



**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

PAULO EMÍLIO DANTAS NAZARÉ

**O ACESSO À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA
NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Brasília-DF
2016

PAULO EMÍLIO DANTAS NAZARÉ

**O ACESSO À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA
NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Orientador: Prof. PhD. Frederico Henrique Viegas de Lima

Brasília-DF
2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

PAULO EMÍLIO DANTAS NAZARÉ

O acesso à propriedade imobiliária na perspectiva do Direito Civil-Constitucional

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”.

_____ em __ de julho de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. PhD. Frederico Henrique Viegas de Lima
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Marcelo Cama Proença Fernandes
(Titular)

Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão
(Titular)

Prof. PhD. Valcir Gassen
(Suplente)

Dedico este trabalho à minha guerreira mãe que, sozinha, colocou sobre seus ombros os gigantescos sonhos de uma criança de treze anos quando me levou de Rio Branco/AC para estudar em Goiânia/GO. Suas lições de luta, determinação e humildade permitiram que os planos do passado se tornassem a realidade do presente.

AGRADECIMENTOS

Todos afirmam que o processo de escrita é uma criação individual. Mas, poucos reconhecem que um escritor, por mais habilidoso que seja, não conseguirá ir muito longe se não contar com o apoio intelectual e emocional de outros. Daí a importância de, em ato inaugural, registrar meus agradecimentos a algumas pessoas e instituições que influenciaram decisivamente a execução deste trabalho.

No plano existencial, agradeço, acima de tudo, a Deus, por ter me concedido o dom da vida e me permitido Ser.

No plano familiar, agradeço à minha mãe, uma guerreira que me ensinou a nunca desistir de uma batalha antes dela terminar por mais pequeno que possa me sentir diante dos desafios. Nunca esquecerei o dia em que, em manifestação genuína de amor materno, minha mãe se afastou de toda a família e pegou um ônibus do Acre rumo a Goiânia a fim de me conceder maiores oportunidades de ensino.

Agradeço ao meu pai, de quem uma grave fatalidade me afastou do convívio diário, mas sempre nos aproximamos movidos pelo seu imenso orgulho e alegria por cada pequena vitória em minha vida. Agradeço à minha avó que enfrentou horas de “varadouros” e canoa para se alfabetizar já adulta no Seringal Bom Jardim e, por isso, lutou para que todos os filhos se graduassem e, depois, deu todos os estímulos possíveis para que este seu neto estudasse para ser Mestre. Agradeço a toda a minha família, nas pessoas dos meus tios e tias que modelaram meu caráter e incentivaram uma sede insaciável pelos estudos, durante todo o tempo em que juntos convivemos na casa da minha avó no Acre. Agradeço à minha namorada, que, mesmo com toda sua sensibilidade, compreendeu pacientemente meus silêncios e ausências.

No plano profissional, agradeço ao Senador Jorge Viana, por ter me nomeado como o Chefe de Gabinete mais jovem do Senado Federal, em uma demonstração de confiança. Jorge Viana semeou em minha vida a importância do nosso trabalho ser um veículo para a transformação de vidas, principalmente das pessoas mais necessitadas. E sempre incentivou o florescimento de duas virtudes essenciais: o talento e a integridade.

No plano acadêmico, agradeço ao Professor Frederico Viegas, que me honrou com a orientação deste trabalho e iluminou meus caminhos pelas veredas do Direito Civil-Constitucional, dada sua larga experiência com o direito comparado espanhol, norte-americano e suíço.

Por fim, no plano institucional, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, nas pessoas dos professores Ana Frazão, Marcus Faro de Castro e Mamede Said, acreano como eu. Lembro aqui da semana em que fatores alheios à minha vontade me impediram de comparecer à recepção dos novos calouros nas famosas Arcadas do Largo de São Francisco, como se conhece a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Mal sabia que naquela curva da vida estaria se iniciando uma grande paixão e respeito por uma instituição nacional ímpar localizada no Brasil Central: a UnB.

Não poderia me furtar de fazer todos esses merecidos reconhecimentos!

*If property means ownership,
and if ownership means power without obligation,
then we have created a framework for thinking about property
that privileges a certain form of life – the life of the owner.
In the conceptual space framed by the life of the owner,
we are invited to live as if we were the only ones that mattered.
We are invited to live as if we were alone.*

Joseph William Singer
em *Entitlement*

Mudar o mundo, amigo Sancho,
não é loucura nem utopia... É Justiça!

Miguel de Cervantes
em *Dom Quixote*

RESUMO

Este trabalho analisa o direito de acesso à propriedade imobiliária na perspectiva do Direito Civil-Constitucional na medida em que essa abordagem jurídica tem remodelado o discurso do direito privado com base em um novo processo hermenêutico. Esse tem como ponto de partida a Constituição e a ordem de valores nela espelhada, estruturando-se em torno de conexões entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. O objetivo da presente pesquisa é examinar se as novas modelagens da propriedade imobiliária no Brasil sob a ótica da constitucionalização do direito privado – quando comparadas com a concepção de propriedade formulada pela civilística tradicional – fomentam maiores discussões sobre o acesso a bens imóveis pelo maior número possível de pessoas. Nesse sentido, também é objeto de análise um novo discurso do Direito Civil-Constitucional, simbolizado na tese “Propriedade, Estado e Mercado” (2010), do civilista Frederico Henrique Viegas de Lima, na qual se percebe a introjeção, na narrativa do Direito Civil-Constitucional, de teorias da ciência econômica, em especial, as teorias da *new institutional economics* e da *democratic model of property rights*. Assim, a interdisciplinaridade inicialmente promovida entre o Direito Civil e o Direito Constitucional alarga-se em busca de mesclas entre o direito e a economia, sem prejuízo da carga axiológica veiculada pela constitucionalização do direito privado. Uma vez apresentadas essas construções teóricas, busca-se avaliar como elas fomentam o debate em torno do direito de acesso à propriedade mediante a agregação de novas problematizações ao discurso do Direito Civil-Constitucional no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade imobiliária; direito de acesso a bens imóveis; Direito Civil-Constitucional.

ABSTRACT

This work analyses the right of access to real estate property in the Civil-Constitutional Law perspective as far as this legal approach has remodeled the speech of the private law based on a new hermeneutic process. This process has as its starting-point the Constitution and the order of values in it; this process is based on the links between the Civil Law and the Constitutional Law. This study aims to examine if new models of real estate property in Brazil under the vision of the constitutionalisation of the private law – when compared to the conception of property formulated by the traditional civilistic – foster greater discussions on the access of real estate properties by as many people as possible. In this way, it is also being analyzed a new speech of Civil-Constitutional Law, symbolized in the thesis “Property, State and Market” (2010), from the civilist Frederico Henrique Viegas de Lima, in which introjection is detected, in the narrative of the Civil-Constitutional Law, of theories from economic science, particularly, the theories of the new institutional economics and the democratic model of property rights. Therefore, interdisciplinarity initially promoted between the Civil Law and the Constitutional Law widens towards a mix between law and economy, without prejudice to the axiological meaning of the private law constitutionalisation. Once presented these theoretical constructions, it is evaluated how they foster the debate on the right of access to property upon the aggregation of new discussions on the speech of the Civil-Constitutional Law in Brazil.

KEYWORDS: real estate property; right of access to real estate property; Civil-Constitutional Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO E MOTIVAÇÕES PARA A ESCOLHA DO TEMA	11
2 DA CONSOLIDAÇÃO À DECADÊNCIA DA PROPRIEDADE "LIBERAL"	18
2.1 A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE SOB O PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL.....	21
2.2 A DECADÊNCIA DA PROPRIEDADE "LIBERAL".....	29
3 A MODELAGEM ATUAL DA PROPRIEDADE NO QUADRANTE JURÍDICO	34
3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO SOB O PARADIGMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	36
3.2 A FUNÇÃO SOCIAL ENQUANTO BASE PARA A COMPREENSÃO DA PROPRIEDADE PELA ESCOLA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	39
3.3 A COMPATIBILIZAÇÃO DOS ASPECTOS INDIVIDUAL E COLETIVO DA PROPRIEDADE POR MEIO DA PONDERAÇÃO: POSSIBILIDADES E RISCOS.....	45
3.4 A PROMOÇÃO DO ACESSO À PROPRIEDADE MEDIANTE O RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS.....	53
3.5 A PROMOÇÃO DO ACESSO À PROPRIEDADE MEDIANTE A RELEITURA DE CONCEITOS TRADICIONAIS - O CASO DA MULTIPROPRIEDADE.....	62
4 PROPOSTAS PARA A MODELAGEM DA PROPRIEDADE NO QUADRANTE INTERDISCIPLINAR	76
4.1 A CONSTRUÇÃO DE MESCLAS PRAGMÁTICAS ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA NO DISCURSO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	79
4.2 REPERCUSSÕES PRÁTICAS DA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR INTROJETADA NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	87
5 A PROMOÇÃO DO ACESSO A IMÓVEIS URBANOS MEDIANTE POLÍTICAS PÚBLICAS	93

5.1 UM ESBOÇO DAS POTENCIALIDADES DISCURSIVAS DA ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA - AJPE.....	97
6 CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS.....	107

1 INTRODUÇÃO E MOTIVAÇÕES PARA A ESCOLHA DO TEMA

O presente trabalho é fruto de inquietações gestadas no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Brasília - UnB, instituição acadêmica nacionalmente reconhecida por estudos entrelaçados, principalmente, a temáticas de Direito Público e de Filosofia do Direito. Por isso, até pouco tempo, o fascínio do autor por teorias sobre jurisdição constitucional e hermenêutica ofuscava o entabulamento de reflexões a respeito de questões latentes das relações privadas, afinal, estava inserido em um ambiente que valoriza esse posicionamento acadêmico.

Porém, os rumos dos estudos do autor mudaram a partir do momento em que se matriculou na disciplina Direito Civil-Constitucional, ministrada pelo Professor Frederico Henrique Viegas de Lima, seu orientador, PhD em Direito Civil pela Universidade de Genebra, Suíça.

Durante todo o semestre acadêmico, descortinou-se a noção de que a releitura dos institutos do direito civil é um dos mecanismos mais efetivos, sob o pálio do Estado Democrático de Direito, para uma transformação social fincada na geração de riquezas e oportunidades para todas as pessoas. Viegas de Lima sempre enfatizou “a importância da propriedade em nossa sociedade, como um meio de realização da dignidade da pessoa humana — afinal todos devem ser proprietários de algo —, da efetivação de uma sociedade mais justa e solidária, e como uma via indispensável para a troca de riquezas” (LIMA, 2010, p.8).

Além disso, o paradigma adotado por Viegas de Lima, qual seja, o Direito Civil-Constitucional, abre as cortinas para um enredo crítico em que o papel de protagonista das mudanças inclusivas não é ocupado por um Estado socializante, usurpador das liberdades civis e da propriedade privada. Pelo contrário, o fenômeno da constitucionalização do direito civil reconhece a autonomia privada, a liberdade de iniciativa e a propriedade como garantias fundamentais constitucionalmente tuteladas e, ao promover a repersonalização do direito civil, não nega as liberdades nem a propriedade, e sim as reafirma enquanto instrumentos para a realização da dignidade da pessoa humana.

Os motivos que despertaram o interesse pelo estudo do direito de acesso à propriedade imobiliária vão além das fronteiras acadêmicas. Outra fonte de inquietações é a vida em Brasília, uma cidade que promove encontros diários entre os hiperincluídos que nela moram e muitos excluídos que, apesar de nela trabalharem em subempregos, são alijados do acesso a bens imóveis e mantidos distantes da Capital Federal em habitações precárias — geralmente, em condomínios irregulares localizados no entorno do Distrito Federal.

