de uso. Em outras palavras, importa em tratar o espaço terrestre, seja ele urbano ou rural, como um simples produto, representado pela soma de dinheiro que possa ser paga por ele, em eventual alienação. A percepção da propriedade exclusivamente como mercadoria, ainda que se atribua uma destinação, pode simplesmente excluir uma grande camada da sociedade do acesso a propriedade. Nesse passo não me refiro somente em exclusão dessa grande massa da qualidade de proprietários, pois isso não seria o mais grave. Mas sim da exclusão dessa grande massa do acesso simples aos valores de uso da propriedade imóvel.

E esse acesso, ao menos para o direito de *morar* é insubstituível. Não é possível o exercício desse direito sem que seja outorgado a toda e qualquer pessoa as condições de se manter fisicamente, em um local do globo.

2.4

A gentrificação como forma de violação da moradia.

¹¹⁹ 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”.

O fenômeno da gentrificação não pode ser relacionado exclusivamente com o uso da propriedade imóvel destinado a moradia. Envolverá inúmeras finalidades da propriedade imóvel, porém, em contrapartida, quando observado afetará substancialmente a propriedade destinada a moradia. Como vastamente observado por Neil Smith¹²⁰ o processo de gentrificação em maior ou menor escala acaba por ser observado em diversos, senão em todos os centros urbanos de expansão capitalista. Em algum momento as cidades são *reestruturadas* nos moldes ditados pelos interesses do capital.

Por não se tratar de um modelo geograficamente limitado, mas de certa forma internacional, sua nomenclatura irá variar tal como *Haussmanização*¹²¹, *gentrificação*¹²², *emburguesamento*, ou mesmo *reforma Pereira Passos*¹²³. Alguns pontos comuns, ou circunstâncias determinantes podem ser observadas em todos esses processos de suposta reestruturação urbana inofensiva. Essas circunstâncias e efeitos comuns são violadoras da moradia não de forma direta ou exclusiva, mas promovem uma verdadeira transformação de determinada área inserida no espaço urbano, alterando suas condições de moradia.

Um primeiro aspecto de reestruturação do capital no espaço urbano se relaciona com o melhor ou pior aproveitamento da renda fundiária. Com vistas a maior obtenção de lucro, é observado maior investimento em empreendimentos de toda ordem, inclusive residenciais em áreas antes não exploradas, cuja taxa de renda fundiária é mais baixa. Se a renda da terra é mais baixa, em tese o custo de construção de moradias seria menor, e essa ocupação das áreas periféricas poderia parecer resultado de uma atividade individual. No entanto, se observado o processo com certa profundidade, nota-se com clareza que o movimento de migração para as áreas antes desvalorizadas não é natural e individual, acontece por parte de instituições capitalistas extremamente fortalecidas, como instituições financeiras, incorporadoras, certamente subsidiadas direta ou indiretamente pela máquina estatal.

¹²⁰ SMITH, Neil. *Gentrificação*, a fronteira e a reestruturação do espaço urbano.

¹²¹ Denominação atribuída por Michelle Perrot

¹²² Nomenclatura derivada da noção de enobrecimento, observada inicialmente por estudos como o de Neil Smith.

¹²³ Expressão que foi muito utilizada no Rio de Janeiro, como demonstrado por Maurício de Abreu.

Mais uma vez observa-se que o Estado não atua diretamente em nome do capitalista, mas o faz permanentemente criando condições para o crescimento e acumulação do capital.

Quando o capital, ou os investimentos migram para áreas periféricas, as pessoas que não estão envolvidas nesse processo, percebem certas melhorias de infraestrutura, ao menos aparente, embelezamento, criação de serviços antes inexistentes naquela localidade que era subestimada. Esse mesmo fenômeno sob a perspectiva liberal não possui qualquer elemento prejudicial ao desenvolvimento urbano. É encarado como resultado do esforço pessoal de cada indivíduo, que a partir da sua força de trabalho prospera e obtém o tão almejado êxito, passando a se instalar em área da cidade que pretende se transformar em área nobre.

Se referindo à experiência americana, Neil Smith afirma que “o fato é que a gentrificação aparece, à primeira vista, e especialmente nos EUA, como um maravilhoso testemunho dos valores do individualismo, da família, da oportunidade econômica e da dignidade do trabalho”¹²⁴. Sob esse prisma as melhorias só teriam por efeito a valorização de um antigo bairro, o que necessariamente seria positivo para sua comunidade local. Mas veremos que os destinatários dessa reformulação não serão aqueles que compõe a comunidade local.

Aqueles que lucram com a pseudo reestruturação da cidade são personagens diversos dos sujeitos que formam a sociedade que deveria se aproveitar de qualquer melhoria e infraestrutura implementada, a partir da perspectiva da função social da propriedade e até mesmo da função social da cidade.

A par do aparente desenvolvimento urbano, o mesmo fenômeno acima identificado contém dois movimentos igualmente perniciosos. Ao mesmo tempo em que se valoriza artificialmente áreas antes desvalorizadas, em que a renda da terra seria mais baixa, se desvaloriza áreas antes consideradas nobres, que ocupavam o lugar de coração daquela eventual cidade, promovendo seu consequente abandono. Passemos a analisar cada uma das situações e suas nefastas consequências sobre a moradia.

A valorização artificial de uma determinada área acontece a partir de injeção de capital naquela localidade. Esse investimento, por certo não se dá a partir de

¹²⁴ SMITH, Neil. *Gentrificação*. A fronteira e a reestruturação do espaço urbano, p. 18.

finalidades altruísticas, mas sim, com o objetivo de obtenção de uma maior lucratividade, considerando que o valor absoluto da terra é menor, possibilitando um maior lucro, vez que quem faz o investimento não são indivíduos isolados, mas especialmente empreendedores com suas instituições financeiras que os sustentam. Naturalmente, quem se aproveitará desse investimento realizado não será a população local, e será em realidade criado um novo público alvo. Pessoas que residem em locais valorizados em virtude do que oferecem em termos de conforto, serão atraídas pelos mesmos valores de beleza e ideais elitistas, a custos reduzidos, dado o baixo custo de renda da terra.

Essa classe que vem de áreas mais custosas, atraídas pela revitalização de localidades antes desprezadas, elitiza aquela área que antes não lhe interessava e eleva o custo de vida, inclusive de moradia, do novo bairro. Com isso, a comunidade local, que ali residia, ocupava e vivia, que já se encontrava no limite de seu orçamento, tendo o custo de moradia, em percentuais máximos de sua renda, será expulsa dessa localidade.

O que pode ser visto por aqueles que não vivem a experiência, mas exclusivamente observam o processo é uma valorização e embelezamento de uma área antes desprezada, que aparentemente tem efeito positivo sobre a cidade. O efeito negativo, contudo, não acontece somente com a expulsão das comunidades locais, pela elevação do custo de vida e *emburguesamento* da área, mas também pelo proposital e consequente abandono das áreas antes valorizadas.

Esse abandono não é aleatório, nem mesmo reflete uma transferência ou simples migrações por decisões individuais. O abandono reflete uma decisão do capital de parar de investir em restauração e manutenção de qualidade de vida nessas áreas antes valorizadas, pois essa conservação não promoverá a chamada renda diferencial¹²⁵, que pode ser obtida nas áreas desvalorizadas. A desvalorização de áreas nobres anteriormente irá atrair pessoas de classes mais baixas. Tanto

¹²⁵ Segundo Neil Smith, a renda diferencial seria o diferencial obtido a partir da valorização da terra, em virtude dos processos de enobrecimento daquela área. Nas palavras do autor “Isto resulta naquilo que denominamos um diferencial (rent gap) entre a atual renda da terra capitalizada pelo uso presente (deteriorado) e a renda da terra potencial que poderia ser capitalizada pelo “mais elevado e melhor” uso da terra (ou, ao menos, comparativamente “mais elevado e melhor” uso), em virtude da sua localização centralizada”. SMITH, Neil. *Gentrificação, a fronteira e a reestruturação do espaço urbano*, p. 21.

aquelas que foram expulsas das áreas emburguesadas, como pessoas de outras áreas sempre em busca de moradia.

Esse resultado, se parasse por aí já seria desastroso, e por si só merecedor de crítica. Porém o maior problema é a natureza cíclica desse processo. Pensar que o capital pretende se produzir e se reproduzir, e o faz através de expansão para áreas periféricas seria insuficiente, pois ainda que existam nos diversos centros urbanos de expansão capitalista espaço para a ampliação, isso teria um fim. O espaço é esgotável. No entanto a criatividade do capital é inesgotável, e por isso, o abandono das áreas nobres, tornando-as desprezíveis mais uma vez servirá a reprodução do capital.

Quando esgotado o espaço de expansão, ou simplesmente se verificar o momento adequado em termos de oportunidade, em um movimento cíclico e extremamente negativo, aquela localidade abandonada será lembrada, e assim revitalizada, e o capital irá se reapropriar dela.

Sem muito esforço se percebe que o movimento de gentrificação, com seu emburguesamento de determinadas áreas da cidade, afeta em termos de custo todos os componentes urbanos, dentre eles, necessariamente a moradia. As leis invisíveis do mercado imobiliário, que parecem despersonalizadas, em realidade são constituídas artificialmente. Aproveitando a ideia de cesta básica introduzida anteriormente, pela venda da própria pele no mercado de trabalho, o operário, aqui ilustrado não somente no operário das fábricas, mas nos operários de serviços, nos operários da saúde, nos operários do mercado de consumo generalizado onde fomos inseridos, deve com seus rendimentos, que são o salário, custear sua cesta básica. Se o custo de moradia for violentamente afetado pelo *emburguesamento* de seu bairro, cedo ou tarde, sem que lhe seja violentada a moradia por uma remoção do Estado, por exemplo, estará o nosso operário cerceado em seu direito de morar.

A gentrificação é um processo de violação não somente da moradia. A moradia é apenas um dos aspectos violados, é um processo de violência cultural e comunal. Aquilo que pela ótica constitucional e de direitos fundamentais deveria ser assegurado e garantido a todos, acaba por cerceado a alguns. Há efetivo cerceamento, privatização e privação do que é comum.

Enfrentar a questão da privatização do comum como consequências do aprofundamento em crise do capitalismo, determina como premissa, refletir o que é o comum. Essa construção pode trilhar dois caminhos distintos, que não se excluem, ao contrário se entrelaçam. O primeiro caminho designando por comum o que se entendem por bens comuns. O segundo, entendendo por comum algo mais amplo do que bens da vida, corpóreos ou incorpóreos cujo acesso deve ser assegurado a todos.

Antes de cuidar de ambas as perspectivas, uma triste realidade deve ser constatada, a de que esse processo de apropriação pelo capital, com o auxílio da máquina estatal, se dá nas duas hipóteses. Nas duas situações priva as classes oprimidas econômica e socialmente de acesso a componentes sociais, políticos, jurídicos que lhes são caros e fundamentais ao desenvolvimento de suas personalidades.

A perspectiva de bens comuns é construída a partir da reformulação da lógica proprietária formulada pelo antigo modelo. A propriedade antes fundada em interesses individuais e exclusivos, daria lugar, na nova concepção, ao interesse coletivo. O direito à propriedade, que poderia ser formulado originalmente, como todos terem legitimidade de se tornar proprietários, cederia espaço ao ideal de concretamente, e não abstratamente todos terem acesso ao que fosse entendido por bem comum.

A propriedade excludente cederia espaço a propriedade inclusiva. Essa nova percepção proprietária tem sua base enraizada na solidariedade. Se enquanto numa perspectiva individual a propriedade expressa liberdade. Em uma acepção fundada na solidariedade todos devem ter acesso aos bens, corpóreos ou incorpóreos, necessários ao pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais. A luta antes travada exclusivamente em torno da apropriação da terra, ganha novas dimensões, se amplia e se coloca em relação a outros bens, até mesmo e especialmente, ao acesso ao conhecimento e a informação.

Nesse contexto existirão bens comuns que suscitam rivalidade entre aqueles que fruirão, ou são escassos, como a terra, a água, e outros que podem ser fruídos coletivamente sem que isso determine uma diminuição da fruição de outro. Rodotá alerta para o perigo do amplo sentido de bens comuns ter como eventual

consequência sua banalização ou redução de sentido, mas ao mesmo tempo considera que não se pode reduzir seu significado .

Identificados os bens comuns que garantem a satisfação dos direitos fundamentais, que podem variar diante das circunstâncias pessoais de cada um, a tutela de cada um desses bens também irá variar. A luta em torno dos bens comuns será travada, contudo, na medida em que disponibilizado determinado bem comum, necessário a satisfação de determinado direito fundamental, esse bem seja suprimido do acesso indiscriminado por qualquer classe social, étnica etc., em virtude de elementos que compõe a lógica de mercado, e os interesses financeirizados.

Como exemplo Rodotà menciona o acesso a grande rede, ou mesmo a determinado medicamento, cuja patente é dominada por determinada indústria farmacêutica, quando seu custo poderia ser infinitamente barateado. E sendo ambas as situações características de bens comuns, inerentes a direitos fundamentais, deveriam ser franqueadas, como signo de efetiva igualdade, e não serem embarreiradas sob o argumento de proteção da propriedade. E neste confronto

“Ritorna, in forme che lo rendono ineludibile, il tema dell’eguaglianza, perché i beni comuni non tollerano le discriminazioni nell’accesso se non a prezzo di una drammatica caduta in divisioni che disegnano davvero una società catale, dove ritorna la cittadinanza censitária, visto che beni fondamentali per la vita, come la stessa salute, stanno divenendo, o rimangono, più o meno accessibili a seconda delle disponibilità finanziarie di ciascuno. Intorno ai beni comuni si propone così la questione della democrazia e della dotazione di diritti d’ogni persona”¹²⁶.

Segundo Rodotà , essa concepção seria a adequação da propriedade antes absolutamente excludente com a solidariedade.

Noutra perspectiva, que não colide com a ideia de bens comuns apresentada por Rodotà, ao contrário, a amplia e com ela se relaciona, David Harvey trabalha a noção bens comuns urbanos, ou simplesmente comum, e ainda comunalidade. Antes, porém, de traçar seus conteúdos, o autor contextualiza o problema como descrição certa:

“O recente ressurgimento da ênfase na suposta perda da comunalidade urbana reflete os impactos aparentemente profundos da recente onda de privatizações,

¹²⁶ RODOTÀ, Stefano. *Il terribile diritto*, p. 475. Tradução livre: Retorna-se inevitavelmente ao tema da igualdade, porque não pode ser tolerada discriminação no acesso aos bens comuns, ao não ser que se pague o preço de uma divisão da sociedade, uma vez que viola a noção de cidadania bens vitais como a saúde serem mais ou menos garantidos a partir da disponibilidade financeira de cada indivíduo. É proposto então, em relação aos bens comuns, o acesso democrático a esses bens.

cercamentos, controles espaciais, policiamento e vigilância na qualidade da vida urbana em geral e, em particular, na potencialidade de se criar ou inibir novas formas de relações sociais (novos bens comuns) em um processo urbano influenciado, quando não dominado, por interesses de classe dos capitalistas”¹²⁷.

Contextualizado o problema, que coincide com a questão central dessa breve reflexão, o autor cuida de diversas situações em que esse processo de privação e privatização do comum se estabelece. Entre elas, podem ser vislumbradas situações extremamente dispare, tais como a diminuição da disponibilidade de bens comuns, como a educação e a saúde para todas as classes, determinando que aquelas que possuem melhores condições econômicas tenham acesso a bens que são igualmente necessários a todos.

Nas palavras do autor

“o comum não deve ser entendido como um tipo específico de coisa, de ativo ou mesmo de processo social, mas como uma relação social instável e maleável entre determinado grupo social autodefinido e os aspectos já existentes ou ainda por criar do meio social e/ou físico, considerada crucial para sua vida e subsistência”¹²⁸.

Para compreender esse sentido mais amplo, que inclui a diversidade cultural, o autor expõe a relação do comum com as características e relações sociais de uma cidade. Um exemplo, que apresentamos sintetizado expressa esse processo, e pode representar o que acontece nos milhares de centros urbanos que sofrem do mesmo mal. Relata o autor experiência vivenciada ao sul de Baltimore, onde o mercado imobiliário vende aos ricos o caráter multicultural do lugar, onde as ruas tem vitalidade e movimento verdadeiro de relações sociais e vizinhança. Comprada aquela ideia pela classe economicamente dominante, os moradores originais são expulsos, e por fim resta uma comunidade descaracterizada, com casas luxuosas e hábitos desfeitos¹²⁹.

Não é difícil de perceber que a comunalização exposta pelo autor seria o movimento oposto da gentrificação. Onde deve ser assegurado que “o direito de usar esse comum deve ser concedido a todos aqueles que participaram de sua produção”¹³⁰. A privação do comum acontece justamente porque, na incompetência de produzir tais movimentos e relações sociais, o capital, que só sabe se movimentar a partir da lógica de produção e acumulação de mais capital, procura se apropriar

¹²⁷ HARVEY, David. *Cidades rebeldes*, p. 134

¹²⁸ HARVEY, David. *Cidades rebeldes*, p. 145.

¹²⁹ HARVEY, David. *Cidades rebeldes*, p. 152.

¹³⁰ HARVEY, David. *Cidades rebeldes*, p. 153

daquilo que foi produzido justamente por quem tem o poder e o dom de efetivamente produzir diversidade, multiplicidade e cultura: a classe trabalhadora.

Essa perda e privação predatória do comum, acontece exatamente quando

“os que criam um cotidiano comunitário interessante e estimulante acabam por perdê-lo para as práticas predatórias dos agentes imobiliários, dos financistas e consumidores de classe alta, que carecem totalmente de qualquer imaginação social urbana”¹³¹.

Diante dessa realidade nefasta, que só é possível em virtude de que os poderes coercitivos, sejam eles políticos, jurídicos ou militares na realidade se subordinam aos poderes econômicos, legitimados pelo formato constitucional, é necessária séria reflexão. É necessário construir um espaço de possível resistência a esse fenômeno, para produção e proteção do comum, que pode ser feita a partir de uma política anticapitalista.

É nesse âmbito que deve ser revisitada a ideia de poder inerente a todo e qualquer ser humano, mesmo aquele desprovido de efetivo poder político e econômico que integra a multidão. Segundo a interpretação da biopolítica de Foucault feita por Negri e Hardt, o poder só se exerce sobre aquele que em alguma medida é livre. A medida mínima de liberdade é o poder de resistência. “In tal senso, la resistenza non è altro che lo sforzo di ampliare, di consolidare e di rafforzare questa libertà”¹³².

A resistência dos de baixo, perpetrada seja na luta constante face a gentrificação, na luta constante pela comunalização, na luta constante pelo acesso de todos aos bens mínimos necessários ao pleno desenvolvimento da personalidade deve se firmar como efetivo movimento anticapitalista. A pretensão não é de romper o modo de produção, mas ao menos minimizar os reflexos sociais que esse nefasto modo de produção determina. Devem ser buscados caminhos, nesse intrincado sistema, calculado para servir ao capital que permita tutelar cada espaço comum, cada bem comum, dada sua fundamentalidade.

¹³¹ HARVEY, David. *Cidades rebeldes*, p. 153..

¹³² HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, p. 89. Tradução livre: Nesse sentido, a resistência nada mais é do que o esforço para expandir, consolidar e fortalecer essa liberdade

3

A Propriedade Privada Imóvel em sua Perspectiva Constitucional e Civil

3.1

Inclusão do direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais.

A proteção constitucional da propriedade não é fruto do arranjo constitucional de 1988. A propriedade gozou de proteção constitucional em todas as Constituições brasileiras, bem como no direito estrangeiro¹³³. Inicialmente disposta entre os Direitos Cíveis ou Políticos¹³⁴, passou a integrar o rol da Declaração dos Direitos¹³⁵ e foi posteriormente reconhecida entre os Direitos e Garantias Individuais¹³⁶. Na Constituição da República de 1988, contudo, quando fundado o sistema de proteção de direitos fundamentais no modelo que experimentamos atualmente, a propriedade passa a ser disposta formalmente entre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, e assim consagrada como direito fundamental, no art. 5º, *caput* e inciso XXII. Além de ser um direito constitucionalmente protegido, tanto o direito *de* propriedade, como direito *à* propriedade alcançam patamar de direitos fundamentais.

A inclusão da propriedade no rol dos direitos fundamentais é alvo de críticas, não somente no sistema jurídico brasileiro, mas também em outros sistemas, tais como os países europeus de um modo geral¹³⁷. No bojo da proteção

¹³³ Art. 62 da Constituição da República Portuguesa de 1976; Art. 33, 1, da Constituição Espanhola de 1978; Art. 14 da Constituição Alemã, Constituição de Weimar de 1919; Direito do Homem e do Cidadão XVII da Constituição Francesa; Art. 42 da Constituição Italiana.

¹³⁴ Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, art. 179, inciso XXII.

¹³⁵ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, art. 72, § 17.

¹³⁶ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, art. 113, inciso 17; Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, art. 122, inciso 14 (suspensão em 1942, pelo Dec. 10.358); Constituição dos Estados Unidos do Brasil, art. 141, § 16; e Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, art. 150, § 22.

¹³⁷ João Mangabeira em 1934, comentando a Constituição da República de 1934 apontava como erro a previsão do direito de propriedade no rol da Declaração de Direitos. MANGABEIRA, João. Em Torno da Constituição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934, p. 222-223: “Mas o substitutivo eliminou o texto preciso e lapidar, expresso na Ordem Social, e collocou em lugar d'elle, na Declaração de Direitos, o dispositivo chocho e anêmico, que nestes termos se dissimula e se enuncia: ‘E garantido o direito de propriedade, salvo as restrições ao seu exercício, impostas por lei, no interesse coletivo’. O primeiro erro do substitutivo é de technica, retirando da Ordem Economica e Social, onde precisamente deveria estar, para colocar na Delcaração de Direitos, a disposição relativa á propriedade”; José Afonso da Silva também critica a garantia do direito de propriedade entre os direitos individuais, entendendo que mais pertinente seria a previsão da propriedade exclusivamente como instituição da ordem econômica. A crítica é formulada a partir do fato da propriedade só ser garantida constitucionalmente se cumprida sua função social, de modo que o condicionamento de sua proteção a retiraria do rol de direitos privados ou individuais. SILVA, José

constitucional da propriedade entre os direitos fundamentais incluem-se todas as formas de propriedade¹³⁸ e não somente a propriedade imóvel, que é nosso objeto de estudo. As críticas, em resumo, são derivadas de algumas constatações sobre a propriedade privada. Dentre elas de ser a propriedade um direito notoriamente patrimonial, e ainda não ser um direito natural¹³⁹, sendo um instituto criado pelo direito e não precedente a ele, como se dá, em regra, com os direitos fundamentais existenciais¹⁴⁰, que são reconhecidos como direitos fundamentais e não determinados como tal. A propriedade, portanto, seria desvinculada da essência da condição humana, como são naturalmente os direitos fundamentais, tais como as liberdades individuais, a liberdade de crença, a liberdade de expressão.

Nesse sentido Miguel Nogueira de Brito¹⁴¹ nega à propriedade privada o atributo de desenvolvimento da personalidade humana. Ao confrontar a ideia de propriedade privada apresentada por Hegel, como expressão da liberdade e desenvolvimento da personalidade, com o pensamento do jovem Marx sobre a propriedade privada, conclui que a propriedade traduz uma única forma de liberdade, a liberdade econômica. De acordo com o autor, que se funda nos

Afonso da Silva. *Teoria do Conhecimento Constitucional*, p. 502; Na Espanha, por exemplo, apesar de gozar de proteção constitucional, a propriedade é protegida no art. 33 da Constitucional, não sendo relacionada entre os direitos fundamentais. Lá o debate sobre a possibilidade de inclusão da propriedade entre os direitos fundamentais encontra resistência, como demonstra DARNER, José María Moltó. *Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad em el siglo XXI* In: *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, p. 41. Para análise do debate confrontando o sistema português ao sistema alemão: BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*.

¹³⁸ A proteção da propriedade privada englobará todo tipo de propriedade, de bens móveis e imóveis, de bens de uso pessoal ou bens de produção, havendo inclusive afirmativas sobre a inclusão, na proteção constitucional da propriedade, enquanto direito fundamental, de direitos subjetivos de prestação social, como auxílios sociais e pensão. BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 752.

¹³⁹ A exemplo de filósofo que entendia a propriedade como direito natural podemos citar LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*, p. 411: “Assim, essa lei da razão torna o cervo propriedade do índio que o abateu; permite-se que os bens pertençam àqueles que lhes dedicou seu trabalho, mesmo que antes fossem direito comum de todos. E entre aqueles que se consideram a parte civilizada da humanidade, que fizeram e multiplicaram leis positivas para determinar a propriedade, essa lei original da natureza que determina o início da *propriedade* sobre aquilo que era antes comum continua em vigor”.

¹⁴⁰ Sobre a relação entre direitos naturais e direitos fundamentais, trazendo o conceito de direitos fundamentais, SILVA, José Afonso. *Teoria do Conhecimento Constitucional*, p. 445: “Direitos naturais diziam-se por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. Não se aceita mais com tanta facilidade a tese de que tais direitos sejam naturais, provenientes da razão humana ou da natureza das coisas. São direitos positivos, que encontram seu fundamento e seu conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico”.

¹⁴¹ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 666/667.

Manuscritos econômico-filosóficos de Marx, para Marx a propriedade, ao contrário de promover a personalidade humana, aliena a personalidade.

De fato, nos textos comentados por Miguel de Brito, Marx toma por base a vida do operário e conclui que para *ter*, o sujeito operário tem que deixar de *ser*, deve abrir mão de sua personalidade, em uma espécie de *autorrenúncia*, de abdicação. Com base nisso, em tom de ironia, Marx aconselha que “quanto menos tu comeres, beberes, comprares livros, fores ao teatro, ao baile, à taverna, pensares, amares, tanto mais tu poupas, tanto maior será teu tesouro, que nem traças nem roubo vão corroer teu capital”¹⁴². Pela perspectiva de Marx, o operário, que depende do que ganha, a partir da alienação de sua força de trabalho, para se tornar proprietário, terá grande parte da sua personalidade, de seu livre desenvolvimento da personalidade prejudicado.

É certo que o capitalismo hoje é outro, as cidades são outras, as propriedades possíveis e até mesmo as diferentes conformações da propriedade imóvel são outras, e não temos a pretensão de enfrentamento de teses sobre o desenvolvimento histórico do capitalismo, dados os limites desta pesquisa. Mas a essência de cada um desses personagens do capitalismo ainda se mantém, e as formas de destruição do tecido social só se remodelaram, mas além de ainda presentes, se sofisticaram de tal forma, que fazem surgir a dúvida sobre a subsistência da classe trabalhadora¹⁴³, do proletariado, constituído pela maior parte da população, formada por não proprietários, que vivem de seu trabalho, e para quem a aquisição de propriedade seria sinal de negação, alienação da personalidade. Apesar das teorias em contrário, concordamos com o posicionamento apresentado por Ricardo Antunes quanto às dificuldades de exercício da subjetividade da classe trabalhadora no momento atual, no mundo, mas particularmente no Brasil, onde a crítica de Marx mostra-se mais uma vez atual.

Um pouco mais distante do campo filosófico, inserindo-se mais no debate jurídico, Maria Lucia Amaral¹⁴⁴ também nega a qualidade de direito fundamental à

¹⁴² MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-filosóficos*, p. 294

¹⁴³ Sobre as transformações da classe trabalhadora no Brasil, e críticas às teorias contrárias a existência da classe trabalhadora, consulte ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*. O novo proletariado de serviços na era digital, p. 89.

¹⁴⁴ Jurista portuguesa, ex-vice-presidente do Tribunal Constitucional Português, que afirma a proteção constitucional da propriedade na constituição portuguesa se limitar a garantia do instituto propriedade e sua correspondente indenização em caso de violação, criticando a qualidade de direito fundamental. AMARAL, Maria Lucia. Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador, p. 558/559.

propriedade, ou, ao menos, critica sua inclusão entre os direitos fundamentais. Sua tese, comentada por Miguel Nogueira de Brito¹⁴⁵, é de que diante da possibilidade de expropriação, mediante justa indenização pelo Estado, o proprietário não teria a proteção de um direito fundamental, mas a possibilidade de sua conversão em dinheiro.

Fato é que a percepção do direito de propriedade como um direito legitimamente incluído no rol dos direitos fundamentais para alguns deriva de sua representatividade de exercício de liberdade pessoal, como expressão de liberdade econômica do indivíduo¹⁴⁶, consoante trecho de emblemático julgado do Tribunal Constitucional Alemão, datado de dezembro de 1968:

“a propriedade é um direito fundamental elementar, que tem uma ligação intrínseca com a liberdade pessoal. A ela cabe no conjunto do sistema dos direitos fundamentais a tarefa de assegurar ao titular dos direitos fundamentais um espaço de liberdade na esfera jurídico-patrimonial e, assim, possibilitar-lhe uma formação responsável da vida”.

A propriedade encontra respaldo de justificativa para sua inserção no rol dos Direitos Fundamentais em distintos argumentos: seja com fundamento na propriedade como signo de liberdade e igualdade, ainda bastante presente no ideal liberal, derivado das revoluções burguesas; seja associado ao fato de que toda pessoa precisa de um patrimônio mínimo¹⁴⁷ para a satisfação de uma vida digna. Sua perspectiva de proteção do patrimônio já consolidado em nome de determinado indivíduo contra o Estado ou contra terceiro, evidenciar-se-á no direito *de* propriedade. Sua perspectiva de garantia de acesso a patrimônio suficiente para seu livre desenvolvimento da personalidade conformar-se-á no direito *à* propriedade.

Ainda que remodelado a novos valores, o direito de propriedade na qualidade de patrimônio, tem sua proteção como direito fundamental do indivíduo desde às Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão do final do século XVIII¹⁴⁸, que se manifesta como direito patrimonial e individual que o homem deve ter resguardado em face do Estado. A concepção de direitos fundamentais naquele momento, segundo Paulo Bonavides, respaldado pela obra de Carl Schmitt, encontra-se calcada na liberdade que deve ser conferida ao indivíduo, em face dos

¹⁴⁵ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*.

¹⁴⁶ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 855/856. Acórdão n. 329/99, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, vol. 44, p.150.

¹⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*.

¹⁴⁸ FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*.

demais e também em face do Estado, espelhando o modelo de Estado Burguês¹⁴⁹. Naquele momento, observa-se, portanto, a preocupação, mesmo que sob a afirmativa de direitos humanos, de assegurar direitos individuais, tendo-se em conta a formação do indivíduo. Somente em momento posterior, como se verá, surgirá a preocupação do sujeito enquanto pessoa¹⁵⁰.

Por tais motivos, esses direitos fundamentais, afirmados em decorrência da liberdade do indivíduo, seriam os direitos fundamentais de primeira geração, ou dimensão¹⁵¹, sendo assim reconhecidos, ao menos naquela oportunidade, como base do Estado Liberal e vinculados à dignidade humana. Percebe-se que a relação que se estabelece entre liberdade, igualdade e dignidade em torno da propriedade em verdade não existe nos termos anunciados, visto que inseridos em perspectiva extremamente patrimonialista. No entanto, esse é o argumento que se apresenta com a finalidade de sacralizar o instituto da propriedade. Nesse sentido, 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

¹⁴⁹ 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”. A obra de Carl Schmitt mencionada pelo autor é *Verfassungslehre* (tradução livre: Doutrina Constitucional).

¹⁵⁰ Inicialmente o destinatário que se pretendia alcançar com as proteções outorgadas era o proprietário e o indivíduo contratante. Esses personagens não importavam em seus aspectos existenciais, mas exclusivamente nas posições que ocupavam nas relações comerciais e no direito de propriedade. Sobre esse tema: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*. Estudos de direito civil-constitucional, p. 122: “teria sido a completa ausência, nas sociedades ocidentais pelo menos até o final do século XVIII, da noção de vida privada, a qual somente veio a ter origem a partir de determinada concepção de civilização. Ao longo dos séculos anteriores, ‘todo privado era público’, e só os grupos possuíam o privilégio de ter direitos. O Código de Napoleão expressou a monumental revolução de que ‘fruto ao reconhecer direitos subjetivos aos indivíduos (agora então ‘sujeitos de direitos’), garantindo a proteção do Estado à burguesia vitoriosa através da plena juridicização das trocas (cujo instrumento é o contrato, isto é, o direito a um bem) e das titularidades (propriedade entendida como direito sobre um bem). Duzentos anos depois, dentre as garantias oferecidas ao sujeito, reconhece-se a prevalência, sobre o patrimônio, da proteção da personalidade humana, seja no que diz respeito à sua identidade e à sua integridade, seja no que se refere a sua intimidade e a sua vida privada”

¹⁵¹ Sobre a divergência entre a utilização do vocábulo geração ou dimensão, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 586.

imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência a opressão”¹⁵².

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 geração¹⁵³. 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*¹⁵⁴.

Após profundos debates sobre o verdadeiro significado dos direitos humanos¹⁵⁵, assim como do que efetivamente expressaria igualdade e liberdade, a noção do que se entende por dignidade humana também sofrerá profundas transformações. A inclusão da solidariedade como foco de análise de direitos patrimoniais, como a propriedade, faz com que os direitos patrimoniais devam ser funcionalizados, a fim de que sejam instrumento de satisfação efetiva da dignidade humana¹⁵⁶.

¹⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 576.

¹⁵³ Apesar de todas as críticas construídas em torno da classificação dos direitos fundamentais em gerações, nos utilizamos deste parâmetro, face à utilidade didática.

¹⁵⁴ Sobre a adequação da expressão solidariedade em lugar de fraternidade: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 584. A relação entre fraternidade e solidariedade também é demonstrada por Maria Celina Bodin de Moraes. Enquanto a fraternidade seria um valor social do espírito liberal, a solidariedade nasce como valor jurídico. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Solidariedade*. In: PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabela Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*, p. 16: “Do mesmo modo, o ato beneficente, ou caritativo, permanece sempre como uma liberalidade, uma opção que diz respeito apenas à consciência, não se concebendo em termos de obrigação a não ser moral; ao passo que a solidariedade, nos termos invocados pelo constituinte, é um dever de natureza jurídica”.

¹⁵⁵ Sobre as diferentes expressões utilizadas para designar os direitos fundamentais: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, p. 175 e seguintes. Enquanto a expressão direitos humanos é, em regra, relacionada a documentos internacionais, a expressão direitos fundamentais é relacionada aos direitos assim designados pela ordem constitucional de determinado ordenamento jurídico.

¹⁵⁶ O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no inciso III, do art. 1º da Constituição da República de 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito é conceituada por SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 70 como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. O tema será tratado com maior detalhe no capítulo 3, quando enfrentada a moradia digna.

Nesta perspectiva, 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 que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um 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”¹⁵⁷.

É nesse contexto que a propriedade, 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. Enquanto o destinatário de proteção do direito fundamental de propriedade é o sujeito proprietário, o destinatário da proteção do direito à propriedade é todo e qualquer ser humano. Uma primeira acepção, portanto, do direito à propriedade deve ser reconhecida como o direito de qualquer ser humano vir a ser proprietário¹⁵⁸.

