

INTRODUÇÃO

1 Observações iniciais

Dentre os textos estudados para esta dissertação o título da tese de José Rubens Costa “*A propriedade, este obscuro objeto do direito*” talvez seja o que melhor sintetize as inquietações despertadas pelo tema. O presente estudo visa abordar a questão da propriedade privada sem a pretensão de apresentar soluções ou mesmo de esgotar parte do debate sobre o instituto.

A noção de propriedade privada, o *meu* e o *teu*, está presente cotidianamente em nosso modelo de vida. A sensação de que o mundo sempre foi assim acompanha, mesmo que de forma não reflexiva, a sensação de que as coisas continuarão como estão. Com isso não se afirma que a regulação da propriedade privada não sofreu alterações no decorrer do tempo. Contudo, ela vem mantendo sua substância por um longo período (FERNANDES, 2006a).

Para traçar parte do caminho percorrido é preciso ressaltar que esta pesquisa surge de inquietações inicialmente desenvolvidas na monografia de conclusão de curso. Neste primeiro trabalho a ideia central era debater porque o direito civil estava afastado de parte da sociedade. Naquele momento inicial a importância do tema estava relacionada com o objetivo de compreender melhor a noção paradoxal do direito civil como regulador da vida cotidiana das pessoas e ser simultaneamente considerado o direito de uma elite. Assim, a monografia se concentrou em criticar a ideia teórica, não confirmada na prática, de que o direito civil era por excelência o ramo jurídico mais próximo do cidadão, pois regulava a vida do homem comum desde o nascimento até depois de sua morte conforme a afirmação de Mota Pinto (1976).

Este papel do direito civil para o “homem comum” é importante para destacar a opção por analisar o direito de propriedade pela perspectiva do direito privado. Para entender a complexa relação da propriedade no campo jurídico o direito privado ocupa um lugar de destaque pela longa preocupação em defender o instituto e transformar o direito de propriedade em algo quase absoluto e intocável. O papel do direito de dizer o que é normal (BOURDIEU, 2012) no que concerne à propriedade privada foi disciplinado principalmente pelo direito civil. Desse modo, debater a propriedade desconsiderando o que foi produzido pelo direito privado não aparenta ser o melhor caminho a ser seguido.

No entanto, utilizar o direito privado como base para discutir o tema não elimina a análise da situação da propriedade privada em sua relação com o direito público em uma luta interna no campo jurídico. As críticas atuais sobre a regulação da propriedade privada são elaboradas por autores do direito urbanístico, que no atencioso estudo sobre o papel do direito nas cidades destaca que as concepções sobre a propriedade privada geram uma série de conflitos que resultam em situações de exclusão. (COUTINHO, 2007; MARICATO, 2000, 2008; ROLNIK, 1997).

Permeando todo o debate acerca da disputa pelo direito de dizer o que é a propriedade privada a pesquisa utiliza como um dos marcos teórico a concepção de poder simbólico de Pierre Bourdieu (2012).

O discurso dos urbanistas (em variados campos) se alinha ao identificar que os problemas no espaço urbano relacionados com o direito de propriedade decorrem da formação do instituto consubstanciada em uma concepção individualista que protege a propriedade de forma absoluta. Esta visão civilista também é caracterizada como conservadora e vinculada a interesses de grupos dominantes na sociedade. Este modo com que se estabeleceu o direito de propriedade é taxado simplesmente como “concepção civilista” do direito de propriedade (FERNANDES, 2006a).

Fundamentado na teoria sobre o poder simbólico o presente estudo buscou analisar a crítica lançada sobre a “concepção civilista” de propriedade e encontrar tensões nesta ideia que apresenta o direito privado como um pensamento coeso que sempre buscou garantir o direito de propriedade e sua concepção individualista. Ressalta-se que não apenas ao direito urbanístico como também, a historiografia brasileira atribui este papel de estrutura conservadora ao direito privado, e a propriedade privada é considerada um dos seus fundamentos.

O destaque para as críticas desenvolvidas pelo direito urbanístico decorre da importância que o fenômeno urbano alcançou atualmente e da possibilidade de analisar o campo social e suas relações com o urbano. Tal fenômeno é complexo e transcende a noção de cidade ou o fato da maior parte das pessoas viverem em aglomerações urbanas. O urbano é mais que o mero espaço onde os fatos se passam, ele é objeto de disputa e desejo (LEFEBVRE, 2011). A cidade, analisada sob este aspecto complexo e amplo, é o espaço de realização da pessoa, o lugar em que seus direitos serão exercidos e debatidos na arena pública. A cidade é o local da luta pelo reconhecimento e o lugar da sua efetivação.

Pensar a propriedade a partir da cidade resulta no recorte da pesquisa que busca enfocar a questão da propriedade imobiliária urbana. Em determinados momentos o debate se expandirá para uma noção ampla de propriedade e desta complexa relação existente com o direito. No entanto, temas como a propriedade intelectual, propriedade móvel, a propriedade de ações e títulos especulativos não está inserida diretamente no debate principal. A propriedade imobiliária, rural ou urbana, esta ligada a noção de possuir uma parte da terra, uma parte do mundo, a carga simbólica desta noção é relevante no desenvolvimento do presente estudo. Assim, quando nos referirmos à propriedade ao longo deste texto, estaremos, de fato, falando da propriedade imobiliária urbana

A disputa entre autores de direito civil e de direito urbanístico, e o debate sobre o significado simbólico dessa disputa, encaminhou a pesquisa para uma discussão mais ampla da relação entre as esferas Pública e Privada. A regulamentação do direito de propriedade pode ser apontada como um bom exemplo da necessidade de se pensar essa relação cooriginária (HABERMAS, 2002) entre público e privado de modo a tornar mais visível o conflito social que permeia a distribuição de propriedade.

Sobre o estilo da escrita cabe esclarecer a opção por utilizar citações literais dos autores estudados de forma mais aprofundada para possibilitar o diálogo com suas teorias. As notas de rodapé foram utilizadas com extrema moderação. A intenção é permitir que o leitor se atenha ao texto. A escolha por utilizar as referências no estilo autor-data segue o mesmo objetivo.

Destaca-se ainda a opção por valorizar a produção acadêmica do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG - FDUFG. O presente estudo buscou dialogar com as pesquisas realizadas na FDUFG que se relacionavam com o tema aqui proposto. No desenvolvimento do Mestrado, ao cursar as disciplinas, o debate com os colegas é central para o desenvolvimento da pesquisa e a abertura para novas ideias. Processo semelhante pode ser realizado no debate teórico, dialogando com estudos realizados no passado, em um contexto semelhante. Ademais, conhecer o debate sobre o tema pesquisado internamente ao Programa permite avaliar se sua pesquisa é uma continuidade ou quebra de um paradigma vigente. Esta questão também remete para um problema acadêmico que enfrentamos, pois ao mesmo tempo que se busca conhecer as teorias estrangeiras ditas mais “modernas” não se sabe o que esta sendo produzido na sua própria Universidade. O desenvolvimento intelectual e os debates em universidades estrangeiras provavelmente são

mais conhecidos por pós-graduandos brasileiros do que os debates e o histórico dos programas em que estão inseridos.

A naturalização do direito de propriedade na sociedade moderna reduz o campo de debate sobre questões de fundo relacionadas a este instituto jurídico. Mesmo com a importância da propriedade para temáticas atuais em diversos ramos do direito ou de outras áreas a abordagem do direito de propriedade parte de pressupostos pouco debatidos. Devemos (re)pensar na discussão sobre o direito de propriedade, sua elaboração conceitual teórica e sua caracterização como direito. O objetivo da pesquisa é discutir a questão da propriedade para além de sua naturalização, desvelando temas quase invisíveis.

A dissertação está estruturada da seguinte forma: esta introdução apresenta o tema e discute a questão da propriedade ser considerada como um atributo natural do “ser humano”. O texto discute com alguns autores clássicos e contextualiza a propriedade diante do fenômeno urbano.

O primeiro capítulo tem o objetivo de demonstrar como o tema da propriedade privada está marcado por uma “obscuridade”. Dialogando com a pesquisa de José Rubens Costa a propriedade é apresentada como um objeto de estudo complexo e que é alvo de críticas no interior do campo do direito privado. A propriedade não deve ser analisada como um direito absoluto e nem as concepções do direito civil sobre o instituto são unívocas e necessariamente conservadoras. Assim, o problema da pesquisa é posto em debate. A equiparação do direito de propriedade à noção de direito fundamental e a Função Social da propriedade são apresentadas como obscuridades que impedem que se alcancem os conflitos de fundo que cercam o instituto. Ao final o capítulo relaciona essa obscuridade com a questão do poder simbólico.

O segundo capítulo pretende começar a desvelar a obscuridade que envolve a propriedade privada a partir da hipótese de que a invisibilidade do objeto esconde lutas simbólicas. Inicialmente é apresentada a teoria de Pierre Bourdieu (2012) sobre o poder simbólico. O conflito de classes e as relações de dominação serão analisados por um viés distinto da concepção marxista. A disputa pelo poder simbólico é entendida como a disputa por construir o dado pela enunciação, é o poder de alterar a visão do mundo. Esta análise visa investigar a propriedade privada indo além do aspecto econômico, mas sem desconsiderá-lo. Em seguida será apresentada a relação do direito como poder simbólico. O direito possui um papel especialmente importante na disputa simbólica pelo poder de dizer o que é norma e, portanto, o que é normal. O papel legitimador do direito possibilita a violência simbólica, que

pode substituir a violência física, para impor uma forma de pensamento. Entretanto, ao mesmo tempo em que é meio de conservação o direito pode ser o elemento da mudança de uma situação fática. Por fim, à luz da teoria de Bourdieu será apresentada a luta pela definição do direito de propriedade. Para tanto, será exposta a disputa simbólica entre urbanistas e civilistas pelo direito de dizer a propriedade e as raízes históricas deste conflito.

O terceiro capítulo analisa a tensão entre o Direito Público e o Direito Privado e tem por objetivo demonstrar como o objeto da pesquisa pode ser analisado de maneira menos obscura, mais visível e complexa. A disputa entre as esferas públicas e privadas é pensada a partir da noção de cooriginalidade de Jürgen Habermas. A cooriginalidade público/privado é um modo de pensar as relações entre ter o direito de propriedade e ser reconhecido socialmente como pessoa livre e igual. Esta teoria permite também pensar sobre a dimensão política da disputa pelo direito de determinar a distribuição e o uso da propriedade privada urbana, o que delimita parte do papel social do cidadão. Em seguida será abordada a possibilidade de expansão do direito civil em diálogo com o urbanístico com um diálogo com o Programa Profavela. Por fim, serão apresentadas algumas reflexões sobre o direito de propriedade no contexto de em aglomerado urbano de Belo Horizonte.

Examinar o direito de propriedade com as lentes do pensamento de Bourdieu, inicialmente afasta a ideia de uma concepção inata de propriedade, pois ela decorre da estrutura social em que esta envolvida. A luta de classes e a noção de dominação simbólica permite compreender a tensão permanente na disputa pela regulação da propriedade. Esta confere poder econômico e capital político para determinada classe, possuir capital permite que determinada visão de mundo ganhe espaço de aceitação nos campos de disputa de poder. Com isso, mesmo que de forma inconsciente, a tendência de manutenção de privilégios de classe, e, portanto, a manutenção da propriedade como um bem de difícil acesso, tende a se perpetuar no tempo. A dificuldade de alterar a substância do direito de propriedade pode estar relacionada justamente com esta invisibilidade de relações que cercam o instituto jurídico.

Desse modo, a hipótese a ser trabalhada nesta dissertação é a de que a invisibilidade das relações de poder simbólico quem envolvem o direito de propriedade esconde lutas simbólicas. Afastadas as “nuvens” que encobrem o conflito, que no fundo ainda é um conflito de classes, é possível ver como o conflito se dá na realidade. Tais disputas estão presentes em toda sociedade, mas ficam explícitos quando se pensa na questão das favelas. A necessidade de demonstrar esses conflitos relacionados com a desigualdade social brasileira é que move a presente pesquisa.

2 O meu e o teu

Tratar do tema da propriedade privada permite diversas abordagens. Não é fácil determinar um marco histórico para começar o debate. Então, um ponto interessante para iniciar as discussões é pensar porque seria necessário discutir sobre a propriedade, algo que praticamente já faz parte de nós.

Thomas Hobbes publicou *O Leviatã* em 1651. Trata-se uma obra clássica de filosofia política que argumenta a favor da obediência à autoridade fundada na análise da natureza humana. O tema da propriedade foi abordado na obra em diversos momentos, sendo um deles:

Outra consequência da mesma condição [guerra de todos os homens contra todos os homens] é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o *meu* e o *teu*; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservar. (HOBBS, 2008, p. 111)

Caio Mário da Silva em 1998 define o fenômeno da propriedade como uma noção inata, independente do desenvolvimento intelectual da pessoa:

Direito real por excelência, direito subjetivo padrão, ou direito fundamental [...], a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã. A ideia de "meu e teu", a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou o *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças tem dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos "sentem" o fenômeno da propriedade. (PEREIRA, 1998, p. 70)

Três séculos e meio separam os textos. E é claro não se quer fazer uma comparação direta entre as citações ou mesmo dos conceitos utilizados. A época de Hobbes o conceito de propriedade sequer possuía a noção de mercadoria que veio com o desenvolvimento do capitalismo. No entanto, a ideia do *meu* e do *teu* é trabalhada pelos dois autores, e é indicada como propulsora da noção de propriedade. Além disso, Hobbes menciona que no estado de natureza o homem seria proprietário apenas enquanto fosse capaz de conservar a coisa, ou seja, ele combatia a ideia do ladrão, assim como diz Caio Mário.

No entanto, não é apenas neste ponto que os dois textos possuem aspectos em comum. Se Hobbes destaca que no estado de natureza não seria possível existir a propriedade, ele o faz para justificar a existência da república e legitimar a presença de um poder soberano. E se Caio Mário afirma que a propriedade é um direito fundamental que mais se sente do que se define na civilização romano-cristã, ele deixa evidente a importância do direito proteger este instituto jurídico.

Se “todos sentem o fenômeno da propriedade” este aparenta ser um objeto que mereça análise criteriosa e atenciosa. Se for possível, e talvez necessário, criticar o autor ao afirmar que todos sentem a propriedade, talvez seja inegável que todos sentem o efeito da propriedade ou da sua regulamentação. Pois, esse sim atinge tanto os proprietários como os não-proprietários.

3 Os deuses devem estar loucos

A ideia de propriedade privada é uma concepção inata ou construída historicamente? O filme “*Os deuses devem estar loucos*” (The Gods must be crazy, 1980) do diretor, Jamie Uys, não é considerado nenhum clássico do cinema. A parte do enredo do filme que mais interessa a essa pesquisa se passa em um deserto africano, o deserto do Kalahari.

A melhor forma de descrever é citar as falas do narrador no início da obra:

Parece um paraíso, mas é o deserto mais traiçoeiro do mundo. O Kalahari. Na breve estação da chuva, formam-se cisternas e até rios. Após algumas semanas, porém, a água é tragada pela areia. As cisternas secam, os rios param de correr. O capim ganha um lindo tom dourado, que é ótima pastagem. Mas não haverá água para beber por nove meses. E a maioria dos animais se vai, sem comer o capim dourado.

Os seres humanos evitam o Kalahari como a peste, pois precisam de água. Assim, não há gente nas lindas paisagens. Exceto o pequeno povo do Kalahari. Bonitos, delicados, pequenos e graciosos... os boxímanes.

Enquanto qualquer outra pessoa morreria de sede em dias eles vivem satisfeitos neste deserto. Sabem onde cavar raízes, insetos e tubérculos e que frutos e favas são bons para comer. Claro, sabem o que fazer quanto à água.

[...]

Este deve ser o povo mais contente do mundo. Entre eles não há crime, castigo, violência, leis, polícia, juízes, governantes nem chefes. Eles acreditam que os deuses só dão coisas boas e úteis. Neste seu mundo, nada é mau ou perverso.

[...]

Vivem na vastidão do Kalahari em pequenos grupos familiares. Uma família de boxímanes pode não encontrar outro grupo por anos. Assim, na maior parte do tempo, vivem em total isolamento, alheios ao fato de que há outras pessoas no mundo. No Kalahari, há boxímanes que desconhecem o homem civilizado.

[...]

É um povo muito gentil. Nunca castigam uma criança, nem lhe falam asperamente. Por isso, as crianças são muito bem comportadas.

[...]

O traço que os torna realmente diferentes de todas as outras raças é *não terem senso de propriedade*. Onde moram, não há nada que possam possuir. Só árvores, capim, animais. Estes boxímanes nunca viram uma pedra ou uma rocha. As coisas mais duras para eles são madeira e ossos. Vivem num mundo gentil, onde nada é duro como pedra, aço ou concreto. (The Gods must be crazy, 1980) (Grifamos)

O filme narra a história de um dos integrantes da tribo, Xi, que ao caminhar pelo deserto vê cair do céu um objeto. Ele acredita se tratar de um presente dos Deuses e o leva para a tribo. O objeto possui uma aparência diferente de tudo que ele e a tribo já tiveram contato. É translúcido e mais duro do que qualquer outro material que existe no deserto. O “presente” dos deuses é uma garrafa vazia de vidro de Coca-Cola jogada de forma displicente de um pequeno avião que sobrevoava o deserto.

A cada dia os integrantes da tribo encontram diversas utilidades para o objeto, desde instrumento musical, ferramenta para curar o couro, fazer pinturas, socar e triturar folhas e raízes de plantas, etc. Todos os membros da tribo utilizam o objeto para diversas funções e algo que era novo e estranho para aquelas pessoas se transforma em uma ferramenta essencial.

No entanto, diferente de tudo que existia em abundância no deserto, só há uma garrafa de Coca-Cola para ser partilhada. Isso gera uma disputa conflituosa pela garrafa. Como foi criada a necessidade de uso do objeto por muitos membros da tribo simultaneamente surgem sentimentos antes nunca experimentados tais como: raiva, inveja e até mesmo a violência. A harmonia existente naquela comunidade é abalada e a tribo começa a ver o objeto não mais como um presente, mas como uma coisa maligna enviada pelos Deuses. Estas conclusões sobre o enredo da história são demonstradas pelo próprio narrador.

Para colocar fim aos conflitos gerados pelo objeto e restaurar o modo de vida da tribo, Xi, inicia uma jornada pelo deserto para encontrar o fim do mundo para devolver o objeto aos Deuses. A partir deste ponto o filme tratará da jornada de Xi e a interseção com outras histórias que não serão aqui aprofundadas.

A questão destacada no trecho inicial do filme permite debater um dos temas mais caros ao direito que gerou inúmeros debates no campo da filosofia, da sociologia da história e da ciência jurídica: a questão da propriedade privada e sua interferência no convívio social. A

história de uma garrafa de Coca-Cola deixada em uma tribo que vivia isolada em um deserto pode ser a base de uma reflexão acerca da introdução do direito de propriedade na sociedade ocidental.

Um valor que não estava presente naquela tribo gera uma série de conflitos e torna-se fator desagregador. É possível debater com teorias que tratam a propriedade como algo quase que inerente a figura do homem. Ser homem é ser proprietário? Proprietário de si mesmo e das coisas externas presentes na natureza?

A pequena tribo habitante do deserto vivia em pleno século XX numa situação próxima ao estado de natureza e convivia com a abundância do que a natureza oferecia. Não fazia sentido demarcar um pedaço de terra para se ter individualmente ou mesmo delimitar um território para toda a comunidade, que no filme é caracterizada por um grupo relativamente pequeno com cerca de trinta pessoas.

Um papel que pode ser atribuído a arte é de chocar aquele que a observa e levá-lo a uma reflexão. Em certos casos enxergar o óbvio é o mais difícil. O que nos cerca todos os dias dificilmente será notado. O que nos causa estranheza se faz presente. A garrafa de Coca-Cola que passaria despercebida em qualquer cidade do mundo gerou diversos problemas na pequena tribo. A partir do estranhamento do outro é possível pensar na possibilidade de uma comunidade que não possui a noção de propriedade e mesmo assim consegue se estruturar e viver em um ambiente quase inóspito.

Pensando na ampliação do tema do filme a questão aqui abordada não é julgar se a existência da propriedade privada gerou para a sociedade moderna os conflitos que ela precisa resolver. Ou, se o estilo de vida da tribo africana, carregado de uma visão romântica, seria um estado de harmonia perdido pela humanidade. Não é preciso criar um juízo de valor para debater o tema. No contexto da sociedade atual em que seu *status* social é mensurado pelo que você possui e seus planos de vida são feitos com base em que bens você deve adquirir para conseguir estabilidade, sucesso, felicidade, segurança, etc; pode ser estranho pensar em porque se debater a questão da propriedade. Pois, é algo que está posto, presente diariamente sem causar qualquer estranhamento, algo quase invisível.

4 Um tema persistente

Atualmente o tema da propriedade é abordado por diversos campos do conhecimento. Conforme já exposto, a propriedade é tida como algo quase que inerente à pessoa humana. No entanto, autores clássicos se dedicavam para entender e justificar a existência da propriedade e suas formas de regularização.

Hobbes, na sua obra mais conhecida, *O Leviatã*, insiste na ideia de que sem a instituição da República o homem em seu estado de natureza entraria em uma guerra permanente. Neste estado de guerra não seria possível manter a propriedade, só há propriedade se existir República: “Portanto, onde não há o seu, isto é, não há propriedade, não pode haver injustiça, e onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há república, não há propriedade”. (HOBBS, 2008, p. 124)

Ressalta-se que à época em que Hobbes e outros autores clássicos escreveram suas obras, o capitalismo não havia se desenvolvido. Portanto, inicialmente a ideia de propriedade não está ligada à ideia de mercadoria. Mesmo sendo um conceito diferente, mais próximo à distribuição da propriedade da terra, é possível criar uma identificação com a propriedade conforme ela é concebida atualmente.

Hobbes afirma ainda que toda a propriedade privada da terra deriva originariamente da distribuição arbitrária do soberano:

Nesta distribuição, a primeira lei diz respeito à distribuição da própria terra, da qual o soberano atribui a todos os homens uma porção, conforme o que ele, não conforme o que qualquer súdito, ou qualquer número deles, considerar compatível com a equidade e com o bem comum. (HOBBS, 2008, p. 211)

Visto portanto que a introdução da *propriedade* é um efeito da república, que nada pode fazer a não ser por intermédio da pessoa que a representa, tal propriedade só pode ser um ato do soberano, e consiste em leis que só podem ser feitas por quem tiver o poder soberano. (HOBBS, 2008, p. 211)

Hobbes afirma que a propriedade surge por meio de leis emanadas do poder soberano e a divisão desta não respeitará os interesses dos súditos ou do bem comum. Atualmente, mesmo que o discurso no que se refere ao bem comum seja outro, a propriedade ainda é disciplinada pela lei e esta atenderia aos interesses de uma classe dominante detentora de poder.

John Locke menciona em uma carta que jamais encontrou uma descrição mais clara de propriedade do que em seu livro *Dois tratados sobre o governo*:

Mas, sendo agora a principal das questões da propriedade não os frutos da terra e os animais que deste subsistem, e sim a própria terra, como aquilo que tem em si e

carrega consigo todo o 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. Mediante o seu trabalho, ele, por assim dizer, delimita para si parte do bem comum. (LOCKE, 2005, p. 412-413)

Locke defende que o direito de se apropriar de um bem da natureza está legitimado pelo trabalho empregado pelo homem. Quando alguém recolhe um fruto que estava na natureza ao empregar trabalho e esforço para obter o bem o homem passa a se apropriar dele. No trecho em destaque o autor evidencia que o mesmo raciocínio empregado para se justificar a apropriação de bens móveis pode ser utilizado para a apropriação da terra.

A noção de propriedade em Locke possui alguns aspectos que merecem destaque, o primeiro ligado à aproximação dos conceitos de posse e propriedade. O autor ressalta que a abundância de terras era um fator importante para que cada homem pudesse se apropriar de um terreno em que pudesse trabalhar e produzir para seu sustento e de sua família. Locke afirma que seria tolice se um homem se apoderasse de mais terras do que pudesse cultivar, ou mesmo que cultivasse viveres além do que pudesse consumir ou trocar. Isso caracterizaria um desperdício e uma violação do direito alheio. Ninguém deveria ter mais terras do que precisasse ou deveria cultivar além do nível que conseguisse consumir. Locke posteriormente demonstra que a introdução do dinheiro na sociedade vai permitir que se acumule riqueza. O dinheiro permite que se acumule algo não perecível que futuramente poderá ser objeto de novas trocas.

O autor inglês busca demonstrar que a propriedade não está vinculada à existência de um contrato social. Independente do consentimento de toda humanidade, existe propriedade. Desse modo, não há propriedade porque as outras pessoas concordam que cada um possa retirar uma parte do bem comum e ter como seu. A propriedade seria algo quase natural.

E poderá alguém dizer que não tinha direito algum a essas bolotas ou maçãs, de que assim se apropriou, por não ter tido o consentimento de toda a humanidade para fazê-las suas? Terá sido um roubo tomar desse modo para si o que pertencia a todos em comum? Fosse tal consentimento necessário, o homem teria morrido de fome, não obstante a abundância com que Deus o proveu. Vemos nas terras comuns, que assim permanecem em virtude de um pacto, que é tomar qualquer parte daquilo que é comum e retirá-la do estado em que a deixa a natureza que dá início à propriedade, sem isso, o comum não teria utilidade alguma. E o tomar esta parte ou aquela não depende do consentimento expresso de todos os membros da comunidade. [...] O trabalho que tive em retirar essas coisas do estado comum em que estavam fixou a minha propriedade sobre elas. (LOCKE, 2005, p. 410)

A concepção de propriedade para Rousseau não é extraída com facilidade de seus textos. Na obra *O Contrato Social* são feitas referências ao direito de propriedade. Uma característica semelhante à concepção de Locke é a relação entre o direito de propriedade e a posse. Para ambos deve haver uma ocupação efetiva do bem, e seu uso, para que se configure a propriedade.

Geralmente, para autorizar o direito de primeiro ocupante em qualquer terreno, são necessárias as seguintes condições: primeiro, que ninguém habite ainda esse terreno; em segundo lugar, que se ocupe só a quantidade necessária à subsistência; em terceiro, que se tome posse dele, não por uma vã cerimônia, mas pelo trabalho e cultura, únicos sinais de propriedade que, em falta de títulos jurídicos, os outros devem respeitar. (ROUSSEAU, 2004. p. 36)

A concepção de propriedade ligada à natureza do homem e a sua legitimação pelo trabalho descrita por Locke encontra diferença no pensamento de Rousseau. Este demonstra que a legitimidade do direito de propriedade que se dá ao primeiro ocupante está ligada ao contrato social e sempre estaria subordinado à comunidade. Por fim, Rousseau demonstrará uma preocupação com a desigualdade na medida em que para existir igualdade real é preciso evitar que alguns possuam “demais” e que outros não possuam quase nada.