Esses excluídos sociais costumam se sentir órfãos de qualquer proteção jurídica, já que o Direito geralmente é colocado em ação contra seus interesses. No que tange à regulação jurídica da propriedade imobiliária, os arranjos legais parecem dispostos no sentido de privilegiarem apenas a tutela dos direitos dos proprietários, sem maiores problematizações a respeito do acesso aos bens imóveis essenciais para uma vida digna. Observa-se, na prática, que o discurso de reconhecimento do direito social à moradia, alojado no art. 6º da Carta Cidadã pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, não encontra eco na vida dos relegados a periferias e habitações precárias em áreas de risco.

O drama das ocupações em áreas irregulares não se restringe à rotina das classes mais baixas da pirâmide socioeconômica. A classe média também o compartilha. E, na maioria das vezes, a origem dessas situações já consolidadas está na ocupação coletiva de áreas privadas para as quais os proprietários não imprimiam nenhum aproveitamento econômico ou social.

Diante dessas considerações, entende-se que seja da mais elevada importância a problematização sobre: em que medida as novas modelagens da propriedade imobiliária no Brasil sob a perspectiva civil-constitucional, quando comparadas com a concepção de propriedade formulada pela civilística tradicional, vêm fomentando maiores discussões sobre o acesso a bens imóveis pelo maior número possível de pessoas?

Cabe notar que o estudo dos novos contornos da propriedade, como regra geral, não tem recebido a devida atenção da doutrina brasileira afinada com a Escola do Direito Civil-Constitucional. Pouco tem se avançado na construção de bases teóricas menos generalizantes. Nesse sentido, vale notar a perspicaz observação do professor Frederico Henrique Viegas de Lima (2009, p. 152):

Desde o advento da Constituição Federal e com o surgimento no País da Escola de Direito Civil-Constitucional, o estudo da propriedade — quer

mobiliária, quer imobiliária — ainda não mereceu a devida atenção dos estudiosos da Academia. Não sem razão. O texto constitucional, ao colocar determinadas matérias até então eminentemente civilistas em seu articulado, realmente inovou. E, por tal inovação, as atenções da Academia sempre se voltaram para as definições e conformações dos direitos novos. De outra parte, não podemos nos esquecer que o Código Civil em vigor, também, trouxe inovações que inquietaram e inquietam a Academia. Tomemos como exemplo a sistematização do direito civil mediante princípios e cláusulas gerais.

Para o enfrentamento do questionamento a respeito de como os novos contornos teóricos do direito de propriedade repercutem sobre a concretização do acesso a bens imóveis pelo maior número possível de pessoas, o presente trabalho faz uma análise das modelagens propostas sob a ótica do Direito Civil-Constitucional a fim de, posteriormente, problematizar se, na vida prática, elas fomentam, ou não, discussões sobre o direito de acesso a bens imóveis.

Nesta pesquisa, um marco importante é a tese “Propriedade, Estado e Mercado” apresentada por Viegas de Lima no Concurso para Professor Titular de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB em 2010. Essa tese inova nos estudos sobre a propriedade imobiliária no âmbito do Direito Civil-Constitucional na medida em que incorpora ao discurso jurídico algumas preocupações da ciência econômica, até então pouco trabalhadas pelos civilistas brasileiros. Por isso, o presente trabalho dividiu a abordagem que se propõe a fazer em dois quadrantes: o jurídico e o interdisciplinar, tendo como marco divisor entre os dois a tese “Propriedade, Estado e Mercado”, que absorve referenciais da *new institutional economics* e da *democratic model of property rights*.

O Capítulo 2, intitulado "Da consolidação à decadência da propriedade 'liberal'", parte da premissa de que a propriedade é uma instituição social, carregada de historicidade e com elevada capacidade de mutação e adequação social. Logo, a plasticidade é uma característica da propriedade, já que ela tem um conteúdo elástico que se move dentro de parâmetros situados entre mínimo e máximo, de modo a ser modelada ao momento histórico e à sociedade em que se insere.

Ademais, o modelo liberal-individualista de propriedade enquanto direito inviolável e sagrado que se difundiu em todo o mundo ocidental a partir da Revolução Francesa é falacioso e moralmente deficiente, pois tem seu núcleo na garantia do domínio irrestrito sobre os bens por um proprietário e, assim, privilegia uma certa forma de vida, que é a vida dos proprietários, como se somente eles importassem. Após a ascensão do paradigma do Estado Social, a compreensão do

instituto da propriedade como direito subjetivo voltado à satisfação de interesses individuais cedeu espaço para a propriedade enquanto situação jurídica subjetiva complexa, envolvendo não só os interesses dos proprietários como também dos não proprietários.

O Capítulo 3, denominado "A modelagem atual da propriedade no quadrante jurídico", problematiza a noção de propriedade funcionalizada, enfatizando, de início, o papel do novo paradigma do "neoconstitucionalismo", no qual deve ser localizada a Escola do Direito Civil-Constitucional. Sob essa perspectiva, a Constituição passou a ser o centro irradiador de princípios e valores para o direito privado e, conseqüentemente, o estudo da propriedade foi submetido a uma reorientação de prioridades a partir da funcionalização da propriedade para o atendimento dos interesses da sociedade. Daí surgiu a necessidade de compatibilização entre o aspecto individual e o aspecto funcional da propriedade, que pode ser operacionalizada mediante a adoção da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy à luz do novo paradigma do neoconstitucionalismo e das teorias por esse prestigiadas.

Nesse sentido, formula-se a ideia de que o papel da função social é abrir a estrutura do direito de propriedade para a recepção de reivindicações legítimas oriundas dos centros de interesses não proprietários. Com isso, tem-se a propriedade enquanto relação jurídica complexa, ou seja, a propriedade funcionalizada. E o direito de acesso à propriedade é uma das reivindicações sociais legítimas que podem ser captadas dos centros de interesses não proprietários.

Depois, aborda-se como a doutrina do Direito Civil-Constitucional — ao reconhecer a força normativa dos princípios constitucionais e estar aberta ao uso da técnica da ponderação como mecanismo para superação da colisão entre valores individuais e coletivos — recoloca o direito em um papel de protagonista das mudanças sociais, inclusive no que tange à promoção do direito de acesso à propriedade sem a vulneração ao núcleo essencial dos interesses legítimos dos proprietários.

Por fim, discute-se em que medida as formulações do Direito Civil-Constitucional que operam uma releitura de conceitos tradicionais fomentam discussões sobre o acesso à propriedade imobiliária. No intuito de se fazer um recorte temático mais delimitado, o foco é direcionado para as repercussões da releitura do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais sobre o entendimento da

natureza jurídica da multipropriedade imobiliária enquanto direito real. Essa mudança gera reflexos práticos na vida de pessoas com renda mais limitada que poderão ter facilitado seu acesso à propriedade de imóveis em zonas turísticas.

O Capítulo 4, intitulado "Propostas para a modelagem da propriedade no quadrante interdisciplinar", parte da premissa de que, na sociedade atual, a propriedade imobiliária deve ser relida sob duas perspectivas: tanto como garantia fundamental para a realização das potencialidades do indivíduo quanto como direito fundamental ao qual deve ser viabilizado o acesso de todas as pessoas que possam conferir alguma funcionalidade econômica aos bens escassos. Essa visão é desafiadora por reconhecer a escassez como característica essencial da propriedade imobiliária.

Em virtude do aumento da população no planeta, o problema da escassez se agrava e, para seu equacionamento, o jurista precisa recorrer a mesclas pragmáticas entre o direito e as ciências afins, especialmente a economia. Foi o que Viegas de Lima percebeu ao recorrer à Nova Economia Institucional — *new institutional economics* — e à *democratic model of property rights*.

Por isso, no capítulo quarto, apresenta-se as inovações contidas na tese "Propriedade, Estado e Mercado" no intuito de avaliar se a agregação de problematizações econômicas ao discurso jurídico da Escola do Direito Civil-Constitucional fornece, ou não, instrumentais relevantes para a defesa do direito de acesso à propriedade imobiliária pelo maior número possível de pessoas.

O Capítulo 5, denominado "A promoção do acesso a imóveis urbanos mediante políticas públicas", complementa a abordagem temática com um enfoque sobre a análise jurídica de políticas públicas, já que isso é o "modo contemporâneo de pensamento jurídico" (KENNEDY, 2004). Nessa caminhada, reconhece-se a insuficiência da Análise Econômica do Direito - AED e da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy para lidarem com a avaliação de políticas públicas e, em seu lugar, apresenta-se a metodologia da Análise Jurídica da Política Econômica - AJPE, por meio de um esboço que relaciona os filtros sociais adotados no processo de escolha dos beneficiários do programa Minha Casa, Minha Vida com o incremento, ou não, da fruição empírica do direito social à moradia adequada.

O objetivo do capítulo quinto é mostrar que, além da inovadora e ousada abordagem interdisciplinar desenvolvida na tese "Propriedade, Estado e Mercado", outras são possíveis. O mais importante é que, na esteira percorrida por Viegas de

Lima, outros juristas do Direito Civil-Constitucional atrevam a se lançar, colocando o direito para dialogar com as ciências sociais afins, especialmente a economia, haja vista que a escassez é uma característica essencial da propriedade imobiliária.

Diante disso, a hipótese inicial adotada é a de que a propriedade deve ser vista como uma instituição voltada para o desenvolvimento social, que carrega em sua própria estrutura um aspecto funcional de repercussão no mundo jurídico e econômico para além das fronteiras dos interesses individuais. Desse modo, a definição dos direitos de propriedade pelo Estado deve reduzir os custos de transação e corrigir assimetrias informacionais entre as partes contratantes, assim desobstruindo as vias de acesso aos bens imóveis e atenuando o problema da escassez. Sendo assim, a abordagem interdisciplinar introjetada no Direito Civil-Constitucional fornece instrumentais relevantes para a defesa da fruição empírica do direito de acesso à propriedade imobiliária pelo maior número possível de pessoas.

A relevância jurídica desse trabalho — com foco no direito de acesso a imóveis urbanos — encontra-se na análise dos discursos elaborados no âmbito da Escola do Direito Civil-Constitucional sobre os novos contornos do direito de propriedade, seja no quadrante jurídico, seja no quadrante interdisciplinar. Assim, percorre-se um caminho pouco explorado por nossos civilistas, que, ao se debruçarem sobre a propriedade imobiliária, prendem-se a uma análise unidirecional fundada apenas na tutela jurídica do patrimônio individual dos proprietários. Em outras palavras, os juristas brasileiros tendem a estudar a propriedade sob a ótica da garantia a esse direito fundamental, contudo não desenvolvem reflexões sobre como as formas jurídicas¹ podem promover o acesso a bens escassos.

A relevância socioeconômica do tema em debate mostra-se incontestável em uma sociedade que apresenta uma demanda de 5,2 milhões de domicílios e precisa de um investimento anual de R\$ 76 bilhões ao ano para zerar o déficit habitacional até 2024, segundo dados de levantamento da Fundação Getúlio Vargas - FGV (2014).

De igual modo, há relevância política no recorte temático proposto, uma vez que o presente estudo pode, em sua conclusão, apontar insuficiências no tratamento dado à propriedade imobiliária pelas leis civis brasileiras.

1. O emprego da expressão “formas jurídicas” inspira-se no ousado e profundo livro “Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia” do Professor Marcus Faro de Castro, doutor e mestre em Direito pela Harvard University, que leciona Filosofia do Direito e Direito Econômico no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Feitas essas considerações, permite-se rememorar certa passagem na qual o orientador deste trabalho expressou seu sonho de consolidar a linha de pesquisa em Direito Civil-Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB. Na introdução da sua obra “Direito Imobiliário Registral na Perspectiva Civil-Constitucional”, anotou:

Esta linha de pesquisa buscamos acrescentar ao curso de mestrado da UnB - Universidade de Brasília, resultando em uma tarefa extremamente árdua, em uma Faculdade onde se pesquisa, principalmente, o Direito Público, notadamente o direito constitucional por assim dizer “puro”. Contudo, como a empreitada ainda está começando temos a certeza de um dia poder consolidá-la, como em outros grandes centros acadêmicos no País, notadamente a UERJ, UFPE e UFPR (LIMA, 2004, p. 15).