Em princípio, em um modelo econômico fundado no capitalismo, onde a aquisição de propriedade se dá pela livre iniciativa, a convivência do direito *de* propriedade seria paradoxal com o direito *à* propriedade. Contudo, alinhado à propriedade, direito patrimonial e individual, outorgada na qualidade de direito fundamental que espelha o direito *de* propriedade, a propriedade foi fincada como princípio da atividade econômica, no título destinado à Ordem Econômica e Financeira, cujo fundamento maior é a “existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Nessa condição, de certa forma, pode-se dizer que a propriedade privada além de garantida constitucionalmente, é princípio da atividade econômica, que enquanto tal, deve ser instrumento de obtenção de uma existência digna, em consonância com a justiça social. Uma das formas de instrumentalização da propriedade para alcance de justiça social será viabilizar-se o direito *à* propriedade instituído no *caput* do art. 5º da Constituição da República de 1988, através do acesso à propriedade privada.

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 584.

¹⁵⁸ Sobre a distinção entre o direito de propriedade e o direito à propriedade, consulte-se itens 3.2 e 3.3 deste capítulo.

Fato é que a propriedade que já gozava de especial proteção constitucional, é inserida no rol dos direitos fundamentais da Constituição Cidadã. Tal inclusão, contudo, não decorre exclusivamente das transformações determinadas pelo constitucionalismo social. Acreditar que o direito de propriedade ou direito à propriedade são expressões máximas dos valores sociais da Constituição de 1988 seria no mínimo ingênuo, e poderia desaguar em falsa interpretação do conteúdo jurídico político da propriedade constitucional¹⁵⁹. Por outro lado, ainda que mantida a proteção do direito à propriedade, bem como do direito *de* propriedade, contra terceiros e contra a expropriação do Estado sem justa indenização, tais direitos passam a ser subordinados ao cumprimento de sua função social, também inserida entre os direitos e deveres fundamentais. Essa mudança nos permite refletir sobre o direito de propriedade em outros termos.

Sua inclusão entre os direitos fundamentais, portanto, se justifica e ampara, nas palavras de Fachin:

“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”¹⁶⁰.

A questão que se coloca, contudo, é a possibilidade da conformação da propriedade privada imóvel, que por sua característica seria naturalmente excludente, com os valores inerentes à solidariedade social.

3.2 Direito fundamental *de* propriedade

O direito *de* propriedade é disposto como direito fundamental no inciso XXII do art. 5º, da Constituição da República de 1988. O texto constitucional não atribui qualquer conteúdo ao direito de propriedade, e limita-se a estabelecer que além de assegurada na qualidade de direito fundamental, a propriedade privada é princípio da ordem econômica, consoante inciso II, do art. 170, da Constituição da República de 1988. É possível afirmar, sem qualquer dificuldade que a Constituição Federal não dá conteúdo à propriedade privada e que para tanto, necessariamente nos socorreremos do direito privado, que não só delineia a estrutura do direito de

¹⁵⁹ Sobre esse tema, consultar capítulo 1.

¹⁶⁰ 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

propriedade, como será enfrentado adiante, mas cuida de regime jurídico da propriedade imóvel, com diversas peculiaridades sobre as demais formas de propriedade. 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.

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)”¹⁶¹, 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 Silva¹⁶² ao diferenciar enquanto espécies de propriedade, a propriedade que recaia sobre bens de consumo, sobre bens de produção, sobre bens imóveis rurais ou urbanos, ou ainda a propriedade pública, da privada e da propriedade social.

Desde um primeiro momento, portanto, é possível observar que sob a mesma proteção constitucional, como direito fundamental assegurado, o direito de propriedade encerra direito sobre o patrimônio constituído de uma determinada pessoa que pode ser incidente em diversas modalidades de bens, sendo eles móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, além de sua destinação também poder ser amplamente variada. Assim, é certo que não poderemos considerar submetidos ao mesmo regime jurídico bens de produção e bens destinados à moradia, por exemplo. Desde o início é possível perceber que ainda que protegida a propriedade, na qualidade de patrimônio constituído de seu titular, tal proteção deverá gozar de escalas diversas, segundo a espécie de propriedade envolvida, bem como a destinação dada a tal bem no patrimônio de seu titular¹⁶³.

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 274.

¹⁶² SILVA, José Afonso da. op. cit., 2011, p. 274, : “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”

¹⁶³ O regime jurídico ao qual será submetida a propriedade, bem como as situações jurídicas que serão construídas a partir de determinado bem não pode levar em conta somente o tipo de bem, segundo sua classificação, mas especialmente a finalidade a que se pretendeu alcançar, de acordo

Ainda que não se possa ter um conteúdo único do que é abrangido e garantido ou não ao titular do direito de propriedade - o proprietário - o fato do direito de propriedade ter sido posto como direito fundamental ao lado do dever fundamental de cumprimento de função social da propriedade, determina que no mínimo possamos pensar que a proteção constitucional da propriedade se dá a partir de consenso ou conformação, como preferir, da percepção individualista da propriedade com sua percepção ou ótica social. A propriedade privada constitucionalmente protegida será a expressão máxima da tensão entre a proteção da propriedade privada capitalista e a solidariedade social. Essa tensão por si só denota que a ordem jurídica nasce das demais relações sociais e econômicas de uma determinada sociedade. O que segundo os ensinamentos de Orlando Gomes, ao tratar da teoria marxista do Direito frente à teoria pura do Direito de Kelsen, demonstra que o Direito não possuirá um conteúdo próprio, mas um conteúdo construído pelas relações sociais e econômicas. Dito de outro modo, o direito, a ordem jurídica como um todo, depende, para sua conformação, do conteúdo que lhe é fornecido pelas relações econômicas, sociais e especialmente vinculadas ao modo de produção¹⁶⁴.

Essa constatação é de extrema serventia para se compreender que as normas que regem determinada sociedade são reflexo dos interesses sociais, econômicos etc. da classe dominante daquela sociedade¹⁶⁵. Aplicando esse raciocínio à propriedade, as normas pertinentes ao instituto também refletiriam os interesses

com a classificação proposta por NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos paradigmas, p. 426. O parâmetro instituído a partir da finalidade a que o bem foi destinado, é denominado na mesma obra por Teresa Negreiros como paradigma da essencialidade, que a Autora conceitua como sendo “um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Essa classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado”. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos paradigmas, p. 342.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, 2006, p. 65: “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”.

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 82: “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”.

predominantes da classe dominante¹⁶⁶. É fato que a classe dominante no período da Constituinte de 1987/1988¹⁶⁷ era, como até hoje, aquela detentora do capital, dos meios de produção, da terra. No entanto, a transição do que vimos ter por base a constitucionalização clássica para o constitucionalismo social nos demonstra a existência de profundas transformações sociais presentes ou desejadas pelo constituinte, que devem ser implementadas.

No caso brasileiro, a transição do chamado Estado Liberal para o Estado Social implica 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 reconhecer que a adoção do sistema capitalista não constitui óbice ao afastamento do modelo individualista e patrimonialista da propriedade em termos absolutos de outrora.

Em certa medida, a inserção de valores que expressam a determinação e observância de solidariedade social, mesmo em institutos tipicamente liberais não ofende por completo os interesses capitalistas. A adoção de políticas sociais que garantem minimamente condições dignas de sobrevivência e *reprodução* da classe trabalhadora não é interesse exclusivo do operariado, mas é também fundamental ao capital. Por isso, a intervenção do Estado, no sentido de suprir essas necessidades, interessa também ao *capital*. A permanência do capitalismo enquanto modelo econômico, depende, como já explorado anteriormente, da sobrevivência da classe trabalhadora, e por isso, não é na contramão dos interesses do capital que são instituídas políticas sociais de garantia de reprodução dessa classe trabalhadora¹⁶⁸.

Esse ideal, de certa intervenção em favor da classe trabalhadora, em favor dos *de baixo*, que aparentemente contraria os interesses capitalistas, portanto, favorece em alguma medida o capital. Ainda que individualmente cada um dos

¹⁶⁶ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, p. 86.

¹⁶⁷ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*.

¹⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, 1997, p. 21: “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”.

capitalistas aparentemente tenha prejuízos com a implementação e respeito a valores sociais, o efeito positivo, fortalece o capitalismo enquanto sistema, enquanto modo de produção. Tal concepção se apresenta na Constituinte de 1987/1988 no Brasil, funcionando, de certa forma como força modeladora e ponderadora entre os interesses conservadores e interesses progressistas em torno da propriedade.

Reiterando esse posicionamento ao se referir 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-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”¹⁶⁹.

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.”¹⁷⁰.

O paradoxo inerente ao tratamento jurídico da propriedade privada, especialmente com enfoque na propriedade imóvel, é percebido pela necessidade de conjugação da proteção da propriedade enquanto patrimônio, em sua perspectiva liberal, e seu tratamento jurídico como uma das formas de redução das desigualdades sociais, bem como satisfação de outros direitos fundamentais, tais como a moradia. A propriedade constitucional de 1988 é resultado da aglutinação da proteção patrimonial com a existencial, que por vezes podem gerar aparentes conflitos, quando em tese estiverem em posições opostas a proteção de valores

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 21-22.

¹⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 27-28.

patrimoniais e a de valores existenciais, tendo a propriedade como centro. O mesmo enfrentamento se dá nos demais sistemas constitucionais, sempre que, em virtude de uma transformação de Estado liberal em Estado social, tenha de se reinterpretar a proteção constitucional da propriedade privada, como demonstra com profundidade Miguel Nogueira Brito:

“se na tradição americana é possível entrever uma dialética entre uma concepção ‘possessiva’ da propriedade que a pensa num plano puramente individual, e uma concepção ‘distributiva’, que salienta a sua função social, na tradição europeia continental verifica-se uma articulação entre os dois momentos, individual e coletivo, do pensamento político e jurídico relativo à propriedade. Essa integração manifesta-se na garantia da propriedade da Lei Fundamental alemã através de uma união e equilíbrio mútuo entre garantia liberal da propriedade e a possibilidade da sua ordenação e limitação social. (...) através da definição e limitação da propriedade pela lei, abre-se a possibilidade de tornar efectivo o princípio social e assim adoptar medidas através das quais a propriedade se possa tornar instrumento para a consolidação da liberdade, não apenas de alguns, mas de todos”¹⁷¹.

Um primeiro desafio, portanto, é tentar delinear o conteúdo constitucional da propriedade. Os poderes, limites, faculdades jurídicas eventualmente exercidas pelo proprietário serão desenhados pelo legislador infraconstitucional. Porém, com base nas premissas decorrentes da formação constitucional da propriedade, qual seria o conteúdo da propriedade protegido pela constituição? Sendo a propriedade privada um princípio da ordem econômica, que surge ao lado da livre iniciativa¹⁷², sendo possível a todo e qualquer cidadão ser proprietário tanto de bens de consumo, como de bens de produção, a propriedade privada protegida pela constituição é a propriedade privada capitalista. Na qualidade de propriedade privada capitalista, sua essência, naturalmente é patrimonialista e individualista¹⁷³; no entanto, sendo sua proteção condicionada e subordinada a valores constitucionais como a função social da propriedade e justiça social, como formas de implemento da dignidade humana, não pode a propriedade ser um valor exclusivamente patrimonialista.

Nesse contexto, a propriedade teria dois elementos principais de proteção constitucional. O primeiro elemento de proteção seria a sua garantia de permanência, e o segundo elemento de proteção seria a garantia de valor. O direito

¹⁷¹ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 735/736.

¹⁷² A propriedade privada é disposta como princípio da ordem econômica no inciso II, do art. 170 da Constituição Federal de 1988.

¹⁷³ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*: em diversas passagens o autor questiona a possibilidade de uma concepção social da propriedade, sem que seja criada pelo Direito.

de propriedade assegura ao proprietário que ele não seja privado da propriedade, em primeiro lugar no sentido de não ser privado efetivamente do bem, de seus valores de uso, de seu exercício de direitos sobre o bem efetivamente, e secundariamente, é assegurado, nos casos em que se justifica a perda da propriedade em si, o seu correspondente valor econômico¹⁷⁴. A distinção entre a proteção constitucional de permanência da propriedade e proteção quanto a seu valor de troca, seu valor efetivamente patrimonial, é de total importância, pois a partir dessas duas dimensões da propriedade é possível avaliar o fundamento efetivo de proteção em cada um dos níveis.

Ao proteger a permanência da propriedade em nome do titular, o que se está a proteger é o valor de uso do bem, que certamente poderá ser relacionado ao aspecto pessoal, ao efetivo exercício e realização da personalidade. Ao proteger o valor patrimonial do bem, o que se está protegendo é seu valor de troca, o conteúdo exclusivamente econômico. Essa distinção poderá ser de relevante importância quando se tratar da tutela de merecimento da propriedade, especialmente de bens imóveis, quando eventualmente em choque com direitos fundamentais existenciais de não proprietários, como o direito fundamental de *moradia*. Será possível avaliar no caso em espécie, quando relativo à propriedade imobiliária, se o conflito se dá entre um direito fundamental patrimonial (*propriedade como valor de troca*) e um direito fundamental existencial (*moradia*) ou se o conflito se dá entre dois direitos fundamentais existenciais, quais sejam a *propriedade em seu valor de uso* e a *moradia*.

É certo que as faculdades jurídicas outorgadas ao proprietário, bem como a extensão dos poderes de seu domínio, são e podem ser disciplinadas pelo direito infraconstitucional, especificamente pelo Direito Civil. No entanto, a essência do direito de propriedade, assim como seus limites e valores ordenadores devem ser extraídos da Constituição¹⁷⁵, sob pena de se permitir a partir de uma análise

¹⁷⁴ Sobre a garantia de permanência e garantia do valor de troca: BRITO, Miguel Nogueira. A justificação da propriedade privada numa democracia social, p. 975: “A distinção entre uma função primária, ou de defesa, e uma função secundária, ou de compensação, da garantia da propriedade, corresponde à ideia de que essa garantia não consiste, em primeira linha, numa ‘garantia de valor’ mas sim numa ‘garantia de permanência’ (...) as duas dimensões da garantia individual da propriedade e a relação de prioridade que entre elas se estabelece, conduzem a uma distinção entre a garantia de valor de uso e a garantia de valor de troca”

¹⁷⁵ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 844: “Pode-se assim dizer que o conteúdo da propriedade resulta da lei, o seu conceito tem de ser encontrado na própria constituição.

simplória, que o direito de propriedade, pudesse ser associado exclusivamente a proteção patrimonial, associada exclusivamente a proteção do valor de troca inerente a propriedade, e essa perspectiva, afastaria a proteção da propriedade de seu conteúdo efetivamente relevante, qual seja, a proteção de seus valores existenciais¹⁷⁶.

3.3

Direito fundamental à propriedade.

Os direitos fundamentais, como sabemos, tem como uma de suas principais características o fato de serem universais. São direitos inatos e destinados a atender e proteger a todas as pessoas indistintamente. Diante dessa característica dos direitos fundamentais, pensar no direito à propriedade como direito fundamental faz surgir uma série de questionamentos, sobre o efetivo conteúdo do direito à propriedade.

Um primeiro olhar sobre o direito à propriedade sugere seu conteúdo de direito individual no sentido de que toda e qualquer pessoa tem legitimidade para ser proprietário. Especialmente partindo do fato de que o direito à propriedade gozou de proteção constitucional, junto ao direito *de* propriedade em todas as constituições brasileiras, mesmo que anteriormente sem ocupar a categoria de direitos fundamentais. A legitimidade de toda e qualquer pessoa de ser proprietário seria um primeiro aspecto e conteúdo do direito à propriedade. Mas pensar no direito à propriedade simplesmente como legitimidade de todos serem proprietários, seria desprezar os valores universais e promocionais inerentes aos direitos fundamentais. Assim, fica cristalino o fato de que a propriedade não pode ser concebida exclusivamente com sua feição individual, de autorização para todo cidadão que queira, e possa ser proprietário. 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 social¹⁷⁷.

¹⁷⁶ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 855.

¹⁷⁷ 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”.

Se por um lado a propriedade, como explorado acima, tem previsão constitucional, na qualidade de direito fundamental individual, expresso no direito *de* propriedade, o direito *à* propriedade pode ser compreendido como direito fundamental coletivo e individual. Para além de um direito individual, o direito *à* propriedade pode ser concebido como também direito coletivo, especialmente *à* propriedade imóvel, eis que será direito coletivo o acesso *à* terra urbana e *à* terra rural.

Essa afirmativa, já em princípio, certamente poderia ser colocada em cheque. Seria ao menos razoável afirmar que todo e qualquer ser humano, assim como tem assegurado o seu direito *à* vida, terá assegurado o direito de adquirir propriedade? De que propriedade estaríamos a tratar? Dentre os bens sobre os quais recairia o direito *à* propriedade, poderia ser embutido o bem imóvel que serve de moradia a determinada pessoa e sua família? Tais questões tormentosas, se conjugadas, poderiam ser organizadas em três questionamentos centrais, a fim de tentar estabelecer um conteúdo mínimo do direito fundamental *à* propriedade: a) É possível que todas as pessoas sejam proprietárias de bens imóveis destinados à sua moradia? b) Seria compatível com o regime jurídico da propriedade, fundado em um sistema capitalista, onde parte da riqueza é derivada da existência de proprietários e não proprietários, a satisfação do direito *à* propriedade a todos? c) É possível interpretar o direito fundamental *à* propriedade como direito fundamental de acesso aos bens indispensáveis à vida com dignidade, dentre eles o bem imóvel destinado a moradia, seja próprio ou alheio?

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 fundamental e 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 grupo a um local necessariamente por um longo período, o que poderia causar mais prejuízos do que a ausência de propriedade por si só. Em outras palavras, torná-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 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”¹⁷⁸.

[...]

“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”¹⁷⁹.

Do mesmo modo, se quisermos nos ater a situações teoricamente idênticas, mas historicamente recentes, podemos avaliar as catástrofes humanas ocorridas pelas crises hipotecárias. Diversas famílias, impulsionadas pelas facilidades na obtenção de créditos imobiliários para aquisição da casa própria, adquiriram imóveis, seja pelo sistema hipotecário, seja pelo sistema ainda mais mordaz com o devedor da alienação fiduciária, e simplesmente, dado o período de financiamento de 20 a 30 anos, sucumbem após anos de endividamento. Aquela família, de classe pobre, ou classe média retorna ao problema de moradia, em graus distintos, mas o mesmo problema de moradia, só que financeiramente mais deteriorada¹⁸⁰.

Além de utópico, outra crítica que emerge quando da defesa do direito à propriedade em caráter universal, dado ser um direito fundamental, é atinente ao modo de aquisição, em um sistema de produção onde os bens não possuem somente seu valor de uso, mas especialmente valor de troca. Ou seja, o valor de mercado do bem é de sua essência e natureza. A troca do bem, por seu equivalente em dinheiro

¹⁷⁸ ENGELS. Friedrich. *O problema da habitação*, p. 19.

¹⁷⁹ ENGELS. Friedrich. op. cit., p. 30.

¹⁸⁰ Sobre o tema, consultar ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares*. A colonização da terra e da moradia na era das finanças, cap. 1 - Financeirização global da moradia.

é a forma de acesso corriqueiro a propriedade. Assim, assegurar a aquisição da propriedade apesar da ausência destas condições não seria um argumento contrário a livre iniciativa, ou dito de outro modo ao modelo capitalista de produção e circulação de riquezas?

Indo até um pouco mais longe, sabendo-se que a produção de riqueza no modo de produção capitalista depende da existência de proprietários e não proprietários, fica a dúvida latente sobre ser possível satisfazer efetivamente o direito fundamental à propriedade, especialmente após reconhecer que o ideal de fazer de todos proprietários, fazendo surgir uma *democracia de proprietários*¹⁸¹, é incongruente com os modelos sociais e econômicos aí postos.

A atribuição de propriedade, se observada a partir de um modelo tradicional de propriedade, esbarra, portanto, em entraves políticos e econômicos, pois especialmente em relação aos bens imóveis, além de se tratar da distribuição do espaço, que é um recurso finito, a ampliação do número de proprietários, ou seja, daqueles que obtêm a própria moradia através de imóvel próprio, diminui a exploração da propriedade imobiliária e a obtenção de renda fundiária. Justamente por isso, é importante remodelar o conteúdo do direito à propriedade, partindo da perspectiva da propriedade vinculada ao seu aspecto social¹⁸².

Uma análise simplória do instituto poderia nos fazer crer que o direito à propriedade é atendido universalmente, na medida em que o ordenamento jurídico, inclusive com sede constitucional, disponibiliza de meios de aquisição originária da propriedade, especialmente a usucapião¹⁸³. Ou, ainda, dispõe de instrumentos

¹⁸¹ Sobre o tema: BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 758.

¹⁸² Nesse sentido se manifesta BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 753, ao fazer uma analogia dos benefícios sociais conferidos pelo Estado ao instituto da propriedade.

¹⁸³ A Constituição Federal de 1988 prevê a aquisição de propriedade imóvel urbana no art. 183: “aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. A aquisição de propriedade imóvel rural é garantida no art. 191 da Constituição da República de 1988: “aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á propriedade”. A legislação infraconstitucional, além de reproduzir as modalidades constitucionais especiais, ainda prevê, na esteira da usucapião constitucional, a denominada familiar, no art. 1.240-A do CC: “aquele que exercer, por 2 (dois) anos, ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua

que, mesmo quando não assegurem a aquisição de propriedade, garantem o acesso a bens necessários ao pleno desenvolvimento humano¹⁸⁴. É fato que a usucapião permite o acesso ao direito de propriedade de forma originária e gratuita, assim como outros instrumentos de regularização fundiária garantem o acesso a bens necessários ao desenvolvimento humano, ainda que não seja transferida a propriedade ao titular do direito, e tais institutos são representativos do exercício do direito fundamental à propriedade.

Todavia, como ficará melhor enunciado quando demonstrarmos a ineficácia ou eficácia parcial de tais instrumentos, frente à necessária proteção integral da moradia, uma avaliação, ainda que superficial, nos permite perceber que, se não todos, a maioria dos instrumentos de proteção da moradia, que efetivariam o direito fundamental à propriedade quanto ao bem imóvel destinado à moradia, não partem de um marco zero, antes exigem daquele que os pleiteia o exercício efetivo de um outro direito subjetivo, qual seja a posse, qualificada por requisitos a serem exigidos do possuidor, tais como *animus domini*.

Resta evidente que o exercício do direito fundamental à propriedade por tais instrumentos, em nosso sistema jurídico, está condicionado a um *status quo* específico, qual seja o de possuidor, que por si só já depende de conteúdo econômico. Cada vez mais, com a criminalização de movimentos sociais, é marginalizado e dificulta, se é que não impede, em determinados casos o implemento do direito à propriedade. Cremos, diante disso, que para a efetividade do direito à propriedade falta o reconhecimento de que o direito à propriedade é sim representado pela legitimidade de toda e qualquer pessoa em se tornar proprietário de bens de consumo ou bens de produção; o direito à propriedade é efetivado quando reconhecidos instrumentos de aquisição de propriedade originária e gratuita como a usucapião e as ações governamentais de reforma urbana e agrária; mas para

família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”; e usucapião coletiva, no art. 10 do Estatuto da Cidade: “os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural”. As demais espécies de usucapião não se relacionam diretamente com a aquisição de propriedade por não proprietários, eis que não possuem como requisito o possuidor não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

¹⁸⁴ Como exemplo de garantia de moradia, sem atribuição de propriedade pode ser citada a concessão de uso para fins de moradia (art. 1.225, inciso XI, CC).

efetividade plena do direito à propriedade é fundamental que seu conteúdo contemple o acesso à bens necessários e mínimos ao pleno desenvolvimento humano, ainda que não transferida a propriedade ao seu beneficiário. O direito à propriedade deve contemplar, portanto, o direito de acesso aos bens, que em nosso regime jurídico estão subordinados ao regime proprietário, ainda que não seja de titularidade daquele que acessa e deles depende para o desenvolvimento de sua vida com dignidade.

A inclusão, no que se entende por direito à propriedade, do que estamos denominando de acesso a bens (regulados pelo regime jurídico da propriedade) necessários à vida com dignidade, independente da aquisição de efetiva propriedade desses bens ou não, pode ser concluída por diferentes caminhos argumentativos.

Um primeiro caminho seria o apresentado em extenso trabalho, amplamente aqui citado, sobre a justificação da propriedade privada numa democracia constitucional, elaborado por Miguel Nogueira de Brito, que atesta que "existe certamente um direito à propriedade, para além do direito de propriedade"¹⁸⁵, afirmando que antes de tudo, ao garantir a propriedade, "ela não garante apenas as posições jurídicas de direito privado actualmente existentes, mas também a possibilidade de aceder a elas, ainda que não exactamente nos mesmos termos"¹⁸⁶. O primeiro sentido desse direito, segundo o autor, seria a obrigatoriedade imposta pela constituição ao legislador em regular e garantir o direito à propriedade ao cidadão.

Ainda que não concordemos com diversas conclusões de Miguel Nogueira de Brito sobre a natureza do direito de propriedade e direito à propriedade na sistemática de justificação constitucional da propriedade imóvel, como sua percepção cética em relação a propriedade efetivamente poder se prestar a exercício não egoísta e individualista, ou ainda sua dificuldade em aceitar o direito de propriedade como instrumento de realização da personalidade humana, nos utilizaremos da estrutura de debate e confronto das diversas teses jurídicas e filosóficas apresentadas pelo autor.

¹⁸⁵ BRITO, Miguel Nogueira. A justificação da propriedade privada numa democracia social p. 792

¹⁸⁶ BRITO, Miguel Nogueira. A justificação da propriedade privada numa democracia social p. 792.

E ao tratar da propriedade, bem como de sua justificação, o autor não submete à proteção constitucional da propriedade somente a titularidade de certo bem, que no caso da presente pesquisa seria o imóvel destinado à moradia. Baseado na contemporânea interpretação dada ao complexo instituto da propriedade privada pelo Tribunal Constitucional Alemão¹⁸⁷, estariam submetidas à proteção outorgada pela Constituição à propriedade outras situações jurídicas, como a propriedade intelectual, a posição jurídica do locatário no contrato de leasing, e ainda o direito do inquilino no arrendamento para habitação¹⁸⁸.

Para explicar a complexidade do instituto da propriedade e a contemporânea interpretação do alcance da proteção constitucional da propriedade, Miguel Nogueira de Brito se utiliza do que denomina de *teorias dualistas da propriedade*¹⁸⁹, formuladas por outros autores, que tem por base as críticas de Proudhon e Marx à propriedade privada. Dentre elas, a que nos interessa em especial é a teoria formulada por Margaret Radin¹⁹⁰ compreendida como teoria da propriedade para a personalidade, onde a autora, visivelmente partindo dos conceitos de valor de uso e valor de troca da propriedade, cria a categoria de propriedade pessoal, que poderia ser designada como a ligação da pessoa com os bens que, para além de seu valor de troca, para além de seu valor de mercado, possuem um valor de continuidade e constituição de sua própria pessoa, de modo que

"esses objetos estão intimamente ligados à personalidade porque fazem parte do modo como nos constituímos como entidades pessoais. Eles podem ser tão diferentes quanto as pessoas são diferentes, mas alguns exemplos comuns podem ser aliança de casamento, um retrato, uma herança ou uma casa"¹⁹¹.

¹⁸⁷ BRITO, Miguel Nogueira. A justificação da propriedade privada numa democracia social p. 791

¹⁸⁸ BRITO, Miguel Nogueira. A justificação da propriedade privada numa democracia social p. 791.

¹⁸⁹ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*. As Teorias Dualistas da propriedade, p. 794 e seguintes, são: a) teoria da propriedade para a personalidade, de RADIN, Margaret. *Reinterpreting Property*; b) A propriedade enquanto controlo e enquanto rendimento, de CHRISTMAN, John. *The Myth of Ownership*; c) As concepções comum e operativa da propriedade de UNDERKUFFLER, Laura. *The Idea of Property*; d) A propriedade como expressão da liberdade pessoal e como poder económico de RITTSTIEG, Helmut. *Eigentum als Verfassungsproblem*.

¹⁹⁰ RADIN, Margaret Jane. *Reinterpreting Property*. Chicago: The University of Chicago Press, 1993, p. 37-39.

¹⁹¹ RADIN, Margaret Jane. *Reinterpreting Property*. Chicago: The University of Chicago Press, 1993, p. 37. Em Locke também é possível perceber a valorização dada a ao valor de uso da terra, e de tudo que vem dela. Nesse sentido é o trabalho que pode ser feito sobre a terra que justificará a aquisição de propriedade, bem como lhe atribuirá valor. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 412: "sendo agora a principal questão da propriedade não os frutos da terra e os animais que destes subsistem, e sim a própria terra, como aquilo que tem em si e carrega consigo todo o

A chamada teoria da personalidade se contraporia à denominada propriedade fungível, identificada pela propriedade em que o titular mais interesse tem pelo seu correspondente valor econômico.

Apesar das críticas do autor sobre a teoria apresentada, especialmente por afirmar que, independente das vinculações pessoais que se desenvolvam entre as pessoas e os bens essenciais, elas não deixariam de levar em consideração o valor de mercado de seus referidos bens¹⁹², a teoria da personalidade para a propriedade, de Margaret Radin, se coaduna com a perspectiva do direito à propriedade como direito de acesso aos bens que se destinam à realização e satisfação de direitos fundamentais existenciais. Nessa linha, a teoria é fundada em outorgar a tutela proprietária à denominada propriedade pessoal, entendendo por propriedade pessoal não somente a relação de continuidade da personalidade que o proprietário registral tenha em relação aos bens de sua titularidade, mas também a situações jurídicas subjetivas que se estabeleçam no exercício de direitos sobre bens que reflitam a continuidade da personalidade, ainda que não sejam de titularidade do seu beneficiário.

Nas palavras de Miguel Nogueira de Brito:

"Nesse contexto, uma teoria dos direitos sociais baseada na propriedade para a personalidade deve sugerir, não só a atribuição aos cidadãos de prestações que permitam a aquisição de propriedade, através da qual eles se possam constituir a si próprios como pessoas, mas também o arranjo das relações de propriedade por forma a impedir que a propriedade fungível de algumas pessoas seja um factor impeditivo das oportunidades de outras se constituírem a si próprias através da propriedade. Em segundo lugar, a autora admite considerar o locado habitacional como propriedade pessoal, o que permitiria condicionar o direito de resolução do arrendamento por parte do senhorio e imputar a este o custo da habitabilidade, sempre que os seus direitos de propriedade fungível sejam exercidos de forma a proibir os inquilinos de estabelecer ou manter uma relação pessoal com a sua casa"¹⁹³.

O que a autora propõe em última análise, sem que se pretenda entrar no mérito das regras específicas, é de que independente da aquisição de titularidade

resto, creio que está claro que, também neste caso, a propriedade é adquirida como no caso anterior. A extensão de terra que um homem pode arar, plantar, melhorar e cultivar e os produtos dela que é capaz de usar constituem sua propriedade".

¹⁹² BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 799, crítica de Miguel Nogueira de Brito a teoria da propriedade para personalidade: "Não me parece, com efeito, que as pessoas incorporem em si mesmas as suas moradias ou seus lares, a ponto de se tornarem indiferentes ao respectivo valor de mercado".

¹⁹³ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 798.

dos bens, seja garantido e protegido o acesso a bens fundamentais sob o manto do direito à propriedade. Em outros termos, Miguel Nogueira de Brito também concorda que "o direito de acesso à propriedade é também objecto de proteção de outros princípios constitucionais, designadamente os relativos à igualdade e à dignidade humana"¹⁹⁴.

O direito de acesso a bens fundamentais, necessários a toda e qualquer pessoa, como parte do conteúdo do direito à propriedade também pode ser construído a partir da noção de Direito e Instituição do Comum apresentada por Pierre Dardot e Christian Laval. É certo que a teoria lá proposta não é exatamente relacionada ao direito à propriedade, ou mesmo à elaboração de conteúdo para o instituto da propriedade, até porque, como explicitado pelos próprios autores, a tese defendida pela instituição do comum como atividade, que vai muito além dos bens comuns, é de que "se o comum tiver de ser instituído, ele só poderá sê-lo como inapropriável - em hipótese alguma como objeto de um direito de propriedade"¹⁹⁵.

O *comum* proposto pelos autores não cuida, como diversas vezes enunciado, de propriedade comum, ou de bens comuns, mas em verdade de espaço de não-propriedade. A proposta não é a existência de bens de propriedade de todos, mas de recursos e coisas que, pela necessidade que todos têm de utilização ou satisfação de necessidades básicas, seriam inapropriáveis, seja por entes públicos seja por entes privados¹⁹⁶. Analisar a ruptura do direito de propriedade ou a constituição de espaços comuns, ultrapassa os limites encerrados por essa tese. Por outro lado, os fundamentos utilizados para a construção do *comum*, se considerarmos a existência de um sistema jurídico onde todos os bens, sejam eles essenciais para a constituição da vida ou não, estão submetidos ao regime de propriedade privada, pode nos auxiliar a delinear e fundamentar o conteúdo do direito à propriedade, como direito de acesso a bens necessários à satisfação de necessidades básicas, e ainda à satisfação de outros direitos fundamentais, tais como a vida digna, moradia, saúde, etc.

¹⁹⁴ BRITO, Miguel Nogueira. *A justificação da propriedade privada numa democracia social*, p. 945

¹⁹⁵ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 245.

¹⁹⁶ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 509.

Ainda que os limites desta pesquisa não nos permitam analisar com profundidade a proposta de *comum* apresentada por Laval e Dardot, alguns pontos merecem destaque, a fim de que se entenda no que consiste o direito de acesso à propriedade própria ou alheia e seus fundamentos, conteúdo que a nosso ver, permitirá reformular a proteção da moradia em um ordenamento jurídico que acolhe o capitalismo, protege a propriedade como direito fundamental, mas a subordina a valores sociais.

Para a construção do comum, como atividade, os autores partem de análise histórica de modelos sociais anteriores, de sociedades desiguais também, mas onde a questão da miséria por falta de acesso de parte da sociedade a bens essenciais não era um problema, sociedades que não são marcadas pela dualidade de luxo e riqueza, apesar da desigualdade nelas existentes¹⁹⁷. Com isso constituem o ponto de partida de avaliação das formas de acesso e uso comuns. A construção do *comum*¹⁹⁸ como forma de satisfação das necessidades básicas de todos indistintamente, tem, portanto, relevante preocupação com o uso e o valor de uso dos bens, o uso adequado e coletivo dos bens, o que particularmente na perspectiva dos autores citados só poderá acontecer através do afastamento da propriedade.

Atentos aos riscos de se utilizar análises debruçadas na propriedade feudal para tecer críticas ao formato proprietário coexistente ao capitalismo¹⁹⁹, ou mesmo em tentar tirar de fatos históricos ideais que não estavam presentes em seus fundamentos quando aconteceram²⁰⁰, os autores formulam belíssimo trabalho histórico como método utilizado para estruturar as raízes do *comum*, da formação de um direito comum e do direito comum, que nas palavras dos autores “é a dupla relação da Common Law com o costume e do costume com o comum que merece ser reexaminada de maneira aprofundada, à luz da história das práticas que ela

¹⁹⁷ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 258: “é preciso tomar cuidado para não deduzir precipitadamente da ausência de separação entre trabalhador e meios de produção a ausência de desigualdades em decorrência de uma suposta propriedade coletiva desses meios. Do fato de que ‘a miséria nasce com a propriedade fundiária’ deve-se concluir que as sociedades de tipo neolítico não eram ‘sociedades de luxo e miséria’, mas não que eram ‘sociedades igualitárias’”.