Pode também acontecer que os homens comecem a unir-se antes de nada possuir e, apoderando-se depois de um terreno suficiente para todos, o gozem de comum, ou entre si o dividam, seja igualmente, seja segundo proporções estabelecidas pelo soberano. De qualquer sorte que se faça essa aquisição, o direito que cada particular tem sobre seus próprios bens é sempre subordinado ao direito que a comunidade têm sobre todos, não haveria solidez no laço social, nem força real no exercício da soberania. (ROUSSEAU, 2004. p. 37)

O breve resgate de autores clássicos aponta para o pensamento que deu base a teorias políticas sobre o Estado e Governo e sua relação com o direito de propriedade. Tal tema era abordado antes do capitalismo alcançar um grau complexo de desenvolvimento e antes da propriedade, entendida como de meio de produção e mercadoria, se tornar objeto de teorias que pregariam o fim do capitalismo e debateriam o tema da propriedade privada como a causa principal da desigualdade social.

A relação da propriedade com a cidade também não é recente, Fustel de Coulanges em sua obra *A cidade antiga*, afirma:

Sabe-se terem existido povos que nunca chegaram a instituir a propriedade privada entre si, e outras só demorada e penosamente a estabeleceram. Com efeito, não é problema simples, no início das sociedades, saber-se se o indivíduo pode apropriar-se do solo e estabelecer tão forte união entre a sua própria pessoa e uma parte da

terra, a ponto de poder dizer: Esta terra é minha, esta terra é parte de mim mesmo. (COULANGES, 1975, p.49)

O pensamento de esquerda se destacará pelas críticas à propriedade privada, Marx já trabalha a propriedade historicamente em sua forma mais desenvolvida, como capital industrial, e afirma o seguinte sobre seu estágio mais avançado de desenvolvimento: “Conforme podemos constatar agora, somente a propriedade privada [a partir do seu surgimento] pode exercer seu pleno domínio sobre o homem e tornar-se, na forma mais universal, um poder histórico-mundial”. (MARX, 2010b, p. 102)

Este poder da propriedade será questionado por outros autores. Proudhon, por sua vez, questiona “Se a propriedade é um direito natural, absoluto, imprescritível e inalienável, porque se preocupam tanto com sua origem, em todas as épocas?” (PROUDHON, 1975, p. 44). Para este autor a propriedade não é um direito natural e não se equipara com outros direitos como a liberdade e a justiça. Para Proudhon (1975) “a propriedade é um roubo”, ao menos, esse é o trecho mais conhecido da sua obra “*O que é a propriedade?*”.

Karl Marx ao escrever sobre a Comuna de Paris demonstra a ligação da propriedade privada com as desigualdades sociais. Marx demonstra que a propriedade privada é utilizada para a manutenção de uma estrutura de classes fundada na exploração do homem pelo homem:

A comuna, eles proclamam, quer abolir a propriedade, o fundamento de toda civilização! Sim, meus senhores, a comuna queria abolir aquela propriedade de classe que transforma o trabalho dos muitos na riqueza dos poucos. Ela tentou expropriar os expropriadores. Ela quis fazer da propriedade individual uma verdade, ao transformar os meios de produção, o solo e o capital, que são agora em particular os meios de servidão e exploração do trabalho, em meras ferramentas do trabalho livre e associado. (MARX, 1971, p. 342)¹

Se o objetivo da Comuna foi fazer da “propriedade individual uma verdade”, ou seja, mera “ferramenta do trabalho” significa que a propriedade representa muito mais do que uma simples mercadoria.

¹ Die Kommune, rufen sie aus, will das Eigentum, die Grundlage aller Zivilisation, abschaffen! Jawohl, meine Herren, die Kommune wollte jenes Klasseneigentum abschaffen, das die Arbeit der vielen in den Reichtum der wenigen verwandelt. Sie beabsichtigte die Enteignung der Enteigner. Sie wollte das individuelle Eigentum zu einer Wahrheit machen, indem sie die Produktionsmittel, den Erdboden und das Kapital, jetzt vor allem die Mittel zur Knechtung und Ausbeutung der Arbeit, in bloße Werkzeuge der freien und assoziierten Arbeit verwandelt. (MARX, 1971, p. 342). Gentilmente traduzido do original por Luiz Philippe de Caux.

O potencial de criar conflito e desagregar atribuído à propriedade privada no filme, ao menos na interpretação aqui proposta, é de certa forma abordado por Engels na obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. A obra se fundamenta em uma análise materialista da história que visa demonstrar que os fatores sociais e econômicos serão responsáveis pelas mudanças na configuração das famílias. E o fator principal para acarretar estas mudanças é a noção de propriedade privada.

Engels realiza um estudo sobre a família baseado em anotações de Marx. O texto busca demonstrar como fatores econômicos foram responsáveis pela configuração do modelo da família predominante no ocidente a época - a família monogâmica. O autor defende a tese de que o principal responsável pelas alterações que resultaram neste tipo de conformação familiar foi a estrutura econômica baseada na propriedade privada. Sobre a família monogâmica Engels cita que:

De modo algum foi fruto do amor sexual individual, com qual nada tinham em comum, já que os casamentos, antes como agora, permaneceram casamentos de conveniência. Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada, espontaneamente. (ENGELS, 1985, p. 103)

Sem colocar marcos históricos ou mesmo evidências mais precisas, Engels argumenta que quando os povos primitivos exercem o controle sobre a natureza, por meio de plantações e criação de animais, surge a ideia de acumulação de bens e, por conseguinte de propriedade privada. A partir da possibilidade de se acumular patrimônio surge também a necessidade de se transferir este patrimônio para determinadas pessoas. Outras formas de organização familiar, onde não era possível estabelecer de forma clara linhagens sucessórias para a transmissão dos bens não atendiam as novas necessidades que surgiam a partir da recente organização da produção de bens. Desse modo, a família monogâmica garantiria que os filhos tidos naquele tipo de união teriam a presunção de paternidade, e por fim, manteriam uma coesão na administração dos bens transmitidos por herança.

Os *deuses devem estar loucos* e a análise de Engels tem algo em comum. Abordar o tema do direito à propriedade é ao mesmo tempo tratar de algo que parece ordinário, pois a maioria das pessoas é proprietária de algo e quase todos, ou todos, desejam se tornar proprietários de mais bens. No entanto, abordar a propriedade é também analisar a questão da

sua distribuição desigual, tratar do tema do fetiche da propriedade e da mercantilização das esferas da vida.

Os *deuses devem estar loucos*, dirigido por um africano, coloca o conflito de valores que podem levar a reflexão quanto ao modo de vida da sociedade moderna. Neste ponto é que a arte e o direito podem se encontrar de uma forma surpreendente. Tratar de um tema complexo pode parecer envolver raciocínios difíceis de explicar. No entanto, em cerca de 20 minutos todo esse conflito sobre a propriedade é demonstrado de forma despreziosa em um filme que conta uma aventura. E, após mostrar a introdução da propriedade em uma pequena tribo, que vivia em harmonia e se adaptava ao mundo que a cercava é feito um corte no filme. E em contraposição a tribo é descrita a vida em uma grande cidade, onde o mundo esta sendo adaptado às pessoas.

5 O fenômeno urbano

Para contextualizar a presente pesquisa é preciso tratar do fenômeno urbano. No Brasil, diversos autores tratam do tema sob diversificados enfoques (MARICATO 2000, 2008; ROLNIK, 1997; FERNANDES 2006a). A literatura estrangeira sobre o tema também é ampla (HARVEY, 1990; JACOBS, 2000).

O fenômeno urbano ganhou novos contornos e importância com a alteração do panorama mundial e o fato da maior parte da população viver em cidades. De modo que a cidade ganhou importância social e simbólica. A cidade se tornou o palco dos grandes acontecimentos, das manifestações sociais, dos embates políticos e da produção e reprodução de um modo de vida. Não se pode ignorar autores que combatem a ideia de pensar que a cidade aniquila o rural ou o não-urbano (RIGATTO, 2006; DA VEIGA, 2003). O ponto aqui não parece ser o de esquecimento do rural ou negação da sua existência e importância, trata-se de um deslocamento do poder simbólico de dizer o mundo para uma vertente urbana voltada para a cidade e para as novas necessidades criadas a partir deste movimento.

O fenômeno urbano transcende a questão jurídica englobando diversos campos do conhecimento. A presente pesquisa aborda o campo jurídico em sua relação com o social. Uma visão ampla do fenômeno urbano é debatida pelo filósofo francês Henri Lefebvre, principalmente nas obras “*O Direito à Cidade*” e “*A Revolução Urbana*”. Tais textos foram elaborados na segunda metade do século XX em um mundo ainda marcado pelo embate entre

concepções socialistas e capitalistas. Assim, o pensamento de Lefebvre pode carecer de algumas adaptações. No entanto, é a visão crítica e complexa do fenômeno urbano que interessa a esta pesquisa. A concepção de direito à cidade de Lefebvre pode ser muito útil para contextualizar os conflitos que envolvem o direito de propriedade imobiliária urbana:

O direito à cidade se manifesta como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade. (LEFEBVRE, 2011, p. 134)

A visão do direito à cidade de Lefebvre aborda questões que serão desenvolvidas no decorrer da pesquisa. O objetivo é analisar o direito de propriedade baseada em uma visão da cidade que possibilite ao cidadão desfrutar desta “forma superior dos direitos”. O direito à liberdade, para que a pessoa possa transitar livremente pela cidade e usufruir dela. Para que a pessoa seja considerada como sujeito de direitos em sua esfera privada e que possa ser também parte atuante na esfera pública. Uma cidade que respeite o direito ao habitat, uma cidade acessível, ecologicamente e socialmente equilibrada e que viabilize o direito de habitar uma moradia digna. Lefebvre atento aos problemas que a forma clássica de regulação da propriedade privada gera, menciona a necessidade de se defender o “direito de apropriação” que ele destaca ser “distinto do direito à propriedade”.

As modificações no urbano levaram a novas necessidades, críticas e desafios para o direito de propriedade. Neste aspecto o Direito Urbanístico, ramo do direito atento às alterações ocorridas com o desenvolvimento das cidades é responsável por apontar a existência de conflitos no que se refere à propriedade privada e suas relações com o modo de vida urbano. A cidade é vista ainda como o palco da luta de classes sociais:

Os violentos contrastes entre a riqueza e a pobreza, os conflitos entre os poderosos e os oprimidos não impedem nem o apego à Cidade, nem a contribuição ativa para a beleza da obra. No contexto urbano, as lutas de facções, de grupos, de classes, reforçam o sentimento de pertencer. (LEFEBVRE, 2011, p. 13)

Pensar a sociedade pelo viés da divisão de classes não implica reduzir os conflitos à visão meramente econômica. Conforme será discutido é possível ampliar a noção de classes sociais e de luta de classes (BOURDIEU, 2012). Como afirma Lefebvre "A cidade e o urbano não podem ser compreendidos sem as *instituições* oriundas das relações de classe e de propriedade". (LEFEBVRE, 2011, p. 59)

Por fim, a sensação de estranhamento evita acomodações e a continuidade de algo que pode não ser bom. O direito à propriedade causa estranhamento nos moldes atuais em que ele está configurado. Causou estranhamento à tribo de Xi, que mesmo respeitando os deuses acharam que dessa vez eles deveriam estar errados e loucos por enviar uma coisa tão ruim para eles. Provavelmente este incômodo chegou aos pensadores que elaboraram textos e teorias sobre a propriedade, seja para garantir sua existência, seja para criticá-la. Afirmar que a propriedade privada sempre existiu e que é direito humano universal, não garantiu que todos tivessem acesso a este instituto. A eterna promessa de que é possível ser proprietário não garantiu que todos se tornassem donos de algo ao contrário operou simbolicamente por diversas exclusões pessoais e coletivas.

Capítulo 1 - A PROPRIEDADE, ESTE AINDA OBSCURO OBJETO DO DIREITO

1.1 Nomear

Tratar do tema da propriedade requer uma metodologia rigorosa que possibilite abordar o objeto sem se perder na infinidade de possibilidades que o tema pode despertar. Para tanto, parte deste capítulo visa dialogar com a tese de José Rubens Costa defendida no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG em 1984 e intitulada *A propriedade, este obscuro objeto do direito*. A opção por este diálogo se justifica pela crítica formulada à concepção de propriedade vigente no direito brasileiro enfocando as formulações do direito civil sobre o tema.

Conforme exposto, apesar de diversos ramos do direito abordarem o tema da propriedade privada este estudo busca realizar prioritariamente um diálogo com o direito civil. Sem, contudo, desconsiderar as críticas e propostas de áreas como o direito constitucional, urbanístico, administrativo, ambiental, entre outros.

A tese de José Rubens Costa aponta questões que atualmente são relevantes para o debate sobre a propriedade. Autores que tratam do tema, com destaque para o campo do direito urbanístico, (FERNANDES, 2006a; SILVA 2010), criticam o que denominam de "concepção privatista" da propriedade demonstrando que o regramento clássico desse direito não atende às necessidades sociais vigentes. Este ponto será aprofundado quando forem apresentadas as críticas do direito urbanístico à propriedade privada.

Ademais, existe uma luta para determinar quem poderá nomear o direito de propriedade. Nesta luta simbólica (BOURDIEU, 2012) se quer demonstrar que a propriedade deve ser vista como um direito público separada da regulamentação do direito civil (SILVA, 2010). Outros ramos no campo do direito ligados ao direito público deveriam se encarregar de criar normas reguladoras desse instituto. Assim, a luta pelo poder de nomear acontece dentro do campo do direito e o objeto de disputa é a propriedade.

A importância do direito de propriedade na sociedade é evidente, o que justifica a luta pelo controle de suas normas. No entanto, é preciso compreender que a disciplina do direito de propriedade, assim como diversos outros institutos, se deu inicialmente no âmbito do direito civil. Esta formulação inicial resultou em diversas características de tal direito que devem ser criticadas e são atualmente apontadas como geradoras de problemas na distribuição da propriedade, principalmente a imobiliária.

O simples deslocamento do privado para o direito público poderia ser um modo de ocultar relações que de fato fundamenta muitas decisões no Direito e evitar mudanças no cerne de duas características. Assim, defende-se a importância do debate se dar entre os diversos ramos, tendo o direito civil uma contribuição relevante sobre o tema.

Os autores do direito civil trataram da propriedade concedendo grande importância ao tema, demonstrando o desenvolvimento do instituto e enfocando principalmente sua origem no direito romano e sua inspiração no Código de Napoleão. Tanto que Silvio Rodrigues afirma que tal direito é o centro das atenções no direito privado:

[...] poder-se-ia mesmo dizer que, dentro do sistema de apropriação de riqueza em que vivemos, a propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, manifesta-se, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre bens. (RODRIGUES, 2007, p. 76)

Importante perceber que disciplinar a disputa sobre a propriedade é considerado função do ordenamento jurídico. Costa em sua tese cita a maior parte da doutrina brasileira e sua concepção acerca do direito de propriedade. Interessante notar que grande parte dos autores mencionados na década de 1980 ainda são utilizados com suas obras e atualizações (que inclusive sobrevivem aos seus autores). Após fazer o levantamento das ideias desses autores Costa demonstra que a concepção acerca do direito de propriedade mantém os traços conservadores do direito de propriedade do Código Francês de 1804. Ou seja, o instituto da propriedade privada ainda estava preso a concepções no século XIX.

Assim, o direito civil buscou a proteção do indivíduo e a garantia do seu direito individual à propriedade. No entanto, esta concepção estreita ficou estagnada reduzindo o papel do direito ao mero formalismo de garantir prerrogativas a quem possua o título de propriedade.

Esta crítica é feita ao direito civil por José Rubens Costa (1984) e também por Edésio Fernandes (2006a). A pertinente crítica é uma das premissas da presente pesquisa:

Contudo, falar em neoliberalismo seria uma falácia no que diz respeito a pelo menos uma forma específica de propriedade, a propriedade imobiliária urbana. Nunca houve reforma do paradigma liberal clássico, ou seja, ainda se aplica de maneira dominante o paradigma tradicional dos direitos individuais da propriedade vista quase tão-somente como uma mercadoria, uma propriedade cujo conteúdo econômico é predeterminado pelo interesse individual do proprietário, sendo o

escopo de ação do poder público extremamente limitado e com pouquíssimas considerações de valores ambientais e sociais. (FERNANDES, 2006a, p.14)

É preciso ter cautela e não ignorar as origens da regulamentação do direito de propriedade, desse modo será possível pensar em mudanças mais efetivas. Além disso, as críticas à concepção privatista da propriedade estão fundamentadas no fato deste ser um direito absoluto e possuir uma posição no ordenamento jurídico que estaria acima do bem estar do cidadão. A intenção de vincular a propriedade à sua função social ou mesmo outros discursos devem estar atentos para não cair no suposto erro que criticam e colocar a propriedade como pilar fundamental da sociedade.

A tese de José Rubens Costa foi elaborada e defendida antes da promulgação da Constituição da República de 1988, e obviamente, antes da entrada em vigor do Estatuto das Cidades de 2001 e do Novo Código Civil de 2002. Após quase três décadas parte das questões levantadas pelo autor continuam pertinentes e inquietantes. O pensamento crítico de José Rubens destacou pontos que podem ser considerados de vanguarda, por exemplo, tratar do direito urbanístico na primeira metade da década de 1980, haja vista que tal ramo ainda estava em fase inicial de consolidação, conforme esclarece Fernandes (2006) ao tratar do novo paradigma do direito urbanístico.

O título da tese de Costa caracteriza a propriedade como um obscuro objeto do direito. A palavra obscuro deriva do latim *scurus* que significa “coberto”, “tampado”. Outros significados de obscuro são: “desconhecido” ou de “difícil compreensão” (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, 2008, sd). O tema da propriedade mesmo que já debatido dentro e fora do campo do direito por tantos anos ainda mantém esta atmosfera de dúvida e de inquietações.

A aparente simplicidade de tratar a propriedade como um objeto “obscuro” do direito adquire um enfoque teórico bem definido na tese de Costa. Ao longo das 600 páginas que compõem seu trabalho o autor traça um histórico sobre a propriedade utilizando diversas fontes para demonstrar a evolução do instituto de um contexto de apropriação comunitária para uma concepção individual de propriedade.

Interesses diversos são apresentados como influenciadores no direito de propriedade, assim a relação da propriedade com a religião, por exemplo, é demonstrada por meio da utilização de trechos da Bíblia, do direito canônico e de diversas encíclicas papais que determinavam o posicionamento da Igreja Católica acerca da propriedade privada.

Além disso, Costa realiza uma análise legislativa panorâmica da propriedade privada e sua relação com outros campos jurídicos tais como: direito administrativo, direito minerário, direito urbanístico (principalmente na Itália) etc. A tese desenvolve ainda análise jurisprudencial sobre o tema. Um dos capítulos da tese contém a posição dos autores do direito civil brasileiro sobre o tema da propriedade. Cabe destacar que neste capítulo Costa adverte que não fará comentários aos conceitos de cada civilista, mas apenas fará a citação literal dos trechos da obra de cada um. A pesquisa dialoga com diversos autores estrangeiros e possui longas citações em outros idiomas. Em que pese o estilo de escrita e erudição da época, em determinados momentos, a própria tese se torna um documento de acesso difícil devido à ampla forma de abordar o tema da propriedade.

Cabe destacar a postura crítica de COSTA contra a concepção da propriedade como um direito natural. Para ele a propriedade é uma questão política geradora de conflitos, relacionada com a desigualdade social e acumulação de riquezas de forma desigual.

1.2 Equiparação da propriedade à direitos fundamentais

José Rubens Costa critica a relação do direito de propriedade com direitos fundamentais como a liberdade e a segurança. O autor afirma que a equiparação de tais categorias de direito caracteriza a propriedade como um direito essencial, sagrado e natural:

Necessariamente, a propriedade não tem qualquer relação com a vida, a liberdade e a segurança, exceto no sentido de uma “propriedade” individual de subsistência e de moradia a que todos tem direito. Melhor dizendo, todos tem direito a uma vida plena sem privações. Se a propriedade é um “direito essencial”, todos tem direito a ela e deverá ser partilhada para tanto, sem que os que mais possuem tenham direito a qualquer retribuição ou estaríamos apenas mudando de propriedade imóvel para móvel. (COSTA, 1984, p. 524)

José Rubens critica a noção de propriedade como direito fundamental sem a devida partilha desse direito entre todos. O autor inclusive afirma que esta divisão deveria se dar sem qualquer retribuição para quem possui mais propriedade. Ocorrendo essa reparação sequer se poderia falar em redistribuição.

Marx e Engels relacionam a declaração da propriedade como Direito do Homem com a Revolução Francesa e a necessidade dos liberais de preservarem seu próprio “*quantum*” de propriedade. Segundo os autores naquele momento os liberais em uma posição

revolucionária puderam garantir a propriedade como um direito do homem permanecendo intocado o que cada um já possuía. Além da permanência colocar a propriedade como direito do homem garantiu também a sua proteção, assim, ao invés de garantir maior acesso à propriedade a sua inclusão como direito do homem foi mais uma forma de proteção do instituto:

Significa dizer que o liberalismo, isto é, os proprietários privados liberais, conferiram, no início da Revolução Francesa, uma aura liberal à propriedade privada, declarando-a Direito do Homem. A isso os proprietários foram obrigados já por sua posição como partido revolucionário; eles foram até mesmo obrigados não só a dar à massa do povo rural francês o direito à propriedade, mas também a deixar que a propriedade existente fosse *tomada*, e tudo isso eles puderam fazer porque, nesse processo, o seu próprio “Quanto”, que era o que mais lhes interessava, permaneceu intocado e foi até mesmo assegurado. (ENGELS, MARX, 2007, p. 204)

A concepção de um direito de propriedade essencial esta relacionada com a necessidade de se permitir acesso efetivo à propriedade. As visões que buscam socializar a propriedade com reformas no sistema econômico vigente não visam uma modificação na forma de concepção da propriedade. Visam algo mais próximo a uma justiça distributiva com a possibilidade de um número maior poder desfrutar das benesses de ser proprietário.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) incluía entre seus artigos a proteção ao direito de propriedade. Tal direito é expresso no ponto 2:

2. O objetivo de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

E também no ponto 17:

Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada a requeira indubitavelmente e sob condição de uma justa e prévia compensação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 proclamada pela Assembléia Geral da ONU, mantém a proteção ao direito de propriedade “Artigo 17 – 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros; 2. Ninguém deve ser arbitrariamente destituído de sua propriedade”. (ONU, 2000, p. 8)

A primeira declaração de 1789 descreve o direito de propriedade como *sagrado* e inviolável. Além disso, o coloca no ponto dois da declaração ao lado do direito à liberdade, da segurança e da resistência à opressão como um direito natural e imprescritível do homem.

A importância da propriedade privada para a sociedade moderna é evidente. Tanto no que concerne a forma atual da organização social quanto para a formação histórica do modo de vida hoje predominante no mundo. Em que pese à importância da propriedade e da sua relação com a vida do cidadão é possível perceber que a tentativa de demonstrar que o direito a propriedade sempre existiu e que é algo inerente ao ser humano é historicamente construído.

Lynn Hunt (2009) aborda o tema da invenção dos direitos humanos e também as críticas às declarações de direitos. A autora menciona que inicialmente a ideia de direitos humanos universais encontrou diversos problemas, mas a longo prazo, foi um ideário que pode ser considerado vitorioso constituindo um referencial para a política em diversos campos.

Quanto às críticas aos direitos humanos a autora cita o pensamento marxista como uma de suas principais vertentes. Destaca-se que tais críticas eram voltadas principalmente quanto à proteção ao direito de propriedade:

A própria visão de Marx era bem delineada: a emancipação política podia ser alcançada por meio da igualdade legal dentro da sociedade burguesa, mas a verdadeira emancipação humana requeria a destruição da sociedade burguesa e suas proteções constitucionais da propriedade privada. Ainda assim, os socialistas e os comunistas propuseram duas questões duradouras sobre os direitos. Os direitos políticos eram suficientes? E o direito individual à proteção da propriedade privada podia coexistir com a necessidade de a sociedade fomentar o bem-estar de seus membros menos afortunados? (HUNT, 2009, p. 198)

Hunt afirma que Marx não discutiu a questão dos direitos humanos na fase final dos seus escritos. Apenas o jovem Marx trabalhou a questão no ensaio *Sobre a questão judaica*. O filósofo alemão critica a noção individualista do direito de propriedade e a própria noção de preservação da propriedade quando o ideal seria extinguir a propriedade privada dos meios de produção.

O próprio Karl Marx só havia discutido os direitos do homem com alguma minúcia na sua juventude. No seu ensaio "Sobre a questão judaica", publicado em 1843, cinco anos antes do Manifesto comunista, Marx condenava os próprios fundamentos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. "Nenhum dos supostos direitos do homem", queixava-se, "vai além do homem egoísta." A assim chamada liberdade só dizia respeito ao homem como um ser isolado, não como parte de uma classe ou comunidade. ((HUNT, 2009, p. 200)

A noção de propriedade relacionada aos direitos humanos pode ser desenvolvida por diversos caminhos. Tais questões já foram criticadas e trabalhadas por autores que viam a propriedade como fonte de desigualdades e como forma de garantir uma igualdade mínima entre os cidadãos.

Ademais, a noção do proprietário também era utilizada para se criar exclusões quanto ao sufrágio censitário, da mesma forma que mulheres, escravos, estrangeiros eram excluídos do direito de voto os não-proprietários também não podiam votar em diversos lugares e momentos da história.

Marx com base nas constituições francesas de 1793 e 1795 afirma sobre o direito de propriedade:

O direito humano à propriedade privada, portanto, é o direito de desfrutar a seu bel prazer, sem levar os outros em consideração, independentemente da sociedade, de seu patrimônio e dispor sobre ele, é o direito ao proveito próprio. Aquela liberdade individual junto com esta sua aplicação prática compõem a base da sociedade burguesa. Ela faz com que cada homem veja no outro homem, não a realização, mas ao contrário, a restrição de sua liberdade. (MARX, 2010a, p. 49)

A crítica marxiana aos direitos humanos conforme formulados à época está voltada para o fato destes direitos defenderem direitos de forma egoísta. Marx afirma que a esfera em que o homem participa comunitariamente é inferiorizada em relação à esfera em que o homem atua individualmente.