Não se tem a pretensão de que este trabalho seja uma prova viva do alcance desse objetivo. Mas, ele não deixa de ser uma demonstração de que o Professor Frederico Henrique Viegas de Lima conseguiu compartilhar seu sonho na medida em que outras gerações de alunos formados no seio da UnB abraçaram o mesmo compromisso que ele adotou como razão da sua vida acadêmica — pensar a propriedade no Direito Civil-Constitucional.

2 DA CONSOLIDAÇÃO À DECADÊNCIA DA PROPRIEDADE "LIBERAL"

Embora seja inconcebível uma sociedade sem propriedade, os contornos do direito de propriedade variam de acordo com o momento histórico e o grupo social estudado. O instituto da propriedade ocupa um espaço central em qualquer sociedade, tendo em vista que o ato de exercer o domínio sobre as coisas é um atributo inerente ao ser humano. Aliás, a posição de dominação do homem sobre os demais seres vivos e as coisas é uma concepção tão natural que as próprias religiões a incorporaram. Na concepção cristã, Deus, quando criou homem e mulher, ordenou que eles dominassem toda a terra, os animais e as coisas. Na mesma linha, leciona Viegas de Lima (2010, p. 18): “desde a infância nos é legada a ideia de posse e, por consequência, de propriedade, ao nos ser ensinado o sentido do *meu* e *isto não é seu*, que atravessam, em maior ou menor grau, toda a nossa vida”.

Quando o homem primitivo era guiado por hábitos nômades e não tinha a característica cultural de se prender à terra, não era consolidada a concepção da propriedade de bens imóveis, mas apenas de objetos pessoais. A propriedade imobiliária, objeto deste trabalho, surgiu após o despertar do interesse do ser humano por se fixar na terra em decorrência dos cultos aos antepassados ou da descoberta de técnicas agrícolas (HENKES, 2004). Fustel de Coulanges, na sua obra-prima “A cidade antiga”, esmiúça os laços entre a ideia de propriedade privada e a religião doméstica dos antigos:

Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados pela família e só ela protegiam; eram sua propriedade. Os antigos vislumbravam uma misteriosa relação entre esses deuses e o solo. Vejamos primeiramente o lar: esse altar é o símbolo da vida sedentária; o seu próprio nome o indica. Devia estar assentado sobre a terra; uma vez construído, nunca mais deveria mudar de lugar. [...] Ao construir o lar, fazem-no com o pensamento e a esperança de que ficará sempre no mesmo lugar. O deus ali se instala, não por um dia, nem mesmo pela precária vida do homem, mas pelo tempo em que essa família existir e dela restar alguém que conserve a chama do sacrifício. Assim o lar toma posse da terra; apossa-se dessa porção de terra que fica sendo assim sua propriedade” (COULANGES, 2007, pp. 66-67).

Desse modo, os imóveis só passaram a ser objeto de cobiça a partir do momento em que os homens atribuíram à apropriação daqueles bens alguma

utilidade para a satisfação de suas necessidades espirituais² ou vitais. E, concomitantemente, tomaram consciência da sua escassez. Afinal, os direitos de propriedade surgem no instante em que os recursos se tornam escassos, como afirma Mueller (2005, p. 97):

Quando um recurso não é escasso, não haverá uma demanda por direitos de propriedade. Entretanto, à medida que a economia muda ou cresce, os recursos vão se tornando escassos e, eventualmente, a ausência de direitos de propriedade seguros leva à dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriar dos diversos retornos ao recurso. Essa situação gera incentivos para que surja uma demanda por direitos de propriedade seguros que eliminem essa dissipação.

Partindo da premissa de que a propriedade é uma instituição social, carregada de historicidade, convém questionar quais são os seus contornos na sociedade contemporânea. Antes, é oportuno reproduzir a advertência do professor Joseph William Singer, da Faculdade de Direito de Harvard, no sentido de que, à primeira vista, a noção do que seja propriedade parece ser de pronta resposta e de fácil compreensão. Segundo Singer (2000, p. 2):

What is property? One might think this was a simple question. Property is about rights over things and the people who have those rights are called owners. What powers do owners have over the things they own? Owners are free to use the property as they wish. They have the right to exclude others from it or grant them access to it. They have the power to transfer title — to pass the powers of ownership to someone else. They also are immune from having the property taken away from them without their consent, or they must be adequately compensated if the property is taken by the state for public purposes. We typically presume that the owner has, not just one or two powers, but all these powers — a full bundle — over the property.

Porém, o “modelo de propriedade” que se difundiu como perene e absoluto é falacioso e moralmente deficiente. Primeiro, porque a propriedade é maleável e se amolda às dimensões políticas, ideológicas e econômicas do seu tempo. Como diz Luiz Edson Fachin nas atualizações à obra do mestre baiano Orlando Gomes: “é inafastável o reconhecimento da historicidade do conceito do direito de propriedade” (GOMES, 2009, p. 7). Segundo, porque o núcleo do “modelo de propriedade” propugnado pelos revolucionários franceses para toda a civilização ocidental fundamenta-se na garantia do poder irrestrito do proprietário sobre seus

2. Para Fustel de Coulanges (2007, p. 66): “Há três coisas que desde os tempos mais antigos se encontram conexas e firmemente estabelecidas nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que mostram manifesta relação entre si em sua origem e que parece terem sido inseparáveis. A ideia de propriedade privada estava implícita na própria religião”.

bens e, assim, privilegia uma certa forma de vida, que é a vida dos proprietários, como se somente eles importassem (SINGER, 2000, pp. 3-6).

Feita essa advertência, observa-se, no caso brasileiro, que o Código Civil não fornece respostas para o que seja a propriedade atual, pois, seguindo o modelo do Código Civil alemão de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), não traz um conceito de propriedade e se limita a descrever os poderes que integram o domínio, conforme se atesta no *caput* do art. 1.228: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Inclusive, o *BGB* foi muito criticado pela doutrina alemã por conceber um modelo estático do direito de propriedade sob as bases de uma só forma de apropriação das coisas pelas pessoas.

Ademais, o art. 1.228 do Código Civil brasileiro prende-se à noção de propriedade de coisas — que são bens corpóreos — e deixa a descoberto a situação jurídica dos bens incorpóreos, como os direitos autorais e a propriedade industrial. Essa omissão ganha destaque crescente, uma vez que, na sociedade tecnológica, a propriedade atrelada a bens de raiz vem cedendo lugar para as riquezas imateriais, que chegam a receber densidade econômico-social muito superior aos bens tangíveis.

Desse modo, a propriedade do Código Civil, ao desprezar outras manifestações jurídicas igualmente importantes, não corresponde àquela projetada no sistema de direito civil, que engloba leis especiais sobre marcas e patentes (Lei 9.279/96), programas de computador (Lei 9.609/98) e direitos autorais (Lei 9.610/98). Outrossim, a concepção unitária de propriedade do art. 1.228 do Código Civil também não guarda correspondência com a pluralidade de modelos possibilitados pela Constituição de 1988. Apesar disso, como destaca Viegas de Lima (2010, p. 16), “em nossas Academias, seguimos ensinando a propriedade tal como a herdamos no início do século passado, calcados sempre na manualística que, por certo, já não consegue explicar todas as facetas da mesma”.

Percebe-se, então, que a adoção de uma postura formalista radicada nas leis não viabiliza a definição dos novos contornos da propriedade na sociedade atual. Tal tarefa demanda a compreensão do presente contexto político, social e cultural, já que a propriedade é uma instituição social, e não uma categoria abstrata de conteúdo fixo. Nesse mesmo entendimento, o professor italiano Stefano Rodotà

(1986, p. 64) caracteriza a propriedade como *il terribile diritto*, dada sua capacidade de mutação e adequação social, que confere plasticidade ao seu conceito.

A plasticidade enquanto característica das relações proprietárias opera mediante a elasticidade do conteúdo do direito de propriedade, que se move dentro de parâmetros situados entre mínimo e máximo, assim agregando novas modelações que lhe permitem incorporar as demandas do mundo atual sem deixar de lado as experiências adquiridas no passado. Em lapidar parágrafo, leciona Viegas de Lima (2010, pp. 37-38):

A elasticidade, prevista no Código Civil, vem a ser a capacidade da propriedade de se modelar e se ajustar em determinados momentos para a constituição de outras modalidades de direitos reais. Sendo, portanto, um direito dotado de plasticidade, permitindo que se ajuste para atingir seus objetivos, podendo ainda sofrer compressão, metaforicamente comparada a um balão de borracha, sem com isto deixar de ser considerada uma verdadeira propriedade.

Enfim, o direito de propriedade, em razão da sua plasticidade, precisa ser pensado e repensado de acordo com o momento histórico e a sociedade em que se insere.

2.1 A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE SOB O PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL

A propriedade do século XXI já não se apoia apenas nas bases lançadas pelos revolucionários franceses de 1789, pois agrega novas noções a essa forma jurídica.

De todo modo, a tarefa de revolver os contornos da propriedade privada no paradigma do Estado Liberal é imprescindível para a compreensão da propriedade atual, tendo em vista que a característica de plasticidade desse direito lhe confere uma carga histórica e filosófica que demanda do jurista a substituição de uma atitude de contemplação teórica por uma nova postura de aproximação das “formas jurídicas” abstratas em relação aos fatos que representam a realidade concreta — a “matéria social”.

É digno de nota que a Revolução Francesa³ fundou a ideologia da modernidade⁴, consagrou os princípios da igualdade formal, da liberdade individual e da propriedade privada, bem como simbolizou o rompimento com os valores vigentes até então, ao dar sentido moderno à noção-conceito de revolução. Essa ruptura é descrita por Vovelle (2012, p. 76):

Os homens da época tinham um sentimento muito vivo de rompimento radical, de ponto sem volta, em referência ao que era então o Antigo Regime, o regime da sociedade de ordens e do absolutismo monárquico. “Abordamos a ilha da liberdade e incendiámos os barcos que nos levaram até ela”, dirá Cambon em 1793.

Assim, os revolucionários franceses derrubaram a “feudalidade” e seu modo de produção⁵ e, em seu lugar, implantaram o Estado Liberal, assentado no absentismo estatal, na valorização da propriedade privada, no individualismo e na proteção ao indivíduo (HUPSEL, 2016, p. 33).

No Estado Liberal, o poder estatal deixa de ser ilimitado como era no Absolutismo, em que o Estado estava personificado no monarca conforme a célebre frase “*L'État c'est moi*”, e passa a encontrar limites nos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, o surgimento de um novo paradigma de Estado pela ação dos revolucionários franceses foi produto da elevação dos direitos fundamentais dos cidadãos ao status de “razão de ser” do aparato estatal mediante a instrumentalização do conceito de direito subjetivo desenvolvido pelos jusnaturalistas (ENTERRIA, 2001, p. 33).

O Jusnaturalismo moderno, também chamado de Jusracionalismo ou Filosofia do Direito Natural, corresponde à Filosofia Natural do século XVII aplicada na área da filosofia moral e política. Cabe recordar que a Filosofia Natural abraçou a

3. O historiador francês Michel Vovelle, ex-presidente da comissão de pesquisa científica da celebração do bicentenário da Revolução Francesa, analisa, com profundidade, a década revolucionária de 1789 a 1799. Como bem observa, a Revolução Francesa representou “uma subversão total, em menos de dez anos, de todo um edifício político, institucional e social de longa data” (VOVELLE, 2012, p. 1).