¹⁹⁸ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 282.

¹⁹⁹ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, P. 346

²⁰⁰ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, sobre o risco de usar a Magna carta como se tivesse uma ideologia do comunismo posterior.

permite trazer a luz”. Não se pretende com isso trazer as práticas antigas, como ressaltam os autores, para aplicação em termos modernos, ou simples transporte dessas práticas para o momento atual. Mas essa análise permite identificar de que forma a consolidação da propriedade capitalista restringiu o uso comum e o valor de uso da propriedade²⁰¹, e quais seriam as alternativas viáveis para ampliar o valor de uso dos bens substanciais da vida.

Tendo por premissa que o uso do comum ou uso comum, consagrado pelos costumes em sociedades pré-capitalistas, nunca foi preservado de conflito²⁰², esses conflitos acabavam por fazer, segundo Dardot e Laval, com que existissem blocos de costumes exercidos pelos privilegiados e blocos de costumes exercidos pela pobreza, sendo que cada um desses costumes era percebido de forma distinta a partir da perspectiva social que se encontrasse o observador. Tendo a ideia de revolução²⁰³ como restabelecimento do que precisa ser restabelecido, os autores buscarão no denominado “direito consuetudinário da pobreza” as bases comuns que precisam ser restabelecidas. São exatamente essas bases do *comum* que nos servirão de fundamento ao direito de acesso como conteúdo do direito à propriedade.

E porque devem ser estabelecidos os direitos consuetudinários da pobreza? Porque não devem ser restabelecidos todos os costumes? Para Laval e Dardot, somente os costumes dos pobres são dotados da universalidade e racionalidade necessários para serem reconhecidos como direito. É justamente esse fato que faz com que possamos transportar a ideia de uso comum como acesso aos bens que os pobres daquela época precisavam para sobreviver, como a madeira retirada das florestas²⁰⁴, bem como a construção do que seria o comum para Laval e Dardot, e

²⁰¹ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 331: as consequências da sedimentação da propriedade capitalista são demonstradas ao longo da obra em diversos momentos, ficando evidente, particularmente quando os autores mencionam que “No intervalo entre Coke e Blackstone - cerca de um século e meio - houve endurecimento e sedimentação da noção de propriedade da terra e reificação dos usos das propriedades, que agora podiam, como usos, ser alugados, vendidos ou legados”.

²⁰² DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 339: Desde o século XIII, os direitos do comum, que eram exercidos conforme um ‘costume consagrado pelo tempo’, também eram objeto de disputas pautadas por formas consagradas pelo tempo’, de maneira que os conflitos relativos aos botes e estovers eram constantes e, ao longo do século XVIII, não havia floresta ou tapada no país que não tivesse passado por algum episódio dramático de conflito relativo a esses direitos”

²⁰³ Sobre o conceito de revolução como restabelecimento, comum, DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI.

²⁰⁴ Em MARX, Karl. Os Despossuídos. Marx comenta as leis sobre o furto de madeira editadas em 1842, onde contrariando o que até então era costume dos pobres, passa a ser considerado furto recolher os galhos caídos das florestas, justamente porque os proprietário pretendiam passar a lucrar

subsidiar com tranquilidade a ideia de que a existência do direito de propriedade, direito à propriedade e sua conformação social dependem do reconhecimento de que o direito de acesso, de todos, indistintamente, aos bens básicos da vida é parte do direito fundamental à propriedade, sem o qual a propriedade, seja ela qual for, não atingiria a sua função social.

Com base na invocação de um direito consuetudinário da pobreza²⁰⁵, constata-se que legislações liberais trataram de forma unilateral os costumes, constituindo o direito positivo que deixa de garantir direitos mínimos a quem é proprietário exclusivamente de si mesmo. O direito posto a serviço da propriedade em seu valor de troca, contra o valor de uso, exercido por aqueles que só têm propriedade da própria *pele*, faz com que para proteger a vida digna minimamente tenha de se garantir o que se chama de direito consuetudinário da pobreza²⁰⁶. Tais garantias, portanto, devem ser asseguradas face ao modelo proprietário excludente que passa a ser reconhecido.

O modelo excludente e agregado aos valores de troca da propriedade capitalista é invocado pelo proprietário registral como escudo contra qualquer direito que a ele se contraponha, que não tiver se consolidado através de uma das formas de aquisição da propriedade. Esse fato, ao invés de consagrar o direito à propriedade, pelo contrário, viola o direito à propriedade na qualidade de direito fundamental e garantido a todas as pessoas inclusive a não proprietários, eis que subordinaria a satisfação de direitos existenciais, como a moradia, que são exercidos necessariamente a partir de bens materiais, à propriedade.

Aproveitamo-nos de um dos fundamentos para a existência de um direito consuetudinário da pobreza para construir mais um fundamento do direito de acesso, que baseado na busca de satisfação das necessidades mais básicas, legitima os costumes dos pobres de se utilizar de bens que a eles sejam essenciais. A busca de satisfação das necessidades mais básicas, através do exercício de valor de uso de bens próprios ou alheios, legitima os costumes dos pobres, que naquela

com os galhos excedentes de sua propriedade. As madeiras excedentes eram recolhidas pelos pobres, sendo através desse costume que as classes mais baixas garantiam o aquecimento e lenha para comida.

²⁰⁵ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 357/360

²⁰⁶ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 360.

oportunidade se verificava através da recolha de madeira das florestas e hoje pode se vislumbrar no acesso a bens próprios ou alheios, gratuita ou onerosamente, mas desde que lhe seja garantido o acesso viável aos bens compreendidos como essenciais, sem os quais não se verifica a realização de uma vida digna.

É importante ressaltar que a proteção concomitante, do direito fundamental *de* propriedade e *à* propriedade, nem sempre terá como pano de fundo, como cenário, situações de conflito entre um sujeito proprietário e um sujeito não proprietário. É fundamental perceber que são facetas distintas do mesmo direito subjetivo: a propriedade. É possível que uma mesma pessoa se favoreça das duas acepções da propriedade. É ainda viável que determinada pessoa venha a se tornar proprietária em razão do exercício do seu direito de acesso à propriedade, através de usucapião, por exemplo, e uma vez proprietário, possa fazer valer seu direito *de propriedade* em face de qualquer ente público ou privado. O que se pretende insistir, porém, é que os valores constitucionais envolvidos podem ser patrimoniais ou existenciais. Em caso de conflito entre eles, deve prevalecer a proteção à existência humana.

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, principalmente aquele que detém bens que excedam os necessários ao seu uso pessoal, tenha 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. Verifica-se que a atribuição de função social a todos os bens, inclusive aqueles que excedem o uso pessoal do proprietário, a exemplo daqueles destinados a exclusiva acumulação de renda, devam ser assim utilizados em observância aos critérios de justiça social. 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.

Dito de outro modo, os efeitos determinados pelo direito de acesso à propriedade seriam relacionados diretamente a se facilitar o acesso e a proteção do

exercício de direitos sobre determinado bem, especialmente quando a finalidade atribuída ao bem merecer qualificada tutela, tal qual a moradia.²⁰⁷

3.4

Estrutura Civilística da propriedade

A transformação vivenciada pelo instituto da propriedade, talvez não seja muito nítida aos olhos de muitos, em virtude do Código Civil de 2002 se utilizar de nomenclatura muito próxima daquela utilizada pelo Código Civil de 1916. Suas modificações mais profundas são na forma pela qual a propriedade é percebida no ordenamento jurídico. Em um cenário liberal individualista, contemporâneo ao período das codificações, que inspirou o Código Civil de 1916, a propriedade podia ser concebida como direito subjetivo assegurado ao indivíduo, em linguagem que atribuía conotação de direito natural à propriedade. Ultrapassada a transição da constitucionalização clássica para o constitucionalismo social, a propriedade é concebida no Código Civil de 2002 como situação jurídica complexa²⁰⁸.

Partindo de uma perspectiva individualista e patrimonialista, a propriedade, em sua versão clássica, é garantida ao indivíduo abstrato proprietário como direito subjetivo²⁰⁹, assim concebido, naquele momento, como conjunto de interesses legítimos ou faculdades jurídicas protegidas. Em sua concepção constitucionalizada como direito fundamental, subordinado ao cumprimento da função social da propriedade, a propriedade não pode mais ser observada, simplesmente, como direito subjetivo, que outorga a seu titular faculdades a serem exercidas em face de determinadas pessoas ou da coletividade, mas situação jurídica complexa²¹⁰. A partir da proteção constitucional outorgada à propriedade,

²⁰⁷ ADARNUY, Francisco Silva. *La función social de la propiedad en el Derecho de las cosas*: comentário al Capítulo III de la obra “el Derecho civil y los pobres” de Antón Menger, p. 113, a necessidade de acesso a bens mínimos para a vida com dignidade fica evidente na obra de Menger, quando afirma que em uma social democracia, deveria ser assegurado ao indivíduo tudo o que fosse necessário para viver.

²⁰⁸ Alguns autores, dentre eles ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A teoria da Autonomia. Titularidade e Direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional; e GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, e OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função social da propriedade e da posse*, p. 57.

²⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p. 674.

²¹⁰ Sobre a crise do direito subjetivo, adequada a mudança de ótica e concepção da propriedade privada, se posiciona PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, P. 674: “Na maior das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus”. Nesse contexto a situação jurídica proprietária é complexa e especialmente subordinada a suas funções.

é necessário vislumbrar no que consiste efetivamente o direito de propriedade e seu efetivo conteúdo, que deve ser formulado não mais em suas bases liberais, mas adequando-o aos deveres impostos ao proprietário, condicionantes à tutela de seu direito, em decorrência da função social da propriedade.

Inobstante o direito de propriedade ter sido sempre o centro de tutela e regramento do direito privado, especialmente do direito Civil, ocupando lugar de destaque nas codificações posteriores às revoluções burguesas, a legislação não se ocupou de conceituar o direito de propriedade. O Código Civil Brasileiro de 1916 e o Código de 2002 cuidam de estabelecer, naquele momento anterior amparado em parâmetros individualistas e, mais recentemente, condicionando ao cumprimento de função social, as faculdades jurídicas do proprietário sobre o bem de sua propriedade, ou como preferem outros, os poderes do proprietário sobre o bem. Em seguida o regime jurídico da propriedade é apresentado, dividido entre bens móveis e imóveis a fim de regular o efetivo exercício do direito de propriedade.

Respeitados os limites da presente pesquisa, que não nos permitem analisar o direito de propriedade em todos os seus desdobramentos, nem mesmo permitem pôr em foco as múltiplas possibilidades e formas de exercício do direito de propriedade, considerando as variáveis determinadas pelas diversas espécies de bem submetidas ao regime de propriedade, nos centraremos em verificar qual seria o conteúdo da propriedade privada imóvel, disposto pelo direito civil em consonância com os valores constitucionais.

O art. 1.228 do Código Civil dispõe que “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”. Os poderes atribuídos ao proprietário pelo dispositivo citado não determinam o conceito de propriedade, mas em tese determinariam o conteúdo da propriedade. Todavia, a atribuição do conceito da propriedade, bem como de seu conteúdo não é tão simples, requerendo do intérprete maior esforço, especialmente pela inegável transformação pela qual passou o instituto, e que não pode ser vislumbrada pela leitura desavisada dos poderes proprietários, mas especialmente pela avaliação do alcance e fixação do conteúdo a partir dos valores sociais, bem como das situações jurídicas extremamente complexas que se formam em torno da propriedade e não podem ser dissociadas de seu conceito e conteúdo.

Esse esforço é fundamental em virtude de os poderes abstratos do proprietário serem equivalentes ao que se entendia por propriedade em termos liberais individualistas, como ilustram Dardot e Laval:

“Em retrospectiva, ela aparece essencialmente ligada à maneira como esse século se pensou a partir da categoria ‘individualismo’. Em sentido estrito, o direito de propriedade é o mais ‘absoluto’ dos direitos sobre as coisas (*plena in re potestas*), por implicar que seu titular goze da totalidade dos seguintes direitos: direito de uso (*usus*), direito sobre os frutos (*fructus*) – também denominado direito de gozo, que abrange tanto os ‘frutos naturais’ como os ‘frutos civis’, isto é, os rendimentos de um bem – e, por último, o direito de abusar (*abusus*) ou dispor, tanto destruindo a coisa e alterando sua substância quanto vendendo-a ou dando-a”²¹¹.

Diante da equivalência entre os poderes atribuídos ao proprietário, um primeiro impulso recorrente é apresentar a grande transformação da propriedade na mudança de paradigma de exercício desses poderes pelo proprietário. Se em um primeiro momento os poderes conferidos ao proprietário eram absolutos, passariam, no regime jurídico posterior ao constitucionalismo social a ser limitados e condicionados pela função social. A complexidade em torno da propriedade, contudo, não nos permite solução tão simplória. A começar por se reconhecer que os ditos poderes absolutos da propriedade não eram assim tão absolutos²¹². Em verdade o que se dava era a proteção exacerbada do proprietário em face dos não proprietários. Especialmente no caráter exclusivo da propriedade. Exclusivo no sentido próprio de exclusão, exclusão dos demais em relação à coisa objeto de propriedade.

No atual cenário, a utilização desmedida, que de certa forma autorizava até mesmo um direito do proprietário abusar do seu direito de propriedade²¹³, dá lugar a uma concepção social da propriedade, onde o conteúdo efetivo e forma de exercício de cada um dos poderes da propriedade deverá ser remodelado. Não se

²¹¹ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 261.

²¹² Não só Pontes de Miranda já mencionava a existência de certa incongruência em se pensar a propriedade em caráter ilimitado: 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” MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado. Parte especial*. Tomo XI., p. 96, mas também ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A teoria da autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional, p. 88, aposta a existência de certo mito sobre a ausência completa de obrigações ao proprietário.

²¹³ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A teoria da autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional, p. 116.

trata somente de limitação ao exercício dos mencionados poderes, mas efetivamente de ressignificação de cada um desses poderes consoante a função social da propriedade.

A construção de uma noção social da propriedade, como apontam as críticas formuladas por Miguel Nogueira de Brito, era já em seus próprios termos contraditória e confusa, questionando o autor até mesmo a possibilidade de existência de noção social da propriedade. Nas palavras do autor

“Não existe uma concepção social da propriedade, mas apenas uma concepção social que limita a propriedade, e simultaneamente, uma concepção da propriedade que reclama o princípio social. A propriedade privada é sempre individualista ou não chega a ser propriedade;”²¹⁴.

Parece-nos necessário estabelecer o conteúdo e conceito da propriedade, a fim de que se possa apurar o alcance das faculdades jurídicas disponíveis ao proprietário. Para que não se caia na armadilha de construirmos teorias onde a propriedade constitucionalizada é permeada pelos valores sociais, mas na prática segue vencedor o escudo proprietário que derruba qualquer opositor, fazendo valer os poderes máximos da titularidade, exclusividade, perpetuidade e direito de retomada do bem de qualquer um que, sem um título jurídico que efetivamente se contraponha à propriedade, é fundamental enfrentar o conteúdo efetivo da propriedade e as situações jurídicas que se formam em torno dela.

Para tanto, nos parece essencial enfrentar o direito de propriedade não simplesmente como a reunião de faculdades jurídicas sobre o bem objeto do direito, mas sim enfrentando os conceitos de propriedade e domínio. Desde já importante observar que o enfrentamento dos conceitos de propriedade e domínio nos permitirá avaliar de que forma são assegurados e efetivamente implementados os diferentes aspectos da propriedade garantida constitucionalmente, como abordados anteriormente, o direito de permanência da propriedade, que seria equivalente em termos marxistas a seu valor de uso, e a proteção da propriedade em seus termos econômicos, equivalente a seu valor de troca.

A distinção entre propriedade e domínio, talvez seja pouco explorada contemporaneamente, em virtude da extrema prevalência que se dá ao direito reivindicatório do proprietário, que de certa forma prejudica o debate, fazendo crer

²¹⁴ BRITO, Miguel Nogueira de. *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, p. 954.

que, enquanto há propriedade, haverá à disposição do proprietário, à sua livre escolha, o exercício dos poderes do domínio. Todavia, o efetivo exercício do direito de propriedade em respeito a valores existenciais, que orientam e determinam a função social, como será melhor explorado no tópico seguinte, depende da adequada distinção entre as noções de propriedade e domínio, sob pena da função social da propriedade não passar de um princípio, esvaziado de efetividade, e direitos existenciais como a moradia se curvarem reiteradamente à força da propriedade.

A fundamental importância da distinção entre propriedade e domínio, bem como de busca de conceito efetivo da propriedade é demonstrada por Ricardo Aronne em importante trabalho sobre o tema²¹⁵. O autor apresenta a problemática existente sobre o tema, inclusive formulando forte crítica a ausência de tal tratamento na doutrina clássica²¹⁶. De fato, grande parte da doutrina, e especialmente a lei, se utilizaram dos vocábulos propriedade e domínio como sinônimos. Todavia, a distinção entre os institutos que será acurada por Ricardo Aronne, fora tratada por Pontes de Miranda, que já relacionava o domínio ao conteúdo interno do direito, ao exercício efetivo dos poderes sobre o bem, enquanto a propriedade seria o elemento externo do direito, a titularidade, a existência daquele direito subjetivo no patrimônio do proprietário.

Segundo lição clássica de Pontes de Miranda²¹⁷

“Propriedade é tudo que se tem como próprio” e que “às vezes, a palavra ‘propriedade’ é usada em lugar de ‘domínio’” e de que os “são elementos componentes do domínio: a) o direito de ter e possuir a coisa (tença e direito de posse) (...); b) o direito de usar a coisa, *us utendi*, que é, por exemplo, o de quem mora na própria casa; c) o direito de fruir a coisa, *ius fruendi* (...) d) o direito de dispor da coisa, o *ius abutendi*, em sua materialidade (transformar a coisa para cultivo, reconstrução, ou readaptação; demolir, soterrar, desnaturar, destruir), ou em sua juridicidade (imediata, - alienação, ou gravação, ou limitação de poder; ou mediata – renúncia, derrelicção); e) o direito à substância do direito de domínio”

²¹⁵ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A teoria da autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional.

²¹⁶ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A teoria da autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional, p. 61: “A doutrina faz uso dos termos indiferentemente, por vezes tendo a propriedade como mais compreensiva que o domínio, que aludiria somente a bens imóveis, porém, mesmo assim, como sinônimo, de modo a identificar os conceitos”

²¹⁷ Sobre o tema, Pontes de Miranda esclarece que MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, Tomo XI. Direito das Coisas. Propriedade, p. 95/97.

Ricardo Aronne, além de estabelecer a distinção entre domínio e propriedade em termos próximos aqueles dispostos anteriormente por Pontes de Miranda²¹⁸, vai além e formula sua teoria afirmando que o domínio seria o efetivo direito real que o sujeito tem sobre o bem, aquele que ele exerce de forma direta e imediata, e em caráter absoluto, porque a coisa não tem como não se sujeitar ao seu exercício e exercer qualquer resistência, enquanto aposta no caráter relacional da propriedade. O caráter relacional da propriedade seria determinado pelo fato de que

“ao conceito de propriedade caberá apenas a relação entre o indivíduo e os demais, em razão do bem da vida, como deixa entrever Tepedino, quando expõe se tratar de um direito intersubjetivo que se legitima em consonância com a relação concreta em que se insere”.

Conclui Aronne afirmando que “a propriedade regula a relação dos indivíduos em razão do bem, sendo, portanto, objeto direto do vínculo, a relação entre os indivíduos”²¹⁹. Em outras palavras, mas em sentido muito próximo, Miguel Nogueira de Brito distingue o que seria a relação da pessoa com a coisa e a relação entre pessoas em razão da coisa²²⁰. E aponta que talvez os abusos da propriedade sejam decorrentes do

“conceito tradicional de propriedade, ao pretender considerar unitariamente as suas componentes objetiva e interpessoal, tende a transformar a garantia constitucional da propriedade numa proteção constitucional da liberdade contratual ou mesmo do direito privado”²²¹

Das conclusões do autor poder-se-á afirmar que o vínculo direto do sujeito proprietário com o objeto de sua propriedade seria expressão do domínio, enquanto as situações jurídicas que se estabelecem entre o proprietário e terceiros refletem a propriedade. Essa formulação, conjugada à necessidade de que o bem cumpra uma função social, permitirá afirmar que o exercício dos poderes do domínio está condicionado à propriedade ser efetiva cumpridora de seu papel nas relações

²¹⁸ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A teoria da autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional, p. 85: “O domínio virá a traduzir o que a doutrina aponta ser o conteúdo interno do direito de propriedade (...) É o seu direito de sujeitar a coisa ao seu senhorio, usando-a, gozando-a e dispondo dela. Na concepção clássica, perfaz a soma do jus utendi, jus fruendi e jus disponendi, que um indivíduo tem sobre um bem do qual tenha senhorio, poder”.

²¹⁹ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A teoria da autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional, p. 135.

²²⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, p. 878: “o plano do domínio fático, ou da relação entre uma pessoa e uma coisa, e o plano do domínio normativamente caracterizado, ou da relação entre pessoas a respeito de uma coisa”.

²²¹ BRITO, Miguel Nogueira de. *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, p. 878.

sociais. Nessa linha de raciocínio, a propriedade, que expressa o valor patrimonial do bem, compondo o patrimônio de seu titular, equivale ao valor de troca do bem, e nesta qualidade deve ser compreendida e tutelada pelo direito, assim como o são os direitos de crédito, cuja satisfação não pode sacrificar direitos existenciais, e a dignidade humana do devedor.

Por outro lado os valores de uso da propriedade, associados ao exercício dos poderes do domínio, não serão necessariamente exercidos pelo proprietário, seja porque o proprietário simplesmente desmembrou os componentes da propriedade cedendo tal exercício a outrem, seja porque o proprietário deixou de exercer os poderes do domínio, permitindo que outrem do bem se ocupasse. É neste ponto que a tutela da propriedade, no âmbito do direito privado, deverá ser lida a partir da distinção entre propriedade e domínio, de modo que não se permita, que os valores de uso do bem, umbilicalmente ligados à sua função social, sejam prejudicados pelo exercício patrimonialista de seus valores de troca e de renda, sob o manto de um suposto único instituto: a propriedade.

Essa avaliação ganha relevo em virtude das grandes diferenças observadas nos contornos da propriedade privada contemporânea se apresentarem justamente na legitimidade de sua proteção, ou seja, naquilo que efetivamente lhe outorga tutela de merecimento²²² e não propriamente nas faculdades de exercício do proprietário. O conteúdo do domínio, subsiste, 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 1916²²³.

O que deve ser reformulado é justamente a propriedade como relação daquele que a exerce com os demais. Com o Estado, com terceiros proprietários e com não proprietários. Não somente o bem, em especial o imóvel, tem suas finalidades a serem cumpridas (no caso do bem imóvel rural, para além da moradia, o trabalho e subsistência das pessoas, e no caso do bem imóvel urbano a moradia), mas a relação proprietária deve respeitar seu conteúdo e funções na sociedade que ocupa. A função social da propriedade, com sede constitucional e timidamente

²²² Sobre a tutela de merecimento, ver paradigma da essencialidade. Nota 17

²²³ 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”.

disposta no direito privado, de fato não é fator limitador da propriedade somente, mas passa a integrar seu conceito, eis que parte dessa situação jurídica complexa da propriedade.

A necessidade de reinterpretar a propriedade, a partir de seus elementos funcionais, inobstante a manutenção de seus elementos estruturais resta evidente segundo Gustavo Tepedino²²⁴:

“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 referência 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 dentre os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, no inciso XXIII do art. 5º da CR/88, 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 social²²⁵.

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”²²⁶.

Sob essa perspectiva, não é possível estabelecer o conteúdo do direito de propriedade, tampouco em que medida os direitos assegurados ao proprietário,

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da Propriedade Privada*. In: Temas de direito civil, p. 305.

²²⁵ O conteúdo da função social da propriedade será mais profundamente abordado posteriormente, porém, cumpre ressaltar que o regime de complementariedade entre a estrutura de um instituto e sua função busca, como pode ser observado pelo tratamento do tema feito por Norberto Bobbio que a análise da estrutura de um instituto cuida da avaliação do sistema jurídico de regras aos quais aquele instituto está subordinado, enquanto a função avaliará o aspecto promocional daquele instituto em seus destinatários. Conferir: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura a função*. Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

²²⁶ PERLINGIERI, Pietro, *O direito civil na legalidade constitucional*, p. 929/930.

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.

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 reinterpretação 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 econômicas²²⁷, 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”²²⁸.

Na sequencia esclarece em nota de n. 71 sua motivação de entender como hipocrisia a aceitação da burguesia ao cumprimento de determinada função social, naquele momento:

“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”²²⁹.

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

²²⁷ No mesmo sentido: 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”

²²⁸ PACHUKANIS, E. B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, p. 59.

²²⁹ PACHUKANIS, E. B., op. cit., p. 59.

destinação, sem que sejam avaliados outros fatores. É fundamental que não se cumpram exclusivamente os valores capitalistas enraizados na propriedade, especialmente se o mesmo bem se encontra no centro de uma situação jurídica em que para uma das partes é exclusivamente representativo do cunho patrimonial da propriedade e de outro lado, para outra, cumpre seus valores de uso, com satisfação de direitos fundamentais, em especial a moradia.

3.5

Função social da propriedade

A função social da propriedade é disposta na Constituição Federal de 1988 entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXIII), como princípio da Ordem Econômica (art. 170, Inciso III), assim como são estabelecidas suas diretrizes de cumprimento, nos capítulos dedicados à política urbana e à política agrícola e reforma agrária. Apesar do grande debate que se forma em torno da função social da propriedade a partir da Constituição Cidadã, de 1988, a constitucionalização da função social da propriedade não é novidade do sistema constitucional brasileiro²³⁰. Todavia, a busca do efetivo conteúdo da função social da propriedade, assim como das consequências de seu descumprimento se intensifica, em virtude da mudança de valores que ordenam o sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. Esses valores, como exaustivamente tratado até aqui, passam a orientar o exercício e a tutela não somente da propriedade, mas especialmente de direitos subjetivos, patrimoniais ou existências sobre bens que sejam submetidos ao regime jurídico da propriedade, como a moradia, exercida sobre bens imóveis.

A subordinação do direito de propriedade à sua função social era de tamanha relevância durante a Constituinte de 1987/1988 que foi responsável por importante enfrentamento e acordo entre o denominado Centrão e o bloco progressista, como explica Pilatti ao tratar do “Primeiro buraco negro” da propriedade. Diante de proposta de dispositivo de emenda substitutiva o Centrão pretendia texto que “assegurava o direito de propriedade sem subordina-lo ao bem-estar social, à

²³⁰ Sobre o histórico da função social nas constituições brasileiras, confira GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, e ANDRIOTTI, Caroline Dias. *Breves notas históricas da função social no Direito Civil*. In *Função Social no Direito Civil*, p. 12 e seguintes, onde os autores demonstram que a partir da Constituição de 1934, com exceção da Constituição de 1937, todas as Constituições brasileiras contaram com previsão quanto a função social da propriedade.

conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente, ao contrário do que fizera o Projeto (A)”²³¹. Diante da sistemática de votação que se seguiria a partir dali, de imediato fora identificado que a não aprovação do texto determinaria a ocorrência de buraco negro²³². O conflito entre os dois grupos que partiu da vontade de conservadores de não subordinar a propriedade à função social, acabou por colocar em risco a disposição e proteção constitucional do direito de propriedade, fazendo com que depois de quatro sessões e sete votações o Centrão fizesse acordo com parte dos progressistas garantindo a proteção constitucional da propriedade subordinando-a, contudo, à função social.

A construção do novo conteúdo da função social, não raro, em diversos autores, passa por verdadeira busca da centelha deflagradora da função social da propriedade, seja no ordenamento jurídico pátrio como na própria teoria política. Essa busca, portanto, remonta a períodos 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 com os fundamentos da função social.

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 assinados²³³ por Portugal, naquele momento deviam ser consideradas de titularidade do Rei de Portugal, eram distribuídas entre os colonos, com a intenção de cultivo e ocupação. Essa distribuição conferia titularidade dessas terras aos colonos que as recebiam, porém condicionada a que fossem atendidos os fins perseguidos pela Coroa portuguesa. A terra que não fosse cultivada ou ocupada naqueles termos seria retomada, o que segundo o autor se apresenta como necessidade de cumprimento de função social:

²³¹ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*, p. 239.

²³² A noção de buraco negro é apresentada por Adriano Pilatti a partir de discurso proferido no processo constituinte onde se afirma que o buraco negro se dá quando “quando o projeto constitucional perde um dispositivo de alta importância, de alto significado e de alto valor (...) Ora, (...) como admitir que uma assembleia constituinte possa votar constituição num mundo ocidental sem se fazer referência ao direito de propriedade?” PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*, p. 239.

²³³ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*, passim.

“Parece indubitosa a existência de um fim social (que não exclui o econômico) no direito de propriedade, prenúncio de sua função social, sancionado 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”²³⁴.

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 prenúncio 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 prenúncio de função social na teoria política de Locke, uma vez que inicia sua defesa e proteção da 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”²³⁵.

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 perecesse, o que se 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

²³⁴ Marcos Alcino, *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*, p. 19.

²³⁵ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 412.

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 social²³⁶. Ou talvez a função social naquela oportunidade se refletisse na existência de aproveitamento econômico do bem, daí o motivo de muitos entenderem em Locke o fundamento da propriedade liberal²³⁷.

A dificuldade, portanto, reside na obtenção de um conteúdo efetivo da função social da propriedade, que em última análise modelará o conteúdo e exercício da propriedade, com enfoque direcionado não somente ao respeito a questões e normas de interesse público, mas efetivamente ao desenvolvimento social. Essa preocupação passa a rodear a regulação do direito de propriedade desde o primeiro momento em que se constata que o modelo liberal instituído pelo capitalismo promove a miséria humana²³⁸. Alguns dos elementos da função social que hoje começam a alcançar certo consenso entre nós, já eram apontados por Antón Menger, no final do século XIX, ao tratar do projeto do Código Civil alemão, que viria a ser publicado em 1900, em *El Derecho Civil y los pobres*²³⁹, onde propõe a construção de um socialismo jurídico sem a ruptura com institutos patrimonialistas como a propriedade.

A função social da propriedade desde aquele momento é concebida como elemento interno da propriedade e uma forma de promover gradualmente a redistribuição da propriedade, de modo que a propriedade deixasse de ser instituto egoísta, sendo apontada a necessidade de, através da função social da propriedade, coordenar os interesses de proprietários e não proprietários, os interesses econômicos e sociais. Fica evidente o entendimento do autor, como demonstra Francisco Manuel Silva Adarnuy, ao comentar a obra, de que a função social

²³⁶ 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”.

²³⁷ Sobre o fundamento da propriedade em Locke, consultar BRITO, Miguel Nogueira de. *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, capítulo I, Parte II, p. 319 se seguintes.

²³⁸ Sobre a necessidade de rever com valores sociais o direito privado: Menger, Antonio. *El Derecho Civil y Los Pobres*.

²³⁹ Sobre a obra consultar ADARNUY, Francisco Manuel Silva, La función social de la propiedad en el Derecho de las cosas; comentário al capítulo III de la obra “el Derecho civil y los pobres” de Antón Menger. In *Comentarios sobre el Derecho Civil y los pobres*, p. 105

deveria ser relacionada não somente ao viés lucrativo da propriedade, mas especialmente aos seus valores de uso e promoção da personalidade humana.

“Rechaza así la concepción que vincula un Derecho y una cosa, al propietario con el objeto de su propiedad alejándose así del concepto básico del Estado Liberal, acotando el Derecho de propiedad a lo que podíamos definir como propiedad personal y haciendo de la propiedad el medio para la satisfacción de las necesidades de su titular, conforme al destino natural de su objeto y no con el ánimo de lucro o especulación”²⁴⁰.

A tarefa de estabelecer conteúdo à função social passará pela verificação da natureza da função social da propriedade, assim como a pesquisa dos valores em que se baseia. Ainda que exista consenso sobre a função social da propriedade não ser simples limitador da propriedade, é importante avaliar que tipo de limitações e obrigações a função social da propriedade cria ao proprietário. E ainda, quais seriam os efeitos do cumprimento ou descumprimento da função social nas relações interprivadas. A justificativa de modulação da propriedade a partir de sua função social, nas palavras de Mauro Grondona, deve ser pensada a partir de uma perspectiva política. Para Mauro Grondona

“E dunque, se analizziamo la funzione sociale della proprietà privata in chiave di politica del diritto, emergono in particolare due obiettivi generali che conformano la proprietà privata appunto socialmente connotandola:

Depotenziare quelli tradizionalmente sono le facoltà, i poteri, le libertà del privato proprietario

Rafforzare le possibilità di trarre benefici sociali, e dunque rafforzare quelle che possiamo chiamare misure di giustizia sostanziale, a partire dalla titolarità del diritto soggettivo e nella logica della giustizia redistributiva: tolgo a chi ha di più, o comunque a chi ha, e do a chi ha di meno, o a chi non ha”²⁴¹.

²⁴⁰ ADARNUY, Francisco Manuel Silva, op. Cit., p. 119. Tradução livre: Rejeita a concepção que vincula uma lei e uma coisa, ao proprietário com o objeto de sua propriedade, afastando-se do conceito básico do Estado liberal, delimitando o direito de propriedade ao que poderíamos definir como propriedade pessoal e tornando a propriedade do meio de propriedade. a satisfação das necessidades de seu dono, de acordo com o destino natural de seu objeto e não com a intenção de lucro ou especulação.

²⁴¹ GRONDONA, Mauro. *La Funzione Sociale della Proprietà Privata Nell'ordinamento Italiano: una Panoramica tra Diritto Positivo e Nuove Tendenze*. In *Propriedade Privada. Anais da I Jornada Ítalo-Brasileira de Direito Privado*, p. 23. Tradução livre: E assim, se analisarmos a função social da propriedade privada em termos da política do direito, em particular, há dois objetivos gerais que conformam a propriedade privada precisamente socialmente conotando-a: i) enfraquecer as faculdades tradicionais, os poderes, as liberdades do proprietário privado; ii) Fortalecer as possibilidades de benefícios sociais, e assim fortalecer o que podemos chamar de medidas substantivas de justiça, a partir da apropriação do direito subjetivo e na lógica da justiça redistributiva: eu removo daqueles que têm mais, ou pelo menos daqueles que têm, e eu dou para quem tem menos, ou quem não tem.

Todavia, estabelecer um conteúdo exaustivo ao princípio da função social da propriedade, bem como as condutas e abstenções do proprietário que denotariam seu cumprimento, é impossível, a começar em virtude da alta complexidade das propriedades hoje existentes. Mesmo se delimitássemos ao objeto da presente tese, qual seja bens imóveis urbanos, destinados à moradia, ainda seria impossível relacionar exaustivamente os meios através dos quais alguém cumpre ou descumpre a função social²⁴². Todavia, a par de tentar relacionar uma gama de deveres ou abstenções que recairiam sobre o proprietário a fim de que se vislumbresse cumprida a função social, é possível identificar situações de concretude, ou mesmo perspectivas de análise do devido cumprimento e respeito à função social da propriedade imóvel.