Marx demonstrará ainda que o direito a liberdade configura apenas uma forma liberal de se pensar a liberdade do indivíduo, considerando que sua aplicação prática é a existência do direito de propriedade. Assim, o homem vê no outro não a realização da sua liberdade, mas a restrição desta. Afirma ainda que o direito à segurança está vinculado a garantia do direito de propriedade.

Marx (2010a) menciona que o homem não foi libertado da propriedade, ele ganhou a liberdade de propriedade. A questão da libertação da propriedade não está fundamentada na extinção pura e simples de todo tipo de propriedade privada. Ela se fundamenta em uma nova relação do homem com o homem que trará também uma nova relação dele com a propriedade.

A crítica feita com relação aos direitos humanos, mesmo que em um período histórico distinto é pertinente com a visão dos direitos apenas em seu aspecto formal. No entanto, como defende Hunt, as declarações de direitos tiveram papel fundamental na

construção desses direitos de forma prática. Pois, permitiram sua expansão e a possibilidade de alcançar funções distintas da época em que foram colocados no papel.

A construção histórica do conceito do direito à propriedade não deve ser negligenciada, e tal construção não partiu de uma ideia completa. Marx tenta demonstrar que os direitos humanos são uma construção da sociedade burguesa carregada de ideias individualistas:

Portanto, nenhum dos assim chamados direitos humanos transcende o homem egoísta, o homem como membro da sociedade burguesa, a saber, como indivíduo recolhido ao seu interesse privado e ao seu capricho privado e separado da comunidade. Muito longe de conceberem o homem como um ente genérico, esses direitos deixam transparecer a vida do gênero, a sociedade, antes como uma moldura exterior ao indivíduo, como limitação de sua autonomia original. O único laço que os une é a necessidade natural, a carência e o interesse privado, a conservação de sua propriedade e de sua pessoa egoísta. (MARX, 2010a, p. 50)

Para se debater a questão da propriedade a fundo é preciso superar o conceito sacralizado ou imutável do tema. Entender que o conceito foi construído historicamente permite analisar os efeitos gerados pelas transformações no direito de propriedade. Além disso, permite que se ultrapasse a visão da sacralização do instituto e que se tome uma posição sobre as questões atuais e futuras sobre a propriedade privada. Tal posição pode significar um novo tratamento para a questão da propriedade privada, com a modificação radical na sua forma de concepção na sociedade. Caso se considere que a forma de regulação do direito de propriedade é a causa de problemas que enfrentamos atualmente, não acreditar em uma nova regulação do instituto pode significar não acreditar em uma mudança na direção de uma sociedade melhor e mais justa.

Incluir a propriedade como direito fundamental remete para a necessidade de proteção do direito de propriedade, por outro lado, remete também à garantia de acesso à propriedade. Alguns autores vão mencionar a necessidade de um acesso mínimo à propriedade privada, principalmente no que tange ao direito de moradia, e outros bens que garantam uma vida digna (COMPARATO, 1986). Existe nisso uma dificuldade de mensuração. A existência de um mínimo de propriedade garantiria a dignidade da pessoa e ainda protegeria a propriedade privada, pois a partir do mínimo a acumulação de propriedade poderia acontecer livremente.

Uma alternativa para debater a questão talvez seja a utilizada por Marcelo Milagres em sua tese “*Direito à Moradia: direito especial de personalidade*”. Ao tratar do direito à moradia o autor deixa clara a vinculação desta como direito fundamental: “O bem

moradia pode ser visto como expressão de direitos fundamentais ou de direitos humanos, conexo à identidade, à privacidade ou à intimidade, ou ainda como conteúdo da dignidade da pessoa humana” (MILAGRES, 2009, p. 130). Na verdade o objetivo da tese é identificar o direito à moradia como “direito especial da personalidade”. A partir do desenvolvimento do argumento da importância do direito à moradia como espaço para a realização do indivíduo, como necessidade básica para a proteção da pessoa esta será defendida de forma ampla.

Milagres aponta que o direito à moradia se difere do direito à propriedade, pois este seria prescindível enquanto o direito à moradia não poderia ser privado do sujeito em nenhum momento.

A trilogia “posse, propriedade e domicílio” mostrou-se extremamente reducionista. Qualquer pessoa tem um domicílio, embora muitos não tenham um espaço de morar, que ultrapassa também as fronteiras materiais e econômicas da posse e da propriedade. (MILAGRES, 2009, p. 183)

Além dos institutos não se confundirem Milagres ressalta que a moradia não depende diretamente da propriedade, ou seja, pode ser efetivada por outros instrumentos como a segurança da posse. Além disso, Milagres ressalta a transcendência econômica do direito à moradia deixando claro que este direito não pode ser confundido com direitos patrimoniais ou qualquer categoria de direito real.

O direito à moradia apresenta uma transcendência econômica, uma autonomia normativa, vai além das conhecidas fronteiras do direito subjetivo patrimonial, não se confundindo com o direito de posse, propriedade, institutos de residência, domicílio ou com qualquer categoria de direitos reais. (MILAGRES, 2009, 184)

Para a efetividade do direito à moradia o autor defende a desapropriação privada especialmente em espaços de exclusão urbana:

Buscou-se, no desenvolvimento desta tese, demonstrar a plena efetividade da desapropriação privada como instrumento jurídico de realização do direito especial de personalidade à moradia, garantindo-se a segurança da posse, sobretudo em espaços de exclusão urbana. (MILAGRES, 2009, p. 185)

A desapropriação privada para fins de moradia remete a outra reflexão que Milagres enfrenta: a desapropriação e a posterior concessão do título de propriedade que poderia resultar em um conflito, pois a moradia estaria inserida no mercado, sendo objeto de alienação o que culminaria, segundo Edésio Fernandes (2006b), em um círculo vicioso.

Ressalta-se que a alienação das moradias, em regra, se daria pela pressão do mercado e não necessariamente pela má fé dos moradores.

A desapropriação privada não é instrumento de fomento desse círculo vicioso de ocupações irregulares e pretensões de urbanização fundadas em critérios meramente econômicos. Trata-se de mecanismo normativo que objetiva o reconhecimento de situação fática consolidada pelo tempo, e não de invasões fundiárias ao arripio do ordenamento jurídico, pois a desapropriação - repita-se - tem por fundamento o direito de personalidade à moradia, de natureza essencial e irrenunciável. (MILAGRES, 2009, p. 181-182)

Milagres defende que a titularidade do imóvel pode ser concedida, pois caso ela seja negada estará se restringindo a autonomia privada do indivíduo. Afirma ainda que a possibilidade de alienação não configurara vício algum:

Na verdade, não se pode restringir a autonomia privada impedindo a titularidade da própria casa ao argumento de possíveis desvios ou irregularidades. A não concessão do título não impede a comum alienação da posse imobiliária. Também a possibilidade de alienação da propriedade não configura vício algum. A irregularidade está nas formas ilícitas de ocupação e permanência de áreas urbanas. (MILAGRES, 2009, p.182)

A temática é complexa e não é o objetivo deste estudo propor uma solução para a questão da titulação individual das propriedades em áreas de regulação fundiária. Ressalta-se que José Rubens Costa (1984) propõe que sejam criadas Zonas Especiais após a regularização para que se evite que a influência do mercado imobiliário expulse os antigos moradores das áreas regularizadas. Outras opções seriam modelos que garantissem a segurança da posse ou a propriedade coletiva. Nesse sentido, a moradia mesmo como vista de forma independente esta relacionada com esse ideário que envolve a propriedade privada, o que demonstra a necessidade de estudar o instituto.

O que se busca ressaltar é o tratamento do direito à moradia como um fim que pode ser tratado de forma separada da propriedade privada. Assim, o direito à moradia como direito fundamental deve ser garantido e efetivado e a regulação da propriedade não pode se tornar um empecilho para esse direito. Com isso é alterado o enfoque da discussão da propriedade como direito fundamental.

1.3 Direito de Propriedade e Função Social

Orlando Gomes mostra a evolução do direito de propriedade em três momentos históricos fundamentais: no sistema feudal, no sistema medieval e no regime capitalista, sendo que no direito romano, a propriedade assumiu uma concepção que pode ser considerada individualista. No sistema medieval, havia uma concorrência entre proprietários, e no sistema capitalista retornaria a uma concepção individualista de propriedade:

No regime capitalista, o conceito unitário de propriedade é restaurado e os poderes que ela confere são exagerados, a princípio, exaltando-se a concepção individualista. Ao seu exercício não se antepõe restrições, senão raras, e o direito do proprietário é elevado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais. (GOMES, 1988, p. 90)

A preocupação com o uso do solo urbano de forma diferenciada já era notada por Gomes. Na sua obra é possível notar a influência da doutrina italiana e sua atenção ao surgimento do direito urbanístico.

O uso do solo urbano sofre nos dias de hoje limitações que atingem o direito de propriedade e se inspiram no seu novo conceito. Na linha deste, admitem-se desapropriações para evitar e impedir práticas especulativas ou nocivas ao interesse público, preconizando-se o emprego de novas técnicas jurídicas introduzidas pelo direito predial e a instituição de direitos reais, tais como o direito de superfície e o de concessão de uso. A mais enérgica das limitações ao direito de propriedade alarga-se nos seus fundamentos, tendendo-se para admitir seu emprego por desamparo do imóvel, desvio de sua destinação, venda para loteamento popular e manutenção de posseiros no solo que ocuparam. O uso do solo privado passa a se subordinar a diretrizes traçadas pelo poder público em planos reguladores e *standards* jurídicos que representam verdadeiro encarceramento da propriedade. (GOMES, 1988, p. 90)

O autor trabalha a noção da função social da propriedade de forma muito lúcida. Primeiramente separa uma visão dita socialista do conceito de função social sem uma reflexão prévia que permita verdadeiramente entender o instituto jurídico da função social da propriedade. A primeira crítica feita pelo autor é a que se refere que a noção de função social utilizada para “embelezar” o instituto da propriedade privada e manter a sua substância intacta. Resumir a função social da propriedade a mera exploração dos bens de produção por quem possui seu domínio por si só não caracteriza o atendimento dos anseios sociais. A função social da propriedade ultrapassa a ideia de não uso de determinado bem:

Essa energia moral da concepção de que a propriedade é uma função social não tem, entretanto, inspiração socialista, como se supõe, por desinformação, particularmente os socialistoídes levianos ou contrabandistas de ideias.

Muito pelo contrário. Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia, pois "mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística". É que, legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente. Do fato de poder ser desapropriada com maior facilidade e de poder ser nacionalizada com maior desenvoltura não resulta que a sua substância se estaria deteriorando. (GOMES, 1988, p. 98-99)

Orlando Gomes trata da diferenciação entre a propriedade que *tem* função social e a propriedade que *é* função social. Sendo que no primeiro caso a propriedade permanece como uma relação subjetiva no interesse do titular e que apenas em determinadas situações é investido de função social. Já no segundo caso a propriedade é atribuída ao titular não no interesse preponderante deste, mas no interesse público ou coletivo.

O autor busca definir se a função social da propriedade se identifica com as limitações ao direito de propriedade ou se possui autonomia que prescinde de restrições para existir. Para Gomes se a função social se confundir com as limitações com as leis restritivas, estas perdem a razão dentro do ordenamento. Tais limitações trariam mais uma série de incertezas do que uma conceituação precisa da função social. A questão deve ser abordada sobre outro ponto de vista, "as limitações atingem apenas o exercício do direito de propriedade, não a sua substância, e em que só se justificam se uma nova concepção do direito de propriedade é aceita". (GOMES, 1988, p. 100)

A função social da propriedade não se confunde com as limitações presentes no ordenamento jurídico que restringem o exercício do direito de propriedade. Mesmo que tais limitações estejam realmente direcionadas para evitar abusos no uso da propriedade ou que as restrições permitam que o direito de terceiros sejam respeitados, não se deve reduzir a ideia de função social às limitações.

As restrições ao exercício do direito de propriedade podem possuir um conteúdo socialmente relevante em muitas situações. No entanto, podem também encobrir as verdadeiras questões fundamentais que geram os conflitos sobre a propriedade privada. Desse

modo, a expectativa de transformação colocada na ideia de função social da propriedade seria na verdade o grande empecilho para a realização de alterações substanciais na regulação da propriedade.

Orlando Gomes se mostra atento a possibilidade de que seja desvirtuada a função social da propriedade. O autor deixa claro que a função social ultrapassa as simples restrições ao exercício do direito de propriedade haja vista, que tal relação mantém inalterado o direito. Outro ponto destacado é a noção da propriedade *ser* uma função social ou *ter* uma função social. A propriedade analisada como função social permite a alteração do paradigma individualista que ainda disciplina a propriedade de modo absoluto.

Gomes defende ainda a função social tanto para os bens móveis quanto para os imóveis e uma atenção diferenciada para a delimitação da função social dos bens de produção, em especial dos imóveis rurais. A concepção de função social exposta pelo autor na década de 1980 antes mesmo da promulgação da Constituição da República de 1988 surpreende por apontar em uma direção que realmente permitiria uma modificação do próprio conceito de propriedade advinda do interior da doutrina civilista. As dificuldades para isso também são expostas e no pensamento do jurista o juiz teria um papel fundamental para a efetivação dessas mudanças. O magistrado seria o responsável por permitir que esse novo conceito finalista de propriedade fosse transportado do campo da norma para a realidade social:

A resposta segundo a qual a função social da propriedade é antes uma concepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do direito civil, como o princípio da boa-fé dos contratos. É verdade que assim considerada se torna uma noção vaga, que todavia não é inútil na medida em que inspira a interpretação da atividade do proprietário. Nessa ótica, a ação do juiz substitui a do legislador, do Congresso ou da Administração Pública. O comportamento profissional do magistrado passa a ser, no particular, "uma ação de invenção e de adaptação", como se exprime LANVERSIN definindo a ação pretoriana como um meio de realizar a modernização do direito. É verdade que, nessa colocação se corre o risco de um uso alternativo do direito ou de uma resistência empedernida. Como quer que seja, o preceito constitucional que atribui função social à propriedade não tem valor normativo porque não se consubstancia nas normas restritivas do moderno direito de propriedade, mas simplesmente se constitui no seu fundamento, na sua justificação, na sua *ratio*. (GOMES, 1988, p. 100)

Deixar a cargo do juiz esse papel de realizar uma adaptação da lei para o mundo social apresenta alguns riscos. É preciso entender que tal procedimento coloca em jogo

diversos interesses e que haverá uma disputa simbólica para determinar qual é a melhor maneira para se regulamentar o direito de propriedade. O juiz não está fora desses processos de disputa simbólica, ele como magistrado e como pessoa, integra uma classe social que mesmo não demonstrando explicitamente uma posição no conflito possui uma tendência para defender determinados interesses. Deixar o magistrado sozinho a cargo dessa mudança pode significar uma sobrecarga e a dificuldade de implantação de uma nova visão. Além disso, é preciso levar em consideração a formação da nossa magistratura, tanto o caminho acadêmico que realizam quanto a origem social deles. Não se está falando de uma uniformização real de pensamento ou mesmo da impossibilidade de existirem pensamentos divergentes. Claro que não. O que se diz é que existe uma tendência de comportamento conforme explicitado por Bourdieu (2012).

O autor conclui que é preciso abandonar a concepção individualista da propriedade e compatibilizar o instituto com os objetivos da sociedade:

Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea adotando-se [...] uma concepção finalista, a cuja luz se definam as funções sociais desse direito. *No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse dos não-proprietários.* Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política das limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem no qual recai o direito, conforme a intensidade do interesse geral que o delimita, e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional. A propriedade deve ser entendida, como função social tanto em relação aos bens imóveis como em relação aos bens móveis. A concepção finalista apanha a propriedade rural, em primeiro lugar, porque a terra era até poucos tempos atrás o bem de produção por excelência e a empresa, que é o seu objeto na propriedade produtiva da sociedade industrial, bem como, embora sem a mesma eficácia, os valores mobiliários. Não se trata de uma posição apriorística, mas sim de uma posição de rigor lógico com "o conceito de função social que polariza a propriedade para a realização de finalidades ou objetivos sociais". (GOMES, 1988, p. 100-101, grifamos)

Esta passagem de Orlando Gomes permite problematizar a vinculação da doutrina civilista com um pensamento conservador uniforme. Pensar a propriedade em uma concepção finalista que supera o individualismo e leva em consideração o interesse do não-proprietário é um avanço que o direito brasileiro não experimentou em momento algum da sua evolução.

Gomes afirma que existe uma tendência para uma nova relação com a propriedade e a maior intervenção do Estado no seu controle inclusive com o surgimento de um novo ramo do direito, o Direito Urbanístico. Quanto ao surgimento e consolidação do direito urbanístico o autor acertou nas suas previsões. Quanto à tendência de alteração na forma de tratamento da propriedade talvez ele ficasse um pouco frustrado. Após a elaboração do texto de Orlando Gomes o ordenamento jurídico passou ao menos por três grandes momentos que permitiriam a consolidação da mudança de paradigma da propriedade.

Primeiro, a promulgação da Constituição da República de 1988 garantiu o direito de propriedade como direito fundamental e dispôs sobre sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). A propriedade e sua função social foram delineadas ainda: “Da ordem econômica e financeira” (art. 170, II e III); e “Da Política Urbana” que explicitou a função social da propriedade imóvel urbana (art. 182, § 2º). Definiu ainda no art. 186 a função social da propriedade rural. Dessa forma, é possível constatar que o tema da função social ganhou maior relevo no atual texto constitucional.

O Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257 de 2001) que regulamenta justamente os artigos 182 e 183 da Constituição da República de 1988 tratou da questão da função social da propriedade (art. 39) e sua relação com o cumprimento do que for estipulado no Plano Diretor:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei. (BRASIL, 2001, sd)

Em 2002 entrou em vigor o Novo Código Civil que depois de muito tempo de tramitação foi esquecido e posteriormente desengavetado e aprovado (ROBERTO, 2008). O Código já nasceu velho e pouco contribui no tema do direito de propriedade, as normas que poderiam ser consideradas mais avançadas do que o antigo Código foram superados por outras leis como o Estatuto das Cidades.

Mesmo que o Novo Código Civil não tenha trazido novidades maiores, houve uma evolução legislativa considerável no que tange ao direito de propriedade e à sua função social da propriedade. Todavia, essas alterações legislativas não corresponderam a alterações no meio social na mesma proporção. Fernandes (2006) chega a afirmar que a regulação da propriedade mantém quase que inabalada as mesmas concepções clássicas liberais do século XIX.

A hipótese do presente estudo para esta estagnação sobre as relações pertinentes ao direito de propriedade é a luta simbólica pelo direito de propriedade. Na sociedade brasileira, assim como em outras, a propriedade ainda ocupa um campo de disputa que ultrapassa a questão meramente econômica. A propriedade ainda representa determinado status e forma de distinção (BOURDIEU, 2011). Mesmo a legislação avançando na regulamentação da propriedade a substância do conceito continua intangível. As decisões judiciais sobre o tema e a produção doutrinária do direito civil também refletem essa situação. Avanços e retrocessos vão existir em qualquer processo, mas a regulamentação do direito de propriedade alcança interesses de grupos detentores de vários tipos de capitais simbólicos, o que gera uma tendência de manutenção do instituto.

Gomes mesmo avançando em diversos campos no que tange ao direito de propriedade e sua função social, não deixa de considerar a propriedade preponderantemente como mercadoria. O autor trabalha com a distinção entre a propriedade imobiliária e a propriedade dos meios de produção, demonstrando inclusive que a função social da propriedade deve ser encarada de maneira distinta nesses dois casos. Pensar na diferenciação da propriedade imobiliária para a propriedade dos meios de produção é importante para evitar pensamentos reducionistas que tratam qualquer forma de modificação na regulação da propriedade como propostas que pregam o fim da propriedade privada. Atualmente já se fala em várias outras funções sociais, por exemplo, a função social da cidade (PIRES, 2008).

Orlando Gomes afirma que o melhor texto sobre a propriedade estaria contido na Constituição da República Federal da Alemanha de 1949: “A propriedade obriga. O uso da propriedade deve concorrer também para o bem da coletividade”. (GOMES, 1988, p. 102)

A crítica marxiana à propriedade privada dos meios de produção e à concentração de riquezas continua sendo pertinente. A exploração do homem pelo homem e a mercantilização da vida são problemas fundamentais no capitalismo. O outro não é o limite, mas condição de possibilidade. O fato de Marx defender o fim da propriedade privada dos meios de produção não pode ser diretamente relacionado com um Estado autoritário ou a supressão do indivíduo. Aliás, pouca coisa suprime mais o indivíduo do que um sistema que produz e reproduz a ideia de que possuir bens é sinônimo de sucesso e felicidade. A coisificação do outro suprime tanto o indivíduo quanto o sistema que acredita que possa chegar ao bem coletivo sem levar em consideração as necessidades particulares de cada cidadão.

A noção de propriedade que ultrapassa o conceito de mercadoria pode ser exemplificada na importância da propriedade imobiliária para a implementação do direito à moradia. Mesmo que não seja um requisito ser proprietário para efetivar tal direito, o modo mais comum de se realizar o direito à moradia é por meio de uma relação com o direito de propriedade. Ademais, o ser proprietário representa um lugar no campo social, as garantias e seguranças possibilitadas pela propriedade imobiliária ultrapassam os limites do meramente econômico. Não se pretende fazer aqui uma apologia aos bens materiais, mas sim, demonstrar que o que há de humano se relaciona com as coisas de uma forma que pode transcender as relações econômicas.

Para alterar a concepção da função social da propriedade será preciso mais do que a legislação e mais do que contar com a atuação do Poder Judiciário para implementar essa mudança de paradigma. As décadas que separam o texto de Gomes da realidade brasileira demonstram isso em grande medida.

Uma mudança no conceito do direito de propriedade necessita que este não parta de uma imposição vertical, seja por meio de uma lei visionária ou de uma nova interpretação dos tribunais. Se as relações na cidade demonstram a necessidade de se pensar novas formas para resolver conflitos atinentes à propriedade, se uma cidade precisa de novos arranjos essa vontade tem que ser debatida publicamente entre os interessados.

1.4 A propriedade: o místico e o simbólico

Na conclusão de sua tese José Rubens Costa explicita que a propriedade é uma questão política e que sua regulamentação no Código Civil é consequência de uma luta por interesses:

No fundo, porém, a propriedade é uma questão política. Não provém do direito divino ou natural, deus ou a natureza jamais se mostraram nos atos de aquisição ou transação da propriedade e nem mesmo dirigem cartórios de registros. É um problema de direito positivo. O Código Civil, ao unicizar o seu conceito, resguardava o regime da burguesia e o protegia. O pequeno e o grande proprietário, o industrial e o senhor de terras, os que tudo têm e os que nada têm, todos recebem o 'mesmo' direito de propriedade e a ela tem 'acesso'. Mística e gloriosa que incita o povo, quando se pretende efetivar este direito. Faz ver chifres e caudas nos homens e alimenta, do exterior, golpes de estado. É a mística, a mistificação da ideologia que cega os homens e não lhes faz ver que, numa sociedade injusta, só serve para aumentar as desigualdades e ver morrer de fome os homens pacíficos. (COSTA, 1984, p. 578)

Costa afirma que a propriedade é uma questão do direito positivo afastando as concepções naturalistas da propriedade. A regulamentação civil da propriedade é caracterizada como protetora de interesses de uma classe. A igualdade formal que garante aos desiguais o “mesmo” direito de propriedade também é alvo de críticas, demonstrando ser uma ilusão a possibilidade de se tornar proprietário de forma isonômica. A possibilidade de acesso que o conceito clássico e único de propriedade busca conferir a todos foi taxado por José Rubens como a “mistificação da ideologia”, uma falsa crença que leva a injustiças em uma sociedade desigual.

A mística apontada pelo autor pode estar materializada na questão da divisão da sociedade em classes sociais e na luta simbólica por seus privilégios e diferenciação (BOURDIEU, 2011). A propriedade imobiliária ainda é uma forma de diferenciação de grupos sociais. A proteção do direito de propriedade e sua garantia de acesso como Direito do Homem ocorre para Marx (2007) de forma contundente após a Revolução Francesa. A burguesia naquele momento pós-revolucionário precisa proteger e garantir a propriedade para seu próprio interesse e garantir o acesso a ela e sua proteção como direitos do Homem.

A necessidade de proteção dos interesses de uma classe foi refletida no Código Civil Francês, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e em diversas legislações. No Brasil não foi diferente e a proteção ao direito de propriedade e a proteção de quem já era proprietário permaneceram como importante papel do Direito. A forma de se garantir a proteção da propriedade é franquear o seu acesso a todos, no entanto, esse discurso de igualdade formal se depara com diversas críticas à sua viabilidade. E mesmo assim permanece inalterado.

Em outros campos a questão da igualdade formal encontra questionamentos que permitiram que se alcançassem medidas para a igualdade material e medidas de reparação de injustiças historicamente consolidadas. No entanto, a questão da propriedade privada permanece intocada. Principalmente a questão da propriedade imobiliária, pois, por exemplo, a propriedade intelectual enfrentou a quebra de patentes, ou mesmo os direitos autorais possuem um prazo determinado. Desse modo estão submetidos a uma limitação que garante o uso da propriedade que representa os interesses sociais sobressaindo aos interesses individuais. Pensar em uma prevalência de interesses sociais não deve ser relacionado com o esquecimento do indivíduo ou com uma supremacia da coletividade. É preciso entender a necessidade de criar condições que permitam o desenvolvimento da pessoa em sua

completude e complexidade, sem permitir o fascismo social (SANTOS, 2010) que gera exclusões de todo tipo.

José Rubens Costa aponta problemas que decorrem de uma concepção econômica fundamentada no liberalismo que regula a propriedade apenas como um modo de aquisição de riqueza. Tal concepção em locais em que existe uma grande desigualdade social terá resultados catastróficos tais como a exclusão e má distribuição.