4. “Se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa” (HOBSBAWM, 2006, p. 83).

5. As causas imediatas e profundas da destruição do Antigo Regime que impulsionaram o movimento revolucionário francês no fim do século XVIII foram muitas: crise institucional (inconclusão do quadro estatal), crise social (declínio, em termos absolutos e relativos, da aristocracia nobiliárquica), crise política (rebeliões do Terceiro Estado — burguesia e grupos populares), crise econômica (disparada dos preços e crises na produção agrícola) e, até mesmo, a personalidade do monarca (VOVELLE, 2012, pp. 10-19).

doutrina metafísica do mecanicismo, por isso concebia que a Natureza era governada por leis físicas a serem formuladas por meio de construções matemáticas radicalmente formais. Nessa esteira, a Filosofia do Direito Natural buscava tornar inteligíveis as leis naturais que governavam o mundo social. Para isso, os jusnaturalistas recorreram a novos conceitos metafísicos em torno da ideia do contrato social que, em nome do direito natural, transfere dos indivíduos para o governo civil a faculdade de agir com o emprego da força. Segundo o professor Marcus Faro de Castro (2012, p. 112):

Ora, os autores da Filosofia Natural haviam transformado o cosmos aristotélico, que era concebido como abrangente de várias “essências” ou “formas”, em uma entidade metafísica, o “mecanismo”, no qual as essências são reduzidas a apenas uma: a matéria, dotada de movimento. De modo comparável, os autores da Filosofia do Direito Natural moderno tomaram a noção de jus dos romanos — que guardava o potencial de ser desenvolvida no sentido de corresponder a múltiplas “essências”, como talvez Cícero tenha querido sugerir em sua *Tópica* — e a transformaram em uma única “essência” ética, um único padrão moral idealizado. O contrato é o acréscimo metafísico, assim como o movimento o é em relação à matéria, na ontologia mecanicista.

Essa base metafísica desapegada da teologia abriu o terreno para a construção de um novo discurso jurídico estruturado em esquemas formais. Desse modo, as “formas jurídicas” eram justificadas mediante uma derivação lógica a partir dos conceitos metafísicos que tornavam inteligíveis as leis naturais regentes da “matéria” social. Nas palavras de Castro (2012, p. 115):

No direito civil moderno, as “formas” jurídicas (propriedade, contrato, posse, usufruto, responsabilidade civil, obrigações etc.) passaram a ser pensadas como necessariamente conectadas por meio de silogismos com a Filosofia do Direito Natural. Isso significava que a justificação das formas jurídicas seria realizada pela via da derivação lógica a partir de uma doutrina metafísica, a que correspondia a Filosofia Natural como um todo, e a Filosofia do Direito Natural em especial, e teria como resultado uma “ontologia do social” estruturada em torno de categorias jurídicas tais como direito das coisas, das pessoas, dos delitos, dos contratos etc. Os diversos setores da realidade prática passariam então a ter uma “forma” ou “natureza jurídica”, com um sentido metafísico definido e estabilizado pelo grande empreendimento intelectual e político que floresceu sob os governos já indicados. A essa “ordem” social metafisicamente fundada serão acrescentadas “penas” (direito penal). Portanto, a ordem será dada pelo direito civil, e sua estabilidade será obtida com a coação da polícia judiciária civil e criminal.

Em vista disso, diante dos problemas da *práxis* social, os juristas harmonizavam as “formas” da *jurisprudencia* romanística e dos costumes com os princípios metafísicos formulados por filósofos jusnaturalistas como Hobbes, Locke,

Pufendorf, Rousseau, Wolff e Kant. Isso se atesta por meio do exame do Código Civil francês de 1804, em que há “em cada um de seus mais de dois mil artigos, o registro dos referenciais normativos (materiais da Codificação de Justiniano, decretos reais, costumes provinciais etc.) incorporados ao texto da nova lei” (CASTRO, 2012, p. 116).

Nesse contexto, a propriedade dos juristas burgueses se apropriou da “forma” da *jurisprudencia* romanística naquilo que lhe era possível harmonizar e adaptar aos princípios metafísicos do Jusnaturalismo. Após ganhar novo fundamento no século XVIII, a propriedade “transformou-se na garantia fundamental de liberdade do cidadão, contra a intervenção do Estado, sob o pálio do contrato social de Rousseau” (LOUREIRO, 2003, p. 9).

Diante disso, a propriedade “liberal” — livre das limitações medievais ao uso e à disposição ou troca — ganhou um fundamento metafísico, sendo colocada no centro do sistema do direito civil de base jusnaturalista. Por conseguinte, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão anunciou a propriedade como “direito natural imprescritível do homem” e lhe conferiu a qualidade de “direito sagrado”. Observa Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, pp. 11-12):

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, em 1789, proclamou a sacralidade da propriedade privada (“Art. 17. Sendo a propriedade um direito sagrado e inviolável...”), tida como exteriorização da pessoa. Emancipada da rigidez estamental da Idade Média, a propriedade privada dos bens econômicos ingressou em circulação contínua, mediante a instrumentalização do contrato. Autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e intemporalidade.

A Igreja Católica encampou essa doutrina, a ponto de o Papa Leão XIII ter lançado a encíclica *Rerum Novarum* com a seguinte posição:

Mas uma condição indispensável para que todas estas vantagens se convertam em realidades, é que a propriedade particular não seja esgotada por um excesso de encargos e de impostos. Não é das leis humanas, mas da natureza, que emana o direito de propriedade individual; a autoridade pública não o pode, pois, abolir; o que ela pode é regular-lhe o uso e conciliá-lo com o bem comum. É por isso que ela age contra a justiça e contra a humanidade quando, sob o nome de impostos, sobrecarrega desmedidamente os bens dos particulares (CARTA, 1891).

Um fenômeno jurídico que se destacou no cenário da modernidade à medida que o Estado reunia mais poderes foi o culto às leis enquanto fonte de direito. A onipresença do Estado, no campo jurídico, refletia-se no monopólio estatal na criação do direito, segundo a concepção monista de origem kelseniana, que “concebe o direito como um sistema normativo fechado, logicamente hierarquizado de forma dedutiva e posto pelo Estado” (FALCÃO, 2008, p. 97), de modo que direito e justiça são confundidos com direito estatal e justiça estatal.

O culto às leis no período moderno foi traduzido por Bobbio como fetichismo legal (BOBBIO, 2014, p. 118). E, como destacou François Ost (2005, p. 271), “a paixão pelas leis só chegaria, contudo, ao sublime, se estas próprias leis pudessem ordenar-se sob a forma do Código”. Esse assumiu uma posição central no direito burguês: “O Código Civil era a ‘verdadeira Constituição’ da nação — sua constituição material, o receptáculo dos valores nos quais ela se reconheceria duradouramente” (OST, 2005, p. 272).

A era das codificações foi a etapa final do projeto jusnaturalista de racionalização do Direito, pois os Códigos eram vistos como sistemas perfeitos e acabados, sem lacunas e autossuficientes. Seu ápice foi alcançado no Estado Liberal do século XIX e ficou marcada pela célebre frase de Napoleão, que bem ilustra a importância que os Códigos tinham naquela época: “Minha verdadeira glória não foi ganhar quarenta batalhas. Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. Mas o que nada apagará, o que viverá eternamente, é o meu Código Civil” (SOUZA, 2004, p. 37). Isso tudo porque os iluministas encontraram, no sistema rígido e fechado dos códigos, a certeza e a segurança jurídica que a nova ordem burguesa exigia, dada sua ojeriza ao julgamento segundo os costumes:

Mas por que razão uma revolução contra a magistratura francesa? Porque o povo não mais aceitava que o direito favorecesse só a nobreza, porque, inexistindo um sistema de legislação nacional, os juizes, sendo locais, sofriam a influência do seu meio, e decidiam no mais das vezes de acordo com a praxe e o costume, evidentemente favoráveis ao *status quo*. E o povo, observando esta situação, bradava que a justiça tardava para os pobres e geralmente favorecia aos ricos e aos nobres, não atendendo os verdadeiros anseios populares. As decisões não seguiam nenhum parâmetro objetivo, imperando o casuísmo, e esse casuísmo invariavelmente contrário à vontade da maioria (LOTUFO, 2003, p. 16).

Logo após a promulgação do Código Civil dos franceses em 1804, os cultores do direito civil ergueram uma corrente de pensamento denominada Escola da Exegese, que até hoje exerce vigorosa influência no ensino e na prática do

Direito. Essa escola da hermenêutica jurídica clássica tem como marca o fetiche da lei e se notabilizou pela visão do juiz como “boca da lei”. Em outras palavras, os comentadores do chamado Código Napoleão compreendiam o processo interpretativo como uma tarefa mecânica realizada por dedução lógica, uma vez que o Código supostamente daria resposta a todas as questões. Noberto Bobbio (1993, p. 242) observou: “a imagem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar”.

Nesse contexto, o papel de intérprete do direito codificado foi apequenado à tarefa de descobrir no texto da lei qual seria a vontade do legislador no caso concreto. Contra essa concepção da Escola da Exegese, vale ressaltar a crítica da civilista Ana Frazão, professora da Universidade de Brasília - UnB (2006, p. 52): “o direito era igualmente visto como um sistema de conceitos articulados e coerentes, não apresentando lacunas. É inequívoca a atitude irreal de tal proposta, que acabava identificando o direito como a vontade do legislador, levando a um extremo positivismo”.

Vale notar que muitos dos mais proeminentes comentadores do chamado Código Napoleão devotaram mais fé à lei do que os próprios legisladores que a fizeram - em sintonia com o adágio popular “ser mais realista que o rei”. Tanto é que o principal integrante da Comissão encarregada de elaborar o Código Civil, Jean-Étienne-Marie Portalis, afirmou em seu discurso de apresentação do projeto do Código ao Conselho de Estado: “*Quoi que l’on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l’usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie*” (PORTALIS, 2004, p. 16). Mesmo assim, os comentadores do Código tiveram “uma visão bem mais estreita: a lei correspondia ao direito e este à lei. Estava fechado o círculo no qual ficou presa a Escola da Exegese francesa”, como observou a professora adjunta da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Lara Menezes Lima (2008, p. 109)

O Código Civil, sob a regência do mito da sua completude, imperava em todas as relações de natureza privada, nelas depositando sua carga egoística de sacralização do patrimônio. Afinal, os ideais iluministas que ditaram o fenômeno das codificações prestigiaram o individualismo exacerbado e a proteção do patrimônio enquanto salvaguardas dos cidadãos frente ao arbítrio das autoridades.

Nesse cenário, assistiu-se ao revigoramento da dicotomia entre o direito público, fundado na Constituição, e o direito privado, centrado no Código. Pois bem: “O Código Civil é o monumento legislativo, é o centro do Direito Civil e o símbolo da história do cidadão francês” (LOTUFO, 2002). Ao tempo em que o Código era onipresente nas relações privadas, os textos constitucionais silenciavam sobre o assunto. Como nota Gustavo Tepedino (2001, p. 2):

Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito.

Nessa visão binária de mundo, os direitos patrimoniais, localizados no centro do sistema jurídico, também eram divididos em duas categorias: direitos reais e obrigações. De um lado, estas só produziam efeitos relativamente às partes, que, mediante mútuo consentimento, formavam um vínculo contratual. Por outro lado, os direitos reais possuíam oponibilidade *erga omnes*, sendo uma garantia da mais ampla exclusividade no livre uso, gozo e disposição do direito por seu titular, imunizando-o contra as investidas de terceiros e, principalmente, contra as intervenções do Estado. Segundo Frazão (2006, p. 58):

O caráter absoluto da propriedade tinha a finalidade de superar os resquícios feudais anteriores, a fim de resguardar o direito do titular e afastar qualquer cogitação de duplo domínio do Estado. Porém, diante do formalismo que caracterizava o direito, especialmente em razão do dogmatismo da Escola da Exegese, a expressão de *la manière plus absolue*, prevista pelo Código Napoleônico em relação à propriedade, tornou-se sinônimo de uma total ausência de limites ao exercício do direito.