Em um primeiro aspecto a função social se apresentará como princípio da Ordem Econômica e direito/dever fundamental. Por outro lado, a função social da propriedade tem um caráter limitador, no sentido de que o exercício da propriedade tenha de respeitar direitos de terceiros ou de toda coletividade. Assim, quando a função social da propriedade é lançada como argumento para que não seja ampliada a densificação social em determinada área, através de mais construções, ou de impedir o uso nocivo ao meio ambiente, a função social da propriedade é trazida em sua vertente de limitação ao exercício das faculdades da propriedade. Nesse viés a exigência de respeito à função social permeia certa interdisciplinaridade entre o direito público e o direito privado. E ainda, existem outros dois aspectos da função social da propriedade, não menos importantes, que desafiarão a solução concreta de conflitos privados, e justamente são mais complexos em virtude de desafiarem a manutenção do próprio direito de propriedade em nome de seu titular, ou ao menos, seu exercício de imediato.

Um desses aspectos é o desrespeito à função social da propriedade em virtude do proprietário não conferir ao bem qualquer finalidade social e econômica. Essa abordagem quanto ao cumprimento ou descumprimento de função social

²⁴² ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A teoria da autonomia. Titularidades e Direitos reais nos fractais do Direito Civil-Constitucional, p. 145. A impossibilidade de elaborar um rol taxativo dos deveres ou abstenções do proprietário que configurariam a função social é evidenciada pelo autor: “São obrigações de fazer que decorrem do princípio da função social, cuja abstenção do proprietário caracteriza inadimplemento, podendo levar ao extremo da perda do bem da vida. Tais deveres não admitiriam jamais um rol exaustivo, eis se originam uma norma de conteúdo aberto, que informa a conduta proprietária, que é o princípio da função social”.

determina consequências pertinentes ao direito público, inerentes à aplicação das sanções previstas ao descumprimento da função social nestes termos²⁴³, mas também deságua nos conflitos privados sobre a ocupação de bens imóveis, o que será mais frequente.

Como mencionado pelo Professor Marcos Alcino²⁴⁴, a maioria dos conflitos possessórios envolvendo particulares não parte de invasões violentas, com a retirada do possuidor ou proprietário do bem pelo uso da força. Ao contrário, os conflitos possessórios/proprietários, fundados na alegação de ocupação irregular, em sua maioria, partem de ocupações feitas por famílias, sozinhas ou reunidas em grupos, em imóveis que se encontram em situação de abandono, aos quais não é dada qualquer finalidade pelo proprietário. Nesse cenário, o proprietário se diz violado em seu direito de propriedade e pretende afastar a violação através da reivindicação do bem das mãos de quem o injustamente possua ou detenha. Em sentido contrário, caso ainda não tenha se consolidado o direito à propriedade daquele possuidor, que ali se encontra, seja pela via da usucapião ou ainda pelo instituto da desapropriação privada, ou outra via de regularização fundiária, haverá, em socorro do possuidor, a afirmativa de que tal proprietário, que antes da perda da posse não cumpria com sua função social da propriedade, seja por mero desleixo, seja por simples interesse especulativo em relação àquele imóvel, deixou de cumprir dever constitucional, motivo pelo qual sua propriedade não é merecedora de tutela.

Por fim, uma quarta vertente da função social da propriedade, a meu ver de maior dificuldade de interpretação, seria a solução do conflito privado flexibilizando-se o exercício de certas faculdades jurídicas do proprietário, ainda que temporariamente, a fim de que a propriedade cumpra sua função social, especialmente quando o uso do bem realizar direitos existenciais tais como a

²⁴³ Sobre as penalidades pelo descumprimento de função social da propriedade relativa aos imóveis urbanos, consulte-se art. 5º e seguintes, da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

²⁴⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Função Social e o Conflito Propriedade-Posse*, p. 63: “a grande maioria das situações possessórias nascem da tomada da posse de coisas que estão sem utilização pelo titular do direito sobre a coisa, seja porque tem o direito com fim de investimento, formando, por vezes, banco de terras para alienação futura quando as condições de mercado melhorarem, não raro à custa do investimento de todos através de recursos públicos em instalações de equipamentos urbanos tais como pavimentação de vias de acesso, iluminação pública, instalação de praças, etc. seja porque não tem interesse em nenhuma utilização naquele dado momento. Em outras palavras naquelas situações em que o titular não cumpre com a função social do bem”.

realização do direito de moradia, em contraponto ao uso da propriedade exclusivamente relacionada a seu valor de mercado.

Diante disso, nos propomos a estabelecer o conteúdo e papel da função social da propriedade, a partir dessas quatro perspectivas: a) *Função social da propriedade como princípio da Ordem Econômica e poder/dever fundamental*; b) *Função social da propriedade como regra de conduta em respeito às diretrizes urbanas, ao ambiente rural e ao meio ambiente*; c) *Função social da propriedade como tutela de merecimento*; d) *Função social da propriedade como promoção de valores existenciais e justiça distributiva*.

Função social da propriedade como princípio e direito/dever fundamental

- 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.

A função social da propriedade é um princípio a ser observado pela livre iniciativa social e econômica. Isso significa dizer que a propriedade privada acolhida em nosso sistema jurídico, como já mencionada anteriormente, é inserida em regime de produção capitalista, mas não será ordenada exclusivamente por valores individualistas. Nas palavras de Ricardo Aronne,

“Nosso regime há de primar pelo equilíbrio evocado pelo conteúdo social positivado no Estado Democrático de Direito moldado na Constituição Brasileira. Liberdade e igualdade concorrem, relativizando-se tópica e axiologicamente, em prol do princípio da dignidade da pessoa humana”²⁴⁵

Tão ou mais importante que princípio orientador da Ordem Econômica, a função social da propriedade é disposta na Constituição Federal de 1988 como 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

²⁴⁵ ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A Teoria da Autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil-Constitucional, p. 149.

coletividade de que nenhuma propriedade privada seja protegida em dissonância com a sua função social.

A inclusão da função social da propriedade entre os direitos e garantias fundamentais tem como consequência sua maior proteção contra emendas constitucionais futuras, eis que cláusula pétrea, na forma do inciso IV, § 4º, do art. 60 da CR/88, mas especialmente por estabelecer ao proprietário o dever fundamental de cumprimento da função social, ou respeito à função social da propriedade, e ao mesmo tempo um direito fundamental da coletividade de que todos os bens, relevantes à coletividade, seja por serem bens substanciais à vida humana, seja porque seu uso afeta a coletividade, atendam a sua função social. No que diz respeito ao objeto desta pesquisa, bens imóveis urbanos, tratar de sua função social como dever fundamental do proprietário e direito fundamental da coletividade significa dizer que configura violação a direito fundamental a existência de déficit de moradia, enquanto são apurados, em números, por vezes equivalentes, imóveis ociosos. É direito fundamental da coletividade exigir que proprietários de imóveis ociosos respeitem a função social do bem que lhes pertence, que é servir de moradia.

Nesse sentido, muito útil é a lição de Guilherme Calmon ao afirmar que os bens em geral devem cumprir função social, e não exatamente o direito de propriedade. No caso de bens imóveis, ressalta, apoiado nas lições de Frederico Marés, que a terra cumpre sua função social quando trabalhada, destinada à moradia e subsistência daquele que a ocupa, independente de ser ele ou não o proprietário²⁴⁶.

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 sua função social. 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, destinado à moradia. 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

²⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, e OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função social da propriedade e da posse*, p. 51.

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 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 Viana²⁴⁷ 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 Perlingieri²⁴⁸. 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”²⁴⁹.

A avaliação de cumprimento ou não de função social da propriedade, princípio da Ordem Econômica e direito/dever fundamental deve ser a partir da verificação dos valores implementados pela Constituição Federal. Significa fazer, do cumprimento da função social, instrumento de justiça social. Mauro Grondona²⁵⁰

²⁴⁷ 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 casuismo. 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”.

²⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*, p. 71.

²⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. *A função social da propriedade e o meio ambiente*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo III, p. 182.

²⁵⁰ GRONDONA, Mauro. *La funzione Sociale della Proprietà Privata Nell'ordinamento Italiano: una Panoramica tra Diritto Positivo e Nuove Tendenze*, p. 34: “favorendo così i ceti non proprietari affinché essi possano diventare proprietari, o comunque restringendo i poteri dei proprietari che, se

ao tratar do tema, ressalta que a função social da propriedade é importante instrumento para favorecer que as classes não-proprietárias se tornem proprietárias, ou de outra forma restringir os poderes dos proprietários que, se não fossem restringidos, dariam origem a situações intoleráveis de injustiça social. A função social da propriedade só será instrumento efetivo de justiça social quando a verificação de seu cumprimento não partir de valores individualistas, ou meramente de eficiência econômica.

Se a função social for apurada a partir de lógicas de mercado, a partir da satisfação de critérios de eficiência econômica, estará sendo atingida somente a finalidade econômica do bem, em favor exclusivamente do proprietário, mas restará prejudicada sua vertente social. Deve-se observar, portanto, em favor de quem as finalidades do bem estão sendo cumpridas. Pois o cumprimento de finalidades econômicas em favor e benefício exclusivo do proprietário de modo a aprofundar desigualdades e a miséria humana, como por vezes se dá no exercício de obtenção de renda fundiária, configura afronta à função social da propriedade. É necessário reformular a perspectiva a partir da qual se olha para o problema.

Isso fica bem evidente em passagem de *Tempos Difíceis* de Charles Dickens, onde Sissy Jupe²⁵¹, recém ingressa na escola da região é questionada sobre a eficiência e progresso de um município que contasse com um milhão de pessoas e somente 25 pessoas morressem de fome, e responde acreditando ser esse município ruim para as pessoas que morrem de fome, e pela lógica econômica a menina está errada! Sissy Jupe já tinha em sua interpretação os valores da solidariedade e justiça social, e por isso avalia a situação pela perspectiva daqueles que são prejudicados pela fome. É a perspectiva de Sissy que deve ordenar a verificação de cumprimento ou descumprimento da função social da propriedade.

non fossero ristretti, darebbero luogo a intollerabili situazioni di ingiustizia sociale cioè di irragionevole disuguaglianza sociale”.

²⁵¹ Sissy Jupe (Cecília Jupe) foi criada no circo, órfã de mãe, foi deixada pelo pai para que tivesse melhores oportunidades. Em sua primeira semana na escola, conta o porque de seu insucesso, narrando que fora questionada pelo professor: “Ele disse: Esta sala de aula é uma imensa cidade, e nela há um milhão de habitantes e apenas vinte e cinco morrem de fome, nas ruas, no curso de um ano. O que você diria dessa proporção? E eu disse - porque não consegui pensar em nada melhor - que achava que a situação era ruim para os que morrem de fome, não importando se os demais fossem um milhão ou um bilhão. Eu estava errada novamente”. DICKENS, Charles. *Tempos Difíceis*, p. 75

Função social da propriedade como regra de conduta em respeito às diretrizes urbanas, ao ambiente rural e ao meio ambiente - 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”²⁵². 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 à 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 simultâneo dos requisitos de aproveitamento racional do solo, respeito e 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 propriedade²⁵³. Tal fato se dá em virtude de

²⁵² SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 819.

²⁵³ § 1º, art. 1.228, 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

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 seu engessamento, 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.

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.

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, mas sim parte do componente do direito de propriedade, sendo, como afirma Perlingieri, componente da propriedade tais como suas faculdades jurídicas. 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 com vistas do bem comum, ao interesse da coletividade, sendo portanto um conteúdo interno da propriedade²⁵⁴.

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

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”.

²⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*, p. 70.

conteúdo mínimo inatingível, vez que a função social constitui elemento interno do direito subjetivo do proprietário”²⁵⁵.

E nesse passo, sendo dever interno da propriedade, não se conformará somente na forma de um limite imposto ao proprietário, mas muitas 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”²⁵⁶.

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 tutelados constitucionalmente e passam assim a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária”²⁵⁷.

Função social da propriedade como tutela de merecimento - 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 garantia 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

²⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A função social da propriedade e o meio ambiente*, p. 183.

²⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade Constitucional*, p.940.

²⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado*. Vol. III, p. 500.

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 que denuncia a prevalência do capital sobre direitos fundamentais, como moradia.

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.

Sem a pretensão de reformular a aplicação prática da suposta perpetuidade do direito de propriedade, bem como afirmada imprescritibilidade da ação reivindicatória, cumpre observar que o cumprimento de função social pelo proprietário passa a ser requisito condicional para garantia e proteção da propriedade²⁵⁸. A negativa de tutela judicial 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.

²⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, e ANDRIOTTI, Caroline Dias. *Breves notas históricas da função social no Direito Civil*, p. 11

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. No caso em exame, veremos que não se discute quem possui formalmente a propriedade, mas especialmente quem deu função adequada ao bem. Vejamos:

“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 ignoraque 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 Civil”²⁵⁹.

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 Rosendal, quando afirmam a possibilidade de privação do poder reivindicatório, sem qualquer menção à 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

²⁵⁹ TJRJ, 19ª Câmara, Ap. Cível 0005425-33.2010.8.19.0202, Des. Rel. Marcos Alcino de Azevedo Torres. DJ 23.10.2012.

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”²⁶⁰.

Nessa última hipótese, o que se dará será efetiva dissociação da propriedade dos poderes do domínio. Essa vertente de aplicação da função social da propriedade, talvez, seja a maior carecedora de eficácia. Como bem observado pelo Professor Marcos Alcino de Azevedo Torres, há no judiciário uma real antipatia com a figura do possuidor, fazendo com que na maioria dos julgados exista resistência em rejeitar pedidos do proprietário, fundados na ausência de justificativa de tutela da propriedade, por descumprimento de função social, quando quem se opõe ao proprietário ainda não adquiriu a propriedade. Contudo, como assevera o autor, a função social da propriedade deve ser o fio condutor da análise dos conflitos possessórios e proprietários, de modo que

“deverá o juiz verificar se o proprietário reivindicante está cumprindo com a função social da propriedade para só então deferir-lhe a proteção buscada, ou seja, além da prova comum, que sempre foi necessária para o exercício da ação reivindicatória - (...) deve também ser exigida, para que mereça proteção do sistema, a prova de que estava cumprindo com a função social e que foi impedido de assim continuar a fazê-lo em razão do esbulho praticado pelo Réu”²⁶¹.

A propriedade não gozará de proteção jurídica especialmente o direito de retomada do bem, se não cumpridora de função social. O cumprimento da função social da propriedade precisa ser posto como requisito autorizador de tutela.

Função social da propriedade como promoção de valores existenciais e justiça distributiva - 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

²⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Direito das Coisas*, p. 302.

²⁶¹ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Função Social e o Conflito Propriedade-Posse*, p. 62.

justa e solidária, objetivo primaz do estado democrático de direito inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil”²⁶².

Nota-se que apesar de já consagrados os valores constitucionais sociais há mais 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 em centros urbanos como Londres e Paris, em momentos como a Revolução Industrial, e o período das grandes obras de Paris, hoje conhecido como Hausmanização²⁶³ ou gentrificação²⁶⁴, 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

²⁶² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*, p. 88.

²⁶³ 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 hausmannização, 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 alugueis, gerado pelas demolições”.

²⁶⁴ O tema foi abordado no capítulo 1, sendo demonstrada a violação da moradia a partir dessa prática.

proprietário, em detrimento da função social daquela propriedade, nos casos em que não se demonstrar um direito forte o suficiente que se contraponha a tais prerrogativas do proprietário²⁶⁵.

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 residencial²⁶⁶.

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.

Torna-se fundamental, neste cenário, a percepção da função social da propriedade como fator de implementação de justiça distributiva. Ainda que essa afirmativa gere certo temor da implantação de regimes jurídicos comunistas²⁶⁷, ao fazê-la não pretendemos afastar ou questionar a legitimidade da propriedade privada, ou desprezar seu aspecto econômico ao proprietário, mas fazer com que esse aspecto econômico, associado aos valores de troca da propriedade, seja

²⁶⁵ Em circunstâncias 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.

²⁶⁶ O tema é explorado em texto que se apresenta atual: ENGELS, Friedrich. *O problema da habitação*.

²⁶⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. *Função Social no Direito Privado e Constituição*, p. 33: “Ao contrário, o direito à propriedade é resguardado da mesma maneira que sua função social, tendo-se sempre em mente que a situação jurídica da propriedade ou da posse na atual ordem constitucional não inspira a implantação de modelos jurídicos comunistas”.

exercido sem prejuízo ou sacrifício de valores existenciais, que dependem de acesso mínimo a condições materiais dignas, como a moradia.

Na perspectiva de composição de interesses entre proprietário, não proprietário e coletividade, devem ser analisadas as diversas funções que ocupa a propriedade. A propriedade conta com

“uma função pessoal e privada assegurando uma zona de liberdade para o indivíduo na esfera da atividade econômica, uma função social e pública, no âmbito da qual, muito embora a propriedade seja individual e confira ao proprietário uma considerável discricionariedade no que respeita a seu uso, ela é ordenada ao bem comum da sociedade que a reconhece”²⁶⁸

Para que a propriedade não siga constituindo verdadeiro privilégio, deve ser acessível a todos, especialmente sobre bens que sejam necessários ao pleno desenvolvimento de vida digna, como acontece com o direito sobre o solo, que além de ser um recurso finito é substancial para a moradia ou para o trabalho²⁶⁹. Dessa forma, em nosso entender, para além do descumprimento de função social pelo proprietário quando ele não dá qualquer finalidade ao bem, determinando ausência de tutela de merecimento da propriedade, também deve a função social da propriedade ser paradigma de interpretação e solução de conflitos, onde de um lado exista o proprietário e de outro exista alguém que depende daquele bem para a satisfação de direito existencial, como a moradia. Essa aplicabilidade da função social não será necessariamente para determinar perda ou aquisição de propriedade por A ou B, mas especialmente para fazer com que o exercício de valores patrimoniais da propriedade não sirvam de escudo para sacrifício de direitos fundamentais existenciais.

Como exemplos de prestígio do direito existencial de moradia sobre a propriedade exercida exclusivamente como valor econômico, temos o posicionamento de Mauro Grodona²⁷⁰ no sentido de se realizar intervenção efetiva

²⁶⁸ BRITO, Miguel Nogueira de. *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, p. 721.

²⁶⁹ BRITO, Miguel Nogueira de. *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, p. 811: “Considerando a escassez dos solos e o esgotamento dos recursos naturais, o interesse econômico do proprietário deve subordinar-se à função social do bem. Mas Rittstieg vai mais longe: para ele, a propriedade imobiliária que não é destinada ao uso habitacional ou usada pelo agricultor que trabalha o próprio terreno não reveste qualquer relação com o domínio da coisa e torna-se um privilégio de uma minoria que enriquece à custa da maioria, à semelhança do que sucedia com os privilégios da nobreza no início da época moderna”.

²⁷⁰ GRONDONA, Mauro. *La funzione Sociale della Proprietà Privata Nell'ordinamento Italiano: una Panoramica tra Diritto Positivo e Nuove Tendenze*, p. 27

na propriedade privada em prol da moradia, sem que isso determine a perda da propriedade pelo proprietário. No mesmo sentido se posiciona Joaquín Tornos Mas, entendendo legítima a intervenção na propriedade privada para garantir o efetivo acesso à moradia digna²⁷¹. Sugere, por exemplo, o autor que o proprietário possa ser constrangido a oferecer o bem imóvel a moradia, onerosamente, pois assim, sendo todos constrangidos a fazê-lo, o próprio mercado sofreria o impacto de grande oferta e sofreria a consequência de diminuição de preços para satisfação do direito de moradia. Inobstante essa situação se referir a política pública de promoção da moradia, seu fundamento pode e deve servir de base de interpretação da função social como mecanismo de implemento de justiça social para regular situações jurídicas que se formem sobre bens imóveis destinados a moradia.

²⁷¹ Joaquín Tornos Mas. *Las Vivendas desocupadas y la función social de la propiedad*. In *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*, p. 152.

4 Direito de Moradia

O art. 6º da Constituição da República de 1988 dispõe que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. Os direitos sociais, por sua natureza, dentre outras características assumem qualidade prestacional, de modo que em última análise incumbe ao Estado prover, promover e auxiliar a obtenção de moradia às pessoas que não possam satisfazer tal direito por meios próprios. Diante disso, ao nos depararmos com déficits habitacionais, que acabam por determinar ocupações irregulares em áreas de proteção ambiental, formação de favelas, ocupação de imóveis particulares, crescimento exponencial de moradores de rua, ou até mesmo a piora das condições de moradia, em virtude do aumento de moradias inadequadas, a tendência da sociedade, e até de operadores do direito, é eximir os particulares desse debate, apontando a ausência de políticas públicas como única causa do problema, e também única solução.

É indiscutível que é responsabilidade do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos, com erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, em consonância com os objetivos fundamentais da República dispostos no art. 3º da Constituição da Federal de 1988. Nesse contexto, com atribuição concorrente, na forma do art. 23, inciso IX da Constituição Federal de 1988²⁷², tanto o Município, Estado e União tem integral responsabilidade²⁷³ na ausência de programas habitacionais eficientes. Ao analisar a ineficácia do direito à moradia, Julia Ávila Franzoni e Rosangela M.

²⁷² Art. 23. “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

²⁷³ Sobre a responsabilidade do Estado, há quem entenda tratar-se de norma programática, não sendo possível ao particular exigir diretamente VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O Direito à moradia*. In Revista de Direito Privado. V. 2, 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais; e há aqueles que entendem ser norma de eficácia imediata, nos termos do § 1º do art. 5º, da CF/88, sendo possível exigir do ente público a satisfação do direito FRANZONI, Júlia Ávila e LUFT, Rosangela M. *Onde mora o direito à moradia*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 967-988

Luft²⁷⁴ abordam o direito à moradia no que denominam de dimensão institucional, relativa à moradia nas políticas de Estado; dimensão normativa, onde cuidam da localização da moradia na ordem constitucional e, por fim, do marco normativo internacional à constitucionalização da moradia. Partindo da estrutura apresentada pelas autoras, que muito se aproxima da estrutura apresentada por outros autores ao analisarem a moradia como direito fundamental²⁷⁵, é possível observar extensa lacuna no tratamento da moradia. O questionamento central proposto é o nível de *justiciabilidade*²⁷⁶ do direito à moradia, sendo criticada a falta de políticas eficientes, bem como a competência concorrente da União, Estados e Municípios para o desenvolvimento urbano, nele incluída a habitação.

A crítica é pertinente e corresponde, infelizmente à nossa realidade. A ausência de um programa habitacional nacional eficiente, determina que ainda que existam programas pertinentes à construção de novas habitações²⁷⁷, não evoluímos muito na proteção adequada do direito à moradia em caráter universal, uma vez que tal distribuição se dá sempre em número menor do que o número de famílias necessitadas, ainda que só se considere o período posterior à Constituição Cidadã.

A responsabilidade do Estado é agravada se pensarmos que a ausência de adequada proteção à moradia não se dá somente na falta de construção de habitações suficientes a todas as pessoas que de alguma forma dependem de políticas assistenciais, mas especialmente em virtude do Estado adotar posição de aparente neutralidade em relação a temas que afetam direta ou indiretamente o direito de moradia, como se dá com o endividamento imobiliário. Essa realidade é evidenciada por Raquel Rolnik quando demonstra que a busca incessante de pessoas de baixa e média renda por financiamentos imobiliários, e consequentes endividamentos hipotecários só se deu na escala observada em diversos países nas

²⁷⁴ FRANZONI, Júlia Ávila e LUFT, Rosangela M. *Onde mora o direito à moradia*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 967-988.

²⁷⁵ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O Direito à moradia*. In Revista de Direito Privado. V. 2, 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais; SARLET, Ingo. *O Direito Fundamental à moradia na Constituição*. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, vol. III

²⁷⁶ As autoras utilizam o termo no sentido de possibilidade de exigibilidade judicial de moradia frente ao Estado.

²⁷⁷ Desde 2009 o Programa Minha Casa Minha Vida, instituído pela Lei 11.977 assumiu o protagonismo no auxílio à regularização fundiária promovendo a aquisição ou reforma de imóveis urbanos e rurais para famílias de baixa renda.

últimas décadas, em virtude de lhes serem bloqueadas outras formas de acesso à moradia, empurrando-as ao endividamento²⁷⁸.

O enfrentamento da questão da moradia a partir da responsabilidade do Estado, em vista de seu reconhecimento como direito fundamental social, não é suficiente à proteção efetiva do direito à moradia, que invariavelmente se desdobra no âmbito privado. Por certo a crise de moradia como sintoma da civilização capitalista é resultado do uso da propriedade imóvel como simples mercadoria e fonte de renda fundiária, aprofundando as desigualdades econômicas e sociais sempre existentes. O problema é enorme no que tange à falta de habitação, mas também é de extrema gravidade pela falta de infraestrutura em grande parte das moradias existentes, o que se dá pela ausência de instrumentos de regularização fundiária adequados, políticas públicas suficientes e vontade política, que se somam à reiterada afirmativa de falta de recursos públicos para o enfrentamento da questão. Ainda que a falta de recursos seja uma justa motivação sabemos que a realização plena de direitos sociais, especialmente aqueles que dependem da distribuição de recursos, e no caso presente da terra, teria que suplantar os interesses políticos dominantes de nossa sociedade²⁷⁹.

No entanto, nossa pesquisa não trilhará esses passos, que determinam riquíssimo, porém já conhecido debate sobre os entraves público/privados em torno da promoção de moradia adequada. Nossa lente de enfrentamento dos problemas de moradia será, portanto, a análise do implemento do direito *de moradia*²⁸⁰ a partir do adequado exercício do direito de propriedade privada de bens imóveis, de modo que o conteúdo normativo da moradia será analisado a partir da adequada e efetiva proteção que tem de ser dada ao direito *de moradia* nas relações privadas.

²⁷⁸ ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares*. A colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 41: “É importante assinalar que não teria sido possível criar e expandir o mercado de hipotecas nesta enorme escala se outras opções de acesso à moradia não tivessem sido bloqueadas. (...) Com o declínio do investimento estatal no setor de habitação social e o crescente foco na propriedade privada da casa – que também levou a uma diminuição no mercado privado de aluguel –, o acesso ao financiamento habitacional tornou-se vital para as famílias de baixa renda”.

²⁷⁹ Sobre a suposta dicotomia entre o econômico e o político na civilização capitalista, e falta de neutralidade do Estado, consultar capítulo 1, 1.2.

²⁸⁰ Em analogia ao tratamento que foi dado à propriedade pela Constituição da República, analisado no capítulo 2, sendo estabelecido o direito à propriedade como direito à aquisição, enquanto o direito *de propriedade* seria pertinente a propriedade já inserida no patrimônio do proprietário, aqui também se procurará tratar o direito à moradia como direito a ser exercido em face do Estado, para satisfação de direito social e direito *de moradia* a proteção da moradia já existente e consolidada.

Enquanto não são realizadas políticas públicas suficientes a promover, em caráter universal, o direito à moradia, aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, não poderão simplesmente renunciar ao exercício do direito de morar. É fato que a moradia adequada e digna acaba por não ser implementada, mas enquanto tal direito é sonogado a boa parte da sociedade, essas pessoas simplesmente o exercerão da forma que lhes for possível, nos limites que conseguirem implementar. Aqueles que não tem onde morar simplesmente existirão em algum lugar, permanecerão em algum lugar. Na busca incessante por perseverar, buscarão abrigo, se refugiarão onde lhes for possível, de modo que invariavelmente acabarão por esbarrar nos interesses de alguém, nascendo os conflitos privados em torno do espaço urbano.

Se por um lado é certo, como assevera Daniel Sarmiento²⁸¹, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais não permite que uma pessoa pobre possa exigir de um hospital particular o tratamento de saúde de que necessita, também é fato que não pretendemos sustentar que uma família desabrigada possa bater à porta de um particular e, ao fazê-lo, forçá-lo a lhe conceder abrigo e moradia. Todavia, não é em linhas tão absurdas, e nem tão violentas como tentam fazer crer aqueles que pretendem criminalizar movimentos sociais, que os conflitos de moradia no espaço urbano se desenham. O enfrentamento aqui proposto é, portanto, a análise do direito fundamental de moradia tendo por limites o conflito de moradia nas relações privadas. Buscaremos identificar, além do conteúdo da moradia enquanto direito fundamental, as consequências de seu reconhecimento como direito fundamental autônomo²⁸² e oponível a outros direitos nas relações privadas.

4.1

Moradia: de fato social a Direito Fundamental.

A busca por se fixar em um lugar e ter nele sua proteção e abrigo foi marca do ser humano, nas mais diversas culturas e momentos de desenvolvimento

²⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 345.

²⁸² A noção do direito fundamental de moradia como direito independente de quaisquer outros direitos como a propriedade, a posse ou posições contratuais será aprofundada ao final do capítulo no item 4.3

histórico. Como mencionou Rui Geraldo Camargo Viana, ao tratar do direito à moradia

“Direito natural do indivíduo, indispensável à proteção da vida, da saúde, da liberdade, em qualquer parte o homem procurou e construiu o seu abrigo, seja numa caverna, na copa de uma árvore, nos buracos das penhas e até mesmo no gelo, protegendo-se das intempéries e dos predadores”²⁸³.

Ao longo dos tempos as sociedades se transformaram, assim como as necessidades individuais. Concepções antes não pensadas, como as ideias de conforto e privacidade²⁸⁴ passam a integrar a subjetividade das sociedades, e transformam, consequentemente inúmeras estruturas sociais, dentre elas a noção de casa, de lar, de moradia. A ideia de moradia se modifica, de modo que seu significado social ou jurídico não pode mais ser identificado com a simples existência de um teto, ou abrigo. Seu conteúdo social passa a ser mais complexo, envolvendo não somente a relação com a casa, mas com o tecido social que se coloca em seu entorno, bem como seu conteúdo jurídico, transformando-a em direito.

Trata-se de um direito básico, essencial não somente em seu caráter jurídico de direito fundamental, mas no sentido de ser essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, das relações familiares, das relações sociais, de exercício básico do direito até mesmo à saúde e educação, pois sem moradia adequada dificilmente alguém conseguirá ter condições mínimas de saúde e acesso razoável à educação. Por que então tardiamente protegido juridicamente? Muitos podem ser os motivos para esse surgimento tardio da menção expressa ao direito à moradia²⁸⁵. Talvez por ser a crise de moradia, como defendemos na parte inicial dessa pesquisa, um

²⁸³ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O Direito à moradia*. In Revista de Direito Privado. V. 2, 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9.

²⁸⁴ Sobre a noção de conforto desenvolvida a partir da perspectiva burguesa, consulte-se: MORETTI, Franco. *O Burguês: entre a história e a literatura*. São Paulo: Três Estrelas, 2014. Sobre as transformações da noção de privacidade, consulte-se: RODOTÀ, Stefano. *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della conferenza Internazionale sulla protezione dei dati*. Disponível em <https://www.garanteprivacy.it>.

²⁸⁵ O direito à moradia só é previsto como direito fundamental expressamente na Constituição da República de 1988 em 2000, em virtude da emenda constitucional n. 26. No cenário internacional o direito à habitação é disposto expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948, onde dispõe no art. XXV: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

sintoma da predominância do modo de produção capitalista. Talvez por ser relevante tratar do direito à moradia somente a partir da valorização de princípios como a dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, inserindo-os no Estado social-democrático de direito. Sem pretensão de análise histórica, essa reflexão apresenta-se relevante para que reconheçamos que, além de sua previsão expressa ser relativamente recente, não conta com conteúdo claro descrito na Constituição, que venha sendo exigido coercitivamente, e talvez por isso, não conte também com mínima eficácia²⁸⁶.

Podemos afirmar, com certa tranquilidade, que muito avançamos na tutela da pessoa humana em relação à sua autonomia privada e proteção. Temas como a privacidade, questões de gênero e questões atinentes ao biodireito evoluíram muito ainda que a partir de rol não exaustivo de direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, e direitos da personalidade relacionados no Código Civil. Porém, não podemos afirmar o mesmo em relação a direito tão basilar: o de ter um teto adequado sob o qual todos os demais componentes da personalidade possam ser desenvolvidos, inclusive a vida. Se a moradia tardou a ser incluída expressamente dentre os direitos fundamentais, ainda não foi expressamente incluída no tratamento jurídico das situações jurídicas privadas. Sua proteção, quando se dá nas relações jurídicas privadas, se dá de forma subsidiária²⁸⁷.

Essa constatação demonstra a necessidade de analisar o direito fundamental à moradia, e consequentemente os direitos *do morador*. O direito à moradia é incluído no rol dos direitos fundamentais sociais do art. 6º, da Constituição da República de 1988 pela Emenda Constitucional n. 26 de fevereiro de 2000, somente doze anos após a promulgação da Constituição Federal. Há certo consenso, contudo, de que a moradia, mesmo antes de ser incluída expressamente no rol dos direitos fundamentais sociais já poderia ser concebida como direito protegido

²⁸⁶ A ineficácia do direito à moradia é observada não somente em países com problemas sociais e econômicos similares ao Brasil, como apontado em MADDEN, David & MARCUSE, Peter. *En Defensa de La Vivienda*. Traducción: Violeta Arranz. Madrid: Capitán Swing Libros, p. 208; DARNER, José María Moltó. *Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI*. In *Derecho a la vivienda y Función social de la propiedad*. Pamplona: Editorial Arranzadi, p. 42.

²⁸⁷ Sobre a proteção do morador no direito civil, ver item 4.2 deste capítulo.

constitucionalmente²⁸⁸. Ingo Sarlet²⁸⁹, além de vislumbrar a proteção à moradia pelo texto constitucional, mesmo antes da emenda constitucional n. 26, de 2000, na proteção de diversos direitos a ela relacionados, reconhece a proteção à moradia como direito diretamente derivado da dignidade da pessoa humana, quando afirma:

“Para além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade”²⁹⁰.

Além de se entender que na Constituição Federal de 1988 a moradia já estaria concebida como direito fundamental em decorrência da dignidade da pessoa humana, sua proteção, antes de sua inclusão expressa no rol dos direitos fundamentais sociais, estaria assegurada em virtude da adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais da ONU de 1966, que prevê em seu art. 11 o direito à melhoria constante da qualidade de vida, inclusive com acesso à moradia adequada²⁹¹. O reconhecimento de que o déficit de moradia é resultado de reiteradas violações de direitos fundamentais e da desigualdade social e econômica, com sua consequente proteção, não somente no Brasil, mas em âmbito internacional, acontece no momento de disseminação

²⁸⁸ Reconhecendo expressamente a tutela constitucional do direito à moradia mesmo antes de sua inclusão no rol de direitos fundamentais: SARLET, Ingo. *O Direito Fundamental à moradia na Constituição*. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, vol. III, p. 692; VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O Direito à moradia*. In Revista de Direito Privado. V. 2, 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9-16.

²⁸⁹ SARLET, Ingo. *O Direito Fundamental à moradia na Constituição*. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, vol. III, p. 691-692: “já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos, seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para ‘promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico’ (art. 24, IX, CF/1988), seja quando no art. 7º, IV, CF/1988 definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, 170, III e 182, § 2º, CF/1988), bem como a previsão constitucional do usucapião especial urbano (art. 183, CF/1988) e rural (art. 191, CF/1988), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional”

²⁹⁰ SARLET, Ingo. *O Direito Fundamental à moradia na Constituição*. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, vol. III, p. 692.

²⁹¹ O Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 é incorporado ao direito brasileiro em 1992, pelo Decreto 591, e dispõe em seu art. 11: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”.

do constitucionalismo social, onde os valores individualistas são relativizados, dando lugar a sua interpretação em atenção aos valores de bem estar social.