Costa chega à seguinte conclusão:

A propriedade não pode significar a permissão da concentração das riquezas, o processo de acumulação do capital, servir como lema ao desenvolvimento nacional, pois continuará a ser o resultado da exploração do homem. (COSTA, 1984, p. 575)

Na tese o autor leva em consideração que a estrutura do capitalismo se modificou no final do século XX e que o mercado confere mais atenção à propriedade móvel com a participação acionária de empresas, o que hoje fica claro com a noção de capital especulativo e a importância do mercado financeiro. Para José Rubens é “o mito da propriedade” que fundamenta o sistema jurídico tradicional. Assim, existe uma visão unitária sobre o direito de propriedade que se adapta tanto à noção de propriedade móvel quanto para a propriedade imóvel, desse modo ele chega à conclusão de que “a propriedade, assim, móvel ou imóvel, quer consagrar a política de dominação capitalista, e encobrir a injusta distribuição das riquezas” (COSTA, 1984, p. 575).

José Rubens propõe formas para alterar a forma da regulamentação da propriedade afirmando que é preciso pensar e atuar para se retirar o “manto protetor” da propriedade. Para isso não bastam as chamadas limitações ao direito de propriedade, o que se deveria buscar é a repartição de riquezas conquistada por um processo de democratização dos meios de produção que assegurassem uma justiça distributiva. José Rubens afirma que é preciso alterar a forma de regulamentação da propriedade para se atingir uma igualdade real. Conforme será discutido posteriormente em um diálogo com Orlando Gomes, as limitações à propriedade não atingem a essência do instituto que se mantém, neste ponto o pensamento dos dois estão alinhados.

O autor propõe ainda que a norma constitucional que assegura a propriedade seja alterada. A propriedade ociosa deveria se perder pelo não uso ou pela utilização indevida. O direito de uso da propriedade deve possuir regulação pelo poder público que em determinados casos pode exigir a sua utilização compulsória. Quanto ao direito subjetivo todos devem

possuir um direito mínimo a propriedade para moradia e exploração econômica. Esse mínimo para a subsistência deve ser garantido pelo Estado.

Não se propõe uma atenuação da propriedade liberal, por sua afetação social. A modificação da estrutura social é que se busca. Haverá maior intervenção do Estado; não mais o simples Estado de direito como pressuposto da democracia liberal; limitação do poder, atribuição de direitos subjetivos e garantias individuais de liberdade. O Estado de direito, com sua neutralidade social, substitui o decisionismo do Estado absolutista. Persegue-se agora o estado material de direito ou estado justo ou estado social. (COSTA, 1984, p. 578)

Costa apresenta a necessidade de mudanças estruturais que consigam efetivamente realizar alterações na sociedade e regular a propriedade para alcançar a igualdade material. No entanto, o autor deposita esta confiança no Estado Democrático de Direito, como democracia realmente efetiva que garanta a igualdade material dos indivíduos e com a intervenção do Estado sem que este crie um sistema ditatorial.

Em que pese toda a crítica acerca da forma de estruturação da propriedade a proposta de modificação do sistema não gera alterações profundas na papel simbólico ocupado pela propriedade privada na sociedade. Na época em que a tese foi escrita a tensão global entre capitalismo e socialismo possuía outros contornos. Além disso, a Europa Ocidental ainda investia no Estado Social com avanços sociais combinados com desenvolvimento econômico e bons índices socioeconômicos. Este contexto poder ter influenciado a posição do autor ao defender o Estado Democrático de Direito e a busca de um Estado Social como caminho para a redução das desigualdades sociais. Inclusive este pensamento norteou a elaboração da Constituição de 1988. No contexto atual precisaremos pensar em novas medidas caso a mudança seja considerada o melhor caminho.

Faz parte ainda das considerações do autor:

A estrutura do direito tem sido, em excesso, uma opressão, superestrutura como dizem os marxistas, mas o direito deve ser e ter na sua finalidade a libertação dos homens. (COSTA, 1984, p. 579)

José Rubens Costa deixa claro o seguinte:

Não implica este discurso na defesa de teorias sociais marxistas ou na abolição da propriedade privada dos meios de produção. É, não obstante, uma apologia do anti-capitalismo. A propriedade deve ser fator de produção, sem comprometer a qualidade da vida e do meio ambiente, a serviço do homem e não do Estado, o que levaria às teorias de direita, como o fascismo ou o nazismo, em detrimento do ser humano, razão de ser da sociedade e do Direito. (COSTA, 1984, p. 584)

O autor busca se afastar das concepções socialistas que criticavam a propriedade privada e defendiam a necessidade de uma mudança radical na sociedade para que o homem alcançasse sua emancipação. Para tanto seria necessário que não existisse mais a propriedade privada dos meios de produção. Dessa forma seria possível extinguir a exploração do homem pelo homem e possibilitar uma convivência social harmoniosa. José Rubens esclarece que não advoga pela abolição da propriedade privada dos meios de produção. No entanto, não deixa de mencionar que se trata de uma crítica ao capitalismo. As fontes citadas por José Rubens comprovam a pequena influência de autores ditos socialistas, ademais, as proposições para a modificação da relação com a propriedade ocorrem dentro do contexto capitalista sendo a propriedade privada necessária para a produção de riqueza, devendo apenas existir uma maior distribuição devido ao nível de concentração a que se chegou. O que Marx chamaria de “pensamento pequeno burguês”. Além disso, José Rubens também defende que as tentativas reais do socialismo terminaram em ditaduras, tão ou mais opressivas, do que os sistemas gerados pela ordem liberal.

Importa ressaltar que não se realiza um juízo de valor sobre a posição de José Rubens. A dificuldade do tema e o papel da propriedade privada na sociedade não apontam para soluções fáceis.

A discussão sobre a propriedade privada na maior parte das vezes apresenta visões extremadas. Uma visão que defende a propriedade privada e outra que defende sua abolição completa. Reduzir todas as críticas à propriedade privada a uma tentativa “anacrônica” de reerguer a ideologia socialista também é uma forma de tornar mais obscuro tal direito. Ao mesmo tempo colocar todas as soluções para os problemas que cercam a propriedade privada em rótulos como a “função social da propriedade” não contribui para o debate na esfera pública de questões relevantes.

Na tese, Costa ressalta na sua pesquisa a questão da propriedade como um objeto sagrado para o direito e busca demonstrar que a ideia civilista clássica que regulamenta a propriedade está ultrapassada e não atende às necessidades sociais. Ele relaciona o problema de distribuição desigual de riquezas com a questão da propriedade e afirma que é a partir da análise do contexto social que a regulamentação da propriedade deve encontrar caminhos para alcançar seus objetivos de justiça e igualdade.

José Rubens demonstra que o direito de propriedade serve aos interesses de classes dominantes que por meio dos institutos que tratam da propriedade garantem uma série de privilégios e impedem que os mais pobres possam acessar tal direito. A tese ataca o que ele

denomina de sacralização do direito de propriedade. Tal direito é colocado ao lado de direitos como a liberdade e a vida. A propriedade possui um papel econômico e social e deve ser regulamentada como qualquer outro instituto jurídico. Colocar o direito de propriedade em um status diferente visa manter privilégios de classe e não ampliar o acesso ao instituto.

O texto de José Rubens Costa é relevante por questionar a sacralidade do direito de propriedade e sua naturalização. Conforme exposto sua tese visa trazer questionamentos sobre o direito de propriedade tentando desvelar algumas questões sobre o tema. O título do seu trabalho consegue trazer a ideia que é desenvolvida no texto. A tese não trás respostas prontas e fáceis para “solucionar” as questões levantadas, mas aponta caminhos a serem seguidos, principalmente com um papel de destaque para o Estado na regularização da propriedade, mas sem ignorar o direito civil, base teórica da sua pesquisa.

1.5 Ainda obscuro?

O título deste capítulo da dissertação faz uma analogia direta com o título da tese de José Rubens Costa e levanta a questão de que a propriedade permanece como um objeto obscuro do direito. Dedicar parte importante desta pesquisa à análise das teses de Costa e Gomes valeu a pena para conseguir sintetizar diversos pontos.

As críticas ao direito de propriedade são elaboradas internamente no campo do direito privado. Destaca-se que mesmo dentro do campo do direito civil foi possível desenvolver um pensamento que não defendia a manutenção do esquema de regulação da propriedade e dos efeitos da sua concepção liberal.

Como bem demonstrou na tese o direito de propriedade é construído e não se trata de um direito natural. Ademais, tratar a propriedade como um problema político que ultrapassa a questão do direito positivo demonstra que o instituto faz parte de uma estrutura que se retroalimenta, ou seja, a proteção do direito de propriedade garante privilégios de quem possui o interesse de proteger a propriedade.

A análise da consagração da propriedade privada como direito fundamental e sua relação com a teoria da função social da propriedade buscaram demonstrar que alguns discursos de inclusão e garantia da propriedade podem ser utilizados para esconder lutas simbólicas. Se a garantia da propriedade como direito fundamental apenas protege a propriedade, desconsiderando os não-proprietários, ela impede o acesso ao instituto. A função

social da propriedade também pode servir apenas como um discurso que “embeleza” o conceito de propriedade, e servir apenas à sua manutenção ao invés de garantir que a propriedade seja socialmente controlada. Com isso a sua substância permanece intocada. Tais discursos escondem os conflitos pela propriedade e se tornam uma forma de conservação da propriedade liberal.

A relação da propriedade com o direito urbanístico e os novos desafios advindos do fenômeno urbano são destacados e demonstrados de forma prática. Ao final da dissertação falaremos ainda do exemplo concreto por ele desenvolvido como o estudo da Lei do Programa Profavela. A teorização sobre a propriedade atinge sua concretude ao tratar das ocupações irregulares e explicitar a proposta do Programa.

O presente estudo pretende avançar em alguns pontos e utilizar outras bases teóricas para analisar o direito de propriedade. A disputa por poder simbólico (BOURDIEU, 2012) que envolve o direito de propriedade pode ser útil para tentar explicar parte da mística deste instituto. A luta de classes pelo poder de impor sua visão de mundo e o papel do direito nestas disputas pode contribuir e incrementar o debate iniciado por José Rubens.

A Constituição de 1988 e o Estatuto da Cidade (2001) trouxeram novos elementos para a discussão da propriedade privada e da sua função social. O texto constitucional representou uma mudança paradigmática no ordenamento jurídico brasileiro e abordou como nenhum outro texto anterior a questão da função social da propriedade em vários âmbitos. O direito urbanístico alcançou um lugar de destaque no campo jurídico e vem se desenvolvendo nas últimas décadas como ramo independente.

A propriedade privada ainda é um objeto obscuro do direito é um objeto de disputa simbólica e mesmo com a evolução legislativa continua gerando uma série de conflitos sociais. As ocupações irregulares, que abrigam cerca de um quarto da população brasileira (ONU-HABITAT, 2012), não reduziram com a nova legislação. Nas grandes cidades a falta de moradia afeta a população mais pobre enquanto a especulação imobiliária pressiona o preço de terrenos e imóveis, o que vem transformando em pesadelo o “sonho da casa própria”.

Depois de constatar a permanência de discursos obscuros sobre a propriedade a seguir trataremos desse espaço de luta à luz do pensamento de Pierre Bourdieu.

CAPÍTULO 2 – A PROPRIEDADE E O SIMBÓLICO

2.1 O poder simbólico e sua invisibilidade

Para abordar a questão do direito de propriedade de forma ampla indo além do formalismo jurídico e também de análises fundadas no economicismo a propriedade será analisada na sua relação simbólica no campo social. Para isso, serão utilizados conceitos trabalhados pelo sociólogo Pierre Bourdieu em relação à propriedade como forma de exercer poder simbólico e ainda o papel do direito como forma de legitimação de estruturas que possibilitam a manutenção da atual forma de regulamentação da propriedade.

Para isso será preciso discutir o conceito de “poder simbólico”. Bourdieu trabalha a noção de poder simbólico juntamente com sua relação com o conflito de classes sociais. Ressalta-se que o próprio conceito de classes sociais para Bourdieu possui características particulares que também serão abordadas. Por fim, serão abordados aspectos do papel do direito para Bourdieu.

Conceituar a ideia de “poder simbólico” apresenta diversas dificuldades por ser um conceito imerso na teoria de Bourdieu e uma espécie de síntese do resultado de suas pesquisas empíricas. O autor francês esclarece inicialmente que “sistemas simbólicos” são instrumentos de conhecimento e de comunicação que possuem uma estrutura própria e que por isso podem constituir novas estruturas (“estruturadas e estruturantes”). A partir disso, o poder simbólico é definido como uma poder de construção da realidade que possui a tendência de formar uma ordenação do conhecimento humano.

Os “sistemas simbólicos”, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o *conformismo lógico*, quer dizer, “uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências. (BOURDIEU, 2012, p. 9)

Bourdieu com base na teoria de Durkheim afirma que os símbolos são instrumentos de integração social e tornam possível a criação de ideias comuns sobre o sentido do mundo social e por isso permitem a integração social. O poder simbólico talvez possua como principal característica sua aparente “invisibilidade”. O sociólogo francês afirma que é necessário descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é ignorado, pois é onde ele

é reconhecido: “[...] o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. (BOURDIEU, 2012, p. 7-8)

A invisibilidade do poder simbólico esta presente tanto para quem exerce tal poder quanto para quem está submetido a ele. Bourdieu afirma que é pré-reflexiva a relação com esse poder “quase mágico”. Para ser efetivo e conseguir influenciar as relações do campo social o poder simbólico deve ser reconhecido e simultaneamente ignorado como arbítrio. Isso significa que esse poder possui legitimidade, mas não é visto como uma força que obriga a tomada de determinada conduta.

O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário. Isto significa que o poder simbólico não reside nos “sistemas simbólicos” em forma de uma “illocutionary force”, mas que se define numa relação determinada – e por meio desta – entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença. O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras. (BOURDIEU, 2012, p. 14-15)

2.2 O conflito de classes e a relação de dominação

Ao tratar do poder simbólico Bourdieu aborda as relações de dominação que estão vinculadas a ele. Estas relações de dominação vão resultar ou se explicitar nos conflitos de classe. Para o autor os interesses particulares tendem a se apresentar como interesses universais comuns a um determinado grupo. Tais interesses incluem diversos aspectos como o econômico, o cultural e o social.

As ideologias, por oposição ao mito, produto coletivo e coletivamente apropriado, servem interesses particulares que tendem a apresentar como interesses universais, comuns ao conjunto do grupo. A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. (BOURDIEU, 2012, p. 10)

As classes sociais estão envolvidas em uma luta simbólica pela imposição da sua forma de vida, da sua forma de interpretação do mundo social que atenda aos seus interesses. Esses conflitos podem acontecer diretamente entre as classes, ou seja, com a disputa pela imposição do seu modo de vida em comparação ao outro. Ou ainda, o conflito se dá por meio da luta travada entre especialistas da produção simbólica (teóricos, professores, cientistas, políticos, juristas, etc.) que lutam pelo monopólio da “violência simbólica” legítima. Esta violência é uma forma de determinar instrumentos de conhecimento e de expressão (impostos de forma arbitrária, mas ignorados como tal) válidos para o reconhecimento da realidade social.

As diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais. Elas podem conduzir esta luta quer diretamente, nos conflitos simbólicos da vida quotidiana, quer por procuração, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica (produtores a tempo inteiro) e na qual está em jogo o monopólio da violência simbólica legítima, quer dizer, o poder de impor – mesmo de inculcar – instrumentos de conhecimento e de expressão (taxinomias) arbitrários – embora ignorados como tais – da realidade social. O campo de produção simbólica é um microcosmos da luta simbólica entre as classes: é ao servirem os seus interesses na luta interna do campo de produção (e só nesta medida) que os produtores servem os interesses dos grupos exteriores ao campo de produção. (BOURDIEU, 2012, p. 12)

Conforme exposto por Bourdieu esta luta simbólica entre classes coloca em jogo o poder de fazer penetrar uma coisa no espírito do outro (inculcar) um modo de concepção do mundo. Ou seja, a disputa pelo poder simbólico é um fator extremamente importante na luta de classes e na conformação dos interesses sociais de forma ampla. Esta busca por legitimação de um modo de vida e a imposição de formas de ver o mundo, de dizer o que é certo ou errado, o bom e o ruim, implica na deslegitimação de outras formas de concepção de mundo.

A disputa pela definição do mundo social implica a defesa de um modo de vida. Assim determinados valores entendidos como fundamentais para uma classe serão defendidos e elevados ao nível de valores universais. Ou seja, o que seria bom para a classe dominante seria bom para todas as demais.

A classe dominante é o lugar de uma luta pela hierarquia dos princípios de hierarquização: as frações dominantes, cujo poder assenta no capital econômico, têm em vista impor a legitimidade de sua dominação quer por meio da própria produção simbólica, quer por intermédio dos ideólogos conservadores os quais só

verdadeiramente servem os interesses dos dominantes por acréscimo, ameaçando sempre desviar em seu proveito o poder de definição do mundo social que detém por delegação; a fração dominada (letrados ou “intelectuais” e “artistas”, segundo a época) tende sempre a colocar o capital específico a que ela deve sua posição, no topo da hierarquia dos princípios de hierarquização. (BORDIEU, 2012, p. 12)

A relação do poder simbólico e da luta simbólica pela apropriação da definição do mundo social fica clara na exposição de Bourdieu. Cabe agora relacionar a questão desta disputa simbólica com a questão da propriedade privada. O primeiro aspecto a ser destacado é a ideia de imposição de interesses particulares que são ampliados e considerados como um valor universal para determinado grupo e que deve ser imposto como a visão “correta” de determinado instituto. A noção da propriedade privada e sua forma de regulamentação podem ser consideradas valores importantes aos dominantes contemporaneamente. Assim, em uma luta simbólica a manutenção das relações com a propriedade privada seria imposta por meio do poder simbólico.

Conforme exposto, o que garante a eficácia da dominação simbólica é sua invisibilidade, seu poder quase mágico. Ou seja, a imposição de uma forma conservadora de relação com a propriedade privada seria legitimada pela confiança em quem professa este discurso. Assim, haveria a cumplicidade de todos para a legitimação das formas de regulamentação da propriedade. Quem está sujeito ao poder simbólico não está consciente desta situação. Assim como quem exerce tal poder também não estaria consciente da sua situação de quem impõe determinado modo de vida. Esta forma de relação está ligada à noção de naturalização do direito de propriedade, que é simplesmente visto como um direito inerente ao ser humano.

A questão do poder simbólico é importante nesta pesquisa também em outro aspecto. Bourdieu afirma que é necessário saber descobrir onde está este poder simbólico, pois, justamente onde ele não é percebido exerce seu papel de influência. O discurso da propriedade como direito natural e a aceitação do discurso sobre a propriedade privada pode estar fundamentado muito mais em um desconhecimento do que em uma imposição explícita.

Essa visão sobre a influência do poder simbólico em uma sociedade não é determinista. Ou seja, não prega a impossibilidade de mudança devido à configuração das lutas sociais ou ao poder que as classes dominantes tem de impor sua concepção de mundo.

Para a modificação na estrutura do poder simbólico primeiramente é necessário a tomada de consciência de que existe um arbítrio, uma imposição forçada, escondida pelo desconhecimento. Assim, um discurso diferente pode demonstrar as distinções excludentes do

discurso dominante e demonstrar que a antiga crença comum não deve ser mais mantida intocada. Bourdieu trata da questão em uma nota de rodapé:

A destruição deste poder de imposição simbólico radicado no desconhecimento supõe a tomada de consciência do arbítrio, quer dizer, a revelação da verdade objetiva e o aniquilamento da crença: é na medida em que o discurso heterodoxo destrói as falsas evidências da ortodoxia, restauração fictícia da doxa, e lhe neutraliza o poder de desmobilização, que ele encerra um poder simbólico de mobilização e de subversão, poder de tornar atual o poder potencial das classes dominadas. (BOURDIEU, 2012, p. 15)

O poder simbólico em si não será destruído, ele esta inevitavelmente presente, mas pode mudar de mãos na disputa sobre a imposição de sentidos. A existência do poder simbólico não significa uma imobilização e a perpetuidade da dominação e violência simbólicas nas quais o arbitrário serve a critérios de exclusão, de distinção, como coloca Bourdieu.

Dessa forma, é possível perceber a possibilidade da mudança e da alteração entre dominantes e dominados em determinadas disputas simbólicas. A questão da propriedade privada é um objeto de luta simbólica no interior do campo do direito e que reflete fora dele também. Assim, a consciência do arbítrio de determinadas imposições na regulamentação do direito de propriedade é um caminho para o fim da desmobilização que o papel simbólico da propriedade representa para nossa sociedade atual.

Para Bourdieu a discussão sobre as classes sociais foi desenvolvida inicialmente por Karl Marx que conseguiu avançar de forma fundamental na temática. No entanto, assim como é responsável pelo grande avanço que o tema das classes sociais possui Marx também é responsável pela estagnação no desenvolvimento do conceito de classes sociais. Isso ocorreu pelo fato do pensamento marxista ver o conflito de classes como algo estático e voltado apenas para a questão econômica.

Desse modo, Bourdieu apresenta suas críticas ao conceito tal como apresentado por aquelas teorias [teorias marxistas]. Primeiro, é preciso romper com a ilusão de que as classes estão agrupadas em grupos reais, ou seja, é preciso superar o cientificismo que considera que a classe teórica se transforma em uma classe real. De fato, não necessariamente existe um grupo mobilizado na busca por determinados interesses, apenas porque é possível identificar teoricamente a existência de um grupo com determinadas características comuns. Depois, é preciso também romper com a redução do conceito de classes à esfera econômica, como se esse aspecto fosse a única forma de se determinar uma posição social. E, por fim, é preciso considerar que a definição teórica de classe social implica na descrição de lutas simbólicas existentes dentro dos campos e em campos diferentes. (CALIXTO; REPOLÊS, 2012)

Bourdieu faz uma diferenciação entre as classes sociais no papel e as classes sociais no mundo real. O sociólogo francês esclarece que existem pontos de afinidade entre determinados grupos, tais grupos possuem formas de vida com diversos pontos em comum, assim culturalmente, socialmente e mesmo economicamente tais semelhanças tendem a aproximar estes grupos, formando classes sociais. Essa aproximação de características gera também uma tendência de que estas classes possuam e defendam os mesmos interesses. Ou seja, em uma luta simbólica pela classificação e pelo poder de nomear no e o mundo as classes tendem a defender os mesmos interesses.

Com base no conhecimento do espaço das posições, podemos recortar *classes* no sentido lógico do termo, quer dizer, conjuntos de agentes que ocupam posições semelhantes e que, colocados em condições semelhantes e sujeitos a condicionamentos semelhantes, têm, como toda a probabilidade, atitudes e interesses semelhantes, logo, práticas e tomadas de posições semelhantes. (BOURDIEU, 2012, p. 136)

Bourdieu enfatiza que a possibilidade de defender esses interesses existem em potencial, e fala sempre em tendência. Isso significa que nada garante que essas classes realmente vão se mobilizar de forma conjunta e organizada na defesa desses interesses. Por isso, Bourdieu afirma que as classes no papel diferem das classes na sua interação com o mundo real.

O capital – que pode existir no estado objetivado, em forma de propriedades materiais, ou, no caso do capital cultural, no estado incorporado, e que pode ser juridicamente garantido – representa um poder sobre um campo (num dado momento) e, mais precisamente, sobre o produto acumulado do trabalho passado (em particular sobre o conjunto dos instrumentos de produção), logo sobre os mecanismos que contribuem para assegurar a produção de uma categoria de bens e, deste modo, sobre um conjunto de rendimentos e de ganhos. (BOURDIEU, 2012, p. 134)

Entender as classes sociais como uma tendência de comportamento semelhante demonstra o grau de homogeneidade que existe entre determinado grupo. A diferenciação feita entre as classes sociais no papel e as classes sociais no mundo real permite que se estabeleça uma nova noção de luta de classes. A concepção marxista de classe operária e classe burguesa trabalha com uma dicotomia que cria uma expectativa de unidade e da necessidade de um comportamento comum em uma disputa pelo poder. Bourdieu eleva a complexidade da luta de classes ao demonstrar que ela existe principalmente no aspecto

simbólico. A noção de dominação permanece, mas a clareza sobre quem é o dominante em determinada situação e quem é o dominado se torna menos concreta.

Não é realmente uma classe, uma classe atual, no sentido de grupo mobilizado para a luta; poder-se-ia dizer, em rigor, que é uma classe *provável*, enquanto conjunto de agentes que oporá menos obstáculos objetivos às ações de mobilização do que qualquer outro conjunto de agentes. (BOURDIEU, 2012, p. 136)

É importante compreender a noção de classe social na perspectiva de Bourdieu para notar as relações simbólicas existentes no interior das classes. Para compreender que essa classe provável é formada por capitais objetivados e incorporados ultrapassando o economicismo da visão de classe marxista.

Esta visão ampla de classes sociais permite pensar o papel social da propriedade privada em um aspecto também mais amplo, transcendendo o seu papel econômico ou meramente como mercadoria. A relação com a propriedade privada ultrapassa a mera questão de possuir determinado bem. A propriedade incorpora características simbólicas que são extremamente importantes para as classes sociais, principalmente no que tange à sua necessidade de distinção.

Este papel simbólico da propriedade de “transformar uma pessoa em alguma coisa que ela não é”, Bourdieu (2012), esta presente na sociedade brasileira. O que Costa (1984) chama de “mistificação da ideologia” da propriedade pode ser mais bem identificado pelo seu poder simbólico. O ser proprietário em determinados momentos garantiram a participação da pessoa como cidadão - direito de votar em sistemas censitários - Hunt (2009), ou poder político de outras maneiras. Não se ignora aqui esta relação, o que se procura é pensar um pouco além desse ponto.

Na luta simbólica pela produção do senso comum ou, mais precisamente, pelo monopólio da nomeação legítima como imposição oficial – isto é, explícita e pública – da visão legítima do mundo social, os agentes investem o capital simbólico que adquiriram nas lutas anteriores e, sobretudo todo o poder que detêm sobre as taxinomias instituídas, como os títulos. (BOURDIEU, 2012, p. 146)

Inicialmente se demonstrou a possibilidade de mudança pela alternância do poder simbólico, ou seja, tal poder não é absoluto. Bourdieu também tratará dessa possibilidade de mudança no que se refere às classes sociais. Conforme exposto a classe dominante controla o campo de produção simbólica. Desse modo, para as classes dominadas colocarem o seu ponto de vista sobre o social se torna uma tarefa complexa, haja vista a dificuldade para acessar os

canais para expor seu ponto de vista. No entanto, Bourdieu esclarece que no próprio campo de produção simbólica existe uma predisposição para o surgimento de pensamentos contestatórios do campo com potencial para gerar rupturas com as representações dominantes. Isso tende a possibilitar uma distribuição do capital simbólico.