No cenário de exaltação das liberdades e da igualdade formal, o viés da propriedade enquanto garantia individual monopolizava o discurso político e o pensamento jurídico, de modo que a própria existência do Estado se justificava na função de garantir a segurança do cidadão e das suas posses, afinal a propriedade tinha o *status* de um dos mais significativos direitos naturais, inatos e inalienáveis do homem.

O Código Civil da Alemanha, conhecido como *BGB*, abraçou a mesma lógica liberal prestigiada pela burguesia francesa. Basta observar seu § 903: “O proprietário de uma coisa pode, sempre que a lei ou o direito de um terceiro não se opuser, dispor da coisa à sua vontade e excluir outros de qualquer intromissão”.

No Brasil, o Código Civil de 1916 foi caudatário das ideias oitocentistas e conferiu prevalência às situações patrimoniais com a construção de um enredo protagonizado pelas figuras do proprietário, do contratante e do marido. Leciona Gustavo Tepedino (2004, p. 2):

O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916.

Enfim, na concepção liberal, o patrimônio era uma garantia necessária para a defesa do indivíduo frente a qualquer intromissão estatal, partindo do pressuposto de que a liberdade só floresce na ausência de dependência econômica em relação ao Estado. Daí a proteção conferida à propriedade privada era tamanha que o exercício desse direito não encontrava limites, nem mesmo quando representava ameaça ao interesse coletivo.

Desse modo, o patrimônio ocupava o centro das preocupações do sistema jurídico, a ponto de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, em 1789, ter rotulado a propriedade como sagrada: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

2.2 A DECADÊNCIA DA PROPRIEDADE "LIBERAL"

No desenrolar do enredo revolucionário francês, o culto à codificação e à patrimonialização do direito civil culminaram na ânsia de os juristas quererem aplicar o direito objetivo, pretensamente perfeito e acabado, mediante um raciocínio lógico-formal que buscava dar respostas a todos os problemas a partir do Código Civil.

Porém, o edifício conceitual meticulosamente construído pela dogmática sucumbiu diante da nova realidade do pós-guerra e da derrocada dos regimes totalitários na Europa. A Itália é um retrato fiel desse período de transições. O Código Civil italiano de 1942 foi tecido durante o fascismo de Mussolini e era voltado para a propriedade e a produtividade em benefício do Estado. Assim, o Código – que era o centro do Direito Civil – não fazia qualquer referência ao valor fundamental do ser humano. Por sua vez, a Constituição de 1947 foi uma das conquistas do processo de reconstrução da democracia italiana após a derrubada do fascismo, tendo sido elaborada com ampla participação social em torno do valor central do pleno desenvolvimento da pessoa humana – *pieno sviluppo della persona umana*.

Diante do descompasso entre os valores do Código Civil e da Constituição italianos, a doutrina passou a buscar formas de deslocar o eixo do direito privado a fim de que o centro irradiador de valores deixasse de ser o Código Civil e passasse a ser a Constituição democrática. A solução encontrada para tanto consistiu na releitura do Código à luz do novo enfoque constitucional e resultou na elaboração de obras-primas que circularam mundo afora, dando o impulso inicial ao desenvolvimento da corrente de pensamento que, no Brasil, seria chamada de Direito Civil-Constitucional.

Nesse quadro, os Códigos foram dessacralizados e foi dada largada à era da descodificação. O mestre italiano Natalino Irti, em seu clássico *L'età della decodificazione* (1989), publicado inicialmente em 1978, analisou o fenômeno da progressiva erosão do Código Civil, que cada vez ficava mais à margem do núcleo do sistema enquanto assistia à proliferação de leis especiais. De igual modo, o professor Pietro Perlingieri, em uma de suas obras mais divulgadas *Perfis do Direito Civil* (1999), buscou superar a herança fascista do Código Civil italiano de 1942 com a elaboração de uma teoria para retirá-lo do centro do Direito Civil, de sorte a enfocar todo o direito privado a partir da nova Constituição democrática.

Nesse novo processo hermenêutico abraçado pela Escola do Direito Civil-Constitucional, o ponto de partida deve se localizar na Constituição e na ordem de valores que ela espelha. É digno de nota que, à luz desses novos modelos e paradigmas, a exaltação dos valores, princípios e regras consagrados na Constituição afastou definitivamente o Código Civil do centro do direito privado e colocou a Constituição nessa posição. Isso exige uma mudança de postura do jurista, que agora deve interpretar e aplicar o Código Civil de acordo com a Constituição e não a Constituição de acordo com o Código, como ocorria e ainda ocorre com frequência (LÔBO, 1999, p. 100).

Tal mudança repercutiu nos contornos dos principais institutos do direito privado: o contrato e a propriedade. Vale lembrar que, no apogeu do paradigma do Estado Liberal, os dois compunham os pilares da liberdade clássica e deviam ser protegidos de forma absoluta, pois o fim de toda associação política era a conservação do direito natural e imprescritível à liberdade. Segundo as lições de Paulo Lôbo (2003, p. 11):

No Estado liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãos siamesas.

Na sociedade brasileira contemporânea, esse modo de ver e compreender as relações dos homens com as coisas, apesar de superado, ainda encontra eco em discursos instrumentalizados pela ideologia do livre mercado. De qualquer modo, tal visão não encontra nenhum amparo jurídico na sociedade contemporânea, haja vista que, na tábua dos valores entronizados pelo neoconstitucionalismo, há acolhida da propriedade funcionalizada, apenas.

Isso porque o paradigma do Estado Social nasceu da tentativa de conciliar o modo de produção capitalista com o bem-estar da sociedade mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração. Nesse sentido, o Estado Social representou a derrocada do excessivo individualismo liberal e levou à funcionalização dos direitos subjetivos (FRAZÃO, 2006).

No atual Estado Democrático de Direito, anunciado pelo art. 1º da Constituição Federal, a funcionalização dos direitos cumpre a missão de ligar a propriedade ao princípio estruturante da dignidade da pessoa humana. Segundo Frazão (2011, p. 190):

O princípio da função social, expressamente reconhecido pela Constituição Federal (art. 5º, XXIII e art. 170, caput), não pode ter outra finalidade senão a de estabelecer o compromisso da propriedade e da empresa com a dignidade, ressaltando os deveres que resultam para o proprietário e para o empresário.

Ao buscar a conciliação da liberdade com a igualdade pela via da democracia, o Estado Democrático de Direito adota como pilar a autonomia de cada cidadão na realização do seu projeto de vida, desde que não haja incompatibilidade entre este e os projetos de vida diferentes idealizados pelos demais indivíduos que integram a sociedade plural. Nessa esteira, a justiça social se impõe, pois “o mero reconhecimento das liberdades formais não é suficiente para assegurar que as pessoas realizem os seus projetos de vida, pois estes dependem de uma certa quantidade de recursos materiais” (FRAZÃO, 2011, p. 185).

À propósito, a constitucionalização do direito privado vem submetendo a propriedade e o contrato a uma profunda releitura compromissada com a promoção da dignidade da pessoa humana e a repersonalização do direito civil. O professor Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que “a restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais” (LÔBO, 1995, p. 40).

Diante disso, o foco do direito privado deslocou-se dos direitos patrimoniais para os direitos da personalidade, e as estruturas jurídicas tradicionalmente concebidas para a propriedade e o contrato tornaram-se incompatíveis com as novas funções que tais institutos devem desempenhar (PERLINGIERI, 1999). Nessa vereda, a professora Roberta Maia afirma que “tanto o regime das titularidades quanto o das relações contratuais possuem, atualmente, um perfil funcional, que transformou por completo a estrutura dos dois principais pilares do direito privado: a propriedade e o contrato” (MAIA, 2013, p. 23).

Da mesma forma, a divisão dos direitos patrimoniais entre obrigações e direitos reais “envelheceu” (GIORGIANNI, 1968, p. 748). Teixeira de Freitas (2003, p. LXII) afirmou que o sistema de Direito Civil repousava na distinção entre direitos reais e pessoais. Na atualidade, não é mais assim. A classificação que importa é entre direitos existenciais e patrimoniais, sendo que os valores existenciais predominam sobre o patrimônio. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 1993, p. 9):

Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bem em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O art. 182, relativamente à política de desenvolvimento urbano, afirma que esta tem por objetivo garantir o bem-estar dos habitantes das cidades. E, no mesmo sentido, os arts. 184, 186 e 192 da CF. Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais.

No âmbito dos direitos reais, o descolamento entre a teoria e a realidade foi ainda maior, a ponto de civilistas apontarem que as velhas características atribuídas a esses direitos, além de não encontrarem correspondência com os problemas atuais, chegam a afastar estudiosos. Há mais de cinquenta anos, o português José de Oliveira Ascensão detectou tal círculo vicioso: “O Direito das Coisas, porque vai definhando, não desperta a atenção dos estudiosos; e, como não desperta a atenção dos estudiosos, não se renova” (ASCENSÃO, 1968, p. 13).

Nesse contexto de irradiação dos valores constitucionais para os demais ramos do Direito, a compreensão do instituto da propriedade como direito subjetivo voltado à satisfação de interesses individuais cedeu espaço para a propriedade enquanto situação jurídica subjetiva complexa, envolvendo não só os interesses dos proprietários como também dos não proprietários (PERLINGIERI, 1999, p. 221).

Entretanto, a preocupação desmedida com o social não pode ofuscar garantias constitucionais. Há casos em que flagrantemente o exercício de atos administrativos em nome do interesse público, em verdade, oculta interesses escusos e menores, que não devem receber a acolhida do sistema jurídico. Como exemplo de tal situação, pode ser citada a tentativa de desapropriação da residência do empresário Abram Szajman pelo então Prefeito de São Paulo, Jânio Quadros, no fim da década de 80, em represália aos protestos liderados pelo empresário contra o aumento do valor do IPTU em 2.000% (LIMA, 1997, p. 60).

Em outros casos, todavia, não fica patente o desvirtuamento da função social da propriedade para outros fins, exigindo-se uma análise mais detida da realidade concreta pelo intérprete. Esse é o risco do apego a uma única categoria de elevada generalização e abstração na tentativa de, a partir dela, derivar a

conformação a ser dada à propriedade atual. Diante disso, o método de subsunção de um conteúdo abstrato a um caso concreto deve ser substituído por uma aplicação do direito que tenha como ponto de partida os fatos, considerando-os como realidades que justificam a prevalência de certos interesses no exercício de um juízo de ponderação entre os valores colidentes. Inclusive, uma vez alteradas as circunstâncias fáticas, o sopesamento entre os mesmos valores colidentes pode receber outra solução.

Sendo assim, a impregnação do direito de propriedade com uma função social mal-entendida como um conteúdo ideológico abstrato, geral e pretensamente imutável não é condição necessária e suficiente para a modelagem da propriedade na contemporaneidade. A função social deve ser construída a partir da análise do caso concreto mediante a ponderação entre os interesses que colidem na relação jurídica complexa que é a propriedade. Na estruturação de um método racional para a aplicação da principiologia constitucional está a garantia do indivíduo contra intromissões indevidas de terceiros ou do Estado no conteúdo mínimo do seu direito fundamental à propriedade, como se verá mais detidamente no item 3.3 deste trabalho.