Deve ser ressaltado, contudo, que a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais, não representa mero formalismo. Se podemos afirmar que suas raízes de proteção já se encontravam estabelecidas no texto constitucional desde 1988, sua previsão expressa como direito fundamental social a eleva não somente a direito inafastável pelo constituinte derivado, eis se tratar de cláusula pétrea²⁹², mas direito passível de se contrapor, em pé de igualdade, a outros direitos fundamentais, tais como a propriedade. Ao trata-la como direito fundamental, pretendemos demonstrar que o direito à moradia, que é condição de existência e efetivo exercício de outros direitos fundamentais, como direito à saúde, à educação, e a efetiva existência de dignidade humana, deve possuir concretude de proteção.

No plano internacional, além dos pactos e declarações internacionais sobre direitos sociais, econômicos e culturais promovidos pela ONU desde 1948²⁹³, que buscam promover e comprometer os Estados signatários, o direito à moradia goza de proteção constitucional em outros países, a exemplo da Espanha, Portugal e Argentina²⁹⁴. Interessante observar, contudo, e talvez aproveitar o exemplo estrangeiro, é o fato de que as constituições estrangeiras são expressas em estabelecer um conteúdo mínimo. Enquanto a Constituição brasileira limita-se em prever o direito à moradia dentre os direitos fundamentais sociais e econômicos, a Constituição Espanhola não só menciona o direito de todos à moradia digna, como também determina a existência de legislação capaz de promover o direito em caráter universal e barrar a especulação imobiliária²⁹⁵. Do mesmo modo, tal proteção na Constituição Portuguesa se dá de modo detalhado, no sentido de

²⁹² Art. 60, § 4º, CF/1988: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”.

²⁹³ Art. 25, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; art. 43 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990.

²⁹⁴ Art. 14 da Constituição Argentina; art. 47 da Constituição Espanhola; art. 65 da Constituição Portuguesa; A constituição Italiana não se refere expressamente à moradia, mas garante como direito individual o acesso à propriedade (art. 42); e recursos mínimos à existência livre e digna ao dispor sobre a remuneração do trabalho (art. 36); A Constituição Alemã prevê medidas de fomento a moradia social e para sanar escassez de moradias, a exemplo da norma que excepcional a inviolabilidade de domicílio (art. 13).

²⁹⁵ Art. 47, da Constituição Espanhola: “Todos os espanhóis têm direito a desfrutar duma habitação digna e adequada. Os poderes públicos promoverão as condições necessárias e estabelecerão as normas pertinentes para tornar efectivo este direito, regulando a utilização do solo de acordo com o interesse geral para impedir a especulação. A comunidade participará nos lucros que produza a acção urbanística dos organismos públicos”.

especificar mecanismos de promoção efetiva de acesso à moradia, que deve ser proporcionado pelo Estado²⁹⁶.

O maior detalhamento de seu conteúdo indubitavelmente facilita a proteção e promoção da moradia em caráter universal²⁹⁷, pois ao não se estabelecer condições mínimas de moradia adequada, poder-se-ia crer que aqueles que vivem em casas absolutamente desprovidas de condições mínimas de dignidade, estariam com seu direito satisfeito, simplesmente por terem um teto. Todavia, ainda que na Constituição brasileira o direito à moradia não seja detalhado, não havendo referência a atributos como adequação ou dignidade, tal conteúdo será estabelecido a partir da concepção complexa da moradia: não simplesmente um teto para morar, mas um local para desenvolver plenamente a personalidade e suas relações familiares, fundado na dignidade da pessoa humana.

Se por um lado pode-se afirmar que o direito tutelado pela Constituição Federal de 1988 é o direito à moradia adequada, em vista do ordenamento jurídico brasileiro ter incorporado o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966²⁹⁸, a noções de moradia digna ou moradia adequada também podem ser extraídas do fato de ter de ser garantida a todos em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Se antes de sua inclusão expressa no texto constitucional, dentre os direitos fundamentais sociais, o direito à moradia podia ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana e ser fundamento do Estado Democrático de Direito²⁹⁹, após sua disposição expressa, seu conteúdo passa a ser construído a partir da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana será responsável por moldar os direitos sociais e estabelecer sua intensidade. Os direitos sociais têm suas raízes de nascimento na

²⁹⁶ Art. 65, da Constituição Portuguesa, sobre Habitação e Urbanismo determina que: “1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar; 2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais; c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respetivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução. 3. O Estado adotará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria”.

²⁹⁷ Em sentido contrário, posiciona-se SARLET, Ingo. *O Direito Fundamental à moradia na Constituição*. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, vol. III, p. 698, o autor entende que a ausência de adjetivo à moradia, como “moradia adequada” ou “moradia decente” na linha do ocorre em documentos internacionais, seria benéfico, pois a ausência de exigências em torno da qualidade da moradia, faria com que se pudesse restringir exageradamente o objeto da moradia ou deixa-lo subordinado a atuação do proprietário.

²⁹⁸ Dec. 591 de 1992

²⁹⁹ art. 1º, inciso III, CF/1988.

observância da dignidade da pessoa humana, determinando a necessidade de se estabelecer a todos um mínimo existencial, a fim de que lhes seja garantida vida digna. Nas palavras de Ingo Sarlet “a noção de um mínimo existencial na seara dos direitos sociais revela a íntima correlação entre os conceitos de dignidade da pessoa humana e de justiça social”³⁰⁰. Nesse sentido, a garantia de direitos sociais, tais como saúde e moradia, deve se dar a fim de se estabelecer o mínimo para uma vida digna. Ao assegurar-se moradia, deve-se fazê-lo de modo que a pessoa ao ter uma *casa* possa nela se constituir efetivamente como pessoa, sozinha ou com sua família, no sentido mais amplo de família, e lá possa ter condições plenas de desenvolver todos os outros direitos fundamentais e da personalidade, que apesar de independentes, sem moradia digna se tornam inviáveis³⁰¹.

A noção de moradia digna ou adequada, portanto, deve ser construída a partir do direito de acesso à moradia que permita à pessoa o exercício dos demais direitos fundamentais. Como pensar em vida saudável se for negado ao indivíduo local de moradia ou ainda se em sua moradia não chegar água tratada, ou lhe faltar saneamento básico? Como pensar no exercício do direito à educação se a criança nascer e se desenvolver em um lugar sem infraestrutura mínima, ou sem acesso à escola? Como pensar em direitos ainda mais sofisticados como proteção da privacidade e livre desenvolvimento da personalidade, se o ambiente primeiro de desenvolvimento do indivíduo não for minimamente saudável, proporcionando-lhe condições para tal? O acesso à moradia, portanto, torna-se condição de exercício de outros direitos fundamentais e direitos da personalidade.

A partir dos valores que fundamentam o direito à moradia, bem como aqueles que lhes dão forma, é possível estabelecer seu conceito. *O direito à moradia é direito social existencial fundamental, que depende para seu exercício de garantia de acesso a imóvel próprio ou alheio destinado a esse fim.* O enquadramento do direito à moradia na categoria de direito existencial é fundamental a fim de que se possa, ao confrontá-lo, nos casos de

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 10 ed., 2015, p. 138.

³⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 10 ed., 2015, p. 137. Ao tratar da relação dos direitos fundamentais sociais com a dignidade da pessoa humana, o autor explica que os direitos devem ser garantidos “não como um conjunto de prestações suficientes, apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital), mas sim, bem mais do que isso, ou seja, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra, ou mesmo daquilo que outros tem designado de uma vida boa”. Especificamente sobre o direito de moradia, SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito fundamental à moradia na Constituição*, p. 700: “na interpretação do conteúdo de um direito à moradia, há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências postas pela Organização Mundial de Saúde, no sentido de um completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita a mera existência e sobrevivência física”

conflitos com outros direitos fundamentais, especialmente a propriedade, atribuir-lhe o efetivo valor³⁰². Essa tarefa, contudo, não é simples, e os resultados observados a partir dos conflitos proprietários e possessórios, em torno de bens imóveis destinados à residência nos demonstram que nem sempre o efetivo valor do direito à moradia é observado³⁰³. Para tanto é necessário: a) avaliar o âmbito de proteção do direito à moradia; b) observar a proteção dos direitos de moradia e de propriedade a partir dos princípios da função social e da solidariedade social.

Em trabalho que serve de base para inúmeros autores que cuidam da disciplina de direitos fundamentais³⁰⁴ Robert Alexy ao estruturar os direitos fundamentais como direitos subjetivos³⁰⁵ estabelece que os direitos fundamentais possuem concepções negativas, que garantem aos titulares direitos de defesa, e concepções positivas, assegurando-lhes a promoção do direito³⁰⁶. Para a dimensão negativa do direito Alexy afirma a possibilidade de exigir a abstenção contra o direito em questão, enquanto em sua dimensão positiva, estabelecer-se-ia o direito a prestações. Considerando que nosso enfoque se encerra, exclusivamente, nas relações jurídicas entre particulares, não cuidaremos da exigibilidade do direito à moradia passível de ser exercida frente ao Estado. Dentre as dimensões atribuídas por Alexy nos interessa o aspecto defensivo, ou negativo. Em seu aspecto de defesa, o autor propõe que o direito de defesa se estabeleça em três vertentes distintas: a) direito ao não embaraço de ações; b) direito à não afetação de características e situações e c) direito à não eliminação de posições jurídicas³⁰⁷.

Na esteira do direito de defesa, a sua aplicação seria a possibilidade de proteção, em face do Estado ou de terceiro, da situação jurídica de moradia. Se, portanto, o pleito de prestações positivas para a satisfação de direitos fundamentais sociais só pode ser dirigido

³⁰² Ainda que o direito à moradia se efetive necessariamente sobre bem imóvel, e os bens imóveis sejam submetidos a regime de alienação e fruição capitalista, originando renda fundiária, o direito à moradia não pode ser concebido simplesmente como direito patrimonial. Assim como outros direitos sociais, a exemplo de saúde e educação, que podem ser providas pelo setor privado e a partir de prestações de serviços particulares, com valor econômico estabelecido, o conteúdo econômico não exclui o caráter existencial. Atribuímos categoria de direito existencial à moradia, em virtude de sua inerente relação com os atributos da personalidade e sua fundamentalidade para seu livre desenvolvimento.

³⁰³ MILANO, Giovanna Bonilha Milano. *Conflitos Fundiários Urbanos e Poder Judiciário*. Curitiba: Íthala, 2017. Colocar referência do prejuízo da moradia nos conflitos em torno da terra.

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *O Direito fundamental à moradia na Constituição*, p. 703; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 334.

³⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 187 e seguintes

³⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 194 e seguintes.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 197-200.

ao Estado, pois seria inviável que o particular pudesse pleiteá-los em face de outro particular, no âmbito do direito de defesa, na proteção da situação jurídica de moradia, na qualidade de direito fundamental social, poderá ser dirigida tanto ao Estado, quando ilegítimamente violar o direito, como ao particular, quando um conflito privado puser em risco o direito fundamental social em questão. Na forma do que determina o § 1º, do art. 5º da Constituição da República de 1988 “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, sejam elas direitos fundamentais individuais ou sociais. Nesse sentido, pronuncia-se Ingo Sarlet não somente sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais, como também em sua aplicabilidade entre particulares³⁰⁸:

“Justamente na esfera dos direitos de defesa, é possível afirmar que a norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Carta Magna, tem por objetivo precípuo oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade integral em juízo³⁰⁹”.

A eficácia horizontal³¹⁰ dos direitos fundamentais, inclusive em relação aos direitos fundamentais sociais e econômicos, dentre eles o direito de moradia, é consequência lógica do sistema de proteção de direitos fundamentais. Nas palavras de Daniel Sarmento:

“parece-nos possível advogar que, no tocante à dimensão defensiva, não existe qualquer argumento a priori que justifique a exclusão da aplicação direta dos direitos sociais sobre as relações entre particulares, dentro dos mesmos limites e condições válidas para eficácia horizontal dos direitos individuais”³¹¹.

Estabelecida a eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que tange ao direito de moradia, o questionamento que pode surgir é sobre a possibilidade de recaírem sobre um particular os ônus decorrentes da proteção do direito de moradia de outrem. Dentre as milhares de situações concretas que podem surgir, algumas especificamente podem representar o sacrifício de outro direito fundamental em prol da moradia. Sem que se possa esgotar a matéria, de todas as situações em que a moradia possa confrontar outros

³⁰⁸ Sobre a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, SARLET, Ingo Wolfgang, *O Direito fundamental à moradia na Constituição*, p. 717 afirma não só a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, como a aplicação do princípio da proporcionalidade quando em colisão direitos fundamentais de titulares diversos.

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *O Direito fundamental à moradia na Constituição*, p. 714

³¹⁰ No mesmo sentido, posiciona-se ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 528: “Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita”.

³¹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 335.

direitos, podemos exemplificar os conflitos onde a moradia é tema central de debate na situação do devedor que alega a impenhorabilidade do bem de família³¹², eventualmente prejudicando o crédito; ou a situação do viúvo ou viúva, que se mantém no imóvel de moradia do casal, após a morte de seu cônjuge ou companheiro, em virtude do direito real de habitação, prejudicando eventualmente o direito de propriedade e de herança dos herdeiros do falecido³¹³; ou ainda, no conflito possessório ou proprietário em que de um lado exista alguém em busca da defesa de seu direito fundamental *de* moradia e de outro alguém que busca a satisfação da proteção judicial de seu direito de propriedade.

Todas as situações suscitam questionamento por parte daqueles de pensamento individualista mais exacerbado. Contudo, nas situações pertinentes ao bem de família, seja legal ou convencional, bem como o direito real de habitação do viúvo ou viúva, a existência de previsão legal faz com que a eficácia de proteção ao direito fundamental de moradia seja maior³¹⁴. No entanto, quando se trata da moradia desprovida de um instituto de direito privado que a legitime, que deva ser protegida como direito fundamental social, as dificuldades de implementação se avolumam. Apesar dos diversos casos emblemáticos em que a moradia fora vencedora frente ao direito de propriedade³¹⁵ serem reportados, em verdade são raras as situações em que a moradia é efetivamente protegida como direito autônomo³¹⁶; na maior parte das vezes a moradia se apresenta como fundamento e elemento que qualifica determinado pleito, normalmente de aquisição da propriedade, como as mais diversas formas de usucapião que valorizam a posse destinada à moradia.

Para estruturar o direito fundamental de moradia como direito efetivamente autônomo, que possa ser protegido com maior grau de eficácia, assim como se dá

³¹² A impenhorabilidade do bem de família do devedor tem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro na modalidade de bem de família legal ou convencional. O bem de família legal é disposto pela Lei 8.009/1990, sendo garantia conferida a qualquer pessoa, independente de manifestação de vontade, sobre o bem imóvel destinado a moradia da família. O bem de família convencional tem previsão nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil, dependendo de manifestação de vontade para sua constituição.

³¹³ Direito fundamental de propriedade é disposto no art. 5º, inciso XXII da CF/1988; o Direito Fundamental de Herança é disposto no art. 5º, inciso XXX da CF/1988.

³¹⁴ Sobre o morador no direito privado, consulte os tópicos seguintes.

³¹⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 336.

³¹⁶ Sobre a moradia como direito autônomo, confira itens 4.2 e 4.3 deste capítulo.

com outros direitos fundamentais sociais³¹⁷, seja inserido em relação contratual, seja em conflito social desprovido de outro instituto jurídico, é de fundamental importância, analisá-lo a partir do princípio da solidariedade social.

Dito de outro modo, o que justifica a interferência na seara jurídica de determinada pessoa, em virtude da proteção do direito fundamental de moradia de outra, em última análise é a existência de situação jurídica concreta, na qual em virtude das peculiaridades do caso³¹⁸, a moradia deva prevalecer, em decorrência do princípio da solidariedade social associado à função social do bem destinado à moradia³¹⁹.

Antes de analisar a eficácia do princípio da solidariedade social sobre o direito fundamental de moradia é importante contudo observar que a análise de eventual conflito do direito de moradia com outro direito, em especial o direito de propriedade, deve ser observado a partir da verificação de cumprimento de função social da posse/propriedade associada às consequências de aplicação do princípio da solidariedade social. Essa afirmativa é de extrema relevância em virtude de nosso sistema jurídico infraconstitucional ser extremamente conservador, ainda que se tenha um sistema de direitos fundamentais sociais apto à aplicabilidade. Deve-se atentar para o risco de requisitos serem extremamente gravosos à proteção da moradia. Explicamos. As interferências jurídicas que a proteção de direitos

³¹⁷ Quando o conflito envolve outros direitos sociais, como o direito à educação ou à saúde, observa-se tutela mais eficaz. Tratando-se de direito à educação, por exemplo, se eventualmente em relação contratual de prestação de serviços educacionais o aluno, seja criança adolescente ou adulto, restar inadimplente com suas mensalidades escolares, não lhe será vedada a prática de qualquer ato acadêmico ou obtenção de quaisquer documentos em virtude de inadimplência, durante o ano letivo, nos termos do art. 6º, da lei 9.870/1999 que prevê “São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias”. Apesar de resguardado o direito de crédito, o direito à educação é preservado, não sendo sacrificado em nome de direito contratual.

³¹⁸ Importante observar que não pretendemos defender de forma cega que o direito fundamental à moradia seja concebido como direito absoluto que não se curve em nenhuma hipótese a outros direitos. Existirão casos em que inobstante existir o conflito propriedade x moradia, na hipótese concreta poder-se-á observar que a propriedade seja para o proprietário o meio último de realização de sua personalidade e satisfação de direitos existenciais, enquanto aquele que se coloca amparado no direito fundamental à moradia possa prover sua moradia sem dependência de outro ou da sociedade, motivo pelo qual, neste caso, por exemplo, a solidariedade social, bem como a função social serão competentes a proteger a propriedade. Sobre os paradigmas de proteção do direito de propriedade frente ao direito à moradia, consultar item 4.3 deste capítulo.

³¹⁹ Sobre as diferentes perspectivas da função social da propriedade, consultar item 2.5 do capítulo 2.

fundamentais sociais em relações privadas podem causar, podem nos levar a equivocadas interpretações, e gerar maior ineficácia dos referidos direitos.

Ao tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, Daniel Sarmento, em importante trabalho sobre o tema, afirma que:

“o primeiro requisito para o reconhecimento de uma vinculação do particular a determinada obrigação positiva, decorrente de um direito social, diz respeito à existência de alguma conexão entre a relação jurídica mantida pelas partes e a natureza da obrigação jusfundamental em discussão”³²⁰.

Tal requisito, apontado pelo autor como a existência de conexão entre as partes, expressa por relação jurídica, em regra existirá de forma nítida em relação a outros direitos sociais, a exemplo do contrato de prestação de serviços de saúde, que se dá entre o consumidor e a empresa de planos de saúde, ou do aluno, com a instituição de ensino, na prestação de serviços educacionais. Em nosso campo de análise, também haverá relação jurídica nítida nas disputas em torno da moradia nas relações locatícias, ou quando invocada a impenhorabilidade do bem de família, ou ainda quando requerida a observância do direito real de habitação para o cônjuge ou companheiro sobrevivente. Por outro lado, existem situações em que o conflito entre as partes, corriqueiramente denominado de conflito possessório ou proprietário, se dá sem que exista uma conexão ou relação jurídica prévia entre elas. Pelo contrário, eventual conexão entre as partes se inicia a partir da ocupação de imóvel por determinada pessoa para sua moradia, sendo repelido pelo proprietário registral do bem. Não haverá nesta hipótese relação jurídica pré-existente entre o ocupante e o proprietário, o que poderia indevidamente inviabilizar a proteção do direito fundamental de morar.

Diante disso, com todas as vênias, preferimos adotar posição de que, dada a complexidade dos direitos fundamentais sociais, não nos será possível estabelecer requisitos específicos à proteção adequada aos direitos fundamentais em jogo entre particulares, com base em relação jurídica prévia, sob pena de deixar de protegê-los adequadamente. Deste modo nos limitaremos, por ora, a cuidar do princípio da solidariedade social como fundamento de eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, dentre eles o direito de moradia. Posteriormente

³²⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 344.

enfrentaremos os paradigmas que devem servir de base ao enfrentamento dos conflitos em torno da moradia.

4.1.1 Solidariedade

A solidariedade, como demonstrado por Maria Celina Bodin de Moraes³²¹, com exceção do direito obrigacional, não possuía conteúdo jurídico, contando simplesmente com conteúdo social. A qualidade de ser solidário em princípio é facultativa, sendo demonstrado pela Autora o aspecto caritativo e de filantropia que desponta da solidariedade. No entanto, a solidariedade ganha novos contornos a partir da Constituição da República de 1988. O princípio da solidariedade social, derivado dos objetivos fundamentais da República, descritos no art. 3º, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, passam a integrar o ordenamento jurídico não mais como valores sociais e opcionais, mas especialmente dotada de valor jurídico. A transformação da solidariedade de valor social a valor jurídico implica, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, no fato de que:

“o ato beneficente, ou caritativo, permanece sempre como uma liberalidade, uma opção que diz respeito apenas à consciência, não se concebendo em termos de obrigação a não ser moral; ao passo que a solidariedade, nos termos invocados pelo constituinte, é um dever de natureza jurídica”³²².

Se há certo consenso no fato de que o princípio da solidariedade social é fundamento da aplicação horizontal dos direitos fundamentais sociais³²³, acreditamos que ainda exista certa dificuldade em se determinar os exatos termos de que tipo de implicação o princípio da solidariedade é capaz de criar individualmente. Se pensarmos na solidariedade aplicada em termos coletivos, vislumbrar o dever de todos em pensar e atuar em prol do coletivo abstratamente, é

³²¹ MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. In: Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional.

³²² MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. In: Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional, p. 244.

³²³ MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. In: Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional, p. 256 e seguintes; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 332 e seguintes.

tarefa fácil não só no discurso, como também no mundo das ideias. Afirmar que o princípio da solidariedade social e o princípio da função social da propriedade determinam que a propriedade não possa ter um uso individualista e egoístico, é tema recorrente e de fácil desenvolvimento nas mais diversas obras sobre o tema³²⁴, após a Constituição Federal de 1988. Mas acreditamos que, para que a moradia seja protegida em caráter universal, é preciso mais. É preciso que o princípio da solidariedade social, interpretado conjuntamente à função social da propriedade, seja capaz de dar sustentação jurídica a proteger alguém que precise de determinado bem para morar, vislumbrando-se a moradia como direito autônomo, sobrepondo-se, enquanto direito existencial, a outros direitos patrimoniais que eventualmente a ele se contraponham, como o direito de crédito ou o direito de propriedade³²⁵.

A obrigação, agora pertencente a todos, de atingir os objetivos da república, ampliando e melhorando as condições jurídicas de toda sociedade, faz com que cada um, inserido em uma situação jurídica qualquer, deva exercer seus direitos de forma compatível com a solidariedade social. Exemplificando, se em virtude da boa-fé objetiva um contratante deve se preocupar não somente com seus interesses, mas especialmente com os interesses do contrato, os interesses de ambas as partes, agindo objetivamente de modo a promover e assegurar a satisfação de todos os interesses envolvidos no negócio, o mesmo deve acontecer com o princípio da solidariedade.

Ao se deparar com situação jurídica na qual o exercício de um direito, ainda que legítimo, possa violar um direito fundamental social de determinada pessoa, o conflito não pode ser resolvido simplesmente tendo por base o exercício regular de um direito. O conflito deve ser resolvido ponderando-se o necessário respeito à solidariedade social. Nesse contexto, a solidariedade será um dos pilares de

³²⁴ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O Direito à moradia*. In Revista de Direito Privado. V. 2, 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9-16; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 332 e seguintes.

³²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *O Direito fundamental à moradia na Constituição*, p. 698 ao mesmo tempo que enuncia o direito à moradia como direito autônomo, o coloca como limitador ao direito de propriedade, o que sem dúvida lhe retira protagonismo e importância no âmbito do ordenamento jurídico: “o direito à moradia - convém frisá-lo - é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios (...) a conexão com o direito a uma existência digna, o direito à moradia poderá assumir, em diversas situações, posição preferencial em relação ao direito de propriedade, no mínimo para justificar uma série de restrições a este direito, que, de resto - e de acordo com previsão constitucional expressa o encontra-se limitado pela sua função social, de tal sorte que, já há algum tempo - expressiva doutrina sustenta que apenas a propriedade socialmente útil (isto é, que cumpre sua função social) é constitucionalmente tutelada”

formulação dos parâmetros que pensamos necessários para o enfrentamento dos conflitos em torno da moradia. Em outras palavras, é o que aponta Maria Celina Bodin de Moraes quando afirma que:

“Não se trata, como já se advertiu em outra oportunidade, somente de impor limites à liberdade individual, atribuindo inteira relevância à solidariedade social ou vice-versa: o princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica protegida”³²⁶.

Até aqui, pela análise do direito de moradia em sua condição de direito fundamental, associado ao princípio da solidariedade social, podemos estabelecer algumas premissas: a) nosso sistema jurídico econômico outorga a todos o direito de se constituir proprietário (direito à propriedade); b) aqueles que são proprietários têm o direito de se manter nessa condição (direito de propriedade); c) o regime jurídico de exercício de poder sobre o solo é predominantemente o regime jurídico de propriedade privada imobiliária; d) o exercício do direito à moradia depende do acesso a imóvel urbano ou rural destinado à habitação; e) a disposição do direito fundamental social à moradia deve garantir a todos o direito de acesso a imóvel, urbano ou rural, destinado à habitação.

A partir dessas premissas, podemos perceber que se frente ao Estado o cidadão poderá exigir, em caráter prestacional, seja-lhe garantido direito à moradia, nas relações privadas, o caráter de defesa do direito fundamental social em questão, deve garantir ao particular a proteção do direito *de* moradia. Apesar do constituinte originário ou derivado não ter detalhado a moradia nesses termos, cremos que podemos afirmar que se em face do Estado o cidadão pode pleitear a satisfação de seu direito fundamental à moradia, a partir de políticas públicas e legislação promocional. Entre particulares, a pessoa pode proteger seu direito de moradia. Pode manter sua situação jurídica, garantindo-lhe um mínimo existencial. Nos mesmos termos que um morador proprietário poderá sacrificar o crédito de seu credor em prol da proteção de seu direito de morar com dignidade. O morador não proprietário deve ter a seu favor a proteção de sua moradia digna, ainda que tal

³²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. In: Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional, p. 264-265.

proteção sacrifique o direito patrimonial de outrem. Para tanto nos será necessário compreender quem é o morador no direito privado.

4.2

O morador no Direito Privado.

Tratar do morador no direito privado, especificamente no Direito Civil, é de extrema complexidade, pois enquanto existe o sujeito proprietário, sujeito possuidor, o credor, o locador, o locatário, o comodatário e tantos outros sujeitos, titulares de situação jurídica ativa ou passiva, o sujeito morador simplesmente não existe no Direito Civil. A propriedade, a locação, o comodato, a posse, são institutos jurídicos de direito privado. Tutelados pelo direito civil, conferem a seus titulares um rol, exaustivo ou não, a depender do direito, de faculdades jurídicas e situações jurídicas a serem protegidas. A moradia não consta dos institutos jurídicos tutelados pelo direito privado. No âmbito do Direito Civil, a moradia se apresenta exclusivamente como fundamento jurídico ou valor que qualifica certos institutos, tal qual se dá na usucapião, onde a função social qualificada pela posse pró-moradia determina a redução de prazos para a aquisição da propriedade por usucapião³²⁷. No entanto, aqui não nos interessa analisar as formas de aquisição da propriedade por usucapião, ou a tentativa de satisfação do direito de moradia através de outros

³²⁷ O prazo da usucapião extraordinária é reduzido quando o bem é destinado à moradia, na forma do parágrafo único do art. 1.238 do CC: “O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”; Do mesmo modo a moradia é elemento de redução da usucapião ordinária, junto de outros requisitos, na forma do parágrafo único do art. 1.242 do CC: “Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico”. Ademais, a moradia é requisitos das modalidades de usucapião especial e a denominada usucapião familiar, previstas nos artigos 1.239, 1.240 e 1.240-A todos do Código Civil. Art. 1.239 do CC: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”; art. 1.240 do CC: “Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”; art. 1.240-A do CC: “Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

instrumentos como eventualmente o direito de superfície ou o direito de laje³²⁸, mas especialmente a moradia como direito autônomo.

Antes de passar a tratar do assunto, vale o alerta: a moradia não pode ser tratada como valor subjacente e relacionado à propriedade. Se evoluímos no campo dos direitos existenciais, reconhecendo e protegendo direitos da personalidade, mesmo que, por vezes, não dispostos expressamente no Código Civil, devemos também evoluir, incluindo a moradia entre os direitos tutelados pelo direito civil, na qualidade de direito existencial³²⁹, que acaba negligenciado por depender de garantia de acesso a bem imóvel para sua eficácia. Para tanto é fundamental analisar o âmbito de proteção do direito *de* moradia, nas situações em que o direito privado faz prevalecer a moradia em detrimento de outros direitos, para então estabelecer o âmbito de proteção da moradia como direito autônomo³³⁰.

4.2.1

Morador titular de direito real: propriedade, bem de família e direito real de habitação.

Quando afirmamos que o *morador* não é tutelado no direito civil, não significa dizer que a moradia é valor absolutamente ignorado, mas sim, como mencionado anteriormente, que a moradia não é protegida em dimensões suficientes, ou como instituto autônomo. Todavia, a proteção outorgada à moradia pelo Direito Civil é de extrema relevância, seja para ampliar sua base de proteção, seja para que se possa identificar criticamente os equívocos escamoteados por trás

³²⁸ A atribuição de direitos reais como o direito de superfície, incluído inicialmente no Estatuto da Cidade no art. 21 e seguintes e posteriormente no art. 1.369 e seguintes do Código Civil, ou direito de laje, disposto no art. 1.510-A do Código Civil, por certo podem promover a função social da propriedade, e consequentemente a moradia. No entanto, na forma em que foram previstos na legislação, especialmente o direito de laje supervaloriza o direito de propriedade, dependendo para existir, que o direito real de laje seja constituído a partir do direito de propriedade registral, deixando à margem de proteção enorme número de pessoas que vivem em áreas onde a informalidade prevalece.

³²⁹ Inobstante ao direito de moradia depender de acesso a bens mínimos suficientes para seu implemento, o bem jurídico protegido ao ser tutelada a moradia não é patrimonial. O acesso à moradia digna é direito existencial, relacionado ao livre desenvolvimento da personalidade humana, condição mínima à vida com dignidade.

³³⁰ Pelas limitações naturais da presente pesquisa, não será possível analisar os diferentes institutos que de forma direta ou indireta tem por escopo a proteção do direito de moradia, através da constituição de direitos reais sobre bem imóvel, tais com usucapião, direito de superfície, direito de laje, usufruto, etc.

de suposta proteção de moradia. É possível reconhecer a proteção do direito fundamental de moradia a titulares de direitos reais sobre o bem destinado à habitação em alguns institutos de direito civil. São eles o bem de família, convencional ou legal, invocado para determinar a impenhorabilidade do bem destinado à habitação, e o direito real de habitação, determinado em benefício do cônjuge ou companheiro sobreviventes, quando do falecimento do outro cônjuge ou companheiro, sobre o imóvel de moradia do casal, desde que atendidos alguns requisitos.

É inegável que o instituto da impenhorabilidade do bem de família, especialmente o bem de família legal, como analisaremos a seguir, volta-se à proteção do direito de moradia, sendo extremamente necessário e louvável. No entanto, a proteção da moradia do devedor proprietário frente a ausência de proteção de moradia em outras situações concretas nos induz a concluir que o Direito Civil, ainda marcado por uma herança patrimonialista, não hesita em proteger a moradia do proprietário, com vistas a proteger na verdade a propriedade do devedor, e não exatamente o direito fundamental de moradia. Essa conclusão, em pesquisa que busca a mais ampla tutela do direito fundamental à moradia, poderia parecer contraditória. No entanto, sua constatação se dá pelo fato de por vezes o bem de família não se prestar à proteção da moradia, para na verdade proteger a propriedade do credor, como se dá com a penhorabilidade do bem de família do fiador de relação locatícia.

Por outro lado, no que tange ao direito real de habitação outorgado ao cônjuge ou companheiro sobreviventes, por vezes, em situações específicas, se utiliza do direito fundamental à moradia como escudo para encobrir desrespeito à função social da propriedade, e aos direitos fundamentais de herança e propriedade dos herdeiros, desvirtuando-se do escopo, portanto, de proteção à moradia digna e adequada, a exemplo da existência de herdeiros desprovidos de patrimônio ou meios de subsistência.

Para demonstrar os fundamentos que nos servirão de base à construção de paradigmas de eficácia do direito fundamental de moradia nos conflitos privados, é fundamental analisar os institutos que se prestam a esse fim. Trataremos inicialmente da impenhorabilidade do bem de família, seja do devedor ou do

garantidor, e posteriormente cuidaremos do direito real de habitação atribuído ao cônjuge ou companheiro sobreviventes.

A impenhorabilidade do bem de família - A proteção de parte do patrimônio do devedor, contra eventual execução por dívidas, especialmente decorrente de créditos bancários, já constava do Código Civil de 1916³³¹, ao ser facultada ao chefe de família³³² a destinação de um prédio, utilizado para domicílio da família, para ficar isento de execução por dívidas, com exceção das dívidas referentes a impostos do referido prédio. Em 1990, já na vigência da Constituição Federal de 1988, fora publicada a Lei 8.009, que passou a instituir a impenhorabilidade do bem de família, independentemente da manifestação de vontade do proprietário. A família passa a ser protegida, a fim de que eventual execução de dívidas não resulte na ausência de patrimônio mínimo existencial, por força de lei, determinando-se que

“o imóvel residencial próprio do casal, ou entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei³³³”.

A proteção legal, que não depende de manifestação de vontade, é, de fato máxima expressão não somente do direito fundamental de moradia, mas também de todos os valores que o fundamentam e determinam, como descrito por J. M. Leoni Lopes de Oliveira:

“uma vida digna pressupõe que a pessoa humana tenha a garantia de uma moradia da qual não poderá ser privada, ainda que em virtude de dívida, pois se espera do credor com base no princípio da solidariedade, que sofra o prejuízo decorrente do inadimplemento de seu crédito, a fim de garantir ao devedor a proteção de sua moradia, como pressuposto de garantia a um patrimônio mínimo, para possibilitar uma vida digna³³⁴”.

Ao ser instituído o bem de família legal, efetivamente é protegido o direito de moradia em seu caráter de direito fundamental social, pois há o privilégio do direito de manter a dignidade da família, a partir da preservação de um direito existencial, ainda que em prejuízo do crédito de outrem. Aliás a dignidade da pessoa humana é privilegiada em relação ao crédito tal qual se dá na instituição da

³³¹ Sobre a origem histórica do bem de família, consultar LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1957, p. 265-266.

³³² Art. 70 a 73, CC/1916. No Código Civil de 2002, o bem de família convencional é previsto nos artigos 1.711 ao 1.722.

³³³ art. 1º, Lei 8.009/1990. As exceções encontram-se previstas no art. 3º, do mesmo diploma legal.