Os que ocupam as posições dominadas no espaço social estão também em posições dominadas no campo de produção simbólica e não se vê de onde lhes poderiam vir os instrumentos de produção simbólica de que necessitam para exprimirem o seu próprio ponto de vista sobre o social, se a lógica própria do campo de produção cultural e os interesses específicos que aí se geram não produzisse o efeito de predispor uma fração dos profissionais envolvidos neste campo a oferecer aos dominados, na base de uma homologia de posição, os instrumentos de ruptura com as representações que se geram na cumplicidade imediata das estruturas sociais e das estruturas mentais e que tendem a garantir a reprodução continuada da distribuição do capital simbólico”. (BOURDIEU, 2012, p. 152)

Bourdieu deixa claro que o caminho da mudança não é fácil de ser trilhado, haja vista, que as classes possuem capitais acumulados de maneiras distintas. Desse modo, o autor define a luta como sendo realizada por agentes armados de forma desigual:

A verdade é que a análise científica não tem que escolher entre o perspectivismo e aquilo a que bem se deve dar o nome de absolutismo: com efeito, a verdade do mundo social é o que está em jogo numa luta entre agentes armados de modo muito desigual para chegarem à visão e à previsão absolutas, quer dizer, autoverificantes. (BOURDIEU, 2012, p. 147)

Assim, contestar noções que prevalecem no meio social como a concepção sobre o direito de propriedade é possível, pois, no próprio campo jurídico tenderiam a surgir posições contra hegemônicas que ofereceria uma base para a atuação dos dominados. Ressalta-se que os termos dominantes e dominados se referem à luta simbólica. Não se trata de algum indivíduo “esclarecido” guiar os dominados para a solução dos seus problemas. Novas concepções entraram em disputa e o dominado poderá se tornar dominante, nunca de forma permanente.

2.3 O Poder Simbólico e o Direito

Bourdieu ao tratar do direito, inicialmente faz uma diferenciação entre "ciência do direito" e "ciência jurídica". Sendo que a primeira toma a segunda como objeto. A ciência do direito supera a questão da crítica fundamental ao direito, o formalismo que afirma a

autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social. Para Bourdieu existem teorias que vão colocar o direito totalmente fora da lógica social (Kelsen) e outras que o colocaram totalmente subordinado a ela (marxistas estruturalistas). Para superar estas correntes Bourdieu propõe o seguinte:

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específica que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas. (BOURDIEU, 2012, p. 211)

Bourdieu trabalha com a noção de que o campo jurídico possui uma existência relativamente independente do universo social. Ou seja, existem formas próprias de desenvolvimento e articulação de ideias no interior desse campo. A autoridade jurídica é tida como “forma por excelência” de violência simbólica legítima. A noção de campo jurídico de Bourdieu possibilita que se entenda melhor a possibilidade de conflitos no interior do campo do direito. Além disso, existe uma limitação interna da própria lógica jurídica que delimita as possibilidades de discussões no interior do campo.

O trecho citado levanta pontos importantes para a presente pesquisa. A existência de uma lógica própria do campo jurídico e a disputa por poder simbólico no seu interior. Tais disputas possibilitam uma análise da luta pelo poder de ditar as regras que regem a propriedade privada.

Bourdieu afirma que a lógica jurídica é determinada por dois aspectos, sendo o primeiro o conflito de competências e a lógica das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis. Mesmo que estes dois aspectos não consigam esgotar na realidade toda a complexidade do campo jurídico, a questão da regulamentação da propriedade privada pode ser discutida nestes termos.

Quanto ao conflito de competências a disputa entre o direito público e o direito privado pela regulação do direito de propriedade foi demonstrada. Tal conflito se desenvolve com o surgimento das críticas do direito constitucional (SILVA, 2010) e urbanístico

(FERNANDES, 2006) a algumas noções que regem o direito de propriedade. Autores do direito civil ainda defendem visões liberais clássicas sobre o direito de propriedade e sua fundamentação baseada no direito natural (FARIAS; ROSENVALD, 2013) e sua regulamentação completa como objeto do Código Civil.

Outro aspecto destacado por Bourdieu é a posição das obras jurídicas que limitariam o universo das soluções possíveis. Tal ponto reflete nas decisões do Poder Judiciário acerca dos conflitos envolvendo a propriedade privada. Tais decisões ainda estão embasadas em obras do direito privado e mesmo que a noção de função social da propriedade esteja constitucionalmente protegida, limitar o uso e gozo da propriedade ainda é uma questão de difícil aceitação nos tribunais.

O veredicto do juiz, que resolve os conflitos ou as negociações a respeito de coisas ou de pessoas ao proclamar publicamente o que elas são na verdade, em última instância, pertence à classe dos atos de nomeação ou de instituição, diferindo assim do insulto lançado por um simples particular que, enquanto discurso privado - *idios logos* -, que só compromete o seu autor, não tem qualquer eficácia simbólica; ele representa a forma por excelência da palavra autorizada, palavra pública, oficial, enunciada em nome de todos e perante todos: estes enunciados performativos, enquanto juízos de atribuição formulados publicamente por agentes que atuam como mandatários autorizados de uma coletividade e constituídos assim em modelos de todos os atos de categorização [...], são atos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão, que eles impõem. (BOURDIEU, 2012, p. 236/237)

Para Bourdieu o direito por meio das decisões dos magistrados tem o poder de dirimir conflitos e determinar o que deve ser feito. Tal decisão está resguardada pelo Estado que pode determinar de forma coercitiva seu cumprimento. Desse modo, o que o juiz faz é definir, nomear, o que deve acontecer. Esse poder de nomear não parte unicamente do juiz, que está influenciado pelo campo jurídico e pela doutrina, por exemplo.

Mas, a lógica da nomeação oficial nunca se vê tão bem como no caso do título – nobiliário, escolar, profissional –, capital simbólico, social e até mesmo juridicamente, garantido. O nobre não é somente aquele que é conhecido, célebre, e mesmo conhecido como bem, prestigioso, em resumo *nobilis*. Ele é também aquele que é reconhecido por uma instância *oficial*, “universal”, quer dizer, conhecido e reconhecido por todos”. (BOURDIEU, 2012, p. 148)

As decisões judiciais devem ser fundamentadas e respeitar o ordenamento jurídico principalmente o texto constitucional e a legislação ordinária. Mesmo assim a legitimidade da

decisão do juiz, aquele que pode dizer o direito, ultrapassa o mero cumprimento do que está expresso na lei. Ao dirimir o conflito o juiz diz como as coisas devem acontecer e ao lado do magistrado está o poder de coerção estatal. Trata-se da palavra oficial, pronunciada por quem tem o título de juiz. Alguém que possui uma série de qualidades e atributos confirmados pela sua aprovação em uma seleção com critérios muito rígidos. A figura do Juiz de Direito ilustra muito bem a noção do simbólico de Bourdieu.

A argumentação jurídica pode abarcar posicionamentos divergentes em que não será possível dizer que um está certo e o outro errado. No entanto, no caso concreto uma posição será justificada e aplicada. Esta posição que será imposta é influenciada pelo poder simbólico e por estas lutas no campo jurídico. Assim, as questões de dominação vão se refletir no âmbito do direito e por consequência no âmbito social.

Compreende-se que, numa sociedade diferenciada, o efeito da universalização é um dos mecanismos, e sem dúvida dos mais poderosos, por meio dos quais se exerce a dominação simbólica ou, se prefere, a imposição da legitimidade de uma ordem social. A norma jurídica, quando consagra em forma de um conjunto formalmente coerente regras oficiais e, por definição, sociais, "universais", os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante, tende a informar realmente as práticas do conjunto dos agentes, para além das diferenças de condição e de estilo de vida: o efeito de universalização, a que se poderia também chamar efeito de normalização, vem aumentar o efeito da autoridade social que a cultura legítima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica. (BOURDIEU, 2012, p. 246)

Assim, o direito pode ser visto inicialmente como instrumento de normalização. Ou seja, o direito tende a ser visto como aquele que institui e mantém as normas. Daí reside grande parte do seu poder simbólico externo aos outros campos. O “efeito mágico” que ele produz é o de estabilização.

Esse papel de dizer o que é “normal” tende a oficializar os comportamentos considerados comuns. Todavia, o direito também pode ter o papel de reconhecer direitos que ainda não são considerados “normais” pela sociedade. Essa situação pode ocorrer com comportamentos que inicialmente são protegidos pelo campo do direito e posteriormente começam a operar socialmente em outros campos. Bourdieu exemplifica essa possibilidade quando determinada conduta tida como tabu é oficializada:

Entre os efeitos propriamente simbólicos do direito, há que dar um lugar especial ao efeito de oficialização como reconhecimento público de normalidade que torna dizível, pensável, confessável, uma conduta até então considerada tabu (é o caso, por exemplo, das medidas que dizem respeito à homossexualidade). E também ao efeito

de imposição simbólica que a regra explicitamente publicada e as possibilidades que ela designa, pode exercer, ao abrir o espaço dos possíveis (ou, mais simplesmente, ao "dar ideias"). É assim que os camponeses mais agarrados ao morgadio, na longa resistência que opuseram ao Código Civil, adquiriram o conhecimento dos procedimentos, violentamente recusados, que a imaginação jurídica lhes oferecia. (BOURDIEU, 2012, p. 246)

Assim é possível analisar o campo do direito em um movimento dialético entre a estabilização e a transformação. Conforme exposto, a tendência é que o direito estabilize comportamentos, mas em determinados momentos ele será ativo e importante para movimentos de transformação. Neste aspecto a teoria de Bourdieu é útil para combater ideologias que percebem no direito apenas uma forma de dominação. O direito comporta este duplo aspecto, que também é objeto de disputa social.

Para Bourdieu as próprias “regras do jogo” dentro do campo jurídico permitem que o direito mantenha sua legitimidade devido à possibilidade de acompanhar as mudanças sociais e de ser um instrumento de transformação.

Vê-se que a tendência para universalizar o seu próprio estilo de vida, vivido e largamente reconhecido como exemplar, o qual é um dos efeitos do etnocentrismo dos dominantes, fundamentador da crença na universalidade do direito, está também na origem da ideologia que tende a fazer do direito um instrumento de transformação das relações sociais e de que as análises precedentes permitem compreender que ela encontre a aparência de um fundamento na realidade: não é em qualquer região do espaço social que emergem princípios práticos ou as reivindicações éticas submetidas pelos juristas à formalização e à generalização. (BOURDIEU, 2012, p. 247)

Bourdieu na sua abordagem sobre o campo jurídico demonstra uma tendência de continuidade pelo fato dos campos dominantes e consagrados do ramo jurídico também representarem interesses de campos dominantes na sociedade. Assim, ramos preocupados com questões sociais, como o direito social, enfrentariam problemas para conseguir um nível maior de importância e obter predominância simbólica. Esta tendência de manutenção não se confunde com imutabilidade ou determinismo. Tendências de vanguarda ou de mudança surgem e podem chegar a ser dominantes em determinados contextos. Isso ocorre na disputa entre os campos do direito público e do direito privado:

Não é por acaso que as tomadas de posição acerca da exegese e da jurisprudência, acerca da fidelidade à doutrina e acerca da adaptação necessária às realidades, parecem corresponder de maneira bastante estrita às posições ocupadas no campo, tendo, de um lado, atualmente, o direito privado e, especialmente, o direito civil, que a tradição neoliberal, apoiada na economia, vem reativar e, do outro lado, disciplinas

como o direito público ou o direito do trabalho, que se constituíram contra o direito civil, por meio do desenvolvimento das burocracias e do reforço dos movimentos de emancipação política, ou ainda o direito social, definido pelos seus defensores como a “ciência” que, ao apoiar-se na sociologia, permite adaptar o direito à evolução social. (BOUDIEU, 2012, p. 253)

Bourdieu ressalta a questão de que no campo jurídico apenas os iniciados, que tem acesso ao código, contribuem de maneira mais significativa para a codificação no direito (codificação no sentido sociológico, elaboração de normas) isso explica a tendência dos valores defendidos pelas classes que formam os juristas (professores, magistrados, advogados) ter seus interesses representados de forma significativa.

A luta simbólica entre o direito privado e o direito público no interior do campo jurídico pode ser exemplificada pela disputa sobre o direito de propriedade. Assim, o direito participa da luta simbólica interferindo em outros campos com seu poder de normalização e ao mesmo tempo enfrenta disputas internas pelo poder de nomear.

Pierre Bourdieu trata da importância que o “título” possui para a sociedade como fator de legitimação. O título concede poder e formas de dominação para classes dominantes. Exemplo disso são os títulos escolares, títulos de honra e títulos de propriedade. Neste contexto Bourdieu trata do papel do direito no seguinte aspecto:

O direito não faz senão consagrar simbolicamente, por um registro que eterniza e universaliza, o estado de relação de forças entre os grupos e as classes produzidas e garantidas praticamente pelo funcionamento desses mecanismos. Por exemplo, ele registra e legitima a distinção entre a função e a pessoa, entre poder e seu detentor, assim como a relação que se estabelece em um dado momento do tempo entre os títulos e cargos (em função do *bargaining power* dos vendedores e dos compradores de força de trabalho qualificada, isto é, escolarmente garantida) e que se materializa em uma distribuição determinada dos benefícios materiais e simbólicos atribuídos aos detentores (ou não detentores) de títulos. Assim, ele traz a contribuição de sua própria força, isto é, propriamente simbólica, à ação do conjunto dos mecanismos que permitem fazer a economia da reafirmação contínua das relações de força pelo uso declarado da força. (BOURDIEU, 2009, p. 223)

A noção de título destacada por Bourdieu ganha também um significado peculiar quando analisada sob a perspectiva da propriedade privada. O título consagra e eterniza a relação de força entre o proprietário e todas as demais pessoas. O direito de propriedade tido como absoluto e exclusivo é resguardado pelo título oficialmente reconhecido no cartório de imóveis. O título representa o exercício do poder simbólico e garante o uso da propriedade mesmo que separado de outros atributos como a posse. Conforme previamente exposto, a noção de propriedade foi concebida com uma relação estreita com a posse (LOCKE, 2005;

ROUSSEAU, 2004), no entanto, o papel legitimador do direito somado ao poder simbólico do título garante que o direito de uso exclusivo sobre um bem imóvel seja respeitado.

As contribuições do pensamento de Pierre Bourdieu para debater a questão da propriedade privada são inúmeras. A noção de poder simbólico e seu papel nas interações sociais possibilitam novas formas de abordar os conflitos sobre a propriedade. A necessidade de distinção entre as classes sociais para a imposição do poder simbólico está influenciada pela propriedade privada. O fato de ser proprietário ultrapassa a esfera econômica e precisa ser simbolicamente considerada. A propriedade da terra ou do imóvel ainda é sinônimo de distinção.

Além disso, entender as lutas simbólicas no interior do campo do direito permite discutir a relação entre o direito público e o direito privado por outro prisma. Ao invés de pensar em uma superação do privado pelo público é possível reconhecer que interesses distintos são representados e disputam espaço no campo jurídico. Tais interesses surgem em um espaço social definido e para que o direito permaneça como legitimador “por excelência” do poder simbólico ele precisa também se modificar e atender aos novos anseios que surgem

O efeito de legitimação da ordem estabelecida não incumbe somente, como se vê, aos mecanismos tradicionalmente considerados como pertencentes à ordem da ideologia, como o direito. O sistema de produção de bens culturais ou o sistema de produção dos produtores desempenham, além disso, isto é, pela própria lógica de seu funcionamento, funções ideológicas já que os mecanismos pelos quais contribuem para a reprodução da ordem social e para a permanência das relações de dominação permanecem ocultas. [...] Os efeitos ideológicos mais garantidos são aqueles que, para se exercer, não necessitam de palavras, mas do *laissez-faire* e do silêncio cúmplice. (BOURDIEU, 2009, p. 223/224)

A questão da propriedade privada urbana ilustra bem tal situação. A modificação do contexto social geral com a expansão das cidades que se tornaram o centro de concentração populacional e o local de realização da política criaram novas necessidades quanto a distribuição do espaço. O direito à cidade se tornou um objeto de disputa entre as classes. O direito de circular na cidade, de aproveitar os espaços públicos, de ter um lugar para trabalhar e de um lugar para morar se tornou uma reivindicação de mais classes. Tornou-se uma reivindicação porque alguns grupos permaneciam excluídos.

Neste contexto de transformação social, o direito mergulhado no paradoxo da mudança e da manutenção, se alterou em alguns aspectos para atender às novas reivindicações. Exemplo disso, é a garantia da função social da propriedade e a aprovação do

Estatuto das Cidade, em que fica patente a disputa entre os campos do direito público e do direito privado pelo poder de regulamentar a propriedade privada.

Ao mesmo tempo em que as mudanças poderiam abrir espaço para a quebra de tabus sobre a propriedade, a autoridade jurídica também está expressa pela doutrina e pelas decisões judiciais. A produção das decisões e a produção da doutrina são formadas por um corpo especializado de indivíduos com formação jurídica. Essas pessoas possuem interesses particulares e a pretensão da sua universalização. Desse modo, novamente no duplo papel do direito, a doutrina e as decisões judiciais podem ser responsáveis por uma mudança nas concepções dominantes sobre a propriedade privada ou na manutenção de concepções consideradas insuficientes contemporaneamente.

Esta pesquisa optou por abordar a questão doutrinária, a análise jurisprudencial é um caminho que pode ser traçado por outros pesquisadores ou em uma continuidade do presente estudo.

O levantamento da doutrina realizado demonstrou no campo do direito privado a prevalência ainda de uma concepção próxima da clássica do direito de propriedade, se alguns autores notaram a influência do direito público, a maioria tratou dela como uma influência negativa que poderia retirar a competência do direito civil de regulamentar a propriedade. O direito privado não conseguiu acompanhar as alterações no direito de propriedade se prendendo a uma noção de propriedade como mercadoria.

Já o direito público, principalmente o direito urbanístico, esteve atento às novas necessidades surgidas e a importância do papel da propriedade privada para as modificações necessária para uma convivência social viável no contexto do urbano. No entanto, a proposta de solução para os conflitos com a propriedade privada, qual seja, sua conceituação e regulamentação pelo direito público possui uma visão aniquiladora da esfera privada quando da regulação da propriedade.

Na disputa interna entre o direito público e o direito privado, a regulamentação do direito de propriedade é um objeto de disputa, cuja discussão de justificação encontra-se nos debates sobre sua função social. No entanto, as duas concepções não alteram a forma de ver a propriedade, ou o seu conceito, sua substância. Fala-se nas limitações ao direito de propriedade, que ainda permanece intocado, como ressaltou COSTA (1984).

2.4 A disputa pela definição do direito de propriedade

2.4.1 Os Urbanistas

Parte dos autores do direito urbanístico consideram que as relações da propriedade sofreram alterações que impedem que o regime da propriedade continue regulado pelo direito civil. A posição de José Afonso da Silva ao criticar a perspectiva que concebe o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao direito civil é a seguinte:

Essa é, porém, uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas à relação de propriedade, sujeita, hoje, à estreita disciplina de direito público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Pois, em verdade, o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que ela atenda à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). A própria Constituição dá consequência a isso quanto autoriza a desapropriação, com pagamento mediante títulos da dívida pública, de propriedade que não cumpra sua função social (arts. 182, § 4º, e 184). *Significa isso que o direito civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente regula as relações civis a ela pertinentes.* Assim, só valem no âmbito das relações civis as disposições do Código Civil que estabelecem as faculdades de usar, gozar e dispor de bens (art. 1.228), a plenitude da propriedade (art. 1.231), o caráter exclusivo e ilimitado da propriedade (art. 1.231) etc. (SILVA, 2010, p. 71, grifamos)

Silva afirma que o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição e por isso deve ser disciplinado pelo direito público. O autor defende ainda que o direito público tem sua sede principal na Constituição, e por isso, deve regulamentar a propriedade. No entanto, partindo da noção de ordenamento jurídico e da hierarquia das normas, o Estado Democrático de Direito tem na Constituição a norma que deve nortear todo o ordenamento, ou seja, tanto o direito público como o privado. Assim, todas as normas necessitam seguir os ditames da Constituição, tanto que as normas anteriores à promulgação das novas Constituições podem ou não ser recepcionadas. Assim, o argumento de que o direito público tem sua sede fundamental na Constituição por si só não se mostra suficiente para se pensar uma regulação da propriedade pelo direito público como algo quase óbvio.

Além disso, o argumento de que a Constituição fundamenta o direito de propriedade soa como alguma novidade. No entanto, desde a Constituição do Império de 1824 o direito à propriedade é garantido e sua função social está presente desde a Constituição de 1934, sem gerar alterações no plano fático. Assim, o fato da Constituição consagrar o direito de propriedade por si só não garante que a disciplina do instituto se dará de uma maneira que

atenda aos interesses sociais dos cidadãos. É preciso ressaltar que o papel da Constituição no ordenamento jurídico sofreu importantes alterações e incremento de importância contemporaneamente.

Silva critica o que chama genericamente de “atmosfera civilista”, o que aparentemente remete para um posicionamento conservador e individualista que trataria da propriedade como mercadoria em um viés predominantemente econômico. Assim, o autor é enfático ao dizer que o direito civil não disciplina a propriedade, mas apenas as relações civis a ela pertinentes. O pensamento de Orlando Gomes contradiz esta afirmação.

O posicionamento acerca da regulação do direito de propriedade e sua relação com o direito civil é seguido por Fernandes ao afirmar que a definição da propriedade e da sua utilização econômica é uma função pública. Além disso, o urbanista defende que é preciso “arrancar” a regulamentação do direito de propriedade do Código Civil:

Quanto a essa questão do direito de propriedade, o jurista brasileiro deve fazer um esforço de “arrancar” o tratamento de (sic) direito de propriedade do Código Civil, do Direito Civil, e inserir a discussão sobre direito de propriedade no Direito Público, no Direito Urbanístico. Que o Código Civil regule as relações civis a respeito da propriedade: a definição da propriedade e das possibilidades econômicas de aproveitamento da propriedade é uma definição da ordem pública. É fundamental “arrancar” o direito de propriedade daquele contexto dos direitos individuais, no qual historicamente sempre se abrigou, para interpretá-lo à luz dos direitos coletivos reconhecidos. (FERNANDES, 2006a, p.13)

Assim, para alcançar a regulação mais justa da propriedade seria preciso afastar o contexto dos direitos individuais que abrigaram o instituto. Segundo Fernandes a perspectiva individualista dos direitos privados gera os principais entraves para o desenvolvimento do direito urbanístico.

Ressalta-se que crítica de Edésio não reduz a regulação da propriedade como uma regulação unicamente estatal, a regulação pública pressupõe também a participação da sociedade:

O Direito Urbanístico tem um objeto claramente definido e da maior importância, qual seja, promover o controle jurídico dos processos de desenvolvimento, uso, ocupação, parcelamento e gestão do solo urbano. Os princípios do Direito Urbanístico também são claramente definidos, seja na ordem constitucional, na ordem legal e infraconstitucional. O primeiro deles é o princípio do urbanismo como função pública e não apenas como função estatal. O segundo é o da supremacia do Direito Público sobre o Direito Privado na interpretação das regras do Estatuto das Cidades e demais leis urbanísticas. O terceiro é o caráter normativo das regras urbanísticas e a conformidade do direito da propriedade às regras urbanísticas. (FERNANDES, 2006a, p.12)

É preciso ressaltar que parte da doutrina fala em supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o que não se confunde com a preeminência do direito público sobre o direito privado.

Cabe notar que Fernandes indica que o Direito Civil deve regulamentar as “relações civis a respeito da propriedade”, no entanto, tais relações não são descritas de maneira detalhada. Inclusive a conceituação da propriedade deve ser afastada do direito civil. Além disso, para interpretar o direito de propriedade à luz dos direitos coletivos reconhecidos é preciso afastá-lo das concepções de direito individual.

Uma das críticas fundamentais ao direito de propriedade é sua estrita vinculação apenas ao aspecto econômico. Transferir esta regulação do aspecto da propriedade apenas para o Direito Público conseguiria realizar uma alteração real no instituto da propriedade? E, além disso, seria possível afastar o aproveitamento econômico da propriedade da esfera privada?

Edésio critica também a função social da propriedade quando tratada apenas como uma série de limitações administrativas:

Nesse contexto da função social da propriedade, da mesma forma que os princípios civilistas têm que ser superados, não se pode mais reduzir a noção de função socioambiental da propriedade meramente à ideia de limitações administrativas externas ao exercício do direito, o que é muito do gosto dos administrativistas. Trata-se de recuperar a lição de José Afonso da Silva, que há quase 30 anos insiste no princípio da função social da propriedade como princípio interno e constitutivo do direito e que define – e não como mera “parede externa” colocada ao exercício de um direito predeterminado. (FERNANDES, 2006a, p.15)

Neste trecho cabe notar que a questão da função social da propriedade é criticada se encarada apenas como limitações administrativas à propriedade, no entanto, a noção de função social esta sempre separada dos “princípios civilistas”, como se o direito civil fosse incapaz de tratar dos direitos dos indivíduos a partir de uma concepção que respeitasse o direito dos outros. A atribuição negativa da relação entre civilismo e individualismo dificulta o diálogo entre os ramos do direito e a resolução mais efetiva dos conflitos dela decorrentes. Ao que parece não se busca uma relação diferente com a propriedade a partir de uma nova concepção do instituto, mas sim o regramento pelo direito público para evitar a cupidez humana.

Resta pensar o papel que o próprio direito civil tem na criação do imaginário simbólico sobre a propriedade privada. Além disso, é preciso ressaltar que a regulação da propriedade pelo Direito Público por si só não basta para que se tenha garantido um melhor

uso da propriedade. O principal problema apontado é a visão estritamente econômica dada à propriedade. Tal visão econômica pode permanecer na regulamentação realizada pelo Direito Público. Alterar a concepção da propriedade privada, no que tange à questão jurídica, ultrapassa a tese de arrancar o direito de propriedade do direito civil. Exemplo disso é a Lei de Terras de 1850 apontada como fonte de diversos problemas relativos à propriedade como concentração fundiária e exclusão das porções mais pobres da população da possibilidade de acesso à propriedade. Tal legislação na sua concepção não pode ser encarada como civilista. A menos que se intente denominar como “civilista” toda construção conservadora e economicista do direito.

Nesse aspecto, ressalta-se que tanto no Direito Público quanto no Direito Privado a elaboração de normas tende a inclinar-se às necessidades de classes dominantes, mesmo que essa dominação ultrapasse a esfera econômica, esta não deve ser desconsiderada. Portanto, mesmo a regulamentação no direito público envolve interesses econômicos e sofre grande pressão.