Por tais vias, desenrolou-se o enredo da propriedade na modernidade. Seu esplendor está na consolidação da propriedade “liberal” enquanto direito natural, sagrado e imprescritível do homem, nos moldes do direito burguês resultante da absorção da “forma” romanística combinada com o acréscimo de um conteúdo metafísico extraído por derivação lógica dos primeiros princípios formulados pelos filósofos jusnaturalistas. Seu apagar está no desmoronamento do Estado Liberal e no estremecimento dos seus pilares no mundo jurídico, como aconteceu com a concepção monista do direito que lhe reduzia às leis e aos códigos sob a regência dos dogmas da unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2014).

3 A MODELAGEM ATUAL DA PROPRIEDADE NO QUADRANTE JURÍDICO

O capítulo inaugural apresentou o enredo que levou da consolidação à decadência da propriedade “liberal” enquanto combinação entre as “formas” da *jurisprudencia* romanística e o agregado metafísico elaborado pelos jusnaturalistas. Essa passagem da propriedade *plena in re potestas* para a propriedade funcionalidade pode ser bem sintetizada nas palavras do jurista e romancista Eros Roberto Grau (2003, p. 667):

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer.

Após a compreensão dos marcos históricos e filosóficos relacionados à propriedade privada “liberal”, não basta concluir pela sua incompatibilidade com a sociedade atual. O presente trabalho não pode se estruturar em torno da desconstrução dos conceitos do passado e nada propor em seu lugar. Esse é o norte deste capítulo, que busca estabelecer os novos contornos jurídicos das relações proprietárias na sociedade contemporânea sob a perspectiva da Escola do Direito Civil-Constitucional.

Considera-se a hipótese de que a Escola do Direito Civil-Constitucional ofereceu respostas efetivas para muitos problemas emergentes da nova realidade social brasileira no período da redemocratização. Essa conclusão deriva da percepção de que a constitucionalização do direito privado se insere no movimento do neoconstitucionalismo – um novo paradigma da teoria jurídica que gerou rupturas profundas na hermenêutica e na aplicação do direito brasileiro em razão, principalmente, da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Sua elaboração teórica forneceu técnicas para a superação das colisões entre princípios no contexto da separação entre regras e princípios proposta por Ronald Dworkin.

Com efeito, após séculos de elaboração doutrinária, a dogmática tradicional adquiriu exímia habilidade para a solução de conflitos entre regras. Contudo, diante da profusão de princípios na nova ordem constitucional, percebeu-se que a civilística não oferecia os instrumentais adequados para a superação das

colisões entre os valores constitucionais que passaram a reverberar no direito privado e, quando aplicados isoladamente, levavam a soluções opostas.

Isso ficava notório na aplicação do princípio da função social da propriedade. Os impactos potenciais da funcionalização da propriedade sobre os direitos dos proprietários eram até reconhecidos, mas a doutrina os desenvolvia de forma tão abstrata e generalizante que resultava na desconsideração da função social na vida prática, salvo quando houvesse norma infraconstitucional expressa para intermediar a aplicação desse princípio constitucional nos casos concretos. Esse estado de coisas foi superado pelo Direito Civil-Constitucional na medida em que os princípios constitucionais ganharam efetividade independentemente de intermediação legal, abrindo espaço para a aplicação da metodologia proposta por Robert Alexy.

Além disso, a constitucionalização do direito privado provocou a irradiação de valores constitucionais sobre o sistema civil e, desse modo, levou a uma releitura das situações jurídicas reais em prol da repersonalização do direito. Foi o que ocorreu com o princípio do *numerus clausus* ou da taxatividade dos direitos reais.

Sendo assim, há dois eixos que permitem problematizar se a Escola do Direito Civil-Constitucional tem oferecido “formas” para o enfrentamento de novas matérias da realidade social, antes inexploradas pela dogmática tradicional.

De um lado, pode ser discutido os resultados práticos da aplicação da técnica da ponderação de Alexy para a modelagem da propriedade funcionalizada no caso concreto. Isso será feito no item 3.3, após a apresentação do novo paradigma do “neoconstitucionalismo” no item 3.1 e do papel da função social para a ressignificação da propriedade no item 3.2.

Por outro lado, pode ser estudado em que medida a releitura dos institutos do direito privado tem repercutido na potencialização do pensamento jurídico em direção à mudança social. Levando em consideração a amplitude desse objeto de pesquisa, propõe-se um recorte temático que enfatize a releitura de um princípio central no Direito das Coisas, qual seja, o princípio do *numerus clausus* ou da taxatividade dos direitos reais. Logo, será discutido, no item 3.4, como essa nova percepção do *numerus clausus* repercute no entendimento da multipropriedade imobiliária – uma forma de promoção do acesso ao direito de propriedade em zonas turísticas.

3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO SOB O PARADIGMA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Historicamente, a expressão “neoconstitucionalismo” se fez presente nos debates jurídicos desenvolvidos na Espanha e na Itália, tendo se propagado no Brasil a partir da ampla repercussão da obra “Neoconstitucionalismo (s)”, uma coletânea sob organização do jurista mexicano Miguel Carbonell (2003).

A conceituação do que seja esse novo paradigma na teoria jurídica apresenta-se como difícil tarefa devido à amplitude do leque de posições jusfilosóficas dos juristas que se apresentam como neoconstitucionalistas, bem como dos autores que lhes servem de base teórica. O constitucionalista Daniel Sarmento, PhD na Yale Law School, ressalta que:

Os adeptos do neoconstitucionalismo se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. [...] Há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas (SARMENTO, 2013, p. 75).

Porém, em meio a essa pluralidade de ideias e visões que recebem o rótulo de neoconstitucionalismo, há um conteúdo-base compartilhado pelos juristas que se filiam a esse novo paradigma⁶. Para Sarmento (2013, p. 112), a base do neoconstitucionalismo se apresenta como “uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso”; “uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e

6. No Brasil, conforme levantamento de Sarmento (2013, pp. 91-92), são declaradamente neoconstitucionalistas: Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Paulo Ricardo Schier, Eduardo Moreira, Écio Otto Ramos Duarte e Thomas Rosa de Bustamante. Por sua vez, são críticos do neoconstitucionalismo: José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis e Humberto Ávila.

promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia”; e “uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo”.

O neoconstitucionalismo é produto de fenômenos que se desenrolaram na Europa Ocidental no segundo pós-guerra e, tempos depois, encontraram eco no Terceiro Mundo. Diante do fim da Segunda Guerra Mundial e das ditaduras de direita, primeiramente, na Alemanha e na Itália, e, posteriormente, na Espanha e em Portugal, a crença nas leis restou fortemente abalada. Percebeu-se que o exercício do poder pelas maiorias políticas poderia resultar em atrocidades, como as praticadas pelo nazismo, e que os direitos fundamentais estariam ameaçados se não fossem impostos limites à atuação das maiorias ocasionais que se formam no âmbito do Poder Legislativo. Para tanto, as novas Constituições inovaram tanto na criação ou fortalecimento da jurisdição constitucional quanto na regulação de temas que antes eram deixados a critério da vontade das maiorias parlamentares.

Nesse contexto, o Poder Judiciário ganhou protagonismo na dinâmica institucional, seja pela invalidação de leis por meio da jurisdição constitucional, seja pela relevância dos tribunais na construção dos sentidos das normas constitucionais, que, por essência, são princípios semanticamente abertos e indeterminados⁷. Por conseguinte, novas técnicas hermenêuticas — como a técnica da ponderação destrinchada por Robert Alexy (2008) — precisaram ser desenvolvidas para a superação da colisão entre esses princípios, haja vista que a subsunção aplicada nos casos de antinomias entre regras não oferecia respostas para o problema de princípios colidentes.

Dessa maneira, preparou-se o terreno para a ampla participação da Moral na argumentação jurídica, pois os princípios constitucionais, agora dotados de força normativa⁸, carregam elevada carga axiológica, e essa abre as portas para o

7. Sarmiento (2013, pp. 80-81) observa que “no constitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência”.

8. Antes os princípios constitucionais não tinham efetividade na *práxis* social. Para demonstrar isso, recorre-se à lapidar exemplificação de Sarmiento (2013, pp. 85-86): “a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio

intérprete atravessar as fronteiras entre o Direito e a Moral em busca da solução mais justa para o caso concreto. Então, surgem decisões judiciais que afastam a aplicação de regras jurídicas formalmente existentes e válidas a fim de equacionarem controvérsias jurídicas com base em princípios constitucionais que entronizam valores morais, tais como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

No Brasil, a recepção do neoconstitucionalismo teve como marco a Constituição de 1988 e, segundo Sarmiento (2013, p. 87), pode ser dividida em dois momentos: o “constitucionalismo brasileiro da efetividade” e o pós-positivismo constitucional.

Em um primeiro momento, no “constitucionalismo brasileiro da efetividade”, tem-se a defesa da aplicação direta das normas constitucionais sem que haja prévia intermediação legislativa. A Constituição deixa de ser um repositório de promessas e se torna um instrumento para a emancipação humana mediante a irradiação dos direitos fundamentais.

Em um segundo momento, no pós-positivismo constitucional inaugurado mais tardiamente em meados da década de 90, houve a incorporação das teorias pós-positivistas na doutrina brasileira, seja pela propagação da teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy por juristas como Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau,⁹ seja pelo estudo das relações entre Direito, Moral e Política sob a ótica de John Rawls e Jürgen Habermas no âmbito de alguns Programas de Pós-Graduação em Direito.

No pós-positivismo constitucional, quase todas as atenções ficaram voltadas para o estudo dos direitos fundamentais e de temas relativos aos princípios constitucionais (teoria dos princípios, técnica da ponderação de interesses, princípio da proporcionalidade e teorias da argumentação jurídica). Com isso, outros ramos

universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nessa última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas”.

9. Para a difusão inicial das teorias pós-positivistas no Brasil, tiveram destacada relevância as obras “Curso de Direito Civil Constitucional” de Paulo Bonavides e “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” de Eros Roberto Grau.

do Direito se apropriam dessas noções e procedem à releitura dos seus institutos tradicionais a partir das normas e valores constitucionais.

No campo do direito privado, essa nova racionalidade vem sendo desenvolvida desde os idos da década de 90 por Gustavo Tepedino, Paulo Luiz Netto Lôbo, Luiz Edson Fachin, Frederico Henrique Viegas de Lima, Maria Celina Bodin de Moraes e Anderson Schreiber, entre outros. Essa corrente de ideias se tornou conhecida como a Escola do Direito Civil-Constitucional e sua principal referência estrangeira foi o citado jurista italiano Pietro Perlingieri. Nesse sentido:

Os civilistas vão, portanto, afirmar a existência de uma “constitucionalização” (ou “publicização”) do Direito Civil, marcado principalmente pela “despatrimonialização” — isto é, a “repersonalização através do resgate da dignidade da pessoa humana como elemento primordial de proteção em detrimento do patrimônio (FERNANDES, 2011, p. 1038).

Enfim, o fenômeno da constitucionalização do direito privado encontra guarida em duas frentes: uma consistente nas disposições constitucionais que entronizaram disciplinas civis no mais elevado plano normativo; outra radicada no forte impulso do novo paradigma do neoconstitucionalismo que intensificou a irradiação de valores constitucionais para todo o sistema civil.

Ademais, é inegável que a constitucionalização do direito privado agudizou o fenômeno de funcionalização dos direitos patrimoniais, transformando de vez a estrutura jurídica tradicionalmente consagrada. Consequentemente, restou consolidada a lição de Pietro Perlingieri, que, na sua obra-prima *Perfis do Direito Civil* republicada em 1999, sintetizou: “*Em toda noção jurídica encontra-se uma estrutura e uma função*”.