³³⁴ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil. Família*. São Paulo: GenForense, 2019, p. 633-634.

impenhorabilidade de certos bens e valores, pelo Código de Processo Civil, ao tratar da execução³³⁵. O bem de família legal, portanto, pode ser reconhecido como proteção do valor existencial da moradia digna através da proteção da propriedade em seu valor de uso. Proteção da propriedade em sua vertente de patrimônio destinado à satisfação da personalidade humana³³⁶, especialmente porque para ser assim reconhecido depende do imóvel, protegido pela impenhorabilidade ser destinado à habitação daquela família³³⁷. Louvável portanto a instituição do bem de família legal, que possibilita que todos, independente de manifestação de vontade prévia, estejam assegurados da manutenção de proteção de patrimônio mínimo em caso de eventual execução de dívida, permitindo ao devedor a manutenção de sua vida digna, ainda que em situação de insolvência.

Todavia, não podemos nos furtar de realizar análise crítica do bem de família convencional, disposto no Código Civil de 2002, nos artigos 1.711 a 1.722, na esteira do que já se dava no Código Civil de 1916, tampouco das exceções à impenhorabilidade do bem de família, especialmente no que tange ao fiador de relação locatícia disposta no inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990. Tais reflexões são necessárias para avaliar o que efetivamente o legislador pretende proteger, se tais institutos são incorporados ao ordenamento jurídico em prol de manutenção de mínimo existencial ou se, em verdade, pretendeu-se mais uma vez sacralizar a propriedade e a renda fundiária, como passaremos a tratar agora. Antes porém reiteramos: o bem de família legal é indispensável instrumento do direito fundamental de moradia.

Se por um lado o bem de família legal está apto a proteger o direito de moradia do devedor insolvente, em relação ao bem imóvel, urbano ou rural, destinado à habitação da família, o bem de família convencional, bem como a

³³⁵ Art. 833 do Código de Processo Civil.

³³⁶ Em princípio a proteção de impenhorabilidade do bem de família era relacionada à proteção da família, e não necessariamente da pessoa. Atualmente tal concepção é ampliada. O que se pretende é a proteção da pessoa, das pessoas que compõem a família, de modo que deve proteger todos as formas de família e também a pessoa solteira. Nesse sentido é o teor da súmula 364 do STJ: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

³³⁷ Em regra, o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família depende do requisito de que o bem seja destinado à residência da família. Todavia, se o imóvel não for destinado à moradia da família, destinando-se contudo à subsidiar a moradia, a impenhorabilidade persiste, como entendimento firmado na súmula 486 do STJ: “é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”.

exceção da impenhorabilidade do bem de família ao fiador de contrato de locação, demonstram que o Direito Civil não hesita em lançar mão do direito de moradia para proteger a propriedade, mas em verdade não protege a moradia em sua plenitude. Expliquemos.

O bem de família convencional, previsto nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil de 2002, permite que os cônjuges ou a entidade familiar institua como bem de família, outorgando portanto impenhorabilidade, imóvel residencial, suas pertencas e benfeitorias e ainda valores mobiliários, destinados à manutenção do imóvel e da família, desde que não ultrapassem um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. O bem de família convencional³³⁸, que será constituído a partir da manifestação de vontade, poderá blindar patrimônio da família de eventual execução de qualquer natureza, excetuando-se somente execuções de tributos relativos ao prédio e dívidas de condomínio³³⁹. As exceções de impenhorabilidade do bem de família convencional são extremamente mais restritas do que as exceções do bem de família legal³⁴⁰. Aparentemente tal fato não seria alvo de críticas, pois enquanto o bem de família legal pode corresponder a totalidade do patrimônio de uma família, o bem de família convencional não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido, de modo que seu potencial de prejuízo a eventual crédito seria menor.

No entanto, uma análise mais acurada nos faz perceber que, enquanto o bem de família legal atende efetivamente aqueles que correm risco de se perceberem sem recursos mínimos à sua subsistência, que sem tal proteção passariam à vida indigna, o bem de família convencional é destinado a famílias abastadas, cujo valor de imóvel destinado à habitação restringe-se a menos de um terço de seu patrimônio líquido, e que certamente, ao blindar tal patrimônio, poderá fazê-lo em relação a valores expressivos, e posteriormente frustrar inclusive crédito de caráter alimentar. Exemplificamos. Imagine-se uma família abastada, que dada sua atividade empresária protege o imóvel de moradia da família, bem como valores mobiliários [investimentos, cotas societárias], que na oportunidade da instituição não

³³⁸ Pelos limites inerentes a essa pesquisa, não cuidaremos de todas as peculiaridades, requisitos, consequências, formas de instituição e extinção do bem de família convencional. Sobre o tema consulte: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Bem de Família*. Rio de Janeiro: atlas, 2010.

³³⁹ Art. 1.175, CC.

³⁴⁰ Art. 3º, Lei 8.009/90.

ultrapassam um terço do patrimônio líquido. Em momento posterior já em estado de insolvência, podendo suas dívidas serem inclusive derivadas de créditos trabalhistas de ex-funcionários, essa mesma família não terá protegido tão somente o mínimo existencial, mas aqueles mesmos valores vultuosos, ainda que em prejuízo de verba alimentar, tais como verbas trabalhistas de ex-funcionários.

Nessa situação observamos que o direito civil, em lugar de proteger valores existenciais, quando dispõe do bem de família convencional, em verdade poderá se valer do direito fundamental de moradia para encobrir mais uma proteção exacerbada da propriedade.

Infelizmente, ao analisarmos as exceções à impenhorabilidade do bem de família, podemos observar que a herança patrimonialista do direito privado comentada anteriormente, bem como a falta de neutralidade do direito, que acaba a prestar serviço às elites econômicas, mais uma vez se apresenta claramente. Originalmente, quando da publicação da lei 8.009 de 1990, dentre as exceções à impenhorabilidade constava, no inciso I, do art. 3º, a execução derivada de “créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias”, sendo as demais exceções, em regra, relacionadas a obrigações *propter rem*, ou dívidas relacionadas a aquisição do próprio bem. Todavia, as alterações sofridas pelo dispositivo legal em comento demonstram a clara intenção do legislador em proteger a propriedade, não necessariamente relacionada a moradia, sendo aos poucos desprivilegiadas normas de proteção de valores existenciais como os créditos trabalhistas³⁴¹.

Em 1991, por força da Lei 8.245, lei do inquilinato, fora incluído no rol das exceções de impenhorabilidade eventual execução decorrente de fiança a contrato de locação. Com a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais dispostos no art. 6º da Constituição Federal, por força da emenda constitucional n. 26 em 2000, passou a ser questionada a constitucionalidade do referido dispositivo de lei, que diante de fiador que só possuísse um único imóvel,

³⁴¹ Originalmente o inciso I do art. 3º da Lei 8.009/1990 excepcionava a impenhorabilidade do bem de família para “créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias”. Em virtude da desconsideração da personalidade jurídica a Justiça do Trabalho estendia a possibilidade de penhora nas execuções trabalhistas de trabalhadores não domésticos, o que acabou por determinar a revogação do dispositivo pela Lei Complementar n. 150 de 2015.

ainda que destinado à habitação da família, teria seu direito de moradia prejudicado em prol do crédito locatício.

O pleito de reconhecimento de inconstitucionalidade do inciso VII do art. 3º, da Lei 8.009 de 1990, com redação dada pela Lei 8.245 de 1991, se fundava na clara afirmação de violação do direito fundamental de moradia, além de violação do princípio da igualdade. A violação do direito de moradia derivada do privilégio do crédito locatício em detrimento da moradia do fiador e de sua família. A violação do princípio da igualdade em virtude de ser conferido tratamento desigual ao fiador em relação ao locatário devedor, pois será possível diante da execução do crédito locatício se ter a situação absurda do real devedor, que é o locatário ter seu patrimônio mínimo protegido em virtude da impenhorabilidade do bem de família, enquanto o fiador, que sequer é devedor, sendo exclusivamente responsável pela dívida, terá seu único imóvel destinado à sua moradia e de sua família expropriado em prol da execução de renda fundiária.

Tais fundamentos, de grave violação da norma constitucional, que fariam com que a norma, vigente desde 1991 não fosse recepcionada quando da inclusão da moradia entre os direitos fundamentais sociais, não só não foram suficientes, como suscitaram interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal que deixa clara, a nosso sentir, a ausência de interpretação em consonância com os princípios da função social da propriedade e da solidariedade social, mas ao contrário, a serviço não somente da propriedade, mas da renda fundiária, exclusivamente dos valores econômicos da propriedade, dissociados de seu valor de uso.

Em sede de repercussão geral, foi aprovada a tese de que:

“É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000”³⁴².

O fundamento construído para justificar tal compatibilidade foi no sentido de que a norma, diversamente do que se alegava, de violar o direito de moradia, em verdade era norma protetora do direito à moradia, não do fiador, mas do locatário. Sob o fundamento de que o ordenamento jurídico deve proteger não somente a

³⁴² Repercussão Geral n. 295, RE 612.360. Ficaram vencidos na oportunidade os Ministros Ayres Brito, Celso Melo e Eros Grau.

moradia do proprietário, mas também do locatário, a possibilidade de penhora do patrimônio do fiador do contrato de locação seria instrumento de proteção do locatário. O argumento foi de que na medida em que se facilitasse o recebimento dos débitos locatícios, através do fortalecimento das garantias locatícias, os proprietários de imóveis não retrocederiam, não temeriam dispor de seus imóveis à locação. Do contrário, se não tivessem a garantia de possibilidade de execução de todo patrimônio do fiador, passariam a exigir garantias excessivas prejudicando o direito de moradia daqueles que dependem do contrato de locação: os locatários.

Ainda que esse argumento possa parecer sedutor, contando com a adesão posterior de outros ministros³⁴³, submeter o fiador a execução mais gravosa do que caberia em face do locatário, efetivo devedor, prejudicando-lhe o direito de moradia, em prol do direito do proprietário/locador em receber sua renda fundiária, em verdade representa a manutenção do sistema jurídico privado em torno da sacralização da propriedade. Se o que motiva os julgadores à compreensão pela constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador fosse verdadeiro temor de desequilíbrio de mercado que pudesse prejudicar o direito à moradia dos locatários³⁴⁴, a solução mais acertada seria maior rigor sobre proprietários no cumprimento da função social da propriedade, pois imóveis ociosos seriam descumpridores de função social da propriedade, e não em contrário, atendendo aos interesses de obtenção de renda fundiária a qualquer custo, para que a classe proprietária não restasse contrariada.

A concepção patrimonialista, dissociada dos valores de solidariedade e função social da propriedade, ordenadores do direito de moradia, e a dificuldade de

³⁴³ No julgamento do RE 605.709 foi analisada a penhorabilidade do bem de família do fiador de locação comercial. Após questionamento de aplicabilidade do precedente firmado para a penhora de bem de família de fiador de locação residencial, a 1ª Turma do STF entendeu pela impossibilidade de penhora do bem de família do fiador de locação comercial, em prestígio ao direito fundamental de moradia.

³⁴⁴ Min. Luis Roberto Barroso sobre o precedente afirma: “Em relação ao direito à moradia, analisou-se referido direito por duas vertentes: o direito à moradia do fiador, em relação ao bem de família, e o direito à moradia do locatário, em relação à locação residencial. Nos termos do voto vencedor do Ministro Cezar Peluso, garantir a impenhorabilidade do bem de família do fiador reforça ao grupo de fiadores o direito à moradia. Por outro lado, enfraquece o direito à moradia do grupo que depende da locação para ter uma residência. Do ponto de vista do direito ao crédito, de acordo com o entendimento do Ministro Peluso, esvaziar a garantia da fiança ‘romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia’”.

compreender que tal direito deve ser prestigiado frente ao direito de propriedade exercido exclusivamente a partir de seu valor de mercado, na busca de percepção de renda fundiária fica ainda mais notória quando ao analisar o precedente, em julgamento posterior³⁴⁵, entende-se pela constitucionalidade de penhorabilidade do bem de família do fiador pautado, em síntese, em três vertentes: a) o direito de crédito do proprietário locador não ser qualquer crédito³⁴⁶; b) o respeito a autonomia da vontade na exectoriedade do contrato de fiança³⁴⁷; c) a proteção do bem de família do fiador poderia desaguar em paternalismo, incentivando-se o inadimplemento de alugueis³⁴⁸.

Nota-se que em maior dissonância com o direito fundamental de moradia do que a tese aprovada em repercussão geral são os argumentos que a sustentam. Tais argumentos são visivelmente fundados na sacralização da propriedade tão rechaçada. Por que um crédito trabalhista, com natureza alimentar em sua origem teria menor privilégio do que a renda fundiária do locador/proprietário? A exemplo do que se dá na Espanha, o controle de mercado, favorecendo o direito à moradia daqueles que dependem da locação residencial para sua satisfação, poderia se dar no incentivo de cumprimento das obrigações inerentes à situação jurídica de proprietário, e não sobrecarregando, de forma exacerbada o fiador de contratos de locação.

Ademais, acreditar que essa norma não altera o mercado imobiliário é no mínimo ingenuidade, pois se o locatário sofreria com exigências do proprietário de melhores garantias, ele certamente sofrerá com a dificuldade de obter alguém que graciosamente aceite o encargo de ser seu fiador.

Se a decisão de constitucionalidade do inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90 já merecia severas críticas, atualmente as contradições do mencionado precedente são ainda mais gravosas. Em 2018, em julgamento em que se questionava a

³⁴⁵ RE 605.709. Relator originário ministro Dias Tófoli. relatora para acórdão, ministra Rosa Weber.

³⁴⁶ “a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito”

³⁴⁷ “Ninguém é obrigado a prestar fiança em contrato de locação de imóvel comercial; se o faz, porém, no exercício constitucionalmente protegido de sua autonomia da vontade, poderá ter seu imóvel penhorado para o pagamento das dívidas não quitadas pelo locatário.”

³⁴⁸ “ele se escusa de cumprir a sua obrigação, que assumiu voluntariamente, dizendo que é um bem de família. É um pouco, como eu senti, de paternalização para estimular a pessoa a não cumprir aquilo que se obrigou”

constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador de locação comercial, alegando-se não ser possível a aplicação da tese em repercussão geral justamente por se tratar de fiança garantidora de locação comercial e não residencial, o tema voltou a ser debatido no Supremo Tribunal Federal. A conclusão do STF, contudo, foi diversa. Entendeu-se que em respeito ao direito fundamental à moradia é inconstitucional a penhora do bem de família do fiador de locação comercial. Em que pese ser festejado o reconhecimento de que é inconstitucional a penhora do bem de família do fiador de locação comercial, eis que entendemos ser inconstitucional o inciso VII, do art. 3º, da Lei 8.009/90 em qualquer de suas aplicabilidades, tal julgado denuncia de forma ainda mais gravosa a incongruência da penhorabilidade do bem de família do fiador de locação residencial.

Irretocável nos parece o parecer do Procurador da República Odin Brandão, no sentido de ser arbitrária a disposição da exceção à impenhorabilidade do bem de família do fiador de relação locatícia, sendo portanto, inconstitucional:

“Exclusão arbitrária do fiador do benefício de impenhorabilidade do bem de família, porque fundada em critério formal de distinção – o título jurídico do qual nascida a pretensão de penhora –, e não do critério material de igualdade a ser observado: a indispensabilidade do bem como substrato material básico da vida familiar. Conquanto não possua densidade normativa para impor a adoção do instituto bem de família, o art. 6º da CR irradia, ao menos, a efeitos capazes de decidir a solução do problema posto pela exclusão arbitrária do benefício – extensão a quem não tem ou cassação de quem o possui: como direito à moradia é finalidade constitucionalmente fixa, a opção iniciada pelo legislador há de ser resolvida em prol da concessão do direito a todos, e não em favor de sua aniquilação, pois isso iria no sentido contrário da imposição constitucional. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário.”

A Ministra Rosa Weber, relatora para acórdão, apesar de não atacar o precedente³⁴⁹, ao enfrentar as questões postas sobre a proteção da moradia do fiador de locação comercial, se posicionou em prol da proteção ao direito à moradia, entendendo que:

“A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com

³⁴⁹ Análise da ministra Rosa Weber do precedente: “Ocorre que o caso então examinado pelo Plenário, naquela sessão de julgamento, dizia respeito a fiança prestada como garantia em contrato de locação residencial. Esse aspecto foi determinante para um juízo de aderência da penhora do bem de família do fiador à ordem constitucional, tomado em conta, nessa perspectiva, o impacto que eventual compreensão pela impenhorabilidade teria no mercado de locações residenciais e no correlato direito à moradia de potenciais locatários. Significa dizer que a recepção do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 pela Emenda Constitucional nº 26/2000 foi afirmada, no referido precedente, a partir de um juízo de ponderação entre o direito à moradia de fiadores e idêntico direito de locatários (ou candidatos a locatários)”.

o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício, com a vênios dos que pensam em sentido contrário, não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Tal interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não foi, a meu juízo, recepcionada pela EC nº 26/2000”.

(...)

“Considerações a respeito da autonomia da vontade e da liberdade contratual do fiador não podem relegar a segundo plano a necessidade de observar os limites estabelecidos em normas de ordem pública, de natureza cogente, voltadas à promoção de outros valores constitucionalmente protegidos. Eventual desestímulo à livre iniciativa que decorra da afirmação da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel comercial não se reveste de envergadura suficiente para suplantar a necessidade de observar o direito constitucionalmente assegurado à moradia, enquanto desdobramento da própria dignidade da pessoa humana e da proteção à família (arts. 1º, III, e 226, caput, da Magna Carta).”

O único equívoco, a nosso entender, é compreender que a situação do fiador de locação comercial merece maior proteção do que o fiador de locação residencial. Se o objetivo de tal interpretação de fato fosse proteger o locatário de imóvel residencial, seria de fundamental importância perceberem os ilustre julgadores que o nefasto resultado desestimula, sobremaneira, a celebração de fiança de locação residencial. Em última análise, sob o fundamento de proteger a moradia do locatário, o sistema jurídico pátrio atualmente confere maior proteção aquele que se oferece a afiançar um pequeno comércio do que àquele que em ato altruísta garante locação para moradia de um parente. A nosso sentir, a locação está protegida, a propriedade está protegida, mas a moradia, mais uma vez está relegada a sobreviver³⁵⁰.

*Direito real de habitação do viúvo ou viúva*³⁵¹ - Entre os institutos de direito privado diretamente relacionados com a proteção do direito de moradia, encontra-

³⁵⁰ A nosso ver, com leitura extremamente equivocada sobre a extensão do direito à moradia, o ministro Dias Tofoli, entendia pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador de locação comercial, entendendo que faltaria a moradia conteúdo suficientemente claro no ordenamento jurídico: “Pela leitura do caput do art. 6º do texto constitucional, podemos concluir que a norma que relaciona a moradia como direito social não contém densidade normativa suficiente para gerar os efeitos pretendidos. Há certo consenso entre os constitucionalistas no sentido de que diversos enunciados normativos de direitos fundamentais sociais não são dotados de “exequibilidade autônoma”, por falta de determinabilidade constitucional suficiente do conteúdo do direito.

³⁵¹ Ainda que não exista consenso em denominar o companheiro ou companheira sobrevivente de viúvo ou viúva, atribuindo-se a nomenclatura exclusivamente ao cônjuge supérstite, utilizaremos o termo em menção ao cônjuge ou companheiro sobrevivente. Tal opção se faz por equivalência de direitos sucessórios entre cônjuge ou companheiro sobrevivente, e ainda pela noção de viuvez indicar, em sentido amplo, ausência ou privação. SACCONI, Luiz Antonio. Grande Dicionário Sacconi da língua portuguesa. São Paulo: Nova Geração, 2010, p. 2068.

se o direito real de habitação conferido ao cônjuge ou companheiro sobrevivente³⁵² quando do falecimento de seu consorte, sobre o imóvel de residência da família. Por ser determinado por lei, diversamente do que ocorre com o direito real de habitação contratual³⁵³, nesta hipótese, a concessão do direito independe de manifestação de vontade ou de registro constitutivo junto à matrícula do imóvel no Registro Geral de Imóveis.

Com claro fundamento no direito fundamental de moradia, bem como na especial proteção constitucional dada à família, o direito real de habitação da viúva ou viúvo será garantido sobre o imóvel de residência da família, desde que o imóvel seja o único imóvel de natureza residencial à inventariar, independentemente do regime de bens vigente entre o casal, sem prejuízo dos direitos sucessórios que lhe caiba³⁵⁴. Nota-se que, inobstante o regime de bens determinar que o cônjuge ou companheiro sobrevivente fossem meeiros do imóvel destinado à residência da família, ou ainda, da qualidade sucessória que o viúvo tenha³⁵⁵, o direito real de habitação tem por escopo garantir não somente o direito à moradia digna, mas a manutenção daquele que acabou de se deparar com o estado de viuvez em sua casa. Não se trata somente de proteger a moradia em seu caráter de subsistência, mas em seu aspecto afetivo, no pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Por certo, ao analisarmos o instituto, intuitivamente nos reportamos mentalmente a situações até certo ponto caricaturais, o casal de idosos, que depois de residirem por 30 anos numa mesma casa, um deles morre. Por força do regime

³⁵² O Código Civil não prevê expressamente direito real de habitação ao companheiro. Todavia, desde a sua vigência, considerava-se vigente o parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/1996. Atualmente, contudo, em virtude do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, nos julgamentos, em repercussão geral do RE 878.694 e RE 646.721, onde foi firmada a tese de que “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil”, todo o regime sucessório aplicável ao cônjuge deve ser estendido ao companheiro, inclusive o direito real de habitação.

³⁵³ Art. 1.414 do Código Civil.

³⁵⁴ Art. 1.831 do Código Civil: “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”

³⁵⁵ Na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.829 do Código Civil, aplicável à sucessão do cônjuge ou companheiro com os demais herdeiros, em concorrência com descendentes, o cônjuge ou companheiro sobrevivente será afastado da sucessão quando casado com o falecido pelo regime da comunhão universal de bens, separação total de bens obrigatória ou comunhão parcial de bens quando o falecido não tiver deixado bens particulares. Desta forma, em determinadas circunstâncias o cônjuge não será chamado à sucessão, sem que tal fato prejudique seu direito real de habitação.

de bens a viúva, meeira do imóvel, ou ainda herdeira em concorrência com os descendentes do falecido, passando a estar em condomínio com os herdeiros, que poderiam ser ou não seus descendentes também, teria o risco de ser desalojada de sua residência, ainda que não lhe fosse possível subsidiar sua moradia em outro lugar. No entanto, a pluralidade de nossa sociedade, que se torna ainda mais múltipla com as mudanças sofridas pelas relações familiares das últimas décadas, tais como o divórcio, o casamento homoafetivo, o parentesco sócio-afetivo, faz com que os singelos requisitos constituidores do direito real de habitação não respondam a todos os questionamentos que se colocam sobre a outorga ou manutenção do direito real de habitação, ou seja, o direito de moradia do viúvo ou viúva em contraposição com os direitos fundamentais à herança e de propriedade dos herdeiros do falecido.

É certo que os limites que encerram a presente pesquisa, bem como o objetivo central da tese, que é a proteção do direito fundamental de moradia nas relações privadas, não nos permite analisar com profundidade as variações de cada um dos requisitos constituidores do direito real de habitação do cônjuge ou companheiro sobrevivente. O que aqui nos interessa enfrentar é em que termos o direito fundamental de moradia é efetivamente protegido nas relações privadas, a fim de que sua proteção seja efetivada em consonância com os valores que a sustentam, quais sejam a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a função social da propriedade. A problemática, contudo, que se coloca em torno dos questionamentos que são feitos, bem como dos posicionamentos doutrinários sobre o tema, é de que o direito real de habitação, por vezes, se apresenta como instituto com raízes patrimonialistas e não relacionado a direito existencial. Vejamos.

Segundo o art. 1.831 do Código Civil,

“ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”

A partir de tais requisitos os questionamentos mais frequentes que se colocam são³⁵⁶: a) considerando a ausência de previsão legal específica, o direito

³⁵⁶ Sobre o enfrentamento doutrinário e jurisprudencial das controvérsias postas, consultar: OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil. Sucessões*. São Paulo: GenForense, 2019, p. 349; VELOSO, Zeno. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil Comentado*, 2013, p. 1.817; ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cesar (coord.) *Código Civil Comentado*, 2015, p. 2.110.

real de habitação concedido ao viúvo ou à viúva será extinto caso venha a constituir novo casamento ou união estável? b) o direito real de habitação existirá independentemente do cônjuge ou companheiro sobrevivente possuírem meios próprios ou mesmo imóveis sobre os quais possa constituir sua moradia? c) a existência de outros imóveis, residenciais ou não, porém não destinados à moradia pelo casal, impede a constituição de direito real de habitação sobre o imóvel de residência do casal? d) poderá o viúvo ou viúva alugar o imóvel objeto de direito real de habitação com vistas a subsidiar sua moradia em outro imóvel?

Mais importante do que avaliar se o novo casamento ou união estável do viúvo ou viúva prejudicaria seu direito real de habitação, pela ótica da constituição de nova família, em postura de certa forma conservadora frente à reconstituição da vida afetiva do viúvo, ou avaliar o patrimônio simplesmente do viúvo ou viúva como determinante da existência do direito real de habitação, procedendo da mesma forma com os demais questionamentos, nos parece a necessidade de avaliar em que paradigmas será, no direito sucessório, protegido o direito fundamental de moradia que venha a se contrapor aos direitos fundamentais à herança e de propriedade³⁵⁷ dos herdeiros. Os questionamentos acima podem suscitar inúmeras situações fáticas, das mais variadas, onde a análise da situação dissociada dos valores que fundamentam o direito de moradia poderia determinar injustiças casuísticas e situações absurdas.

Do mesmo modo que pode parecer incongruente que uma jovem viúva de 30 anos possa exercer seu direito real de habitação vitaliciamente, independente da constituição de novo casamento, basicamente inviabilizando o direito sucessório dos herdeiros, também pode ser incongruente que uma viúva de 75 anos seja compelida a deixar sua casa, na qual viveu seus últimos 30 anos, com poucos recursos, a partir de pedido de descendentes exclusivos de seu falecido marido, em virtude de ter casado novamente. Do mesmo modo que pode parecer incongruente uma viúva, que tenha patrimônio próprio exercer o direito real de habitação sobre o imóvel de residência da família, tal incongruência desaparece se pensarmos que

³⁵⁷ Por força do art. 1.784 do Código Civil, que prevê o princípio da *saisine*, no exato momento da abertura da sucessão a posse e propriedade dos bens do falecido transmitem-se aos herdeiros. Desta forma o exercício do direito real de habitação se estabelece sobre bem alheio (de propriedade dos descendentes, quando cônjuge for excluído da sucessão) ou parcialmente alheio (quando concorre à herança com os descendentes ou ascendentes).

esse mesmo cenário pode se dar em acervo hereditário que compreenda vultuoso patrimônio em valores mobiliários.

Melhor do que estabelecer requisitos que não estejam dispostos na lei, ou afastar por completo tais situações fáticas, é enfrentar o conflito entre os direitos fundamentais em questão, que são o direito de moradia e direito de propriedade e à sucessão, com interpretação conforme a Constituição.

Inicialmente é importante lembrar que no caso presente o conflito entre os direitos de propriedade e moradia não se dá em termos que se ameace a perda da propriedade. Na observância do direito real de habitação ao viúvo ou viúva não estará em risco o direito de propriedade em si dos herdeiros, mas especialmente o exercício dos poderes do domínio enquanto perdurar o exercício do direito real de habitação. Ainda assim, o conflito se estabelece. Para tanto é fundamental observar que o direito de moradia, na situação do direito real de habitação se relaciona de forma ainda mais íntima à plena realização da personalidade humana, pois envolve o direito do viúvo ou a viúva se manter na residência da família, e não somente ter sua moradia assegurada. Por outro lado, é importante verificar que neste caso, o direito de propriedade e à herança poderá ser direito cuja fruição se potencializa nos valores de troca da propriedade, em seu aspecto patrimonial, ou se destinaria também à realização da personalidade humana, seja como fonte de subsistência, seja a partir dos valores de uso. Expliquemos.

É necessário avaliar a partir de ponderação do direito do viúvo ou viúva frente ao direito dos herdeiros, apesar de se tratar de moradia em contraponto à propriedade, se há o confronto de um direito existencial [moradia] frente a direito exclusivamente patrimonial [propriedade] ou se há confronto entre direito existencial [moradia] frente a direito existencial dos herdeiros [propriedade], quando estes últimos dependem da satisfação de seu direito fundamental à herança para sua subsistência mínima, quando, por exemplo tratar-se de menores, que dependessem de alimentos paternos, sem qualquer patrimônio destinado a sua subsistência.

Será fundamental enfrentar a questão a partir do paradigma que proporemos para a satisfação plena do direito fundamental de moradia³⁵⁸. Por outro lado, é importante ressaltar que o direito Civil não hesita em proteger o direito de moradia, quando ao protege-lo estar-se-á protegendo conjuntamente outro direito real, seja a propriedade, seja o direito real de habitação fundado na família. A mesma sorte não terá o morador não *titular*.

4.2.2

Morador não proprietário.

Os contratos sobre moradia. Como já era retratado por Engels, as questões de moradia não eram problemas exclusivamente enfrentados pela classe operária. De formas distintas, em graus de intensidade também distintos, a questão da habitação também ocupava grande relevância entre as causas de sofrimento da classe média e da pequena burguesia³⁵⁹. Se por um lado as denominadas classe média e classe média baixa não se expõem a problemas como as remoções forçadas, a exposição ao alto custo de moradia, desemprego, e outros fatores sociais econômicos fazem com que vivenciem total ausência de tranquilidade sobre esse tema, seja em virtude dos altos custos de financiamento imobiliário³⁶⁰, para a busca da aquisição da casa própria, seja no enfrentamento das oscilações e problemas decorrentes das relações contratuais em torno da cessão de uso de imóveis residenciais³⁶¹.

Muitas são as relações contratuais em que se pode ter como pano de fundo a questão da moradia. Contratos de compra e venda³⁶², compra e venda com

³⁵⁸ Sobre o paradigma de satisfação do direito fundamental à moradia, consultar item 4.3 deste capítulo.

³⁵⁹ ENGELS, Friedrich. *O problema da habitação*, p. 82/83.

³⁶⁰ Sobre financeirização da moradia e altos índices de endividamento imobiliário: ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares*. A colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2015.

³⁶¹ O crescimento do negócio imobiliário como fonte de renda para os proprietários fundiários, que buscam a obtenção de renda fundiária é proporcional a diminuição da propriedade imobiliária de classes intermediárias e de menor renda, como demonstra HARVEY, David. *Paris. Capital da modernidade*. Tradução: Magda Lopes, São Paulo: Boitempo, 2015, p. 174: “a classe média baixa e pequena burguesia foram gradualmente excluídas da posse da propriedade (em particular nos centros) e substituídas por uma alta burguesia de proprietários imobiliários e interesses comerciais”.

³⁶² Art. 481 e seguintes do Código Civil

alienação fiduciária³⁶³, promessas de compra e venda³⁶⁴ com entrega das chaves ao promitente comprador, doações imobiliárias³⁶⁵, comodatos³⁶⁶, locações³⁶⁷, além dos contratos rurais que, por vezes englobam moradia, tais como arrendamento rural³⁶⁸, entre outros. Dentre os contratos que podem versar sobre a cessão de uso de imóvel destinado a residência ganham especial relevo aqueles em que a obtenção de renda fundiária por uma das partes da relação jurídica pode por em risco o direito fundamental de moradia do outro sujeito contratual. Os contratos de compra e venda com alienação fiduciária em garantia importam em grave problema social, substituindo o sistema de hipotecas, mas determinando as mesmas execuções desumanas e cruéis. Porém encontram-se inseridos em questões econômicas de natureza diversa, relativa aos financiamentos bancários imobiliários³⁶⁹, saindo de certa forma do enfoque proposto na presente pesquisa, qual seja a proteção da moradia nas relações jurídicas privadas de exercício da propriedade em seus valores capitalistas, eis que ingressa nessa relação outra classe capitalista, a de agentes financeiros.

No centro do problema, portanto, como clássica expressão de situação jurídica complexa em que se dá a cessão de uso de imóvel a partir de contraprestação periódica, conferindo ao proprietário renda fundiária, ao mesmo tempo que satisfaz o direito de moradia do locatário, está o contrato de locação residencial. Não pretendemos analisar as regras do contrato de locação residencial, dispostas na Lei 8.245 de 1.991, com o fito de questionar quais delas seriam eficazes na promoção da moradia do locatário, ou quais delas em verdade põe em risco a satisfação do direito fundamental de moradia promovendo a mais larga percepção de renda fundiária. A questão que aqui se coloca é de que forma a autonomia privada, e a interpretação permeada por herança patrimonialista do direito civil vem

³⁶³ Lei 9.514 de 1997.

³⁶⁴ Artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil.

³⁶⁵ Art. 538 e seguintes do Código Civil.

³⁶⁶ Art. 579 e seguintes do Código Civil.

³⁶⁷ Locação. Lei 8.245/1991

³⁶⁸ Dec. 59.566 de 1966.

³⁶⁹ Sobre as divergências de adequação no sistema de alienação fiduciária em garantia imobiliária consultar: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 e CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária*. Negócio Fiduciário. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

determinando a interpretação da relação locatícia residencial dissociada da proteção do direito fundamental de moradia do locatário.

Dentre as mazelas sofridas pela grande massa de locatários, especialmente dos centros urbanos, podemos citar a elevação dos custos de locação, seja derivada de processos de gentrificação³⁷⁰; seja derivada de controle promovido por grandes proprietários dos níveis de oferta de imóveis, rescisões imotivadas, em regra a partir de 30 meses de locação, em virtude de eventual valorização da área em que se encontra o imóvel³⁷¹; cláusulas contratuais que determinam excessiva onerosidade ao locatário; tidas como válidas em nome da autonomia privada³⁷². No entanto, por se tratar de contrato típico, extremamente regulamentado por lei, e com contratos, em regra, também bastante detalhados, são tutelados judicialmente como legítima expressão da autonomia privada, sem gozar de proteções das quais gozam, por exemplo, os contratos com planos de saúde³⁷³.

Pelo contrário, há certa crença, travestida de proteção a valores fundamentais, mas na realidade fundada na antiga sacralidade da propriedade, que já não poderia ser observada entre nós, de que ao se proteger o mercado imobiliário locatício, estar-se-ia protegendo em última análise a moradia dos locatários. Nesse sentido, pronuncia-se Sergio Iglesias Nunes de Souza, para quem “nas relações de locação a Lei 8.245/1991 estabeleceu direitos e deveres entre locador e locatário,

³⁷⁰ Sobre o tema: David Harvey, *Paris. Capital da modernidade*, capítulo 6. O Aluguel e o interesse imobiliário, p. 171 e seguintes.

³⁷¹ Os contratos de locação residencial urbana são celebrados, em regra, pelo prazo de 30 meses por força do art. 47 da Lei 8.245/91, que determina que as locações celebradas por prazo inferior a 30 meses prorrogam-se por prazo indeterminado, só podendo ser rescindidas pelo locador nas hipóteses descritas nos incisos do mencionado dispositivo legal, ou imotivadamente, após 5 anos. Para burlar tal determinação legal, que em sua origem tem como objetivo a proteção de manutenção do locatário no imóvel pelo prazo mínimo de 30 meses, tem sido inserido em diversos contratos de locação o prazo de 30 meses, com cláusula acessória de que qualquer das partes pode rescindir o contrato, imotivadamente e sem pagamento de multa a partir de 12 meses. Mais uma vez o mercado situa o locatário em posição de desvantagem e vulnerabilidade. Se a partir de 12 meses ele estará liberado do pagamento de multa rescisória, também estará vulnerável a rescisão imotivada da locação.