De fato, talvez o maior problema do Direito Urbanístico no Brasil hoje seja a redução de seus princípios, isto é, a redução do seu potencial por conta de uma leitura civilista de normas de Direito Público, uma leitura individualista de direitos coletivos. Ou seja, o problema não é a falta de lei, mas a falta de leitura adequada desses princípios e objetivos, que têm que ser lidos a partir de sua lógica própria, do regime jurídico novo que o princípio da função socioambiental da propriedade instaurou. (FERNANDES, 2006, p.13)

Edésio propõe a tese de que o principal problema do Direito Urbanístico não é a falta de regulação legislativa, mas sim uma leitura inadequada para sua aplicação, acrescenta-se tanto na esfera administrativa quanto judiciária. A proposta de solução é uma leitura que atenda à função social da propriedade, guiada por um regime jurídico de direito público. O autor afirma que uma leitura civilista das normas de Direito Público reduz seu potencial de aplicação e de possibilidade de gerar mudanças sociais realmente efetivas.

Ao afirmar que existe uma leitura civilista de normas de Direito Público Edésio aponta um problema na ideia de solucionar as controvérsias da propriedade apenas “arrancando” sua regulação do direito civil. Todavia, Wolkmer (2012) expõe de maneira clara que o direito público, analisando as constituições brasileiras, esteve voltado para o atendimento do interesse das classes dominantes, promovendo também a desigualdade social.

2.4.2 Os civilistas

As críticas realizadas aos autores do direito civil quanto à forma conservadora com que tratam o direito de propriedade são pertinentes. A pesquisa de COSTA foi realizada antes da promulgação da Constituição de 1988, no entanto, a posição da doutrina civilista atual se apresenta em alguns momentos mais conservadora e pouco atenta a novos debates acerca da questão da propriedade.

O direito de propriedade é visto como um direito natural e as justificativas acerca dessa característica não é sequer debatida ou aprofundada. Toma-se como um fato óbvio que a propriedade faz parte da natureza humana:

Neste caldo cultural tão diversificado, não escapa que a história da propriedade é a história da liberdade. A antropologia não tem conhecimento de sociedades que ignoram o direito de propriedade. Não se trata, pois, de uma instituição legal ou convencional, mas natural. É inerente a qualquer ser humano o anseio pela segurança propiciada pela aquisição de bens". (ROSEVALD, FARIAS, 2013, p. 257)

O esfacelamento do mundo comunista, com o desaparecimento da União Soviética, retratou o fracasso da experiência do capitalismo do Estado, que buscava a negação da propriedade privada. Contrariava a própria natureza do ser humano; sua vontade inata de ter algo para si. (VENOSA, 2011, p. 168)

Outra crítica realizada de maneira simplista é a que se refere às doutrinas de esquerda e a sua crítica à propriedade privada. Parte da atual doutrina brasileira não se dispôs a fazer um estudo ou uma mínima revisão bibliográfica do pensamento que mais criticou o principal instituto dos direitos reais e a base do modo de produção capitalista. As críticas simplesmente denominam toda ideia de extinção da propriedade privada de marxismo e rejeitam o diálogo com esta teoria demonstrando apenas que com o fim da Guerra Fria as ideias socialistas perderam sua influência e valor crítico.

O pensamento liberal clássico conforme afirma Fernandes ainda esta presente na doutrina que trata do direito de propriedade. O individualismo é tratado de maneira acrítica e o modelo do mérito individual e a crença na regulação livre do mercado são tratados de forma quase ingênua:

De fato, as nações que prezam a propriedade apresentam crescimento econômico e índices positivos de inclusão social. Em qualquer sociedade que incentive o valor individual e o empreendedorismo haverá expansão do mercado e criação de

riquezas. O mesmo não se diga de países cujos marcos institucionais são duvidosos, sobremaneira quando o Estado traz para si a função de distribuir renda. Em substituição ao *slogan* da abolição da propriedade, há de se difundir a propriedade, pois isto implica difundir a liberdade. (ROSENVALD, FARIAS, 2013, p. 282)

Esta é a visão presente nos atuais manuais de direito civil ao tratarem do tema da propriedade privada. A formação dos novos juristas será condicionada por este tipo de pensamento.

A luta simbólica (BOURDIEU, 2012) pela regulamentação da propriedade pode ser percebida também pelo lado dos civilistas. O fato de citar o Estatuto da Cidade em um manual de direito civil, o que deveria ser óbvio, representa um pequeno avanço pelo reconhecimento da interferência de outros campos na regulação do direito de propriedade. Todavia, a disputa pelo poder de nomear a propriedade esta explícito, Venosa chega a afirmar que o Estatuto da Cidade é mais um “microssistema” jurídico que se relacionará com o Código Civil:

A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que se autorrotulou Estatuto da Cidade, tem por finalidade regulamentar esses artigos constitucionais [arts. 182 e 183], estabelecendo diretrizes gerais de política urbana. Essa lei acabou sendo atropelada pelo Código Civil deste século, pois trata de matérias semelhantes no campo da propriedade. Mais uma vez estamos diante de um microssistema jurídico que se interpenetrará com o Código Civil. O legislador poderia ter evitado os conflitos interpretativos, mas, ao que parece, o que denominamos mixórdia ou barafunda legislativa é uma constante nas últimas décadas na legislação brasileira, quando deveria ser uma preocupação dos legisladores e mormente daqueles que os assessoram. (VENOSA, 2011, p. 174)

O que para Venosa é visto como “mixórdia” ou “barafunda” legislativa, nesta dissertação é identificado como a luta simbólica de dizer o direito. E o autor já se insere nesta disputa ao afirmar que o Código Civil “atropelou” o Estatuto da Cidade por regularem matérias semelhantes no campo da propriedade.

Nota-se claramente que não se desenvolve uma maneira de pensar conjuntamente o direito de propriedade com base em um diálogo entre o direito público e privado. Conforme explícito por Habermas (2003) os direitos individuais e direito públicos são vistos de forma contraditória. A relação de oposição entre o público e o privado imobilizam a possibilidade de desenvolvimento do conceito de propriedade.

Interessante notar que se os autores mais atuais que tratam do direito civil pouco se referem à sua relação com o direito público, autores considerados conservadores como Orlando Gomes estavam mais atentos a tais situações:

Das limitações legais ao direito de propriedade, salientam-se, pela crescente importância, as que se inspiram no critério da predominância do interesse público. Nada tem de novo, apenas são mais numerosas, mas sempre existiram. Até os Códigos que definiram a propriedade em termos absolutos não se esqueceram de ressaltar que o poder de dispor das coisas devia sujeitar-se às restrições legais. No direito moderno, o primado do interesse público ganhou ênfase, influenciando no próprio conceito de propriedade. As limitações fundadas nessa supremacia multiplicam-se dia a dia, alargando-se o conceito de interesse público a ponto de confundi-lo com o interesse coletivo no mais amplo sentido da locução. (GOMES, 1983, p. 109)²

Mesmo que em geral o autor permaneça apresentando as características individualistas da propriedade e veja essa ampliação do conceito de interesse público como algo perigoso o fato de estar aberto ao diálogo demonstra uma possibilidade de avanço. É preciso destacar que permanece a dicotomia entre o público e o privado com as afirmações de que as “restrições legais” interferem no direito de propriedade. O direito de propriedade é regulado pela norma legal, desse modo, tanto a sua garantia como as restrições são legais. Por fim, o autor chega a afirmar que “tantas e tais tem sido as restrições ao direito de propriedade, no seu conteúdo e no seu exercício, que está abalada sua própria condição tradicional de direito privado.” (GOMES, 1985, p. 110)

Orlando Gomes chega a interessante conclusão de que mesmo antes da Constituição Federal de 1988 e muito antes do Estatuto da Cidade a condição do direito de propriedade como instituto do direito privado já estava “abalada”. No entanto, a questão ainda está reduzida a restrições administrativas ao direito de propriedade e não se pensa em uma nova formulação do instituto. Nem mesmo a noção de função social da propriedade nos moldes que a conhecemos hoje estava bem delimitada à época, apesar de já constar dos textos constitucionais e na doutrina internacional.

² Foram utilizadas edições mais antigas das obras para se evitar versões atualizadas por terceiros.

2.5 As raízes históricas da disputa

Orlando Gomes na obra *“Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro”* busca relacionar a elaboração do Código Civil de 1916 com o contexto social da época. O texto foi elaborado no final da década de 1950 e apesar de apresentar uma concepção histórica tradicional (LE GOFF, 1990), fundamentada em grandes fatos e grandes personagens, não deixa de ser uma abordagem interessante sobre diversos pontos que foram importantes para os institutos que constituíram o Código Civil de 1916.

Nesta pesquisa busca-se destacar a questão da diferença entre interesses de classes que estavam envolvidos na elaboração do Código Civil. Orlando Gomes, mesmo sem fazer isso de forma direta, descreve três classes sociais nesse processo que se intensifica no final do século XIX. Para utilizar os termos do autor ele divide a sociedade nos seguintes grupos: a “aristocracia de anel”, a aristocracia rural detentora de poder político, a classe média e a “massa inculta”.

O interesse pelo resgate histórico baseado no conflito de classes esta relacionado com o conflito de classes redefinido por Bourdieu. Conforme exposto, a relação com o poder simbólico é complexa relacionando tanto o embate de interesses das classes sociais e o papel do direito como legitimador de tais interesses.

Orlando Gomes esclarece que a elaboração do Código Civil ficou a cargo de juristas que faziam parte da classe média brasileira. Tal classe ainda era incipiente, haja vista que não havia o desenvolvimento de uma burguesia brasileira, o comércio estava limitado à grande exportação de produtos agrícolas, desse modo o poder econômico estava concentrado em uma aristocracia agrária. A concentração do poder econômico refletia em influência e poder político. Esta é a conversão do capital econômico em poder simbólico. Não que essa relação seja necessária e direta, no entanto, no contexto brasileiro isso aconteceu de forma mais intensa inclusive devido à organização de um país predominantemente agrário. Esta aristocracia rural estava arraigada a uma concepção patrimonialista, patriarcal e conservadora de sociedade. A negociação política se dava por uma troca de favores. A relação entre o público e o privado era confusa. Neste contexto os interesses desta aristocracia agrária possuíam grande importância na luta simbólica de se dizer qual sociedade seria a melhor, e por consequência dizer como seria o direito.

O quadro econômico e social em que se processa a obra dos codificadores, de 1899 a 1916, deve ser traçado, em suas linhas gerais, para a melhor compreensão do sentido da codificação, melhor aferição do seu valor, e melhor fixação de suas coordenadas.

A esse tempo não se iniciara o processo de transformação da economia brasileira, que a guerra mundial de 14 viria desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional não ensaiara os primeiros passos. Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes, aqueles produzindo para o mercado internacional e estes importando para o comércio interno. Esses interesses eram coincidentes. Não havia, em consequência, descontentamentos que suscitassem grandes agitações sociais.

A preservação e a defesa desses interesses estavam confiadas a uma classe média escassa, cujo marginalismo econômico se compensava no exercício dos cargos burocráticos, dos quais se assenhoreara em consequência da urbanização prematura de alguns pontos do país. (GOMES, 2006, p.25)

Segundo Gomes a classe média estava concentrada nos centros urbanos de grandes cidades que sofreram uma forte expansão e se diferenciavam do contexto da maior parte do Brasil. Esta pequena classe média via de regra atuava no serviço público. Não havia no país uma burguesia industrial consolidada. Para Gomes os juristas responsáveis pela elaboração do Código Civil e pelos debates relativos à sua produção faziam parte da pequena classe média.

Desse modo, essa classe média detentora de capital cultural, vislumbrava um Brasil que pudesse alcançar o progresso. A noção de progresso e desenvolvimento estava vinculada ao modelo europeu de organização social. Para viabilizar essa passagem de um país arcaico para um país “moderno” a implantação de um modelo liberal era vista como a melhor alternativa. Assim, o Código Civil era visto como uma forma de realizar a transição de uma estrutura patrimonialista para uma estrutura liberal.

No entanto, conforme exposto o poder econômico e político estava concentrado em uma classe que possuía alguns interesses divergentes. Essa vertente conservadora, segundo Grinberg (2002) retardou a possibilidade de elaboração do Código Civil e para Gomes (2006) condicionou diversos institutos do Código Civil que poderiam ter avançado mais em determinados pontos.

No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia deanel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se liberta da estreiteza do arcabouço econômico [...]. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara

costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. (GOMES, 2006, p. 22)

Orlando Gomes ressalta que o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta permaneceu inalterado na época de elaboração do Código Civil. Por não existir um processo de industrialização no país a esta época o autor aponta que os pobres no Brasil, o eram por inércia, e que não havia a formação de um proletariado como em outras partes do mundo. O que havia era uma massa de imigrantes e brasileiros pobres:

Ao tempo em que Clóvis Beviláqua apresentou o Projeto do Código Civil brasileiro, éramos, na precisa observação de Sílvio Romero, uma nação embrionária, cuja indústria mais importante consistia em uma lavoura rudimentar, extensiva, servida ontem por dois milhões de escravos e, àquele tempo, abolida a escravatura, isto é, na última década do século XIX, por trabalhadores nacionais e algumas dezenas de milhares de colonos de procedência européia; a população em geral era pobre, na sua maioria, mas eram os pobres da inércia e não os proletários no sentido socialista, porque não eram operários rurais ou fabris. (GOMES, 2006, p. 24)

Esta pesquisa não visa desconsiderar a participação popular na construção do Brasil de todos os grupos sociais. E conforme exposto a visão histórica de Orlando Gomes é aqui utilizada para se compreender os interesses que se conformaram para a elaboração do Código Civil e seus reflexos na regulamentação do instituto da propriedade privada na visão deste civilista.

Pensar na disputa social e na luta simbólica de classes na elaboração do Código Civil de 1916 é importante para demonstrar a tensão na construção do direito privado. A disputa entre o capital econômico representado pela aristocracia agrária e o capital cultural representado pela elite letrada é demonstrada por Gomes (2006) e Grinberg (2002). A regulação do direito de propriedade é reflexo desta disputa, assim, dizer simplesmente que o direito de propriedade representava os interesses de uma classe dominante pode não ser o mais adequado. No entanto, com base nos autores citados nota-se que a população mais pobre não participou da codificação. Esta também é a conclusão a que chega Roberto (2008):

Em resumo, poderíamos dizer que o Código Civil de 1916 merece elogios por seu respeito ao pensamento jurídico nacional e por sua linguagem quase impecável. Mas não se pode negar que teve seus preceitos redigidos com excesso de abstração, que foi conservador em suas escolhas, que não se ocupou de questões sociais. (ROBERTO, 2008, p. 62)

Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranquilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade. (GOMES, 2006, p. 22)

Gomes demonstra ainda que o Código Civil de 1916 representava os interesses de uma classe dirigente com inspiração européia que não levou em consideração as necessidades de parte da população que se manteve em um estado de escravidão:

O Código Civil brasileiro teve, assim, um cunho teórico. Observa René Davi que os primeiros Códigos da América Latina, promulgados no décimo nono século, refletiam o ideal de justiça de uma classe dirigente, européia por sua origem e formação, constituindo um Direito que pouco levava em conta as condições de vida, os sentimentos ou as necessidades das outras partes da população, mantidas em um estado de completa ou meia escravidão. (GOMES, 2006, p. 22)

Orlando Gomes mesmo sem utilizar uma terminologia rigorosa para descrever o contexto da época permite que se extraiam algumas ideias muito importantes para a presente pesquisa. Gomes afirma que o Código Civil é “obra de homens da classe média” que acreditavam que estariam guiando o Brasil para o desenvolvimento e progresso. Naquele contexto defender esse progresso estaria vinculado a estabelecer um regime capitalista de produção.

Destacar que o Código Civil ficou a cargo da classe média quebra um pouco do paradigma de que os interesses da aristocracia rural eram representados diretamente pelos grandes latifundiários que impuseram sua vontade por serem detentores do capital econômico. Conforme bem expressa Bourdieu o poder simbólico é exercido por procuradores em determinadas situações. Assim, a aristocracia rural teve seus interesses assegurados com a participação da classe média.

Para a organização social do país, a racionalização dos interesses dos fazendeiros e comerciantes se processou por intermédio dessa classe, que os matizou com os pigmentos de seus preconceitos. Ajustada, então, material e espiritualmente, à situação econômico-social do país, pelo apoio que recebia da burguesia rural e mercantil, transfundiu na ordem jurídica a seiva de sua ilustração, organizando uma legislação inspirada no Direito estrangeiro, que, embora estivesse, por vezes, acima da realidade nacional, correspondia, em verdade, aos interesses cuja guarda e desenvolvimento se devotava. (GOMES, 2006, p.25)

A elaboração do Código é marcada então, segundo Gomes, por uma tensão entre os interesses da classe média que intentava caracterizá-lo com conteúdo liberal e progressista. Todavia, tais interesses colidiam com os interesses dos fazendeiros que não toleravam “certas ousadias”. Dentro mesmo da classe dominante existiam conflitos entre os fazendeiros e a burguesia mercantil:

O Código Civil é obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito Privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.

Mas esse propósito encontrava obstáculos na estrutura agrária do país e não recebia estímulos de uma organização industrial a que se somasse o ímpeto libertário da burguesia mercantil.

A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante. (GOMES, 2006, p. 30-31)

A intenção aqui não é demonstrar em que medida se deu o conflito interno na classe dominante ou em que pontos eram contraditórios o interesse da classe média com a classe dominante. O que nos interessa é demonstrar a existência dessa complexa luta simbólica entre as classes sociais àquela época. E ainda, repensar uma visão que defende o Código Civil de 1916 como um acordo da classe dominante que simplesmente impôs sua vontade por meio de uma legislação com a ajuda do Estado.

Assim, o exame da atividade dos legisladores durante o período de elaboração do Código Civil revela que, a despeito de manifestações entusiásticas do movimento de renovação do Direito, iniciado no fim do século passado, a submissão aos princípios vigentes durante a fase de apogeu do liberalismo foi atitude firmemente mantida pelos codificadores. (GOMES, 2006, p.34)

Orlando Gomes, também aborda a questão do espírito de combate ao socialismo presente quando da elaboração do Código Civil de 1916. O comunismo e o socialismo eram debatidos na Europa de forma profunda, o Código é aprovado às vésperas da Revolução Russa de 1917. No entanto, a noção simplista de socialismo e a ideia supressão do indivíduo em prol da coletividade foram suficientes para justificar uma posição contrária às inovações de cunho social:

O autor do Projeto de Código Civil faz, por fim, profissão de fé anti-socialista, ao afirmar que, se cumpre evitar do individualismo o que ele contém de exageradamente egoísta e desorganizador, não é perigo menor resvalar no socialismo absorvente e aniquilador dos estímulos individuais. (GOMES, 2006, p. 36)

Beviláqua assumia, de modo nítido e firme, uma posição categórica contra as inovações de fundo social que se infiltravam, desde então, na legislação dos povos mais adiantados. Estava convencido de que as “novas formações” não possuíam substantividade, não se devendo lhes injetar seiva, para que se não processasse uma intervenção funesta na economia da vida social. Conhecia, portanto, o movimento incipiente de revisão do Direito privado, mas as condições sociais do país, o seu atraso econômico e a distribuição de sua riqueza não ensejavam a sua assimilação. Por mais esclarecido que fosse o seu pensamento de professor de legislação comparada, não seria possível superar as limitações do meio, até porque, se o fizesse, se colocaria numa posição falsa e perigosa. (GOMES, 2006, p. 37)

Orlando Gomes caracteriza o Código Civil como um texto que possuía um descompasso entre o direito escrito e a realidade social. Mesmo assim, o Código teria avançado em diversos pontos e contribuído para o desenvolvimento da sociedade brasileira principalmente no pós-guerra e no período de industrialização e modernização no país. Tal influência do Código Civil é analisada sob o enfoque de uma tensão permanente, pois também foi responsável por oferecer resistência devido a influência moderadora da tradição.

Verifica-se, em suma, na evolução legislativa do Direito privado brasileiro, aquele descompasso entre o Direito escrito e a realidade social [...]. O Código Civil colocou-se em conjunto, acima da realidade brasileira, incorporando ideias e aspirações da camada mais ilustrada da população. Distanciando-se dessa realidade, o seu papel seria, em pouco tempo, de grande significação na evolução cultural do país. Primeiramente, porque exerceu notável função educativa. O idealismo da elite tem sido, entre nós, como foi na elaboração do Código Civil, de irrecusável utilidade para o próprio desenvolvimento do país. Transplantando para um país subdesenvolvido, que vivia exclusivamente na dependência da exportação da produção agrícola, instituições e doutrinas oriundas de povos mais desenvolvidos, os elaboradores do Código Civil concorreram para o aperfeiçoamento do nosso Direito privado, sem sacrificar a tradição pela novidade e sem cair no servilismo de outras codificações.

Essa influência do Direito escrito que se antecipa à realidade só se exerce, porém, quando a lei se coloca na perspectiva do desenvolvimento social, apresentando-se como uma aproximação da realidade futura. O Código Civil terá sido um passo avançado na evolução da sociedade brasileira, cujo desenvolvimento vertiginoso, depois da primeira guerra mundial, permitiu logo o alcançasse. Surge, com efeito, em inúmeros passos, como uma obra progressista dos nossos legisladores. Alguns anos depois de ter entrado em vigor, as condições objetivas do meio brasileiro, transformadas por força do rápido crescimento do país, criariam o clima propício à sua frutificação. O pensamento que o inspirou condicionou-se necessariamente ao sistema social em cujas entranhas foi concebido, mas, por vezes, o superou, embora, de quando em quando, lhe oferecesse resistência sob o influxo moderador da tradição. (GOMES, 2006, p. 45-46)

Para Keila Grinberg a maior dificuldade na elaboração do Código Civil de 1916 foi a necessidade da construção prévia da noção de cidadão. Isso era complexo em uma sociedade escravocrata. Nesse sentido o Código Civil teve que aguardar a resolução de vários conflitos para se tornar viável.

Neste sentido, foi difícil para os juristas do Império e do início da República brasileira formular com clareza essa definição, decidindo quem era e quem não era cidadão. Ainda mais porque essa decisão não era exclusiva deles, apesar de alguns estarem convencidos do contrário: desde a Independência, havia pressões de diversos grupos sociais pelo exercício dos direitos de cidadania, e isso tornou problemática a elaboração do Código Civil. Não só isso: às vésperas do início do século XXI, com outro Código Civil já contando 25 anos de debate, parece que a questão ainda permanece, em parte, indefinida. (GRINBERG, 2002, p. 11)

Os juristas que elaboravam o Código Civil brasileiro segundo Grinberg se sentiam responsáveis por levar o Brasil para a modernidade, deixando para trás uma sociedade atrasada. As ideias liberais naquele momento estavam relacionadas com o progresso e com a quebra de modelos como o colonial, o religioso e o escravocrata.

Assim, mesmo sabendo que, no fundo, a promulgação do Código Civil não tinha a capacidade de resolver todos os problemas sociais de uma vez só, também achavam [os juristas da época] que sem ele, a sociedade ficaria atrasada, deixada à influência dos costumes. E nada pior, naquela época, para esses juristas que se acreditavam “os eleitos da nação”. Os costumes significavam tradição, a tradição pertencia ao passado, e passado era, no Brasil, sinônimo de colonialismo, catolicismo e escravidão. O progresso, ao contrário, seria alcançado pela implementação de medidas liberais, das quais a codificação era uma das mais importantes. (GRINBERG, 2002, p. 33)

Quebrar com todas essas concepções seria uma tarefa mais difícil do que os juristas imaginavam. Talvez porque eles não levaram em consideração que a sociedade brasileira ainda era marcada pelos costumes escravistas, patriarcais e católicos.

O código de leis abstratas, gerais e modernas com que sonhava Beviláqua e com que, de certa forma, havia sonhado Teixeira de Freitas esbarrava em um problema simples de entender e complicado de resolver: a sociedade brasileira não era como eles queriam que fosse, e nunca seria. Mas o código com o qual sonhavam esses juristas também esbarrava em outro problema, o qual eles não aceitavam: o de que, mesmo que eles insistissem no contrário, o direito brasileiro era profundamente marcado pelos costumes escravistas, patriarcais e católicos que formavam a sociedade brasileira. (GRINBERG, 2002, p. 37)

Grinberg busca demonstrar a importância do Código Civil para o direito e para a sociedade brasileira como instrumento que garante a efetivação de direitos de cidadania para a população. Mesmo que um código não fosse necessário para a regulação das atividades econômicas ou sociais naquele momento no Brasil, ele assumiu esse papel. Importante ressaltar que vários debates sobre a possibilidade da existência de trabalho escravo, dos direitos da mulher referentes ao casamento, a sucessão foram tratados no interior do Código civil. Assim, era o Código Civil que congregava garantias que permitiram o fortalecimento da noção do cidadão e da cidadania. Esse debate no interior do direito privado não pode ser desconsiderado. O papel do Código Civil como elemento de emancipação e garantidor de direitos deve ser ressaltado.

Claro que interesses das classes dominantes tiveram que ser contemplados para a possibilidade de aprovação do código, afinal elas detinham o poder simbólico, que poderia ter conseguido mais avanços, mas mesmo com algumas restrições alcançou em algum nível a expansão de direitos civis que atualmente são garantidos no âmbito da Constituição de 1988. Desse modo, taxar o Código Civil de 1916 como um código que atendia a interesses da classe dominante por si só é ignorar a história e ignorar as tensões, avanços e retrocessos, que a constitui.

Neste sentido, foi o Código Civil, ao abolir os resquícios e as dúvidas decorrentes da existência legal do regime de trabalho escravo por três séculos, que consolidou juridicamente a ruptura instituída quase 30 anos antes. Com essa conclusão, podemos entender um pouco melhor as esperanças e as certezas dos codificadores brasileiros quanto à necessidade de elaboração do Código Civil. Embora saibamos, principalmente através dos exemplos da Inglaterra e dos Estados Unidos, que de forma alguma o Código Civil é imprescindível para o desenvolvimento econômico e nem para a organização do Estado, no caso brasileiro ele desempenhou um papel importante, principalmente para o reconhecimento jurídico de situações alcançadas tempos antes, conferindo efetivamente direitos de cidadania a uma população que, embora fosse definida como cidadã desde a Constituição de 1824, não tinha na prática, igual acesso a esses direitos. (GRINBERG, 2002, p. 69-70)

A questão é que, em todo projeto de código, sempre vão haver disposições novas sobre as quais será impossível legislar. Isso por uma razão simples: a sociedade não para de mudar, nem nunca vai parar, mesmo que uns e outros advoguem o contrário. Se a sociedade sempre muda, todo Código Civil, ainda que tenha todo seu conteúdo discutido em uma semana, nascerá, necessariamente, desatualizado. Não estaria na hora, então, de pensar outras formas de regulamentação da legislação civil? Como se sabe, a discussão, é longa: data do início do movimento de codificação, e certamente não terminará de imediato. (GRINBERG, 2002, p. 72-73)

Keila Grinberg reconhece o papel do Código Civil como peça fundamental para a definição dos direitos de cidadania e para a definição de quem será cidadão. As críticas acerca

da regulamentação da propriedade privada que resumem todos os problemas relativos a regulação deste instituto na “concepção civilista” de propriedade deixam de reconhecer esse papel do Código Civil.