Utilizando essa premissa para destrinchar o instituto da propriedade, Gustavo Tepedino (1989) conclui que a estrutura do direito subjetivo do qual o proprietário é titular tem dois aspectos: o interno ou econômico (faculdades de usar, fruir e dispor) e o externo (faculdade de excluir interferências alheias sobre o livre exercício do poder sobre a coisa). Somente com eles a dogmática tradicional preocupava-se. Agora, também se reconhece o aspecto funcional, que consiste no caráter dinâmico atribuído à propriedade, ou seja, no papel que ela desempenha no mundo jurídico e econômico.

3.2 A FUNÇÃO SOCIAL ENQUANTO BASE PARA A COMPREENSÃO DA PROPRIEDADE PELA ESCOLA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Na ótica do Direito Civil-Constitucional, a Constituição passou a ser o centro irradiador de princípios e valores para o direito privado. Saiu de cena o paradigma individualista que, no resplendor do liberalismo, resultou na elevação dos direitos patrimoniais ao ápice das preocupações do direito privado (FRAZÃO, 2011). Em seu lugar, a dignidade da pessoa humana ganhou protagonismo, fazendo com que o patrimônio só encontrasse guarida no ordenamento jurídico quando servisse de “justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa” (PERLINGIERI, 1999, p. 23). Assim, a Constituição assumiu um papel protagonista, passando a atuar como elemento central e agregador do direito civil.

Contudo, parece que muitos civilistas não se deram conta dos novos ventos da constitucionalização do direito privado e, conseqüentemente, da necessidade de submeter o estudo da propriedade a uma reorientação de valores e prioridades. Esse é o papel que a Escola de Direito Civil-Constitucional busca cumprir. E a chave para o enquadramento da propriedade na perspectiva civil-constitucional é sua funcionalização para o atendimento dos interesses da sociedade. Ensina Roberta Maia (2013, p. 68):

A função social irá atuar como uma espécie de guarda-chuva, a servir de abrigo — sobretudo no âmbito das relações privadas — aos valores e objetivos prioritariamente eleitos pelo legislador constituinte, tais como: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a solidariedade social, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Desse modo, a Escola do Direito Civil-Constitucional representou a ruptura com a compreensão do direito de propriedade enquanto garantia absoluta na medida em que o Direito Civil passou a ser visto sob um olhar constitucional que destaca e valora a destinação dada aos bens.

É digno de nota que a Constituição Federal de 1988, aclamada como Constituição Cidadã, encarta a propriedade no seu bloco de direitos e garantias fundamentais. De início, a leitura do art. 5º, *caput*, não desvela nenhuma inovação, ao estampar a propriedade como uma garantia atribuída a todos, brasileiros ou não, emparedando-a ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança.

Nesse ponto, a Constituição Imperial de 1824, de matriz liberal, já trazia a propriedade como uma garantia absoluta que conferia ao seu titular o exercício ilimitado das faculdades que lhe são inerentes. Ela expressamente dispunha: “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude” (BRASIL, 1824).

Contudo, essa percepção preliminar é míope, pois os contornos do direito de propriedade sofreram profundas alterações sob a égide da Constituição de 1988. Como ponto de partida, o artigo inaugural da Constituição Cidadã traz a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil, de sorte que a criação e a aplicação do direito devem fiel observância a essas diretrizes fundantes da ordem constitucional.

Essa nova ordem de valores se espraiava para a propriedade, exigindo a releitura desse direito a partir de um debate não monopolizado pelas estruturas, mas, sim, a partir de um olhar que privilegie as funcionalidades inerentes ao uso das coisas. Em vez da estrutura, sobressai a função. Tal ocorre porque a propriedade deixa de ser um fim em si mesmo e se torna um instrumento para a promoção do valor fundamental do ser humano.

A proteção da situação jurídica do proprietário passa a se justificar no uso dos bens segundo suas funcionalidades econômicas e sociais, uma vez que o exercício do direito de propriedade por seu titular deve gerar uma maior utilidade a toda a coletividade, e não apenas ao sujeito que o exerce com exclusividade. Por isso, o art. 5º, XXIII, da Constituição, impõe a propriedade funcionalizada: “a propriedade atenderá a sua função social”.

No Brasil, a expressão função social da propriedade foi empregada pela primeira vez na Constituição de 1967 enquanto princípio da ordem econômica, apesar de a Constituição de 1934 já ter impedido o exercício do direito de propriedade contra o interesse social: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. No plano legal, em 1976, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76) previu expressamente, em seu art. 154, a função social da empresa: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

Na Constituição Cidadã, a ordem econômica constitucional é tributária da função social da propriedade na dicção expressa do art. 170, III. Assim, o livre exercício da atividade econômica requer a proteção do patrimônio privado, mas essa só pode se materializar caso haja a funcionalização econômica e social do direito para além dos interesses egoísticos do proprietário. E mais, a legitimidade de qualquer atividade econômica está condicionada à realização da dignidade humana, tendo em vista que a ordem econômica está orientada para o fim de garantir uma vida digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170).

Além da função social dos bens de produção, a Constituição de 1988 estabelece a funcionalização da propriedade imobiliária rural e urbana.

A função rural é qualificada em seu art. 186 mediante o atendimento simultâneo dos seguintes requisitos: (1) aproveitamento racional e adequado; (2) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (3) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e (4) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Por sua vez, a função social da propriedade urbana é qualificada pela sua adequação às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor — instrumento da política urbana obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes —, nos termos do art. 183, § 2º, da Constituição.

A noção de propriedade urbana funcionalizada, vista pela perspectiva civil-constitucional, repercute sobre a situação jurídica dos titulares de imóveis urbanos em todas as dimensões do direito administrativo, civil e tributário.

Em matéria de direito administrativo, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a declaração da usucapião especial urbana em favor daquele que preenche os requisitos do art. 183 da Constituição deve ser implementada, independentemente de a área do imóvel ser inferior ao módulo mínimo do lote urbano segundo as normas urbanísticas municipais. Tal ocorre em homenagem ao princípio da função social da propriedade urbana, que vem em socorro à pretensão daquele que, atendendo aos requisitos do citado art. 183, agrega ao uso do imóvel alguma funcionalidade. A ementa do acórdão ficou assim:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Usucapião especial urbana. Interessados que preenchem todos os requisitos exigidos pelo art. 183 da Constituição Federal. Pedido indeferido com fundamento em exigência supostamente imposta pelo plano diretor do município em que localizado o imóvel. Impossibilidade. A usucapião especial urbana tem raiz constitucional

e seu implemento não pode ser obstado com fundamento em norma hierarquicamente inferior ou em interpretação que afaste a eficácia do direito constitucionalmente assegurado. Recurso provido.

1. Módulo mínimo do lote urbano municipal fixado como área de 360 m². Pretensão da parte autora de usucapir porção de 225 m², destacada de um todo maior, dividida em comosse.

2. Não é o caso de declaração de inconstitucionalidade de norma municipal.

3. Tese aprovada: preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).

4. Recurso extraordinário provido.

(RE 422349, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-153 DIVULG 04-08-2015 PUBLIC 05-08-2015)

Na seara cível, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF/DF assentou a ineficácia de cláusula contratual que fixava uma obrigação de construir a ser cumprida pelo adquirente no prazo de 76 meses sob pena de multa mensal de 0,5% do valor do imóvel. Decidiu dessa maneira em razão da superveniência da Resolução nº 211/06 da Companhia Imobiliária de Brasília - Terracap, que aboliu tal previsão contratual. Contudo, no mesmo julgado, o referido Tribunal assentou a eficácia dessa cláusula nos casos em que houver a configuração de retenção especulativa, levando em conta a exigência de funcionalização da propriedade urbana. Nesse sentido:

CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - INEFICÁCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL - OBRIGAÇÃO DE CONSTRUIR - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA - INEXISTÊNCIA DE AÇÃO ESPECULATIVA - RESOLUÇÃO Nº 211/06 DA TERRACAP.

A obrigação de construir inserida em contratos de compra e venda de imóveis da Terracap visa evitar a ação especulativa dos adquirentes. Inexistente esse propósito, não se justifica a previsão dessa cláusula, tendo em vista a observância da função da propriedade urbana.

(Acórdão n.385169, 20080110396779APC, Relator: SÉRGIO BITTENCOURT, Revisor: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/10/2009, Publicado no DJE: 03/11/2009. Pág.: 181)

Em matéria tributária, vale mencionar a decisão do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual o proprietário tem o dever de pagar o Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU sobre toda a área do seu imóvel, até mesmo quando parte desse tiver sido declarada como Área de Preservação Permanente - APP e nela também incidir limitação administrativa de proibição para construir. Pois bem, o proprietário, apesar de ter sido impedido de construir em parte do seu imóvel, deve suportar o ônus de pagar o tributo devido sobre toda a área que possui, pois a propriedade, além de atender os interesses do seu titular, deve ainda cumprir sua função socioambiental. No entender da Corte:

DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IPTU SOBRE IMÓVEL PARCIALMENTE SITUADO EM APP COM NOTA NON AEDIFICANDI.

O fato de parte de um imóvel urbano ter sido declarada como Área de Preservação Permanente (APP) e, além disso, sofrer restrição administrativa consistente na proibição de construir (nota *non aedificandi*) não impede a incidência de IPTU sobre toda a área do imóvel. Nos termos da jurisprudência do STJ, "A restrição à utilização da propriedade referente a área de preservação permanente em parte de imóvel urbano (loteamento) não afasta a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, uma vez que o fato gerador da exação permanece íntegro, qual seja, a propriedade localizada na zona urbana do município. Cuida-se de um ônus a ser suportado, o que não gera o cerceamento total da disposição, utilização ou alienação da propriedade, como ocorre, por exemplo, nas desapropriações." (REsp 1.128.981-SP, Primeira Turma, DJe 25/3/2010). O fato de parte do imóvel ser considerada como área *non aedificandi* (área com restrições legais ou contratuais onde não é permitido construir) não afasta o referido entendimento, pois não há perda da propriedade, mas apenas restrições de uso, a fim de viabilizar que a propriedade atenda à sua verdadeira função social. Logo, se o fato gerador do IPTU, conforme o disposto no art. 32 do CTN, é a propriedade de imóvel urbano, a simples limitação administrativa de proibição para construir não impede a sua configuração. Ademais, não há lei que preveja isenção tributária para a situação analisada, conforme a exigência dos arts. 150, § 6º, da CF e 176 do CTN. (AgRg no REsp 1.469.057-AC, Segunda Turma, DJe 20/10/2014). REsp 1.482.184-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17/3/2015, DJe 24/3/2015).

Todas essas disposições constitucionais reforçam que a Constituição Cidadã de 1988 abraça o paradigma do Estado Democrático de Direito e condiciona o exercício de direitos privados à noção de função social com vistas à realização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Como resultado do reconhecimento da propriedade funcionalizada, não há mais espaço para a noção de propriedade moderna no formato concebido pelos teóricos iluministas, que despejaram a ideologia liberal-individualista em todas suas formulações. Afinal, "a atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade" (MORAES, 1993, p. 13). Por essas razões, a função social é base fundamental para a compreensão dos novos contornos da propriedade.

3.3 A COMPATIBILIZAÇÃO DOS ASPECTOS INDIVIDUAL E COLETIVO DA PROPRIEDADE POR MEIO DA PONDERAÇÃO: POSSIBILIDADES E RISCOS

A propriedade constitucionalizada orientada a uma funcionalidade econômica e social é uma realidade concreta que assim deve ser absorvida e compreendida pelos juristas. A consolidação da ideia de função social da propriedade fez emergir a necessidade de a doutrina buscar formas para a compatibilização entre o aspecto individual e o aspecto funcional da propriedade.

Nesse debate, os juristas italianos ganharam protagonismo ao desenvolverem seus estudos sobre a temática em razão do uso distorcido da função social da propriedade pelo regime fascista, o qual alimentou a confusão entre o interesse social e o interesse do Estado. Segundo Isabel Vaz (1993): “os caminhos percorridos pelo Fascismo na Itália passaram pela adoção de restrições à liberdade política e à iniciativa privada, predominando, sobre qualquer motivação social, as finalidades de fortalecimento do Estado”.