³⁷² O art. 35 da Lei 8.245/91 determina que “salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção”. Em princípio, é direito do locatário ter as benfeitorias necessárias pagas pelo locador. Todavia, o entendimento firmado na súmula 335, STJ determina a validade da cláusula de renúncia de indenização pelas benfeitorias realizadas pelo locatário, independente de sua natureza.

³⁷³ Não se pretende aqui questionar, por exemplo, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, tema bastante polêmico nas relações locatícias, especialmente quando se trata de relação que se estabelece com imobiliária ou administradora de imóveis, mas evidenciar que quando o contrato tem por objeto a tutela da saúde, a existência de direito fundamental em questão é muito mais valorizada do que quando o contrato tem por objeto a moradia. E assim pode ser observado em relação a vários outros direitos fundamentais como a educação.

objetivando em sua essência proteger também as relações locatícias de cunho residencial, assegurando direito à moradia”³⁷⁴, o que para o autor é evidenciado não somente por normas que asseguram direitos ao locatário, mas também por normas que protegem o mercado imobiliário, tornando-o atrativo ao proprietário, dando por exemplo privilégio ao crédito locatício³⁷⁵.

Nesse mesmo sentido, como amplamente discutido quando tratamos da violação do direito de moradia face à penhorabilidade do bem de família do fiador³⁷⁶, vigora como entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal a ideia de que, ao proteger direitos do proprietário fundiário, atraindo o proprietário à realização de contratos de locação, a finalidade precípua é a proteção do direito de moradia. Essa crença é textualmente exposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso³⁷⁷, quando defende maior segurança na execução dos créditos locatícios, como benéficos ao locatário

“na compreensão de que o direito à moradia tem por destinatários não apenas os proprietários de imóveis, mas também os locatários, que, diante da possibilidade de garantir o pagamento do aluguel mediante fiança, conseguem celebrar contratos de locação em condições mais favoráveis”.

Essa concepção, a nosso sentir, além de absolutamente afastada da realidade, trata o mercado imobiliário locatício como algo que se construiu aleatoriamente. Ao se deparar com esse tipo de argumento, surge a sensação de que, para proteger a moradia daqueles que não tem imóvel residencial próprio, seria necessário atrair proprietários de imóveis destinados à residência para esse negócio, sob pena de se deixar de satisfazer o direito de milhares de pessoas. No entanto, numa análise sem lentes que buscam a promoção do interesse capitalista através da obtenção de renda fundiária, percebe-se que os proprietários imobiliários constituem classe econômica específica, que se tornam proprietários com vistas a lucrar com a moradia alheia. Em parte, senão em grande parte, a dependência de

³⁷⁴ SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de Habitação*. Análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade, p. 223.

³⁷⁵ SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de Habitação*. Análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade, p. 224. O autor elogia a penhorabilidade do imóvel que constitua bem de família do fiador, assegurando que: “A lei visou proteger e estimular o mercado imobiliário e facilitar a realização dos contratos locatícios. Servem tais contratos como estímulo do exercício da moradia, mas ao mesmo tempo garantem a dívida aos locadores”.

³⁷⁶ Sobre a exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador, consulte-se item 4.2.1.

³⁷⁷ Voto proferido quando da análise exceção de impenhorabilidade de bem de família de fiador de locação comercial, votando pela aplicação da penhorabilidade, em consonância com entendimento do STF sobre fiança concedida em locação residencial. RE 605.709/SP.

grande massa populacional das relações locatícias para sobreviver nas cidades se dá pela atividade especulativa de tais proprietários.

David Harvey, ao tratar da renda fundiária proveniente do aluguel, demonstra, em análise do papel da propriedade imobiliária na riqueza pessoal de parisienses entre as décadas de 1840 e 1880, amplo aumento da concentração da propriedade de imóveis destinados a residência nas mãos de proprietários com vistas a especulação imobiliária, enquanto gradativamente classes como profissionais liberais e trabalhadores em geral perdem a propriedade³⁷⁸, seja por grande número de desapropriações³⁷⁹, seja pela elevação de seu custo, passando a depender cada vez mais das propriedades do primeiro grupo para ter moradia.

Mais uma vez, como esclarecemos no primeiro capítulo, não se pretende com essa constatação e enfrentamento demonizar a obtenção de renda fundiária. Ademais, diversamente de proposições mais radicais, que tem por premissa de que a solução dos problemas de moradia teria de passar pela retirada da moradia do sistema capitalista³⁸⁰, não pretendemos enfrentar o tema a partir da reformulação do sistema jurídico que isso determinaria. Ao contrário, pretendemos enfrentar o tema demonstrando que, mesmo em nosso sistema jurídico, com seus acertos e erros, há possibilidade de melhor se proteger o direito de moradia. Por isso, aquele que, titular de propriedade, quiser obter a partir dela renda fundiária, ainda que através da locação residencial, está em seu pleno direito de fazê-lo. Não se pode contudo, construir um sistema a ele benéfico, a ele favorável, com medo de que, sem a vontade do proprietário em disponibilizar seu imóvel a locação, ter-se-ia prejuízo da grande massa de locatários. Explicamos o porquê.

Primeiro porque, como acima mencionado, esse sujeito que denominamos proprietário se tornou proprietário para obtenção de renda fundiária, de modo que

³⁷⁸ David Harvey mostra não somente o aumento do controle da propriedade imobiliária nas mãos de pequeno grupo, como a localização dessas propriedades, demonstrando que aqueles que a possuem para uso próprio só conseguem fazê-lo na periferia, enquanto aqueles que a adquirem para especulação assumem protagonismo nos centros. David Harvey. *Paris a capital da modernidade*, p. 176.

³⁷⁹ David Harvey demonstra que as praticas de modernização implantadas por Haussmann determinaram inúmeras desapropriações. Os mais prejudicados foram os proprietários de classes mais baixas, inclusive pelos mais abastados terem conseguido recuperar parte do prejuízo com disputas judiciais. David Harvey. *Paris a capital da modernidade*, p. 180.

³⁸⁰ Sobre a desmercantilização da moradia: DAVID, Madden e MARCUSE, Peter. *En Defesa de La Vivenda*, p. 39.

não abrirá mão de tal fruição econômica simplesmente se o mercado não lhe parecer atrativo. Ademais porque, ainda que assim o fizesse, a correção dessa situação poderia se dar através da obrigatoriedade de tal proprietário dar finalidade adequada ao bem, sob pena de descumprimento de função social da propriedade. A manutenção de mercado imobiliário sadio, que atenda a demanda dos locatários promovendo-lhes moradia na região da Catalunha, por exemplo, se dá através de legislação voltada não a atender interesses proprietários, atraindo-os aos negócios imobiliários, mas sim fazendo com que os níveis de oferta de imóveis não caiam, pela proibição de manutenção de moradias vazias³⁸¹. Esse exemplo, frise-se, não tem o condão de demonstrar que nossa política legislativa poderia mudar, mas sim de demonstrar que o mesmo espírito do cumprimento de função social da propriedade, disposto em nossa constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais³⁸², pode controlar o mercado imobiliário, mantendo-o sadio ao locatário, sem que se precise atender aos interesses capitalistas proprietários, como à uma criança mimada³⁸³.

Por outro lado, é relevante observar que se o cenário até aqui apresentado expressa a existência de um proprietário fundiário absolutamente afastado dos valores de uso da propriedade, e a ela vinculado exclusivamente com intuito de obtenção de seu valor de troca e realização de renda fundiária, há também a situação jurídica locatícia que se estabelece em outras bases. Apesar de em menor número, não são raros os proprietários que, além do imóvel destinado à sua própria residência, possuem outro único imóvel, muitas vezes destinado a moradias de menor custo, que se utilizam da renda que percebem especialmente para complementação de sua própria renda³⁸⁴. Profissionais liberais, pessoas que não podem contar com sua estabilidade financeira, especialmente após aposentadoria, não raro investem seus poucos recursos na obtenção de imóvel destinado a locação.

³⁸¹ Art. 5 da Lei Catalã do direito à moradia 18/2007.

³⁸² Art. 5º, inciso XXIII, da CR/1988.

³⁸³ Se posicionando sobre a possibilidade da função social da propriedade promover intervenções nos usos da propriedade, inclusive incidente nas relações locatícias: GRONDONA, Mauro. *La Funzione Sociale della Proprietà Privata Nell'ordinamento Italiano: una Panoramica tra Diritto Positivo e Nuove Tendenze*, p. 27

³⁸⁴ David Harvey. *Paris a capital da modernidade*, p. 183, sobre a exploração de áreas de periferia: “Nelas, os baixos preços da terra permitiam que mesmo aqueles com poupanças modestas (advogados, comerciantes, lojistas, artesãos e até trabalhadores) tivessem pequenos ganhos ao aproveitar os processos do crescimento demográfico e do aumento na demanda por moradia popular”.

Nesses casos, existe, a nosso sentir, diversa relação do proprietário/locador com a propriedade. Se na primeira hipótese, no confronto entre proprietário/locador e locatário/morador, o conflito se dava no âmbito do confronto entre um valor exclusivamente patrimonial e a satisfação de direito existencial, na segunda hipótese estaremos diante de proprietário que se utiliza da propriedade para a realização de sua própria personalidade, para sua fonte de subsistência.

Apesar do contrato em apreço ser o mesmo, locação, o que muda são os direitos satisfeitos a partir de cada sujeito da relação jurídica em exame. Nesse sentido Teresa Negreiros propõe, para a solução dos conflitos contratuais, o que denomina de paradigma da essencialidade³⁸⁵. De modo que tenham parâmetros de solução distintos os contratos que versem sobre direitos exclusivamente patrimoniais ou existenciais. A autora assim estabelece:

“É nestes quadros que se torna importante distinguir aquelas situações patrimoniais – especificamente as relações contratuais – qualificadas em função de sua utilidade existencial, como tal entendido o grau de imprescindibilidade da aquisição ou utilização pessoal do bem em questão para a conservação de um padrão mínimo de dignidade de quem dele necessita. (...)”

Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão –; e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma³⁸⁶”

Observe-se que, na linha do que defende a autora, não basta avaliar se o objeto do contrato é imóvel destinado à moradia. Mas especialmente a essencialidade daquele contrato para aquelas pessoas específicas. Nos cenários locatícios apresentados, é possível, apesar de raro, que numa situação específica, apesar de se tratar de locação residencial, o contrato seja para o proprietário essencial, pela lógica dele tirar dali sua subsistência, enquanto para o locatário seja, apesar de destinado à moradia, de menor relevância existencial, face ao poder econômico específico daquele locatário específico. Essa reflexão é fundamental, eis que o que propomos é que sejam revisitados ao parâmetros de enfrentamento do

³⁸⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas, p. 342: “O paradigma da essencialidade consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado.

³⁸⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas, p. 463.

conflito em torno da moradia, sempre que em jogo a subsistência do direito fundamental de moradia, sendo para tanto de extrema relevância o paradigma da essencialidade de Teresa Negreiros para que tais parâmetros que serão propostos possam também atender às relações onde a moradia se estabelece em meio ao contrato.

O morador sem direito real, o morador sem contrato, o morador quase invisível para o Direito Civil. Até aqui ficou evidente que, apesar do Direito Civil ter de ser orientado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, e muito se festejar um caminho de despatrimonialização do direito privado, nossa herança patrimonialista ainda demonstra suas marcas. A pergunta que não cala é: quem é o morador no Direito Civil? Inúmeras situações jurídicas são exaustivamente reguladas, sendo tutelados os direitos e proteções do proprietário, do credor, do titular de direito real de habitação, do locatário, até mesmo do possuidor, apesar de sem a proteção necessária. No entanto o direito do sujeito morador simplesmente não é tutelado pelo Direito Civil. É certo, como tratamos até o presente momento, que a moradia é resguardada a partir de outros institutos. Sem, contudo, diminuir sua importância, carece o direito civil de tratamento expresso e pertinente à moradia não como argumento, fundamento ou elemento qualificador de outro direito, mas sim e especialmente como direito fundamental autônomo que é.

O sistema jurídico privado acaba por estabelecer uma ordem de preferência na tutela dos interesses envolvidos que, travestido de constitucionalidade, acaba por ir contra os valores constitucionais e direitos fundamentais. Na contramão dos direitos existenciais é posta em primeiro lugar a propriedade que outorga renda fundiária, depois desta, qualquer tipo de propriedade e por último a proteção da moradia, quando acontece. Por isso é de fundamental importância tomar conhecimento de em que termos a proteção da moradia se dá no direito privado, especialmente quando essa pessoa que busca a proteção de seu direito de morar não possua imóvel próprio ou direito que lhe outorgue a condição de moradora em imóvel alheio, seja direito real ou pessoal.

Apesar da moradia, incluída no rol dos direitos fundamentais sociais do art. 6º da Constituição de 1988, ser eminentemente, para aqueles que não podem provê-

la por seus próprios recursos, de responsabilidade do Estado³⁸⁷, em virtude do Estado simplesmente não implementar tal direito de forma satisfatória, como demonstrado no início do capítulo, resvalará nos conflitos privados. Como já tivemos oportunidade de assinalar, quando desrespeitada a saúde, o sujeito adoece e em razão da falta de seu tratamento morre. Quando desrespeitada a educação, ela simplesmente não se implementa. Quando desrespeitada a moradia, aqueles que não tem onde morar não vão desaparecer por conta de não terem onde morar. Vão morar, é uma questão de existência. Vão morar nas ruas, vão se abrigar, criar guetos, migrar ou criar favelas.

Em excelente obra sobre a perspectiva higienista aplicada à cidade do Rio de Janeiro, Sidney Chalhoub relembra passagem histórica das perseguições aos cortiços do Rio de Janeiro, que ao retirarem as pessoas de moradias já inadequadas as condenaram a situações de vida ainda mais indignas, fazendo-as morar em piores condições, mas não podendo impedi-las de *morar*.

“A destruição do Cabeça de Porco marcou o início do fim de uma era, pois dramatizou, como nenhum outro evento, o processo em andamento de erradicação dos cortiços carioca. Nos dias que se seguiram, o prefeito da Capital Federal foi calorosamente aclamado pela imprensa – ao varrer do mapa aquela ‘sujeira’, ele havia prestado à cidade ‘serviços inolvidáveis’. Com efeito, trata-se de algo inesquecível: nem bem se anunciava o fim da era dos cortiços, e a cidade do Rio já entrava no século das favelas”³⁸⁸.

Diante da insistência daqueles que não têm onde morar em existir, nasce o conflito privado. Nesse caso o conflito sobre o exercício do direito fundamental à moradia já se apresenta de imediato, ou ao menos se potencializa. Aqui estamos tratando da situação em que alguém, desprovido de lugar para morar, sem possuir qualquer relação jurídica com o proprietário registral do bem, passa a morar em determinado bem, seja em virtude de simples ocupação do bem que se encontra vazio, seja a partir de cessão de posse realizada com possuidor que já se encontrava no imóvel em momento anterior, que lhe transfere a posse, sem qualquer vínculo

³⁸⁷ Entendendo que o Estado não tem responsabilidade de prover ou promover moradia aos que não tem condições de prover a própria moradia SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de Habitação*. Análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade, p. 165: “O fato de todos terem o direito à moradia, portanto, não significa que têm o direito de exigir que o Estado dê um imóvel para todos. Não podemos jamais fazer tal afirmação. Pois o direito à moradia não guarda relação obrigatória com o direito de propriedade”. O autor, a nosso sentir se equivoca duplamente, pois além de negar o caráter prestacional dos direitos fundamentais sociais, subordina a concessão e promoção da moradia à distribuição de propriedade.

³⁸⁸ CHALHOUB, Sidney. *Cidade Febril*. Cortiços e Epidemias na Corte Imperial. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 20.

com o proprietário registral. A primeira questão que se coloca é a constatação de que perante o judiciário, esse sujeito que simplesmente ocupa e mora, e que lá já se encontra, se não reunir todos os requisitos necessários a opor a sua posse ao proprietário, não simplesmente como posse, mas como propriedade, através do instituto da usucapião, simplesmente não será tratado como *morador*, mas sim como *esbulhador*.

Por que? Porque o morador não existe no direito civil! Se a pessoa que ali se encontra não pode ser assim reconhecida como locatária, como usucapiente, ou quaisquer dos sujeitos de direito reconhecidos pelo Direito Civil, ele será simplesmente reconhecido como esbulhador. O protagonismo da situação de conflito sobre a terra só se desloca do proprietário quando aquele que se contrapõe a ele tem, de certa forma, algum título para ostentar. Em verdade esse fato, por si só já se apresenta em contradição ao tratamento constitucional da propriedade. Antes mesmo daquele que se contrapõe ao proprietário surgir como morador, seria fundamental se avaliar a tutela de merecimento da propriedade através do cumprimento da função social da propriedade.

Ainda quando se trate de demanda possessória, onde a exceção de domínio³⁸⁹ não deve ser discutida, ou ao menos não deveria ser discutida, haveria de se avaliar, por aquele que alega ter sido sua posse violada, o cumprimento anterior de função social da posse³⁹⁰. Já em um primeiro momento, portanto, percebemos um afastamento do que ensejaria o tratamento constitucional da propriedade em virtude de que mesmo antes de se avaliar a postura do possuidor tido como esbulhador no conflito, identificando-o ou não como morador, deveria haver efetiva análise qualitativa do exercício e cumprimento da função social pelo proprietário que, na qualidade de proprietário ou possuidor reclama o bem.

³⁸⁹ Na forma do art. 557 do Código de Processo Civil “Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa”. Parágrafo único. “Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa”.

³⁹⁰ Sobre função social da propriedade/posse, consultar capítulo 3 item 3.5.

Giovanna Bonilha Milano, em trabalho direcionado aos conflitos possessórios³⁹¹ atesta, a partir da análise de grande número de decisões proferidas em conflitos possessórios:

“Nos casos analisados, os meios de prova mais frequentemente apresentados pelos autores para comprovar tais requisitos perpassam pela apresentação do título de propriedade; a existência de boletim de ocorrência noticiando o alegado esbulho; e, em alguns casos, a existência de imagens do local ou reportagens jornalísticas que retrataram as alegações.

(...)

No entendimento registrado nas decisões, a melhor posse é aquela que deriva do direito de propriedade, desvinculadamente de aferições focadas no uso ou na funcionalidade que o proprietário tenha ou não dado ao imóvel”.

Vislumbra-se que na realidade, sem ao menos avaliar o cumprimento, por parte do proprietário, de um dever fundamental, que pode lhe dar ou retirar tutela de merecimento de proteção de sua propriedade, os holofotes são postos sobre a conduta do possuidor/morador, que ali se encontra em virtude de ter ocupado um bem que se encontrava vago. Certamente, acreditamos, tal postura é derivada do extremo valor jurídico que ainda paira no inconsciente coletivo sobre a sacralização do título de propriedade, que se encontra em total dissonância da ordem jurídica constitucional da propriedade atual. Como afirma Marcos Alcino de Azevedo Torres³⁹², há certo desconforto na proteção daquele que ocupa bem que não é seu, ainda que se encontre à deriva. No entanto, nas palavras do autor, ao descumprir a função social da propriedade, o proprietário desrespeita preceito de ordem fundamental e inviabiliza o acesso a bens necessários à subsistência de toda a humanidade, como o acesso ao solo.

“Tal qual a propriedade é considerada um direito fundamental o ‘descumprimento do dever social do proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade’ e nesta hipótese ‘as garantias ligadas normalmente à propriedade,

³⁹¹ A autora trata dos conflitos possessórios coletivos, aos quais denomina de despejos forçados. Apesar disso os dados estatísticos sobre os fundamentos de decisão nos conflitos possessórios/proprietário são de extrema serventia. MILANO, Giovanna Bonilha. Conflitos Fundiários Urbanos e Poder Judiciário, p. 170/171.

³⁹² TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Função social e conflito propriedade-posse*, p. 63: “Ora não há dúvida de que a posse do titular do domínio quando exercida com função social merece total tutela, como também merece a posse daquele que não tem qualquer título que lhe assegure exercer a posse sobre a coisa mas que está exercendo a posse qualificada pela função social. Naquelas que nascem de um ato de apossamento desvinculado de qualquer relação jurídica, essa sim, demanda maior complexidade causando, sua defesa, perplexidade para alguns que a consideram como um ato de usurpação que deve ser combatido e para outros a injustiça do desapossamento daquele que deu uma função social a terra, como já salientado”

notadamente à da exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas”³⁹³.

Como demonstra Giovanna Bonilha Milano, há nos argumentos que fundamentam as decisões judiciais enfoque exacerbado na impossibilidade de acolher e tutelar posse em face da propriedade sem que exista a reunião de elementos de aquisição do domínio por parte do possuidor³⁹⁴, simplesmente porque a moradia é um instituto inexistente no direito privado. Quando se tutela o possuidor em nome de ter reunido os requisitos necessários para lhe ser possível alegar, em sede defesa, usucapião em face do proprietário, ainda que se louvem as espécies de usucapião especial constitucional³⁹⁵, estar-se-á protegendo mais uma vez a propriedade e não a moradia.

Toda vez que, para proteger a moradia, constatar-se a necessidade de outorgar qualquer outro título ao morador, para que tenha sua permanência no bem reconhecida e mantida, inobstante flagrantes descumprimentos de função social da propriedade por parte do proprietário, estamos diante de proteção da propriedade e não do direito à moradia. O primeiro valor que talvez deva ser quebrado é daquela sacralidade da propriedade que só não existe mais no texto constitucional, existindo, porém, não somente no imaginário do leigo, mas infelizmente também, ainda que oculta, em argumentação jurídica, como visto acima. O morador que estamos dispostos a tutelar e proteger não é um morador que exerça sua posse a partir da retirada violenta do proprietário/possuidor do bem. Esse sujeito que pretende ver reconhecido seu direito de moradia em bem que não lhe é próprio, e sobre o qual não possui qualquer relação jurídica estruturada, ocupou o bem em estado de abandono, e lá consolidou sua moradia, ainda que não tenha completado os prazos legais de aquisição da propriedade ou lhe falte algum requisito.

O problema da concentração de propriedade, bem como da existência de imóveis ociosos que poderiam simplesmente suprimir o déficit habitacional, não é

³⁹³ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Função social e conflito propriedade-posse*, p. 67.

³⁹⁴ MILANO, Giovanna Bonilha. *Conflitos Fundiários Urbanos e Poder Judiciário*, p. 184 e seguintes

³⁹⁵ Art. 183 da CF/88. “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”; Art. 191 da CF/88. “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

uma realidade exclusivamente contemporânea, pois já era denunciada por Engels³⁹⁶. No entanto, apesar de agregado ao descumprimento da função social pelo proprietário, mantendo a propriedade absolutamente esvaziada de uso, o confronto entre o possuidor morador com o proprietário tende a ser avaliado a partir de classificação tradicional da posse, sem a necessária interpretação sistemática³⁹⁷, o que desaguaria na compreensão da posse do morador ser injusta³⁹⁸, em virtude de seu ingresso no bem sem qualquer relação jurídica que justificasse sua manutenção³⁹⁹.

É urgente, portanto, o enfrentamento da tutela do direito fundamental de moradia de forma adequada nas relações interprivadas, sob pena de se ter um regime jurídico, como o atual, que ao mesmo tempo que louva a função social da propriedade, não lhe dá qualquer eficácia, seja pela fiscalização efetiva de cumprimento, seja na perspectiva de enfrentamento dos conflitos possessórios/proprietários em torno direito fundamental de moradia.

Expropriação social – No plano do conflito possessório coletivo, mesmo não sendo um instituto direcionado especificamente para a moradia, é louvável a disposição constante do art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil⁴⁰⁰ sobre a possibilidade de privação da propriedade pelo proprietário, ou dito de outro modo, rejeição do pedido reivindicatório, em virtude do reiterado descumprimento de função social

³⁹⁶ ENGELS, Friedrich. *O Problema da Habitação*, p. 37: “O certo é que existem já nas grandes cidades prédios de habitação em número suficiente para remediarem sem demora, pelo seu uso racional, toda a verdadeira ‘crise da habitação’. Isto só se pode naturalmente fazer pela expropriação dos proprietários actuais, pela ocupação dos seus imóveis por trabalhadores sem abrigo ou vivendo em casas superlotadas”.

³⁹⁷ MILANO, Giovanna Bonilha. *Conflitos Fundiários Urbanos e Poder Judiciário*, p. 176 critica a classificação da posse, nos casos de conflito coletivo, como posse injusta: “quando a relação entre o sujeito e a coisa se estabelece sem que a transferência do poder de fato pelo proprietário tenha ocorrido, fala-se em ‘posse injusta’, incapaz de elevar a situação fática ao plano protetivo da relação jurídica”.

³⁹⁸ Art. 1.200 do CC. “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”.

³⁹⁹ O enunciado 303 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil firma o entendimento de que “considera-se justo título, para a presunção relativa da boa-fé do possuidor, o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular. Compreensão na perspectiva da função social da posse”. No entanto, o que se observa é que tal tipo de compreensão só se opera quando da existência de relação jurídica prévia entre possuidor e proprietário.

⁴⁰⁰ Art. 1.228, CC: § 4º: “O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevantes”. § 5º: “No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

por parte do proprietário em concomitância ao cumprimento de função social qualificada pelos possuidores através de posse trabalho ou posse moradia.

Inobstante o objeto da presente pesquisa se limitar à proteção do direito fundamental de moradia nas relações privadas em caráter individual, e a denominada expropriação social não se relacionar exclusivamente à proteção do direito fundamental à moradia, cuidando de situação que atinja relevante número de pessoas, merece destaque a denominada expropriação social⁴⁰¹. O instituto em exame diz respeito a valorização da função social implementada pelos possuidores, configurada no exercício de “obras ou serviços, considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevantes”, nos quais necessariamente se insere a função social do bem imóvel destinado à moradia, refletindo, portanto, instituto que poderá ser importante instrumento de promoção de moradias, quando movimentos sociais, partindo da ausência de políticas públicas suficientes para a promoção de habitação digna, puderem lançar mão de tal instituto na defesa e proteção de grupos de moradores.

A expropriação social recebe inúmeras críticas da doutrina, chegando a ser apontada como instituto de difícil aplicabilidade prática em virtude de reunir em seus requisitos inúmeros conceitos jurídicos indeterminados, que dependem da avaliação do julgador para sua concretização⁴⁰². Ademais, novas críticas são apontadas contra o instituto em virtude de exigir, para sua aplicabilidade, que a posse dos possuidores fosse classificada como posse de boa-fé, o que, em se tratando de direito possessório, e de considerável número de pessoas, poderia determinar a inaplicabilidade do instituto, uma vez que a posse de boa-fé depende da ignorância de vício por parte dos possuidores⁴⁰³. Por fim, as críticas e divergências se agravam ainda mais diante da conjugação do § 4º com o § 5º do art. 1.228 do Código Civil, pois enquanto o § 4º determina que o proprietário que, ao

⁴⁰¹ Não há consenso sobre a nomenclatura utilizada para o instituto em comento. Suas denominações variam entre expropriação social, termo aqui utilizado, desapropriação privada ou desapropriação judicial. Sobre as diferentes denominações SCHREIBER, Anderson. *O Ornitorrinco jurídico*. Por uma aplicação prática dos §§ 4º e 5º do art. 1.228, CC. In: Direito Civil e Constituição, p. 267-279.

⁴⁰² Sobre tratamento detalhado do tema, consultar: OLIVEIRA, Rachel Delmás Leoni. *A expropriação social dos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil*. In MELO, Marco Aurelio Bezerra de. Direito Imobiliário. São Paulo: atlas, 2015, p. 351-374

⁴⁰³ Com vistas a dar efetividade ao instituto, dispõe o enunciado 307, CJF que “o conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228”.

reivindicar seu imóvel, se deparar com grande número de possuidores que preencham os requisitos legais, ficará privado do bem, ou seja terá seu pedido reivindicatório negado, o § 5º, determina que os possuidores em questão possam adquirir a propriedade do bem imóvel objeto da lide, através do pagamento da justa indenização.

Tal determinação dá margem aos mais diversos posicionamentos doutrinários, eis que, se pode ser louvada a determinação legal pela possibilidade de aquisição da propriedade, com correspondente perda da propriedade pelo proprietário descumpridor de função social, o recebimento de indenização correspondente ao valor de mercado do bem parece ser benefício exacerbado a proprietário que não cumpriu seu dever fundamental de atribuir função social a sua propriedade. Além disso, pela ótica dos possuidores tal determinação pode ensejar ônus exacerbado aos possuidores, eis que em sua maioria serão pessoas com poucos recursos financeiros, pertencentes à população de baixa renda. Diante disso os autores se dividem em entender de responsabilidade do Estado⁴⁰⁴ o pagamento da indenização ao proprietário, quando se tratar de população de baixa renda, entender pela inconstitucionalidade⁴⁰⁵ do § 5º do art. 1.228 do Código Civil, eis que seria uma afronta à função social da propriedade, e ainda, por entender que as disposições constantes entre os dois parágrafos do dispositivo em comento seriam independentes⁴⁰⁶.

A privação da propriedade, com negativa do pleito reivindicatório, seria decorrente do preenchimento dos requisitos dispostos no § 4º do art. 1.228 do Código Civil, enquanto a aquisição da propriedade dependeria do pagamento da justa indenização. Desta forma, se preenchidos os requisitos constantes do parágrafo quarto, haveria segurança jurídica da posse, impedindo o pleito reivindicatório e rejeitando tutela de merecimento à propriedade,

⁴⁰⁴ Enunciado 398, CJF: “A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5.º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado n. 84 da I Jornada de Direito Civil”.

⁴⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*, p. 277.

⁴⁰⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil. Coisas*, São Paulo: Gen Forense, 2019, p. 99: “O pagamento é requisito para a regularização da propriedade em favor dos destinatários da norma, como prevê o Enunciado n. 241 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal/CJF, mas o desinteresse pelo exercício dessa faculdade não conduzirá necessariamente no desalijamento possessório coletivo”.

independentemente do pagamento de indenização e aquisição da propriedade pelos possuidores.

Nota-se que o mais importante do dispositivo em comento, ainda que não possa servir de paradigma pleno para a solução do conflito individual em torno da moradia, é nos possibilitar a reflexão de dar segurança jurídica à posse, entre pessoas privadas, sem que necessariamente se subordine isso a transmissão da propriedade. Em outras palavras, possibilita assegurar aos possuidores o exercício dos poderes do domínio ainda que não lhes tenha sido outorgada a propriedade. Possibilita-se a manutenção de acesso ao bem por aqueles que dele dependem para a satisfação de seus direitos.

4.3

A proteção do direito fundamental de moradia como direito autônomo frente à propriedade.

O absurdo déficit de moradia ser um sintoma do predomínio do modo de produção capitalista não é um fator aleatório. O mercado imobiliário depende da concentração da propriedade do solo nas mãos de número reduzido de proprietários, a fim de que a renda fundiária efetivamente possa se implementar, a partir da existência de não proprietários que dependam da propriedade alheia para satisfação de seu direito de moradia⁴⁰⁷. Essa realidade é associada ao fato do espaço, especialmente o urbano, ser um recurso finito⁴⁰⁸. Assim, tomando por base o fato de que o controle proprietário já se encontra estabelecido, principalmente nos centros urbanos, a distribuição de moradia em caráter universal afetaria, necessariamente, interesses proprietários. Essa interferência, contudo, se dá duplamente. Se dá porque para distribuir o solo entre todos que dependem de moradia, ocorreria uma redistribuição do controle do solo, mas especialmente

⁴⁰⁷ Sobre o controle a propriedade fundiária consulte-se o capítulo 2. Tal reflexo aplicado a moradia pode ser observado também como pano de fundo dos conflitos fundiários urbanos brasileiros: Giovanna Bonilha, p. 112; O domínio do espaço urbano como fator de modificação do mercado imobiliário, com análise histórica: David Harvey. *Paris Capital da modernidade*, p. 171-190.

⁴⁰⁸ No Filme Pequena Grande Vida a questão da finitude do espaço é muito bem representada quando pessoas de classe média se submetem a procedimento científico para serem reduzidas à miniaturas humanas, e com o patrimônio que tinham enquanto possuíam tamanho natural, passariam a ter vidas abastadas. No entanto, a miséria humana derivada da exploração alheia e acumulação do capital é retratada no filme, pois mesmo no “mundo dos pequenos” existem as classes exploradas economicamente vivendo em moradias indignas.

porque a partir do momento em que todos tivessem satisfeito o direito fundamental de moradia, restaria prejudicado um importante nicho de rentabilidade, estaria prejudicada a renda fundiária.

Não interessa, portanto, à classe proprietária que todos tenham a satisfação de seu direito fundamental de moradia, ainda que isso se desse a partir de desapropriações, pagas com justa indenização. Não interessa à classe proprietária que não possa explorar a falta de propriedade imóvel da grande maioria da população, com vistas à obtenção de renda, simplesmente pelo fato de ser proprietário de bem indispensável a vida, qual seja a *casa*. Talvez, diante dessa constatação, mais eficaz seria a defesa de medidas mais radicais como a desmercantilização da moradia, tal qual defendida por David Madden e Peter Marcuse⁴⁰⁹. Todavia, o que nos propomos é dar eficácia à moradia no ordenamento jurídico vigente, talvez seguindo os conselhos dos mesmos autores, quando tentam buscar caminhos para que se chegue no mundo ideal onde todos pudessem ter moradias dignas, acreditando que “o caminho para alcançá-lo é formular demandas que são realizáveis no mundo como ele existe na atualidade, e que apontem para transformações mais profundas”⁴¹⁰.

Estamos diante de ordenamento jurídico em que o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana sustenta todos os direitos fundamentais estabelecidos pela ordem constitucional, dentre eles o direito à moradia, o direito *de* moradia, o direito à propriedade e o direito *de* propriedade. A livre iniciativa⁴¹¹, constante dos princípios da ordem econômica constitucional, garante que proprietários imobiliários de imóveis destinados à moradia alheia possam obter renda fundiária a partir da escassez da moradia própria, ou de meios eficazes a promover a moradia em imóvel próprio. Assim, nosso desafio é aplicar o direito privado à luz do direito constitucional, construindo paradigma de proteção da moradia a partir do ordenamento jurídico vigente. A construção desse paradigma nos possibilitará enfrentar o conflito proprietário, que poderia ser identificado por aquele em que o proprietário registral busca a retomada de seu imóvel, seja fundamentando-se na

⁴⁰⁹ DAVID, Madden e MARCUSE, Peter. *Em Defesa de La Vivenda*.

⁴¹⁰ DAVID, Madden e MARCUSE, Peter. *Em Defesa de La Vivenda*, p. 212: “El camino para lograrlo passa por formular demandas que sean realizables en e mundo tal y como existe actualmente y que apunten en la dirección de um cambio más profundo”.

⁴¹¹ Art. 170, CF/88

propriedade, através da ação reivindicatória, seja fundamentando-se na perda de sua posse, através da ação de reintegração de posse, ou mesmo nos seus direitos de rompimento contratual da locação residencial, na ação de despejo, passando a levar em conta o direito fundamental de moradia.