Mas é importante que se atente para o fato de que, enquanto existirem códigos civis, eles são peças fundamentais para a definição dos direitos de cidadania. Foi assim desde 1855, quando se tratou dessas questões pela primeira vez no Brasil, e assim é até hoje, quando se finaliza a discussão sobre o novo Código Civil. Afinal, da mesma forma que mulheres e outros grupos não foram, no início do século XX, plenamente considerados cidadãos, já que não dispunham de todos os direitos previstos na legislação brasileira, hoje, na porta de entrada do século XXI, continuam existindo brasileiros que cumprem com as obrigações de todo cidadão, mas não gozam de direitos correspondentes. (GRINBERG, 2002, p. 73)

É certo que a Constituição ocupa um lugar no ordenamento jurídico que faz com que as demais normas devam respeitar seus princípios e garantidas instituídas. Todo o ordenamento deve se submeter à Constituição, ou seja, tanto as normas do direito público quanto as normas do direito privado. Desse modo, a regulamentação sobre a propriedade deve ser feita levando em consideração tanto a esfera pública quanto a privada.

Wolkmer trabalha a questão da dificuldade do direito privado se desenvolver em um sistema que permanecia escravocrata. Aponta ainda que a escravidão foi responsável pela maior dificuldade do desenvolvimento da legislação civil.

Ao adentrar pela radiografia da legislação privada, constata-se sua identificação com a retórica liberal-individualista e com o formalismo discriminador das preceituações normativas que imperam sobre uma sociedade odiosamente estratificada e profundamente desigual. (WOLKMER, 2012, p. 155)

O historiador ressalta a dualidade do direito privado com o direito mercantil o que resultou na elaboração em separado do Código Mercantil. Isso resultou em uma leitura mercantilista de outros institutos do direito civil, já que o Código Civil ainda não entrara em vigor.

Certamente a legislação comercial, implementada pelo esforço de José da Silva Lisboa e inspirada nos princípios do liberalismo econômico europeu e nas diretrizes da codificação napoleônica, não ficava restrita tão somente a disciplinar as práticas do comércio em geral. Sua esfera de incidência ampliava-se e cobria atos da vida civil nem sempre caracterizados pela intervenção específica de comerciantes. (WOLKMER, 2012, p. 156)

O valor do processo de codificação não deve ser negado, principalmente se levado em conta a superação do anacronismo da legislação portuguesa até então vigente. Todavia, as características do Código eram de perfil mais conservador do que inovador, devido à ênfase atribuída ao patrimônio privado do que à pessoa, Wolkmer (2012). O papel da classe média também é destacado em uma espécie de acordo com a burguesia rural e a burguesia mercantil.

Em verdade, a Codificação Civil, enquanto uma das primeiras grandes realizações da jovem República, traduzia, em seus avanços relativos, sem muita ousadia, os intentos de uma classe média consciente e receptiva aos ideais liberais, mas igualmente comprometida com o poder oligárquico familiar. (WOLKMER, 2012, p. 161)

Quanto ao Código Civil de 2002 os avanços foram muito comedidos (ROBERTO 2008; WOLKMER, 2012) e vieram no encalço de outras legislações que podem ser consideradas mais avançadas, quanto ao direito de propriedade o Estatuto da Cidade (2001) é o melhor exemplo.

Wolkmer ao tratar da história do direito privado brasileiro cita os autores mais importantes nesta seara e coloca Orlando Gomes ao lado de Teixeira de Freitas, Lafayette Rodrigues Pereira, Pontes de Miranda, entre outros. Orlando Gomes é descrito nos seguintes termos: "consagrado professor, consultor jurídico e civilista que se empenhou sempre pela crítica e pela renovação de temas da dogmática legal". (WOLKMER, 2012, p. 165)

Não obstante haver conquistado um Direito nacional e codificado, a República consolidou um modelo privatista de legalidade não muito diverso do período imperial no que se refere ao alheamento de suas normas às condições histórico-sociais e às reais necessidades de sua população. A ordem jurídica positiva republicana, por demais individualista, ritualizada e dogmática em suas diretrizes ordenadoras, quase nunca traduziu as profundas aspirações e intentos dos diferentes segmentos da sociedade. Na verdade, tanto a legislação privada quanto as políticas públicas impostas por um Estado oligárquico e autoritário não conseguiram, na trajetória deste século, enfrentar e solucionar adequadamente as agudas questões estruturais da sociedade no Brasil, como a concentração da riqueza nas mãos de poucos, as abissais desigualdades sociais e a crescente exclusão da moradia e da posse da terra para milhões de pessoas. (WOLKMER, 2012, p. 165-166)

Sobre o direito de posse e de propriedade:

Fonte de um dos maiores conflitos contemporâneos de ordem privada, a luta pela posse, uso e distribuição da terra se efetiva no contexto de uma estrutura agrária, de

privilégios e injustiças, assentada na dominação política autoritária e clientelística, nos intentos capitalistas especulativos e discriminadores, e na produção de legalidade oficial comprometida com os interesses das tradicionais elites agrárias. Tem-se, assim toda uma legislação positivo-dogmática, marcada pela tradição individualista de proteção e de conservação do direito de propriedade [...] que acaba reservando para um plano indireto, suplementar e secundário o Direito da Posse [...]. Esse caráter subordinativo da posse à propriedade permite entender que, ainda que não a exerça diretamente, o proprietário tem sido sempre, obrigatoriamente, o possuidor, podendo reaver a coisa quando privado de sua posse mediante ações de reintegração. Vê-se dessa forma, que a posse, de natureza dinâmica e socialmente evolutiva, é restringida e colocada como decorrência de um patrimônio configurado por uma abstração legal disposta estatisticamente no Texto de 1916. (WOLKMER, 2012, p. 166)

Este breve resgate histórico visa relacionar a consolidação, no âmbito civil, do direito de propriedade no Brasil com o conflito classes na busca de dizer o direito. Conforme exposto, interesses diversos precisaram ser conciliados para a aprovação do Código Civil. Isso demonstra que uma visão que defenda uma “concepção civilista” homogênea precisa se atentar para questões históricas que dizem o contrário. Mesmo com estas tensões a afirmação de Wolkmer retrata a concepção de propriedade privada resultante:

Com efeito, toda contenção desse modelo civilista liberal-individualista, que tem seus primórdios montados no início do século XX para assegurar e proteger os interesses da oligarquia rural, veio privilegiar, conservadoramente, de modo exclusivo, inatacável e absoluto, o Direito Individual de propriedade. (WOLKMER, 2002, p. 124-125)

2.5.1 Cultura jurídica liberal-conservadora

Antônio Carlos Wolkmer traça um panorama do direito público brasileiro por meio de comentários acerca dos textos constitucionais do Império até a Constituição da República de 1988. Ele reconstrói a singularidade da formação da cultura jurídica brasileira que reproduziu historicamente as condições opostas da retórica formalista liberal e o conservadorismo burocrático e patrimonialista. Tal junção resultou em uma formação ideológica de perfil liberal-conservador.

A consolidação histórica do Direito Público ocorreu a partir da Independência do Brasil e foi influenciada pelas Revoluções Francesa e Norte-Americana. No campo jurídico se fortalecia a concepção do chamado Constitucionalismo, que em seu sentido clássico representava a concepção do liberalismo político na esfera do Direito. O perfil ideológico do Constitucionalismo como forma de sustentação do Direito Público possuía algumas diretrizes

como o liberalismo econômico sem a intervenção do Estado, a livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante e a supremacia dos direitos individuais (WOLKMER, 2012).

A Constituição do Império de 1824 outorgada pelo Imperador representava mais do que os interesses políticos do absolutismo real, foram também atendidas as necessidades dos grandes proprietários de terra, senhores de engenho e dos latifundiários (WOLKMER, 2012).

As duas primeiras constituições, elaboradas no século XIX (a Constituição Monárquica de 1824 e a Constituição da República de 1891), foram, portanto, cada uma em seu tempo, e com especificidades próprias, imbuídas profundamente pela particularidade de um individualismo liberal-conservador, expressando formas de governabilidade e de representação sem nenhum vínculo com a vontade e com a participação popular, descartando-se, assim, das regras do jogo, as massas rurais e urbanas. (WOLKMER, 2012, p. 146)

Para Wolkmer mesmo com avanços, principalmente com a Constituição de 1988, a elaboração dos textos constitucionais não permitiu construções democráticas de base popular. As necessidades imediatas da sociedade nunca foram atendidas, pois “o Constitucionalismo brasileiro nunca deixou de ser, na trajetória de nosso republicanismo, o contínuo compromisso da ‘conciliação-compromisso’ entre patrimonialismo autoritário modernizante e o liberalismo burguês conservador”. (WOLKMER, 2012, p. 155)

A visão pouco profunda de Wolkmer sobre o Constitucionalismo brasileiro se explica pelo objetivo de sua obra de estabelecer um panorama ou por ainda acompanhar o pensamento dos grandes intérpretes do Brasil. No entanto, a Constituição da República de 1988 representou um momento diferenciado no constitucionalismo brasileiro. Além de romper com os regimes autoritários que a precederam a Constituição abriu espaço para a participação de movimentos sociais que conseguiram incluir suas demandas no texto constitucional. Mesmo que interesses de classes dominantes tenham sido atendidos de forma majoritária a Constituição de 1988 criou a possibilidade da efetivação de um real Estado Democrático de Direito.

Marcelo Cattoni de Oliveira possui uma tese diferente de Wolkmer sobre o constitucionalismo brasileiro que busca romper com a perspectiva reificante da história brasileira vinculada com os “intérpretes do Brasil”. A constitucionalização brasileira deve ser visto como um processo descontínuo de luta por reconhecimento:

Avança a hipótese segundo a qual as relações que a constitucionalização brasileira desenvolve com o tempo histórico podem ser compreendidas como processo não linear e descontínuo, reconstruído como processo de lutas por reconhecimento e de aprendizagem social com o Direito, que se realiza ao longo da história, todavia sujeito a interrupções e a tropeços, mas que também é capaz de se autocorrigir. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p. 20)

Apesar desta crítica que pode ser apresentada a teoria de Wolkmer é preciso ressaltar o fato de seu estudo atribuir o panorama social do Brasil à formação de uma cultura que tenta conciliar patrimonialismo e individualismo liberal.

O direito de propriedade é direito privado, mas não é somente direito privado. O direito de propriedade é direito público, mas não é somente direito público. E mesmo se pensarmos em aspectos privados e públicos desse direito eles não podem ser dados de forma definitiva, pois esta é uma relação de constante tensão. Desse modo, o aspecto público e o privado da propriedade são variáveis e intercambiáveis. Por fim, a disputa entre público e privado será relacionada com a concepção de cooriginalidade de Jürgen Habermas (2002), no próximo capítulo.

Capítulo 3 – A TENSÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

3.1 Cooriginalidade entre autonomia pública e autonomia privada

3.1.1 O pensamento de Habermas

Habermas na sua obra de 1984, *Mudança estrutural da esfera pública*, trata da passagem do Estado Liberal para o Estado Social. O modelo da esfera pública burguesa presente no Estado Liberal era caracterizado pela separação rígida da esfera pública e da esfera privada, sendo que, o primeiro, é representado pelo Estado e o segundo, pelo mercado. O público era visto apenas como a união de interesses individuais. Tal modelo dicotômico influencia também a dogmática jurídica e o desenvolvimento do direito privado e de suas garantias negativas.

Com o surgimento do modelo do Estado Social a relação entre Estado e sociedade sofre alterações significativas. O Estado passa ser mais atuante e protege os direitos liberais clássicos indo além das suas definições negativas e atuando na sua efetivação concreta. Neste contexto a dogmática jurídica também será alterada e a esfera pública não poderá mais se sustentar nas categorias do público e do privado como existiam no modelo liberal. A partir desse ponto a relação entre autonomia pública e autonomia privada será fundamental para o entendimento da dinâmica social contemporânea e do papel de destaque do direito.

Habermas (2003), na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, desenvolve sua argumentação acerca da fundamentação do direito na modernidade. Por meio de um resgate histórico e teórico ele demonstra que atualmente existem duas vertentes que tratam de forma antagônica a questão da autonomia pública e da autonomia privada. Respectivamente, Republicanismo inspirado inicialmente em Rousseau e Liberalismo, inspirado em Kant. Para Habermas as duas vertentes de pensamento não conseguem criar um modelo de fundamentação do direito satisfatório por tratarem de forma contraditória a autonomia pública e privada. Tal distinção ainda permanece contemporaneamente como destaca REPOLÊS:

A relação de concorrência que se estabelece entre autonomia pública e autonomia privada permanece, inclusive contemporaneamente, entre os liberais, que invocam, com Kant, os direitos humanos como expressão da autodeterminação moral e que, desde Locke, priorizam tais direitos como forma de evitar o perigo das maiorias autoritárias; e os republicanos, que tendem a interpretar a soberania popular como

expressão da autorrealização ética e colocam a autonomia pública dos cidadãos como prioritária sobre as liberdades privadas "naturais" dos indivíduos. Para os liberais, os direitos humanos funcionam como barreiras, legitimadas em um direito suprapositivo, que freiam e previnem que a vontade soberana do povo venha ao encontro de esferas invioláveis de liberdade individual. Já os republicanos concebem a gênese legítima dos direitos humanos no princípio da autodeterminação soberana e da autocompreensão ética só atingida dentro da comunidade política atuante. (REPOLÊS, 2013, p. 91)

Para avançar na sua linha de pensamento e propor uma solução para este antagonismo Habermas trabalha com a Teoria do Discurso e desenvolve o entendimento de que a autonomia pública e autonomia privada se pressupõe mutuamente:

A relação dialética entre autonomia privada e pública só se torna clara por meio da possibilidade de institucionalização do status de um cidadão como esse [autores das leis a que se submetem], democrático e dotado de competências para o estabelecimento do Direito, e isso somente com o auxílio do direito coercitivo. No entanto, porque esse direito se direciona a pessoas que, sem direitos civis subjetivos, não podem assumir de forma alguma o status de pessoas juridicamente aptas, as autonomias privada e pública dos cidadãos pressupõe-se *reciprocamente*. Como já mencionamos, os dois elementos já estão entrelaçados no conceito de direito positivo e coercitivo: não haverá direito algum, se não houver liberdades subjetivas de ação que possam ser juridicamente demandadas e que garantam a autonomia privada de pessoas em particular juridicamente aptas; e tampouco haverá direito legítimo, se não houver o estabelecimento comum e democrático do Direito por parte de cidadãos legitimados para participar desse processo como cidadãos livres e iguais. Quando esclarecermos de tal maneira o projeto do Direito, é fácil notar que a substância normativa dos direitos à liberdade já está contida no instrumento que é ao mesmo tempo necessário à institucionalização jurídica do uso público da razão por parte de cidadãos soberanos. (HABERMAS, 2002, p. 87)

Habermas afirma que para o cidadão assumir o estado de pessoa apta para participar da esfera pública este deve possuir as garantias civis mínimas, ou seja, sua autonomia privada precisa estar garantida.

Outra questão importante é que os limites entre autonomia pública e autonomia privada estão sempre em tensão. Ou seja, um tema em determinado contexto poderá transitar entre a esfera pública e a privada:

Pode-se ler também, na evolução do estado social, que os limites entre a autonomia pública e privada dos cidadãos estão em processo, e que tais estabelecimentos de limites para a formação política da vontade dos cidadãos ficam disponíveis quando os cidadãos devem ter a possibilidade de reclamar o "valor justo e honesto" de suas liberdades subjetivas face da justiça e da legislação. (HABERMAS, 2002, p. 86)

A autonomia privada e a autonomia pública são fundamentais para a garantia da formação da vontade política. O direito à propriedade com sua estrutura complexa estará presente como garantia da autonomia privada (direitos liberais clássicos) e também como objeto de debate no campo do público. A propriedade, como outros institutos, é garantia da possibilidade de debate sobre sua regulamentação.

Isto é, sem os direitos liberais clássicos, garantidores da autonomia privada, não haveria condições de instituição de um código (sistema de direitos) que institucionalize as condições de abertura de espaços de discussão e de formação da vontade política. Os indivíduos não teriam, pois, condições de exercer a sua autonomia enquanto cidadãos. Ao mesmo tempo, esses direitos subjetivos privados têm que ser divididos simetricamente, garantindo a igualdade de participação nos processos de formação de opinião e de vontade. E isso só é possível pela abertura de espaços em que essa simetria seja garantida. Como vimos, essa condição só é satisfeita através de um processo democrático que aposta na formação racional da vontade e da decisão políticas. Desse modo, a autonomia privada e a pública se pressupõem mutuamente, e são co-origenárias, uma não podendo se sobrepor à outra. (REPOLÊS, 2003, p.111)

3.1.2 Relação entre cooriginalidade da esfera pública e privada e a propriedade

O reflexo desse aporte teórico nesta pesquisa se dá na relação entre direito público e direito privado no que tange à regulação da propriedade. Conforme exposto, existe uma disputa sobre quem deveria regulamentar o direito de propriedade e quais os valores deveriam nortear esta regulamentação.

As análises sobre as atuais formas de lidar com a propriedade estão embasadas nas críticas ao direito privado, isso reflete em formulações que simplesmente o denominam de “criação civilista”, ou “conceito civilista” de propriedade. É preciso fazer a separação entre a regulamentação da propriedade, que realmente possui diversas falhas, e o fato das formulações iniciais do instituto estar ligadas ao direito civil. A crítica ao direito de propriedade deve ser feita considerando o discurso economicista que reduz a propriedade a uma mercadoria. Esta noção de propriedade como mercadoria foi protegida e reforçada por uma visão conservadora do direito privado que garantiu diversas prerrogativas aos que possuísem apenas o título de propriedade. Outros fatores referentes ao direito de propriedade foram desconsiderados.

A crítica de que o direito de propriedade apenas protege os interesses individuais (em moldes liberais) refletem a questão discutida por Habermas de uma aparente contradição entre a autonomia pública e a privada. Em que pese não se discutir aqui de forma aprofundada

a proposta habermasiana – a teoria do discurso – ou, sequer se afirmar que esta seria uma “solução” adequada. A questão aqui é repensar a crítica sobre o direito de propriedade. Provisoriamente concordando com o fato de que um posicionamento conservador originário do direito privado contribuiu para a maior parte dos problemas existentes na regulação do referido instituto.

Voltaremos à aplicação da teoria Habermasiana, mas antes vamos ver isso em dois exemplos práticos. Abordaremos o diálogo do direito civil com o direito público a partir da Lei do Programa Profavela, que contou com a atuação técnica de José Rubens. Em seguida, serão analisados, de forma breve, os problemas causados pelo afastamento do direito civil dos moradores do Aglomerado da Serra. Estes problemas são debatidos a partir da atuação profissional realizada nesta favela de Belo Horizonte.

3.2 A expansão da visão do direito civil no diálogo com o direito urbanístico

Costa (1984) defende que a propriedade não deveria possuir o status de um objeto sagrado do direito. Conforme destaca o autor, o objetivo da sua tese é levantar questões relativas ao direito de propriedade e não esgotar o tema ou mesmo propor uma nova regulação definitiva para o instituto. Para Costa a visão clássica do direito civil, para a regulação da propriedade, estava esgotada e não havia mais como pensar tal instituto sem se atentar para um marco social que reúna os interesses da sociedade na regulação da propriedade.

Para tratar do tema Costa realiza uma introdução histórica sobre a propriedade e investigou as origens do instituto buscando referências em textos diversos. A tese descreve as características do instituto em diversos contextos. A pesquisa constatou que grandes conflitos relativos à propriedade se desenvolvem nas cidades.

José Rubens Costa demonstra que o direito urbanístico foi responsável por avanços na forma de tratar o direito de propriedade apesar da dificuldade de modificar de forma efetiva a visão clássica sobre o instituto. As disposições legislativas do direito urbanístico estão voltadas para questões relevantes para as necessidades sociais e esse fato contribui já na década de 80 para uma revisão crítica da propriedade no direito civil. Ressalta-se que Orlando Gomes (1988) também destaca o papel do direito urbanístico na regulação do direito de propriedade.

Um dos caminhos para a revisão crítica do direito de propriedade foi a elaboração do Programa Profavela que visava à urbanização em áreas de favelas do Município de Belo Horizonte. O próprio autor participou da elaboração das diretrizes do texto da Lei nº 3.532/83 que “Autoriza o Executivo Municipal a criar o Programa Municipal de Regularização de Favelas - PROFAVELA e dá outras providências” (BELO HORIZONTE, 1983, sd).

A relação do problema das favelas com o direito de propriedade deve ser contextualizada como um conflito social de grande abrangência que gera a exclusão e revela diversas fragilidades do conceito de propriedade. A legislação que regula o Profavela foi elaborada no mesmo período da elaboração da tese de José Rubens Costa e foi considerada um avanço nas questões relativas à urbanização nas vilas e favelas de Belo Horizonte conforme explicitado por Fernandes e Pereira:

O Profavela foi um programa pioneiro no país, e juntamente com o Plano de Regularização das Zonas Especiais de Interesse Social (Prezeis) do Recife, também de 1983, lançou as bases da “fórmula brasileira” de elaboração de políticas de regularização de assentamentos informais consolidados, qual seja:

- competência municipal para elaboração e execução de políticas, planos e projetos;

[...]

- criação em cada Zeis de um aparato institucional de gestão, com participação da comunidade organizada; e

- adoção de um enfoque integrado de regularização fundiária, que articula as dimensões de urbanização das áreas e, em menor escala, melhoramento habitacional, com a legalização das áreas e lotes. (FERNANDES, PEREIRA, 2010, p. 179)

O debate na década de 1980 no qual se insere a tese de Costa e a regulamentação do Profavela é sintomática da necessidade de revisão do papel do direito no que tange aos conflitos de propriedade e por isso essa legislação foi considerada um avanço.

Sobre os objetivos do Profavela, Costa acrescenta:

O que se visa com um programa de regularização de favelas é antes de mais nada extirpar o estigma social de segregação dos mais carentes e enfocá-los como seres humanos da mesma natureza de que todos somos compostos; iguais nos direitos e obrigações; sem a deliberada ingenuidade da igualdade formal; igualdade real e material, que só existe a partir dos mecanismos de compensação que revelam o estado social de direito. (COSTA, 1984, p. 565)

A noção do estigma social para quem habita as favelas pode ser pensada para além da questão meramente econômica. A ideia de ilegalidade formal das habitações, da situação de vulnerabilidade social, questões raciais, culturais, econômicas, entre outras,

formam um imaginário que engloba a noção da favela e da pessoa que lá habita em que a própria condição de “humano” é colocada em questão. Assim, a regularização da favela vai além da questão meramente econômica. Respeitar a forma de vida dos moradores das favelas é fundamental para que a política pública atinja seu objetivo. Outro avanço do Profavela foi defender este respeito às características sócio-culturais da favela:

A regularização urbana visa a consolidar a ocupação através da implantação dos equipamentos públicos de saneamento, energia elétrica e sistema viário; tudo obedecendo às características especiais e sócio-culturais da favela (§2º do art. 2º da Lei Municipal nº 3.532/83). Não se pretende a transformação da favela, mas o respeito aos padrões culturais de sua população, simplificando-se a aplicação das normas de construção (art. 3º da Lei nº 3.532/83), sem que isso comprometa a segurança ou as condições de salubridade. (COSTA, 1984, p. 569)

José Rubens Costa aponta para o fato das críticas dos diversos autores que tratam da questão da propriedade ter uma preocupação mais teórica de refutar a ideologia marxista, mas não realizam propostas efetivas para mudanças na regulação da propriedade como se qualquer alteração fosse caminhar para a extinção da propriedade privada:

Na realidade, o que se está a defender não é a propriedade. Aliás, nem mesmo se apresenta defesa, mas se trata, no fundo, de um simples libelo contra o marxismo, como se qualquer evolução do sentido da propriedade significasse adotar o princípio político de Marx... (COSTA, 1984, p. 547)

Em que pese discordar do entendimento de que a extinção da propriedade ou mesmo a revolução socialista ser um “princípio político” para Marx, as críticas à propriedade privada eram baseadas em análises econômicas e sociais que demonstravam que só haveria uma profunda alteração social com a mudança no sistema de domínio privado dos meios de produção. A citação em destaque explicita o interesse da doutrina em combater o marxismo e sua vinculação com uma provável ditadura. Enquanto isso, os problemas causados pelo regime da propriedade não foram tratados pelos civilistas. A disputa ideológica impediu o avanço da regulamentação da propriedade e contribuiu para a estagnação do instituto.

Costa descreve que um dos objetivos do Profavela é garantir a permanência das favelas nos locais em que elas estão e permitir que seus moradores se apropriem da mais-valia urbana, já que tais áreas ocupam, em regra, locais de elevada valorização imobiliária. Para tanto seria criado um zoneamento especial que evitaria que a especulação imobiliária atingisse essas áreas.

Outras propostas descritas por José Rubens Costa estariam ligadas à fiscalização do município no caso de futuras alienações das propriedades no interior destas favelas para evitar que pessoas com situações econômicas distintas, mais ricos ou menos pobres nas palavras do autor, adquirissem propriedades no interior das favelas. José Rubens tratou da intervenção do Município e propôs que não fosse determinado um tamanho mínimo ou máximo *a priori* para os “lotes” nas favelas e que em cada comunidade isso deveria ser determinado de forma particular. Ressalta-se que a participação democrática almejada no Profavela ainda não se tornou efetiva com o Estatuto das Cidades.

A proposta inicial do Profavela se mostrou avançada por tratar a questão da favela de forma a respeitar a questão cultural do lugar e evitar que apenas seja feita uma transformação do ambiente em que as pessoas vivem. As comunidades localizadas em favelas possuem uma estrutura complexa de formação, e mesmo que existam pontos de convergência, as peculiaridades não podem deixar de ser consideradas. Isso demonstra que questões sobre propriedade, posse, moradia não são apenas patrimoniais.