Importante ressaltar que o objeto da tese se encerra na proteção da moradia no conflito com o direito de propriedade, de modo que, além de não cuidar de políticas públicas pertinentes à satisfação do direito fundamental à moradia, repita-se, não cuidaremos também de conflitos coletivos ou de institutos jurídicos voltados à atribuição de direito real, que em última análise sejam instrumentos de direitos sobre imóveis residenciais, tais como a usucapião⁴¹², o direito de superfície⁴¹³, o direito de laje⁴¹⁴. Essa decisão se dá, inobstante a importância que têm tais institutos na proteção da moradia, pelo fato de que, ao se discutir a proteção da moradia a partir da usucapião ou do direito de laje, situações mais populares, especialmente entre as classes mais pobres, deixa-se de discutir a moradia como direito autônomo e passa-se a analisar a aquisição de outro direito: propriedade ou direito real de laje, conforme o caso.

A construção desse paradigma nos permitirá corrigir grave falha patrimonialista do direito privado, especialmente do direito civil, com a devida inclusão do *morador* no Direito Civil.

A inclusão do sujeito morador no direito civil significa que *o direito de morar deve prevalecer, como direito fundamental e autônomo, sempre que em conflito da moradia, como direito existencial, com a propriedade como direito exclusivamente patrimonial, tal solução for resultado da incidência da função social da propriedade como tutela de merecimento, ou da função social da propriedade como promoção de valores existenciais e justiça distributiva*⁴¹⁵.

⁴¹² Art. 1.238 e seguintes do Código Civil

⁴¹³ Art. 1.369 e seguintes do Código Civil e art. 21 e seguintes do Estatuto da Cidade.

⁴¹⁴ Art. 1.510-A do Código Civil.

⁴¹⁵ Não será alvo de incidência desse paradigma pró-moradia o conflito proprietário/possessório onde inobstante o proprietário ser titular do patrimônio, dependa de sua propriedade para a satisfação de suas necessidades mínimas, seja na figura do locador que tira sua subsistência dos aluguéis percebidos, seja na figura do herdeiro menor, sem recursos para subsistência, que se contrapõe ao viúvo que exerce seu direito real de habitação no bem imóvel de residência da família apesar de ser titular de outros bens. Também não será alvo de tal paradigma a hipótese em que aquele identificado por morador não dependa daquela situação jurídica específica para lhe satisfazer o direito fundamental em questão. Portanto o paradigma aqui proposto não se presta a enfrentar o conflito em

Entendemos pela aplicabilidade desse paradigma seja nas situações jurídicas em que a moradia é derivada da existência de direitos reais ou pessoais sobre o bem, seja nas situações em que inaugura-se a moradia sobre o bem objeto de disputa simplesmente a partir da solidez da moradia ali estabelecida, em que pese a ausência de outro direito que a fundamente, a exemplo da usucapião. Diante disso, o primeiro passo para incidência do paradigma proposto é tratar-se da proteção da moradia na qualidade de direito existencial fundamental frente ao exercício da propriedade exclusivamente a partir de seu valor econômico.

Em seguida a solução se dará ou por negativa de tutela ao exercício da propriedade, por descumprimento de função social, ou pela prevalência da moradia em virtude da função social da propriedade fundamentar a promoção de valores existenciais e justiça distributiva, estes ordenados pela solidariedade social, sempre que diante de moradia sólida.

A primeira situação não nos traduz maiores dificuldades teóricas, apesar de ainda entendermos que sua incidência prática está aquém das demandas sociais. A solução, a partir dessa perspectiva de função social da propriedade como tutela de merecimento, seria adotada quando constatada a ausência de cumprimento de função social reiterada pelo proprietário, que configure descumprimento de seu dever fundamental, negar tutela à propriedade independentemente de analisar a qualidade possessória do possuidor. Neste caso o que está em exame é a postura descumpridora de seu dever proprietário e não as qualidades jurídicas da outra parte, desde que dê destinação ao bem.

A segunda situação, resultado da incidência da função social da propriedade como promoção de valores existenciais e justiça distributiva, não necessariamente precisará partir do descumprimento em absoluto da função social pelo proprietário, podendo, por isso, ser aplicável tanto a situações precedidas de relação jurídica entre as partes, ou em outras tantas em que eventual vínculo entre as partes parta da necessidade de uma delas de subsistir procurando abrigo, e por isso tenha consolidado sua moradia em imóvel alheio. A incidência do paradigma proposto é

que ainda que existente o tema moradia, esta não seja expressão efetiva do direito fundamental social em confronto com a propriedade especulativa.

expressão não somente da função social da propriedade, mas também da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.

A opção de proteção de direitos existenciais em prejuízo de direitos patrimoniais não reflete nenhuma novidade absoluta em nosso ordenamento, pode ser observada nas regras gerais da execução civil, onde é resguardado patrimônio mínimo para a satisfação da subsistência do devedor, ainda que isso implique na frustração do direito do credor de ver seu crédito satisfeito⁴¹⁶. A moradia, apesar de ser direito existencial, para ser implementada depende da disponibilidade de bem imóvel destinado à residência, de modo que a moradia em si pode ser considerada patrimônio mínimo existencial, necessário à mínima subsistência, capaz de sacrificar direito patrimonial, ainda que esse direito patrimonial seja a propriedade alheia. Se a incidência da solidariedade social já seria suficiente para o acolhimento de tal paradigma, o direito fundamental à propriedade como direito de acesso aos bens mínimos à subsistência de forma ainda mais intensa o legitimam, como será melhor explorado a seguir.

Cumpra observar que aplicação de solução em prol de moradia nos termos aqui propostos nem sempre refletirá a perda da propriedade pelo proprietário. Próximo ao que tratamos sobre a dualidade entre propriedade e domínio, desmembrando a propriedade em uma série de direitos sobrepostos, Pierre Dardot e Christian Laval afirmam, ao tratar da evolução da propriedade do solo de que “já não pode ser considerada uma posse de parcelas justapostas, mas precisa ser

⁴¹⁶ A manutenção de vida digna para aquele que se encontra sendo executado determina a impenhorabilidade de bens considerados mínimos à satisfação de direitos existenciais, descritos no art. 833 do Código de Processo Civil: “São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

definida como sedimentação de direitos, ou como sobreposição de direitos sobre as mesmas coisas ou os mesmos espaços”⁴¹⁷. Esses direitos sobrepostos comporiam uma espécie de lista de direitos do direito de propriedade:

“1) direito de posse (*right to possess*), ou direito de controle físico exclusivo sobre a coisa possuída (...); 2) direito de uso (*right to use*), entendido como direito ao gozo e à utilização pessoal da coisa; 3) direito de ‘gestão’ (*right to manage*), ou direito de decidir como e por quem a coisa será utilizada; 4) direito à renda (*right to income*); 5) direito ao capital (*right to capital*), ou poder de alienar, consumir, estragar ou destruir a coisa; 6) direito à segurança (*right to security*), que propicia imunidade contra a expropriação; 7) poder de transmissão (*power of transmissibility*) de uma coisa, significando o direito da pessoa de dá-la a alguém após a sua morte; 8) ausência de prazo (*absence of term*), ou seja, duração indeterminada dos direitos de posse de uma pessoa; 9) proibição de uso pernicioso (*prohibition of harmful use*), o que significa que a pessoa tem o dever de utilizar a coisa de forma prejudicial a terceiros; 10) obrigação de execução (*liability to execution*), o que implica que a coisa pode ser tomada para saldar uma dívida; 11) caráter residual (*residuary character*), ou seja, a existência de regras para a reversão dos antigos direitos de propriedade”⁴¹⁸.

Diante de tantas possibilidades ao direito de propriedade, é possível, por exemplo que a prevalência do direito de moradia não determine a perda do direito de propriedade, assegurando ao proprietário alguns desses direitos. Aqui não se está a tratar, portanto, da perda ou aquisição ao direito de propriedade, mas especificamente da não violação do direito de moradia, ainda que a propriedade em si ainda guarde algum tipo de tutela.

Assim, entendemos que mesmo quando o direito de moradia, consolidado em imóvel alheio, tenha partido de ato de ocupação, sem qualquer relação jurídica de direito real ou pessoal, o direito de morar deve ser resguardado, como direito fundamental e autônomo na qualidade de direito existencial. Ainda que se venha a tutelar tal propriedade posteriormente, a tutela da propriedade não pode por em risco, até que alguma alternativa de moradia seja concedida a satisfação do direito de moradia. O direito de morar, portanto, como mínimo existencial deve prevalecer sobre a propriedade, na qualidade de direito exclusivamente patrimonial em nome da função social da propriedade como promoção de valores existenciais e justiça distributiva, mesmo quando o fator determinante daquela moradia não foi um

⁴¹⁷ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 501

⁴¹⁸ DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI, p. 501-502

contrato de locação, a concessão ou disputa por um direito real, mas decorrente da insistência no direito de sobreviver.

É exatamente nesses casos que o direito de moradia, como direito fundamental existencial autônomo, deve ser protegido suplantando a classificação tradicional dada a posse dessas pessoas, absolutamente dissociadas dos valores constitucionais impregnados na situação. Reconhecer o sujeito morador no Direito Civil dissociado da figura do proprietário, do possuidor, do locatário, do comodatário, entre outros, significa afirmar que ainda que em certos momentos essas figuras se confundam, o direito de moradia não pode ser tutelado a partir do direito de propriedade ou do direito possessório simplesmente. Quando o conflito envolvendo a disputa por um bem imóvel suscitar a aplicação das normas pertinentes à propriedade ou ao direito possessório, mas além disso disser respeito a existência do titular de um direito subjetivo de moradia, em virtude da existência de moradia já consolidada, não se pode marginalizar o tema, aplicando simplesmente regras possessórias.

Tal como acontece com os direitos à saúde e à educação, ainda que se tenha que observar normas pertinentes a direito contratual eventualmente incidentes no conflito, a existência de ameaça a direito fundamental deve ser evidenciada e levada em conta, como se dá quando, apesar de aplicáveis as normas pertinentes a relação contratual de prestação de serviços educacionais, não se interrompe o exercício de direito à educação de um aluno em meio ao ano letivo em virtude de inadimplência⁴¹⁹. Ao se proteger o direito à educação colocando-o acima de regras contratuais, em verdade se enxerga o aluno de forma autônoma em relação ao contratante. O que propomos é deixar de marginalizar a figura do morador, deixando-o escamoteado por trás do proprietário, do locatário, do possuidor. O direito de moradia não pode mais ser protegido subsidiariamente ao direito de propriedade, ao direito possessório, ou às relações contratuais. O direito de moradia assim alcança patamar de direito efetivamente autônomo.

Como evidencia Giovanna Bonilha Milano, um dos obstáculos enfrentados nos conflitos possessórios nascidos de ocupações de imóveis ociosos seria o fato do judiciário conceber, em regra, que “quando a relação entre o sujeito e a coisa se

⁴¹⁹ Art. 6º, da Lei 9.870/1999.

estabelece sem que a transferência do poder de fato pelo proprietário tenha ocorrido, fala-se em ‘posse injusta’, incapaz de elevar a situação fática ao plano protetivo da relação jurídica”⁴²⁰. Presumindo situação de violência e tratando essas pessoas como invasoras, sempre que não existe outro direito a se contrapor à propriedade, como usucapião, o direito de moradia sequer se apresenta como argumento válido.

Todavia, a incidência do paradigma proposto às situações em que o exercício do direito de moradia se inicia a partir da ocupação de imóveis vagos, sem que exista qualquer tipo de violência efetiva em sua tomada de posse, se legitima não somente pelo exercício de função social do bem através de sua destinação para moradia, mas especialmente no direito de acesso à propriedade, no direito de acesso a todos os bens fundamentais a plena satisfação da personalidade humana, dentre eles o bem imóvel a ser destinado à moradia⁴²¹. Tal direito é fundado e legitimado pelo direito consuetudinário da pobreza, e deve ser garantido sobre os bens indispensáveis à sobrevivência.

O direito fundamental social de moradia deve ser reconhecido e protegido, em prejuízo do exercício dos poderes do domínio pelo proprietário, sempre que tendo sua origem em relação contratual, direito real ou decorrente do direito fundamental de acesso à propriedade, própria ou alheia, sempre que em observância da função social da propriedade a prevalência da moradia refletir a promoção de mínimo existencial em detrimento de valor exclusivamente patrimonial.

⁴²⁰ MILANO, Giovanna Bonilha. *Conflitos Fundiários Urbanos e Poder Judiciário*, p. 176

⁴²¹ Sobre o direito de acesso como conteúdo do direito à propriedade consulta capítulo 3, item 3.3

5 Conclusão

A complexidade do direito de moradia nasce do fato de se tratar de um direito que depende de recursos finitos. A promoção da moradia em caráter universal não é possível sem que se reformule o direito de propriedade daqueles que concentram a propriedade do solo, o que se dá nos ambientes rurais, e se potencializa especialmente nos centros urbanos. Por outro lado, se o déficit habitacional afeta diretamente aqueles que não tem onde morar, ou que não conseguem alcançar moradia digna, de certa forma, a falta de moradia adequada será, em alguma medida, um problema de toda a sociedade.

Partindo da comparação do direito de moradia com outros direitos fundamentais sociais como a saúde e educação, a moradia assume maior complexidade e proporções. Essa afirmativa não pretende colocar a moradia hierarquicamente em posição privilegiada em relação à saúde, até porque a falta de saúde pode determinar a morte, e sem vida todo e qualquer direito perde relevância. Mas a moradia é dotada de certas peculiaridades. Se a determinado grupo, família ou comunidade for negado acesso a educação, aquele grupo não evoluirá e não acessará a educação. Tal fato determinará prejuízos sociais, mas ali se encerrará a situação, os desdobramentos não serão imediatamente sentidos pela sociedade. As consequências se dão de forma indireta, como, por exemplo, aumento da violência naquela sociedade. Da mesma forma se dará se for negado o direito a saúde. Aquelas pessoas que tem seu direito fundamental à saúde negado sofrerão as consequências, sem que tais consequências transbordem necessariamente para os outros membros da sociedade de forma imediata.

Quando se trata de falta de implemento do direito fundamental de moradia, as consequências sociais, bem como nas relações privadas serão distintas, infinitamente mais complexas. Se negado o direito à moradia, o sujeito privado de moradia adequada não desaparecerá a noite tomando corpo novamente na manhã seguinte. As pessoas privadas de moradia, seja por que motivo for, por não terem o poder de se desmaterializar vão morar onde lhes for possível. Vão morar na rua, se abrigando em marquises de prédios, tentando se afugentar das intempéries. Vão buscar constituir sua casa, seu refúgio onde puderem, sem que seja uma preocupação ao menos razoável perquirir se o imóvel onde tentam estabelecer sua moradia constitui a propriedade de alguém. Onde houver espaço e possibilidade de abrigo, a tentativa de constituir uma casa ocorrerá. É nesse momento que o conflito privado surgirá, pois se por um lado aquele que precisa sobreviver e em um ato de resistência humana buscará a moradia onde lhe for possível, de outro alguém reclamará

a proteção de seu direito patrimonial sobre solo, pleiteará a proteção de sua propriedade, formalmente constituída, hierarquizada socialmente sobre o direito de alguém morar.

Essa tensão social não poderá ser superada até que todos tenham onde morar. A falta de moradia faz brotar conflitos sociais e jurídicos sobre o uso do espaço urbano. Diante dessa constatação, mais social, fática, do que jurídica, se levanta sempre uma voz, que busca exonerar o particular, indivíduo proprietário de qualquer responsabilidade social, afirmando que a falta de moradia do outro é um problema do Estado. Em outras palavras a culpa recai sobre a falta de políticas públicas eficazes a produzir habitações suficientes a toda população. Porém, certamente, tão grave problema social deve contar com outros caminhos de solução.

De fato, a moradia, na qualidade de direito fundamental social que é, guarda caráter prestacional, devendo ser provida para aqueles que não têm recursos próprios, no âmbito de Estado Democrático de Direito, que busca o bem-estar social, pelo Estado.

No entanto, enquanto as políticas públicas simplesmente não acontecem, ou ainda que se estabeleçam não são suficientes a resolver o problema ou ao menos minimizá-lo, aquela família que seria destinatária de certa política de promoção de habitações, não poderá esperar. Essa família exercerá seu direito à moradia, ainda que certos olhares repousem sobre ela acreditando que ao invés de exercer um direito, o direito de permanecer em certo lugar e lá simplesmente desenvolver sua vida com sua família, ela está a violar um direito alheio, o direito de propriedade.

Foi justamente sobre esse conflito que se dá entre o direito de moradia e o direito de propriedade que buscamos nos debruçar para encontrar o fundamento de proteção do *morador* no Direito Civil. Nosso questionamento central foi, em que termos se dá a proteção do morador, seja ele morador titular de direito real, morador que depende do direito contratual para viabilizar sua moradia, ou aquele morador, desprovido de qualquer outro título. Essa resposta necessariamente parte das causas, ainda que com restrições de detalhamento, do absurdo déficit habitacional, bem como do lugar do direito de propriedade e do direito de moradia no ordenamento jurídico pátrio.

Procuramos demonstrar ao longo da pesquisa que a crise em torno da moradia é um sintoma do modo de produção capitalista. Essa constatação não representa qualquer saudosismo das sociedades pré-capitalistas quanto aos regimes de servidão ou outras mazelas. A constatação, contudo, nos impõe a reflexão dos efeitos do capitalismo sobre o absurdo déficit de moradia.

A separação da grande massa de trabalhadores dos meios de produção, dentre eles a terra urbana e rural, é condição de predomínio e desenvolvimento do modo de produção capitalista. Tais características da sociedade capitalista fazem surgir um problema social que não possuía em tempos anteriores tanta relevância: a crise de habitação, identificada pela dificuldade de acesso universal a imóvel destinado à moradia. A crise de moradia especialmente nos centros urbanos se apresenta como um sintoma do modo de produção capitalista. A livre iniciativa, inerente a tal modo de produção, deve ser ponderada com o direito de acesso à propriedade, sob pena de se legitimar a partir do direito de obtenção de renda fundiária o sacrifício de direitos existenciais como a moradia. No entanto, o modelo político jurídico instituído pelas democracias liberais não altera a profunda desigualdade social e econômica, eis que se funda numa falsa crença de separação jurídica, política e econômica, fazendo crer que tais desigualdades são derivadas exclusivamente do mercado.

O problema, portanto, não é novo, e dadas suas raízes atinge reiteradamente os mesmos grupos sociais: os despossuídos. Desprovidos de trabalho; desprovidos de renda suficiente para alcançar a aquisição de moradia, até mesmo através do aluguel; e até aqueles que inseridos no mercado de trabalho até certo ponto estável, e com renda suficiente para prover sua subsistência, mantém-se reiteradamente a sombra do aluguel, pairando o medo de que diante da mínima instabilidade financeira esteja em cheque sua moradia.

Ousamos afirmar que o problema da moradia atinge um grupo bem maior do que aqueles que o senso comum identificam como vulneráveis em questões de moradia. Se há no inconsciente coletivo a certeza de que a moradia é um grave problema enfrentado pelos conhecidos *sem-teto* ou *moradores de rua*, a moradia também é um grave problema para grandes grupos de pessoas que moram nas favelas, muitas vezes pagando valores de aluguel elevados, ou até mesmo ameaçadas pelo avanço da especulação imobiliária operada por milícias nas favelas. Essa especulação imobiliária, que se traveste de empreendedorismo nascido do povo, empreendedorismo nascido das classes pobres, e que louva mudanças legislativas como a regulamentação do direito de laje, em verdade, em muitas oportunidades serve de disfarce para o mesmo braço do capital que se vislumbra em grandes construtoras que realizam seus negócios no asfalto. E ainda, de modo mais disfarçado, diluído nas dificuldades financeiras já normalizadas pela classe trabalhadora, a moradia se apresenta como problema também na classe média, que por vezes nem se reconhece como classe trabalhadora.

Se por um lado a sombra das remoções persegue a favela, o endividamento imobiliário, e o desemprego seguido de despejo assombram a classe média. Em última análise o vilão é um só: o capital, que acaba por servir a classe dos proprietários.

Fica evidente em diversos momentos que a propriedade privada se encontra no centro da organização política, de modo que a ordem jurídica em muito se dedica a regular as relações jurídicas proprietárias. A falsa neutralidade do Estado, assim como da ordem jurídica, que acaba por atender aos interesses das classes dominantes promovendo dificuldades e aprofundamento à crise de moradia, mencionada no primeiro capítulo pode ser observada concretamente quando enfrentados os argumentos de suposta constitucionalidade da exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador de relação locatícia residencial formulada no terceiro capítulo dessa pesquisa.

Ao tratarmos da sobrevivência da propriedade imóvel como mercadoria no constitucionalismo social resta demonstrado que a ordem constitucional da propriedade se modificou, sendo necessário, no entanto, que a partir disso se implementem as necessárias transformações pertinentes a tutela jurídica da propriedade. Se em um cenário de constitucionalismo liberal o direito de propriedade poderia ser identificado com valores inerentes à liberdade e igualdade, o constitucionalismo social demonstra que o exercício do direito de propriedade em verdade deve se afastar da igualdade formal sob o qual é fundado, e exercido em consonância com a função social da propriedade, com a noção de bem-estar geral, para efetiva promoção de igualdade substancial e direitos sociais. O grande desafio do constitucionalismo social, portanto, é o equilíbrio da proteção da propriedade enquanto direito fundamental individual em consonância com a promoção de direitos sociais e justiça social. Em outras palavras será necessário acomodar, especialmente em relação aos bens imóveis urbanos ou rurais, seus aspectos inerentes à mercadoria que é no centro do sistema capitalista, associado aos seus valores de troca, ao direito universal de acesso aos valores de uso de determinados bens mínimos e essenciais a todos, como os bens imóveis destinados à habitação.

Inerente a esse desafio, pode-se observar a necessária resistência que deve ser feita aos chamados processos de gentrificação. Apesar da gentrificação não se referir ou atacar exclusivamente a questão da moradia, sendo bem mais ampla do que isso, pode-se perceber, com certa tranquilidade, que tal processo determina a elitização de espaços urbanos, fazendo com que o acesso a eles seja restrito e acabe por mais uma vez intensificando a dificuldade de acesso à moradia como bem comum que deve ser.

A perspectiva de garantir a todos o direito de acesso à moradia, considerando que o exercício de tal direito depende de acesso a bem imóvel, que se submete ao regime de propriedade privada, depende da análise do direito *de* propriedade e direito *à* propriedade enquanto direitos fundamentais. Inobstante muitas vozes e questionamentos contrários a existência da propriedade entre rol de direitos fundamentais, sua manutenção se justifica

seja entre aqueles que ainda relacionam a propriedade entre as liberdades individuais necessárias, ou mesmo entre aqueles que vislumbram na proteção constitucional da propriedade entre os direitos fundamentais a garantia de patrimônio mínimo à vida com dignidade.

A partir daí é fundamental implementar o efetivo conteúdo do direito fundamental *de* propriedade. É certo que as faculdades jurídicas da propriedade e o detalhamento do regime jurídico que a ela será aplicado, especialmente à propriedade privada imóvel será delineado pelo direito infraconstitucional, especificamente pelo Direito Civil. Mas o conteúdo constitucional do direito de propriedade deve ser concebido tanto no direito de permanência da propriedade no patrimônio de seu titular, verificado em seu direito de se manter proprietário, seja em face do Estado ou em face de terceiro, associado aos valores de uso da propriedade, como na garantia de seus valor econômico, associado a seus valores de troca.

Por outro lado, o direito fundamental à propriedade poderá ser identificado inicialmente como legitimidade de toda e qualquer pessoa tornar-se proprietária seja de bens de consumo ou mesmo bens de produção. Para além dessa concepção, o direito à propriedade também poderá ser concebido como direito de acesso aos bens essenciais ao desenvolvimento de uma vida digna, sejam próprios ou alheios, de forma gratuita ou onerosa, desde que o acesso seja garantido a todos.

O estabelecimento do conteúdo efetivo do direito de propriedade, prescindirá da interpretação do conteúdo atribuído à propriedade pelo Direito Civil em consonância com os valores constitucionais da propriedade. Nesse sentido, a fim de suplantarmos a aplicação individualista da propriedade, dissociada de sua função social, que insiste em subsistir como marca de uma herança patrimonialista é necessário repensar o direito de propriedade a partir das noções de domínio, associado aos valores de uso e exercício efetivo de poderes sobre o bem, e propriedade, decorrente do valor econômico do direito. Somente essa abordagem nos permitirá verificar o efetivo implemento da função social da propriedade, bem como avaliar, em casos de eventual conflito entre o proprietário e terceiro não proprietário, a natureza dos direitos que estão em conflito, se existenciais ou patrimoniais.

Nessa análise, será de extrema relevância a observância do cumprimento de função social da propriedade, seja pelo proprietário ou por terceiro. O implemento da função social, todavia, está longe de ser linear, se desenhará a partir de múltiplas possibilidades. Diante da impossibilidade de atribuir um único conteúdo a função social da propriedade, ainda que restrita ao regime jurídico dos bens imóveis, entendemos que a função social da propriedade imóvel deva ser estabelecida a partir de quatro perspectivas: a) *Função*

social da propriedade como princípio da Ordem Econômica e poder/dever fundamental;
b) *Função social da propriedade como regra de conduta em respeito às diretrizes urbanas, ao ambiente rural e ao meio ambiente;* c) *Função social da propriedade como tutela de merecimento;* d) *Função social da propriedade como promoção de valores existenciais e justiça distributiva.*

O âmbito de proteção do direito de propriedade, bem como o efetivo conteúdo da função social da propriedade demonstram-se fundamentais à análise do âmbito de proteção do direito fundamental de moradia, especialmente nas relações jurídicas privadas. A previsão do direito à moradia entre os direitos sociais fundamentais dispostos no art. 6º da CR/1988 confere à moradia em primeiro plano caráter prestacional, possibilitando ao particular o exercício do direito à moradia frente ao Estado. Todavia, no âmbito do exercício do direito de defesa, o direito fundamental de moradia deve ser protegido nas relações privadas, como direito autônomo que é, em decorrência incidência horizontal dos direitos fundamentais, bem como da solidariedade social. A eficácia horizontal do direito fundamental social de moradia, tendo como resultado a proteção do direito de moradia em conflito entre particulares partirá, portanto, da análise no caso específico da incidência do princípio da solidariedade social agregado a função social do bem em disputa, sempre que no caso, verificar-se a necessidade de dar prevalência ao direito de moradia na qualidade de direito existencial em detrimento de outro direito patrimonial, sempre que presentes os requisitos autorizadores para tanto.

Nesse âmbito, como já mencionado, é fundamental a verificação do sujeito morador no direito privado, que simplesmente não é protegido, especialmente pelo Direito Civil. Enquanto o direito civil conceitua e outorga direitos ao possuidor, ao locatário, ao proprietário, ao comodatário, falta ao direito civil o *morador*. Seria legítimo questionar se ao proteger todos esses sujeitos não estaria o direito civil protegendo, ainda que de forma indireta o morador e o regular exercício do direito fundamental de moradia. No entanto, como tentamos demonstrar ao longo da análise da proteção do morador titular de direito real ou de direito pessoal formulada no terceiro capítulo, resta evidente que em verdade o Direito civil ainda guarda amarras patrimonialistas, protegendo a propriedade, o contrato, mas negligenciando na proteção da moradia. Se por um lado o direito à moradia consta do rol dos direitos fundamentais sociais, nos conflitos privados a moradia simplesmente não se estabelece como valor ou direito autônomo.

A moradia não pode mais ter sua proteção subordinada à existência de outro direito que a abrigue ou englobe, como acontece quando a moradia é protegida a partir da aquisição da propriedade por usucapião. Se para proteger o direito fundamental de morar dignamente,

for necessário o reconhecimento de outro direito, a exemplo da propriedade, o que se está a proteger não é simplesmente a moradia, mas a propriedade. Nesses casos, em verdade não há o reconhecimento do direito fundamental à moradia como direito autônomo, mas sempre subordinado e amparado por outros institutos.

Por isso, o que propomos, é que a partir da adequada observância do conteúdo do direito fundamental de propriedade e direito fundamental à propriedade, em observância a função social da propriedade, e incidência do princípio da solidariedade social o direito civil seja capaz e eficiente na proteção do morador.

A inclusão do sujeito morador no direito civil significa que *o direito de morar deve prevalecer, como direito fundamental e autônomo sempre que em conflito da moradia como direito existencial com a propriedade como direito exclusivamente patrimonial tal solução for resultado da incidência da função social da propriedade como tutela de merecimento ou da função social da propriedade como promoção de valores existenciais e justiça distributiva*

6

Referências bibliográficas

ABRAMO, Pedro. *Mercado e ordem urbana*. Do caos à teoria da localização residencial. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

_____. *A cidade caleidoscópica*. Coordenação espacial e convenção urbana. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

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

ADARNUY, Francisco Manuel Silva, *La función social de la propiedad en el Derecho de las cosas*; comentário al capítulo III de la obra “el Derecho civil y los pobres” de Antón Menger. In *Comentarios sobre el Derecho Civil y los pobres*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 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*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMARAL, Maria Lucia. *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ANTONINI, Mauro. Comentários ao art. 1.831 do Código Civil. In: PELUSO, Cesar (coord.) *Código Civil Comentado*, 2015.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*. O novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

ARISTÓTELES. *Política*. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e Domínio*. A Teoria da Autonomia. Titularidades e Direitos Reais nos Fractais do Direito Civil- Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Atualizadora: Simone Tassinari Cardoso, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Bem de Família*. Rio de Janeiro: atlas, 2010.

BELLO, Enzo. *A teoria política da propriedade na Era Moderna: ascensão e crítica do individualismo possessivo* In: TORRES, Marcos Alcino, e MOTA, Mauricio (coord.) *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.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

CHALHOUB, Sidney. *Cidade Febril*. Cortiços e Epidemias na Corte Imperial. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária*. Negócio Fiduciário. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

DARDOT, Pierre, e LAVAL, Christian. *Comum*. Ensaio sobre a revolução no século XXI. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017.

DARNER, José María Moltó. *Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI*. In: Derecho a la vivienda y Función social de la propiedad. Pamplona: Editorial Arranzadi, 2017.

DAVID, Madden e MARCUSE, Peter. *Em Defesa de La Vivienda*. Madrid: Capitán Swing, 2018.

DICKENS, Charles. *Tempos Díficeis*. Tradução: José Baltazar Pereira Júnior. São Paulo: Boitempo, 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. 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001.

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

FINLEY, Moses I. *O Legado da Grécia*.

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

FRANZONI, Júlia Ávila e LUFT, Rosangela M. Onde mora o direito à moradia. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. *Função Social no Direito Privado e Constituição*. In: *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira DA, e OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função social da propriedade e da posse*. In: *Função social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. e ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social no Direito Civil. In: *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2018.

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.

GRONDONA, Mauro. *La funzione Sociale della Proprietà Privata Nell'ordinamento Italiano*: una Panoramica tra Diritto Positivo e Nuove Tendenze. In *Propriedade Privada. Anais da I Jornada Ítalo-Brasileira de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

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.

_____. *Cidades Rebeldes*. Do Direito à Cidade à Revolução Urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Paris a capital da modernidade*. Tradução: Magda Lopes, São Paulo: Boitempo, 2015.

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

LEAL, Victor Nunes. *Cinco Estudos*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

LIMA, João Franzen de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

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

MADDEN, David & MARCUSE, Peter. *Em Defesa de La Vivenda*. Traducción: Violeta Arranz. Madrid: Capitán Swing Libros, 2018.

MANGABEIRA, João. *Em Torno da Constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAS, Joaquín Tornos. *Las Vivendas desocupadas y la función social de la propiedad*. In *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2017.

MARX, Karl. *O Capital*. Livro I, 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.

_____. *Grundrisse*. Tradução: Mario Duayer. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. Tradução: Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Martins Claret, 2017.

_____. Os Despossuídos. Debates sobre a lei referente ao furto de madeira. Tradução: Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2017.

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

_____. *Direito Civil. Coisas*. São Paulo: Gen Forense, 2019.

MENDES, Luís. *Gentrificação e a cidade Revanchista: Que lugar para os movimentos sociais de resistência*. <http://sociologico.revues.org/226>. Documento gerado automaticamente no dia 15 Abril 2014.

MENGER, Antonio. *El Derecho Civil y Los Pobres*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Estampa, 2005.

MILANO, Giovanna Bonilha. Conflitos Fundiários Urbanos e Poder Judiciário. Curitiba: Íthala, 2017.

MIRANDA, Pontes *Tratado de direito privado. Parte especial. Tomo XI. Direito das coisas. Propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*. In: Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORETTI, Franco. O Burguês: entre a história e a literatura. São Paulo: Três Estrelas, 2014.

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.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil. Família*. São Paulo: Gen Forense, 2019.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil. Sucessões*. São Paulo: GenForense, 2019.

OLIVEIRA, Rachel Delmás Leoni. *A expropriação social dos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil*. In MELO, Marco Aurelio Bezerra de. *Direito Imobiliário*. São Paulo: atlas, 2015.

ORFANEL, Gérman Gómez. *Las constituciones de Los Estados de La Union Europea*. Madrid: C.E.C, 1996.

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, 1992.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIQUET, Rosélia. *Cidade-Empresa. Presença na paisagem urbana brasileira*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

PRADO, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RADIN, Margaret Jane. *Reinterpreting Property*. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

RODOTÁ, Stefano. *Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*. Bologna: il Mulino, 2013.

_____. *Il terribile diritto*. Studi sulla proprietà private e i beni comuni. Bologna: il Mulino, 2013.

_____. *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della conferenza Internazionale sulla protezione dei dati*. Disponível em <https://www.garanteprivacy.it>.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares. A colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.

ROSDOLSKY, Roman. *Gênese e estrutura de O Capital de Karl Marx*. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 2001.

ROSNAY, Tatiana de. *A Casa que Amei*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

SACCONI, Luiz Antonio. *Grande Dicionário Sacconi da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, *O Direito fundamental à moradia na Constituição. Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos. Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais*, vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 10 ed., 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. O Ornitorrinco jurídico. Por uma aplicação prática dos §§ 4º e 5º do art. 1.228, CC. In: *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

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.

_____. Teoria do Conhecimento Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2014.

SMITH, Neil. Gentrificação, a fronteira e a reestruturação do espaço urbano. Tradução: Daniel de Mello Sanfelici. GEOUSP – Espaço e Tempo. São Paulo, n. 21, pp. 15-31, 2007.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes. Direito à moradia e de habitação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

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.

TEXIER, Jacques. *Revolução e democracia em Marx e Engels*. Tradução: Duarte Pacheco Pereira. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

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.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Função Social e o Conflito Propriedade-Posse In Propriedade Privada. Anais da I Jornada Ítalo-Brasileira de Direito Privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VELOSO, Zeno. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Código Civil Comentado, 2013.

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

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O Direito à moradia*. In Revista de Direito Privado. V. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIRNO, Paolo. *Gramática da Multidão*. Roma: Rubbettino Editore Catanzaro, 2001.

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

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

BRASIL. LEI 8.009 de 29 de março de 1990.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

BRASIL. Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997.

BRASIL. Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991.

BRASIL. Lei 11.977 de 07 de julho de 2009.

STF, 1ª Turma. RE 605.709. Relatora para acórdão Ministra Rosa Weber.

STF, RE 612.360. Relatora Min. Ellen Gracie.