A urbanização de vilas e favelas para se construir uma infraestrutura mínima de transporte, saneamento básico, segurança das construções, etc. é fundamental para que sejam respeitados os direitos mínimos de todos os cidadãos. Tais políticas não podem ser vistas como favores para uma população pobre, pois são direitos constitucionais garantidos a todos. A intervenção do Estado nas favelas é um dever do poder público. A relevância da questão está refletida no Estatuto das Cidades (Lei n. 10.257 de 2001) que estipulou nas suas diretrizes a regularização fundiária e urbanização de áreas de elevada vulnerabilidade social. Ressalta-se que para essas áreas o Estatuto determina que sejam elaboradas normas especiais de urbanização respeitando a situação socioeconômica da população envolvida:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; (BRASIL, 2001, sd)

A estipulação pela legislação federal que regulamenta as cidades brasileiras da necessidade de regularização fundiária demonstra o correto entendimento de que existem diversas áreas em que a ocupação do solo ocorreu de forma irregular. Os fatores que

determinaram esta ocupação irregular na cidade são diversos e estão relacionados com a forma da expansão das cidades brasileiras. No entanto, entre os fatores, a questão do acesso à propriedade imobiliária é de extrema importância para o surgimento das ocupações irregulares pela população mais pobre, haja vista que o modelo predominante para a garantia da moradia permanece vinculado ao título individual de propriedade.

A irregularidade na ocupação de espaços nas cidades não é exclusividade das populações de baixa renda, muitos condomínios fechados formados pela população de elevada renda desrespeitam diversas regras urbanísticas e ambientais, como exemplo basta citar a restrição de acesso a áreas que deveriam ser públicas, como ruas e praças, e a construção em áreas de proteção ambiental. A atuação do poder público diante desse tipo de irregularidade é bem diferente. Esta observação visa apenas desvincular a questão da irregularidade no meio urbano com a pobreza. A disputa pelo espaço na cidade é realizada por todas as classes conforme afirma Lefebvre (2011).

O reconhecimento da existência de áreas que necessitam de regularização fundiária e de urbanização nas cidades é um importante caminho para minimizar os problemas resultantes da ocupação desordenada que afetam as populações de baixa renda.

Ademais, medidas no sentido de promover a urbanização destas áreas são extremamente tímidas. Na última década nas grandes cidades brasileiras, principalmente devido a eventos de apelo internacional, vem sendo realizadas intervenções que visam à urbanização de áreas ocupadas de forma irregular por populações de baixa renda. No caso de Belo Horizonte essa urbanização se concentra em áreas valorizadas da cidade. Tais intervenções vêm acompanhadas por grandes obras viárias que visam beneficiar o trânsito das cidades antes do bem estar dos moradores. Além disso, sob a máscara da urbanização tais intervenções geram um grande número de remoções dos moradores destas áreas que recebem indenizações muito abaixo do valor de mercado e acabam se mudando para as periferias das periferias das cidades em um processo de gentrificação já denunciado por autores e demonstrado por pesquisas acadêmicas como a do Programa Pólos de Cidadania. (VIANNA, 2011)

A remoção de famílias e o pagamento de indenizações com valores reduzidos se comparados com áreas próximas, mas pertencentes à cidade legal também possui relação com a questão da propriedade. Como os moradores destas áreas não possuem a titulação dos imóveis, os processos de transferência da posse desses imóveis não possui uma condição satisfatória de segurança jurídica.

Se a urbanização ocorre apenas nas áreas centrais das grandes cidades a questão da regularização fundiária, também diretriz do Estatuto das Cidades, encontra maiores dificuldades para acontecer. Mesmo que alguns planos de urbanização tenham alguma previsão relacionada à regularização fundiária tais processos são classificados como difíceis e onerosos ficando em segundo plano (FERNANDES, 2004).

O debate sobre tais questões poderia ser aprofundado e ilustrado por diversos casos concretos. No entanto, o que se busca demonstrar é que mesmo estas disposições do Estatuto das Cidades, que não vem sendo cumpridas de forma satisfatória, não atacam de forma aceitável os fatores que geram estas ocupações irregulares. O acesso a moradia ainda é restrito, a titulação dos imóveis encontra uma séria de impossibilidades, que em um primeiro momento são caracterizadas como problemas jurídicos, mas que no fundo encontram outra motivação.

3.3 Reflexões e reflexos sobre a questão da propriedade no Aglomerado da Serra e o déficit de direito civil para a resolução desses conflitos

A ocupação sem prévio planejamento de áreas nas grandes cidades que resultam nas favelas é analisado, na maior parte das vezes, como problema social na medida em que a forma de organização espacial gera problemas quanto à dificuldade de mobilidade dentro das comunidades e a construção em áreas de risco geológico ou mesmo seu papel estético na cidade.

No entanto, por meio da atuação com orientação sociojurídica³ no Aglomerado da Serra, em Belo Horizonte, é possível notar outras consequências da dificuldade de acesso ao direito de propriedade nessa comunidade. O Aglomerado da Serra tem características peculiares na sua organização: por ser uma ocupação antiga e consolidada onde há famílias que vivem naquele local há vários anos, inclusive por gerações. Além disso, o Aglomerado já sofreu diversas intervenções para iniciar o processo de urbanização. Desse modo, diversos “aparelhos” públicos estão presentes no Aglomerado, tais como: centros de saúde, escolas, creches, iluminação elétrica, pavimentação, transporte coletivo, etc. O Aglomerado possui

³ O autor da presente pesquisa atuou por aproximadamente quatro anos no Núcleo de Mediação e Cidadania (NMC) do Aglomerado da Serra. Atuando durante a graduação na equipe de Mediação Comunitária. Entre 2010 e 2012 atuação como técnico graduado realizando atendimento sociojurídico junto à comunidade. O NMC localiza-se na Vila Cafezal no Aglomerado da Serra, Belo Horizonte - MG, e o atendimento individual era realizado diretamente com os moradores da comunidade que traziam suas demandas que na maioria dos casos resultavam: a) em orientação jurídica, social ou psicológica; b) encaminhamento para outras instituições; c) procedimento de mediação.

ainda uma população heterogênea quanto a diversos fatores, dentre eles economicamente. Enquanto há famílias e indivíduos que vivem em condições precárias outras conseguiram uma situação econômica melhor, conseguindo bons salários e acumulando bens no interior da favela.

Este grupo heterogêneo de moradores gera interesses diversos. Tais interesses são desconsiderados no debate sobre as ocupações irregulares. A redução do conflito apenas ao nível da disputa pela segurança da moradia pode esconder outras questões relevantes e ignorar uma série de outras necessidades que precisam ser atendidas.

Para desenvolver o tema ressalta-se que inúmeros acordos eram elaborados no Aglomerado com relação à questão da propriedade. As relações jurídicas estavam a um passo da legalidade no que tange às questões relativas ao direito de propriedade. Tais demandas que chegavam ao Núcleo de Mediação e Cidadania (NMC) estavam ligadas a acordos de compra e venda de imóveis, doações, divisão de bens e sucessão. Quanto à ilegalidade interessante notar que as formalidades jurídicas possuem simbolicamente extrema relevância para os atendidos no Núcleo de Mediação. Mesmo que alguns sequer fossem alfabetizados, a maioria dos contratos relativos aos imóveis possuía um documento escrito em que as partes cumpriam as formalidades de estilo, assinavam e possuíam recibos da quitação das parcelas acordadas, e rigidamente quitadas.

A confiança no contrato, como prova da aquisição lícita de determinado bem, tomava forma no papel guardado pelo atendido. Os contratos de compra e venda e de doação de imóveis, por exemplo, realizados no contexto do Aglomerado e elaborados no Núcleo de Mediação possuíam a forma exigida em lei e a livre manifestação de vontade. No entanto, para este tipo de contrato deve existir a formalização nos cartórios para a validade destes acordos. Esse requisito impossibilita o acesso ao direito de propriedade de forma plena.

A necessidade básica de possibilidade de negociação dos imóveis (o que garante sua função de mercadoria e a possibilidade de acumulação de riquezas, fundamentos do capitalismo) é negada às populações da favela devido à irregularidade da situação da propriedade. Assim a regulação da propriedade privada, instituto liberal por excelência, paradoxalmente se torna um entrave para a realização de negócios jurídicos. Tal irregularidade combatida pelos projetos de regularização fundiária em muitos momentos é o que evitou que áreas ocupadas por favelas fossem vendidas para grupos com interesses de remover os moradores destas regiões e “requalificar” as áreas por elas ocupadas. Esta reflexão é realizada por autores que alertam quanto ao “perigo” da concepção do título de propriedade

quando da regularização fundiária, pois o título serviria para colocar mais áreas à disposição do mercado imobiliário.

Conforme explicitado, por se tratar de uma comunidade antiga e consolidada, o Aglomerado da Serra possui famílias que ocuparam determinado espaço e construíram suas moradias; outros que viveram no Aglomerado por certo período (pagando aluguel ou na casa de parentes) e depois compraram sua própria casa, herdaram a residência dos pais, entre outras possibilidades. No entanto, todas estas relações de alienação de bens imóveis não alcançam a formalidade exigida na legislação para a formação dos negócios jurídicos. Os atendidos não compreendiam como depois de trabalhar e comprar ou construir determinado bem, ou mesmo depois de herdá-lo, nunca poderiam exercer sua liberalidade sobre ele. Ou seja, a ausência do título de propriedade limitava seus direitos de cidadania.

3.4 O papel do direito civil

A disputa simbólica pela direito de propriedade é vista de forma mais clara no contexto das favelas. A ausência dos direitos é sentida pela população que sofre com o déficit de cidadania. A Proposta do Programa Profavela não foi implantada de maneira satisfatória, além disso, as diretrizes das novas políticas de urbanização não contemplam os ideias do Profavela: o respeito ao aspecto cultural dos moradores e a sua permanência nas áreas de elevado valor imobiliário. Ao invés disso, a política pública para vilas e favelas é caracterizada por grandes obras viárias que expulsam os moradores, sem direito à justa indenização. E, nos casos em que são construídos prédios para reduzir o número de remoções os aspectos sócio-culturais da comunidade são ignorados. Os moradores das favelas que precisam se adaptar a uma nova forma de vida em minúsculos apartamentos.

Se o direito civil se mantiver afastado deste conflito sobre a propriedade o reflexo dentro do campo jurídico poderá ser negativo. Exemplo disso ocorreu com a questão da escravidão no Brasil. A ausência de posicionamento dos civilistas, que optaram por não “macular” o Direito Civil com a escravidão, resultou em graves conseqüências políticas, culminando inclusive com a queda do Império. E muito maior foi o reflexo social para a população negra brasileira que ainda sofre para ser considerada cidadã. Se o direito civil não fosse omissivo o contexto poderia ser diferente. A opção por ignorar o problema dos escravos

mais uma vez foi uma tentativa de conciliação de um modelo patrimonialista com um liberal-individualista.

O papel do direito civil no ordenamento jurídico tem se alterado, principalmente com a promulgação da Constituição de 1988. Este campo jurídico ainda possui um papel na regulamentação da propriedade e na formulação do seu conceito. Este papel é distinto da posição anteriormente ocupada. O direito público também tem uma função na regulamentação e aplicação do direito de propriedade. A relação entre o público e o privado se dá sem hierarquização. As esferas pública e privada são interdependentes uma não consegue existir sem a outra, daí sua cooriginalidade.

O problema da propriedade privada não é das favelas. Em toda a cidade esta presente a disputa pelo espaço para morar, trabalhar, se divertir, transitar, em suma pra viver. No entanto, na favela a privação desses direitos deixa nítido os contornos do problema.

A disputa pela cidade e pela propriedade se dá no contexto da luta de classes. E este não é um problema do direito público apenas. O direito privado, em especial o direito civil, também deve fazer parte na busca pelas soluções. Mas não um direito civil que parou no tempo e não conseguiu se adaptar às novas necessidades sociais. É preciso que o direito civil se renove por meio do diálogo permanente com o direito público.

Incluir o direito civil no debate, não significa ignorar os problemas que este ramo do direito precisa solucionar. Mas, excluir o direito civil ou relegá-lo ao campo do egoísmo fatalmente levará a uma concepção jurídica incompleta que não conseguirá atender às necessidades dos cidadãos. Pensar nos interesses do indivíduo, não significa não pensar no interesse do outro ou do todo social. Esta é mais uma obscuridade que impede que o direito civil exerça o seu papel de mudança na sociedade.

A proposta de alterar a competência sobre o direito de propriedade do âmbito do direito privado para o direito público tão pouco aparenta ser uma resolução para a questão. Em que pese à necessidade de modificar a visão e a proteção dada ao direito de propriedade, em grande parte pelo direito civil, a ideia de que a propriedade é objeto do direito público, por si só não conseguiria resolver a situação. O simples embate entre esfera pública e esfera privada com a divisão de competências sobre a propriedade privada atenderia mais aos interesses de manutenção da situação do que mostraria o caminho para uma alteração efetiva.

A dissertação apresenta o direito de propriedade como um objeto obscuro imerso em discursos ambíguos como: sua equiparação com os direitos fundamentais e o ainda indeterminado conceito de função social. Tais discursos podem esconder conflitos e impedir alterações de fundo na propriedade como demonstrado com o debate com Costa, Gomes e Marx. Além disso, os debates históricos que envolvem a propriedade foram resgatados para demonstrar a disputa simbólica das classes sociais pela propriedade.

A teoria de Bourdieu busca explicar a “mística” que envolve o instituto que faz com que ele seja tão analisado e continue se mantendo pouco alterado. E só a partir da sua desmistificação, com o entendimento dos contornos da disputa sobre a propriedade privada, é que será possível debater seu sentido social. Para tanto é necessário uma esfera pública forte apta para debates qualificados. Esta esfera, por sua vez, só é possível se direitos subjetivos privados são garantidos de modo que os sujeitos não são mais reificados.

CONCLUSÃO

Pesquisar o tema da propriedade privada ultrapassa o simples estudo de um instituto importante para o Direito. Vai além de uma questão ideológica entre defesa da propriedade privada em uma estrutura capitalista ou suprimir a propriedade privada dos meios de produção em uma estrutura socialista. Analisar as relações daquilo que para alguns move o mundo pode aparentar ser tentador apenas pela grandeza do tema. Esses temas já foram tratados pela Ciência do Direito, mas não são eles que provocam a presente pesquisa.

O objeto da pesquisa foi contextualizado com as novas possibilidades de interpretação do mundo possibilitado pelo aporte teórico da urbanização. O fenômeno urbano é analisado por diversas áreas de estudo que dialogam neste novo contexto em que os fatos sociais acontecem. Para tornar o tema da propriedade privada um objeto de estudo viável foi necessário fazer opções e restringir campos de estudos e formas de abordagem. A sensação de que muito foi deixado para trás, é amenizada pelo sentimento de ter conseguido avançar um pouco no tema, ao menos para propor um novo olhar sobre ele.

Analisar o direito de propriedade privada imobiliária urbana é estudar a desigualdade social e pensar também nos não-proprietário. Perceber que a propriedade privada esta ligada à iniquidade social não é um mérito desta pesquisa. Mas, permanece intrigante o fato da manutenção de estrutura da exclusão fundamentada na forma de regulamentação da propriedade.

Relacionar a desigualdade social com a propriedade privada não implica defender a abolição da propriedade. Esta hipótese não é defendida ou descartada nesta pesquisa. A mesma relação pode ser feita com o Direito, este pode ser um objeto de dominação e afirmar isso não significa defender sua extinção.

Assim, o presente estudo buscou criticar teorias que defendem a propriedade como um direito natural inato a pessoa. A noção de propriedade é construída historicamente em determinado contexto. E, mesmo que o conceito de propriedade tenha sofrido alterações no decorrer da história, o desenvolvimento do capitalismo e a forte vinculação da propriedade ao seu viés econômico, sua concepção como mercadoria, resultou na proteção exacerbada do instituto. A concepção liberal de propriedade, caracterizada pelo viés individualista e caráter absoluto, também é criticada por se mostrar insuficiente para lidar com as necessidades sociais.

As críticas realizadas à propriedade privada acompanham em grande parte os autores do direito urbanístico. Entretanto, o presente estudo buscou entender melhor o que seria a “concepção civilista” do direito de propriedade. No campo jurídico privado as concepções sobre o direito de propriedade enfrentaram tensões com avanços e retrocessos. A pesquisa identificou civilistas, tido como conservadores, com posições que hoje seriam consideradas progressistas no campo jurídico. Todavia, a doutrina recente do direito civil apresenta ainda noções liberais e em alguns casos defendendo a concepção de direito natural no que tange à propriedade. Conforme dito, trata-se de uma disputa simbólica, em permanente tensão.

Afirmar que os problemas relativos à propriedade decorrem da regulação “civilista” do instituto leva a dois problemas: O primeiro é acreditar que o direito público seja o lugar da contemplação dos interesses coletivos e do “bom direito”, em suma, o lugar da Justiça. A diferença entre Direito Público e Direito Privado não pode ser reduzida à noção de que um se preocupa com os interesses da coletividade e o outro com os interesses do indivíduo. As duas vertentes do direito estão intimamente ligadas, conforme exposto em Habermas (2002). A relação de cooriginalidade entre Público e Privado não elimina a distinção entre elas ou caminham no sentido de uma “unificação”. O Direito Público no Brasil, se pensarmos apenas nas nossas Constituições, também foram legitimadores de interesses de uma minoria dominante (WOLKMER, 2012). Defender que o direito público regulamente o direito de propriedade por si só não seria a solução para os conflitos atuais sobre a propriedade.

O segundo problema é apontar que o direito civil pode se manter ligado apenas a interesses mercantis e individualistas e aceitar esse seu papel na sociedade quase como um mal necessário, enquanto o Direito Público trata do que realmente importa socialmente. Essa não parece ser uma visão que defenda mudanças na estrutura da sociedade. O Direito Civil é extremamente importante para a realização da pessoa como cidadão como bem ressaltou Grinberg (2002). Antes de “desistir” do direito civil é preciso pensar nele criticamente. Transformá-lo de verdade no que alguns autores defendem (erroneamente) que é, um campo de liberdade. Compreender a relevância do Direito Privado na sua relação com o Direito Público é entender sua importância para o indivíduo ser cidadão. Na verdade, não é a importância, é a necessidade.

Ao invés de defender que a propriedade privada seja “arrancada” do direito civil, talvez o melhor caminho seja investir em uma elaboração conjunta do direito de propriedade

compreendendo sua importância para a pessoa sem, todavia, incidir em uma concepção individualista e excludente. A importância da propriedade para o todo social também deve ser considerada e colocada no debate público. Ademais, “arrancar” presume certa violência simbólica. A visão do direito de propriedade como função social não deve ser “imposta” e sim inserida de forma aberta em um diálogo permanente entre o público e o privado.

Por fim, cabe propor uma reflexão sobre a constatada dificuldade de mudança substancial no direito de propriedade. Em que pese à existência de muitas teorias acerca do instituto é comum a noção de que a propriedade está arraigada à pessoa. Os discursos sobre a propriedade são complexos, e, além disso, a estrutura jurídica que a regulamenta é sofisticada e voltada para sua proteção. Equiparar o direito de propriedade aos direitos de liberdade, igualdade e segurança é algo de difícil explicação imbricado nesse conceito jurídico.

Este estudo buscou compreender o fato da propriedade imobiliária continuar intocada, pelo viés da disputa por poder simbólico. A luta de classes foi analisada em novos moldes, no intuito de demonstrar o conflito pelo direito de dizer como se devem dar as relações no mundo. O comportamento das classes segue uma tendência, e não uma ideologia pré-estabelecida, desse modo, muitas ações são pré-reflexivas. Ou seja, a defesa da propriedade privada e a sua manutenção ocorrem mais de uma maneira invisível do que como uma imposição explícita de violência. É justamente esta invisibilidade que garante a eficácia da dominação do ideário vigente.

Cuidou-se também de demonstrar o papel do direito neste contexto de luta simbólica. A formação do poder simbólico e dos discursos de legitimação encontra no direito o seu principal canal de manifestação. A maneira de impor uma concepção de propriedade privada de forma que ela seja pacificamente aceita e que não se perceba nenhum arbítrio nas suas diretrizes é por meio do direito. A ideia de que a forma atual de regulamentação da propriedade é “normal” ou mesmo “natural” é em grande parte responsabilidade do direito. O poder do campo jurídico de elaborar a norma é de extrema relevância neste contexto.

Para Bourdieu o direito de propriedade, assim como todos os outros, sempre será objeto de luta. A violência sempre existirá e novos interesses surgirão em uma disputa sucessiva. Sempre haverá interesses em jogo. No entanto, na medida em que a atual disputa pela propriedade privada gera um contexto de exclusão e de submissão da pessoa à propriedade é preciso desvelar essa disputa. É preciso demonstrar o conflito e em que termos ele acontece.

Assim, o presente estudo objetivou pensar a propriedade neste contexto de disputa simbólica. Demonstrando estas relações quase que imperceptíveis que envolvem o direito de propriedade e podem implicar na conservação do instituto e a permanência de um contexto de exclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Dicionário escolar da língua portuguesa. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 2008.

BOURDIEU, Pierre. O senso prático. Trad. Maria Ferreira. Petrópolis: Vozes, 2009.

BOURDIEU, Pierre; KERN, Daniela; TEIXEIRA, Guilherme J.F. A distinção: crítica social do julgamento. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2011.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BELO HORIZONTE. Lei nº 3.532, de 6 de janeiro de 1983. Autoriza o Executivo Municipal a criar o Programa Municipal de Regularização de Favelas - PROFAVELA e dá outras providências. Disponível em < <http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao> >. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (1824). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm > Acesso em: 20 de novembro de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm >. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm >. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

CALIXTO, Juliano dos Santos; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. Classe Social e Direito em Pierre Bourdieu In: XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI. 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Notas programáticas para uma nova história do processo de constitucionalização brasileiro. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). Constitucionalismo e História do Direito. Belo Horizonte: Pergamum, 2011. p.19 – 59.

COMPARATO, Fabio Konder. Muda Brasil!: uma constituição para o desenvolvimento democrático. 2a ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

COSTA, Jose Rubens; VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro De. A propriedade este obscuro objeto do direito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1984.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

COUTINHO, Ronaldo. A mitologia da cidade sustentável no capitalismo. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi. Direito da Cidade: Novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17-50.

DA VEIGA, José Eli. Cidades Imaginárias. O Brasil é menos urbano do que se calcula. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2003.

DA VEIGA, José Eli. Nem tudo é urbano. Cienc. Cult., São Paulo, v. 56, n. 2, Apr. 2004. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000200016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 de novembro de 2013.

ENGELS, Friedrich; MORGAN, Lewis Henry. A origem da família, da propriedade privada e do estado. 10a. ed. Rio de Janeiro Civilização brasileira, 1985.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. 9. ed. Salvador: JusPodium, 2013.

FERNANDES, Edésio. Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (org.) Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006a. p. 3 - 23.

FERNANDES, Edésio. Legalizando o ilegal. In: BRANDÃO, Carlos Antônio Leite (Org). As cidades da cidade. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006b. p.141-143.

FERNANDES, Edésio. Legalização das favelas: qual é o problema de belo horizonte? Planejamento e Políticas Públicas, n. 34 | jan./jun. 2010.

GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GOMES, Orlando. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRINBERG, Keila. Código civil e cidadania. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

HARVEY, David. Los límites del capitalismo y la teoría marxista. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JACOBS, Jane. *Morte e vida de grandes cidades*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KAPP, Silke. *Direito ao espaço cotidiano: moradia e autonomia no plano de uma metrópole*. Cad. Metrop, São Paulo, v. 14, n. 28, pp. 463-483, jul/dez 2012.

LE GOFF, Jacques. *A História Nova*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2011.

LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana*. Trad. Sérgio Martins. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARICATO, Ermínia. *As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias: o planejamento urbano do Brasil*. In: MARICATO, Ermínia; ARANTES, Otília; VAINER, Carlos. *A cidade do pensamento único: desmanchando consensos*. São Paulo: Vozes, 2000. p. 121-192.

MARICATO, Ermínia. *O impasse da política urbana no Brasil*. São Paulo: Vozes, 2008. p. 15-88.

MARX, Karl. *Der Bürgerkrieg in Frankreich*. In: Marx-Engels-Werke, Bd. 17. Berlin: Dietz, 1971, pp. 313–362.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas 1845-1846*. São Paulo: Boitempo editorial, 2007.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Trad. Nélio Schneider e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010a.

MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. Trad. Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010b.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira; BERTI, Silma Mendes. *Direito à moradia*. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2009. 209 f. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUBD-96NMX4>>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia*. São Paulo: Atlas, 2011.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Centro de Informações das Nações Unidas – UNIC. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em < <http://www.onu.org.br/documentos/carta-da-onu/> > . Acesso em: 20 de novembro de 2013.

ONU-HABITAT. Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos. De América Latina y el Caribe 2012 Estado de las Ciudades: Rumbo a una nueva transición urbana, 2012. Disponível em < http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=362&Itemid=18 > . Acesso em: 20 de novembro de 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol 4. Posse. Propriedade. Direitos reais de fruição. Garantia e Aquisição. 13ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

PIRES, Maria Coeli Simões. A função social no direito urbanístico e na política urbana: uma nova ordem de sustentabilidade das cidades. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 377-405.

PROUDHON, Pierre-Joseph. O que é a propriedade? 2ª ed. Trad. Marília Caeiro. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.

RIGATTO, Silvia Helena; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Das sesmarias à função social da propriedade: um estudo de história do direito e da formação da estrutura agrária fundiária no Brasil. Tese (doutorado) 2006. 196 f.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil. 2. ed. -. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Coisas, volume 5. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROLNIK, Raquel. A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. São Paulo: Studio Nobel/FAPESP, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. Do Contrato Social. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 6ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

UYS, Jamie. The Gods must be crazy (“Os Deuses devem estar loucos” - Brasil). [Filme-vídeo]. Produção de Jamie Uys, direção de Jamie Uys. Botsuana/ África do Sul, 1980. Colorado, 109 min.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANNA, Márcio Túlio *et al.* Os efeitos do Vila Viva Serra na condição socioeconômica dos moradores afetados. Relatório de Pesquisa com financiamento da Cnpq, 2011. Disponível em <www.polosdecidadania.com.br>. Acesso em: 20 de novembro de 2013