Nessa toada, a doutrina italiana desenvolveu o entendimento de que a função social não se limitava a impedir que o proprietário adotasse condutas antissociais, pois ela não era apenas um freio ao exercício do direito de propriedade. Perlingieri (1999) sustentou que a função social também obrigava o proprietário a utilizar seus bens em favor dos interesses da sociedade. Essa concepção italiana sobre a função social foi acolhida, progressivamente, pela doutrina brasileira, como se vê na obra de Eros Roberto Grau (2001, p. 269): “a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos — prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer — ao detentor do poder que deflui da propriedade”.

Com efeito, a função social não se reduz a mera limitação negativa do direito de propriedade, mas representa uma alteração na própria substância conceitual da propriedade. O constitucionalista da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 308), assim leciona:

A função social da propriedade é elemento integrador do conceito de propriedade como objeto constitutivo do mesmo, não se confundindo com os elementos limitadores do direito de propriedade. Isto é, não poderá ser juridicamente considerado proprietário aquele que não der ao bem uma destinação compatível e harmoniosa com o interesse público. Logo, é muito

mais que o estabelecimento de limitação ao exercício do bem, fixando condutas que podem, até mesmo, colidir com os interesses do proprietário, mas que se não atendidas, desnaturam a própria condição do mesmo.

Nesse ponto, localiza-se a discussão sobre a compatibilização entre o aspecto individual da propriedade enquanto direito subjetivo e seu aspecto funcional que impõe ao proprietário obrigações positivas em favor da coletividade.

Perlingieri (1999) busca superar esse impasse por meio da alteração da natureza jurídica da propriedade, defendendo que ela deixou de ser um direito subjetivo e se tornou uma situação subjetiva complexa que engloba prerrogativas e faculdades em prol do proprietário, bem como limites e obrigações positivas em favor da sociedade. No direito português, Moncada (2000, p. 126) comunga do mesmo entendimento de que a propriedade é “uma situação jurídica complexa, activa e passiva, de conteúdo variável em função do objecto sobre que incide e do titular respectivo”.

No Brasil, merece destaque o trabalho “A propriedade como relação jurídica complexa”, de Francisco Eduardo Loureiro, desenvolvido sob a orientação de Renan Lotufo. Segundo o autor, a propriedade deixou de ser um puro direito subjetivo para ser compreendida como um centro de interesses a ser cotejado com outros centros de interesses não proprietários e igualmente dignos de tutela pelo ordenamento. Pois bem, a propriedade é uma relação jurídica complexa em que várias relações se entrelaçam e criam uma gama de direitos e deveres entre as partes. Nas palavras de Loureiro (2003, p. 45):

Não se nega, portanto, que a propriedade — como relação complexa — contém inúmeros direitos subjetivos, mas não se pode simplesmente reduzi-la a mero direito subjetivo, diante da ocorrência de potencial desvantagem do proprietário frente a terceiros não proprietários (o que a doutrina tradicional denomina de limites, ônus e obrigações).

A construção do conceito da propriedade como relação jurídica complexa, ativa e passiva, que reúne um feixe de poderes e deveres na figura do proprietário para o alcance de sua função social parece ser uma alternativa para a superação da aparente antinomia¹⁰ levantada pela doutrina tradicional entre a propriedade como direito subjetivo e a propriedade-função. Por isso, Loureiro (2003, p. 52) prefere

10. A antinomia entre direito subjetivo e função social é aparente, pois, conforme destaca Frazão (2006, p. 125): “ao invés de se tentar entender o direito subjetivo no Estado social com um conceito liberal, há de se buscar uma outra definição que se ajuste ao novo paradigma. [...] a partir do momento em que o direito subjetivo deixa de ser visto como absoluto e arbitrário, desaparece a contradição entre propriedade privada e função social”.

definir a propriedade como “relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros”.

Contudo, a solução para a aparente antinomia entre os aspectos individual e funcional da propriedade não se extrai, por si só, da discussão sobre a natureza jurídica desse direito. É correto dizer que a propriedade não é um puro direito subjetivo, e sim uma relação jurídica complexa. No entanto, isso não oferecerá respostas aos problemas práticos da realidade concreta, haja vista que a “forma” abstrata das relações jurídicas, apesar de meticulosamente construída e fundamentada, muitas vezes não oferece os instrumentais necessários para o enfrentamento prático das prementes questões sociais.

Esse fracasso da ciência jurídica na oferta de respostas aos dilemas da sociedade atual é retratado com inigualável maestria pelo professor Marcus Faro de Castro mediante o relato de uma embaraçosa situação envolvendo o renomado filósofo Jürgen Habermas:

Em um grande auditório repleto de um público majoritariamente universitário, em meados dos anos 1980, Jürgen Habermas, um dos mais conceituados filósofos do segundo pós-guerra, proferiu duas conferências magnas sobre o tema das relações entre direito e moral. As conferências discorreram sobre diversas ideias de autores conhecidos, em sua maioria alemães, juristas ou não. Após a sua segunda conferência, foi iniciado um debate ao vivo com o público presente. Sendo franqueada a palavra ao auditório, um estudante de direito indagou ao filósofo se, de acordo com as ideias, expostas em suas conferências, o aborto deveria ser considerado um direito das mulheres. O filósofo esboçou uma resposta por um ou dois minutos, mas concluiu dizendo: “não há resposta”.

A harmonização entre os centros de interesses proprietários e não proprietários será de difícil viabilização se pautada em “formas” da *jurisprudencia* oitocentista de elevada abstração e generalização, por causa do risco de descolamento da abordagem teórica em relação à complexa e multifacetária realidade social — o que se pode chamar de risco de dissociação entre o direito e os fatos.

Quando a aplicação das normas jurídicas se desconecta dos fatos, prospera o decisionismo judicial em que a solução para os conflitos é dada *a priori* e, posteriormente, revestida de uma roupagem jurídica que oculta, em uma

argumentação abstrata e formal, o prévio ato de decisão com base em códigos estranhos aos de justo e injusto.

Quando se parte da premissa de que o direito precisa se libertar dessas “formas” e se voltar para os fatos, abre-se um leque de possibilidades para que os institutos jurídicos sejam relidos de forma comprometida com a mudança social. Afinal, essa missão não pode ser estranha ao jurista, pois, conforme as lições de Luiz Edson Fachin, Marcos Alberto Rocha Gonçalves e Melina Girardi Fachin (2008, p. 6):

Faz-se mister instrumentalizar a normatividade e sua efetividade progressiva, de acordo com a evolução do contexto social, político e histórico da comunidade pátria, com o desiderato de transformar o direito de obstáculo à móvel da transformação social.

Sendo assim, para a conciliação da função social com os demais elementos que integram a estrutura da propriedade, deve ser eleito um marco teórico que promova, de um lado, uma interação intensa entre o direito e a realidade social e, por outro, uma mescla pragmática do saber jurídico com outras áreas do saber a fim de se fornecer soluções práticas aos dilemas sociais.

Essa preocupação metodológica deve ser o ponto de partida para a análise da leitura da propriedade imobiliária à luz do paradigma do neoconstitucionalismo e das teorias por esse prestigiadas, como a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Essa permite que se tenha, para a análise de cada caso concreto, um aparato procedimental voltado ao cotejo de valores aparentemente colidentes de forma que viabiliza a conciliação dos centros de interesses proprietários e não proprietários sem o recurso a fórmulas apriorísticas que já contêm soluções prontas e iguais para situações carregadas de peculiaridades.

Ao permitir o desenvolvimento de uma diferenciação qualitativa entre regras e princípios, a teoria de Alexy viabiliza a máxima aplicação de princípios aparentemente colidentes, em consonância com o pensamento jurídico contemporâneo que atribui normatividade aos princípios. Segundo o próprio Alexy (2008, p. 85):

A distinção entre regras e princípios [...] é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições de

direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Tanto as regras quanto os princípios são normas, ou seja, razões de juízos concretos de dever-ser. Porém, entre eles há uma diferença qualitativa. De um lado, os princípios são mandamentos de otimização que ordenam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Sendo assim, a satisfação dos princípios pode se dar em vários graus de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Por outro lado, as regras são determinações que, para serem satisfeitas, exigem que se faça exatamente aquilo que ela dispõe (ALEXY, 2008, pp. 87-91). No mesmo sentido, afirma Dworkin (2010, p. 39): “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

Pois bem, tanto as colisões entre princípios quanto os conflitos entre regras operam sob a lógica de que a aplicação isolada de uma norma levará a uma solução contraditória àquela a que se chegaria por meio da aplicação da norma antagônica. Contudo, em razão da diferença qualitativa entre regras e princípios, é diferente o modo para se equacionar o conflito no âmbito dessas categorias.

Desse modo, a solução dos conflitos entre regras se dá mediante a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras ou mediante a declaração da invalidade, no caso concreto, de uma das regras contraditórias. Trata-se de uma decisão sobre validade. Já a solução das colisões entre princípios não se dá por meio da declaração de invalidade de um deles nem da introdução de uma cláusula de exceção.¹¹ Avalia-se, no caso concreto, qual princípio tem mais peso e deve ter precedência em face de outro naquelas condições específicas. Trata-se de uma colisão na dimensão do peso a ser solucionada com base na técnica do sopesamento a fim de avaliar o maior ou menor peso móvel e circunstancial dos princípios envolvidos (ALEXY, 2008, pp. 92-106).

11. Na dicção de Alexy (2008, pp. 100-101): “uma descrição mais inequívoca de uma colisão entre princípios dificilmente seria possível. Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto.

Percebe-se, pois, que a teoria dos princípios enquanto mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas tem ampla conexão com a máxima da proporcionalidade, tendo em vista que a própria natureza dos princípios implica a necessidade de um sopesamento para a solução das colisões entre interesses que abstratamente estão no mesmo nível, mas que possuem pesos diferentes no caso concreto.

A proporcionalidade é um postulado que deve ser empregado com suas três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A máxima da adequação exige que os efeitos dos meios utilizados levem à promoção gradual do fim. Já a máxima da necessidade verifica se, entre todos os meios igualmente adequados para o caso concreto, aquele adotado é o que restringe os direitos fundamentais afetados. Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre as vantagens causadas pela promoção do fim e as desvantagens causadas aos direitos fundamentais pela adoção do meio (ÁVILA, 2007, pp. 165-173).

Enquanto as máximas da adequação e da necessidade decorrem das possibilidades fáticas de realização de um princípio, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito — mandamento do sopesamento propriamente dito — deriva da relativização do princípio em face das possibilidades jurídicas de sua realização, já que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro.

Partindo das premissas acima, o discurso do Direito Civil-Constitucional no Brasil caminha para concluir que: a função social é princípio constitucional que expressa uma cláusula geral aplicável a todas as relações proprietárias; essas sempre devem ser impregnadas de funcionalidade econômica e social; como resultado, as situações de tensão entre os centros de interesses proprietários e não proprietários devem ser solucionadas por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada¹² entre os interesses a partir das condições do caso concreto. Assim, sob condições diversas, a precedência pode ser resolvida de outra forma tendo em conta que não existe precedência absoluta de um interesse sobre outro — abstratamente todos estão no mesmo nível.

12. Segundo Alexy (2008, p. 97), o conceito de relação de precedência condicionada responde que: “em um caso concreto, o princípio *P1* tem um peso maior que o princípio colidente *P2* se houver razões suficientes para que *P1* prevaleça sobre *P2* sob as condições *C*, presentes nesse caso concreto”.

Diante do exposto, não resta dúvida de que a ponderação viabiliza a superação das limitações do método clássico de subsunção e, ao mesmo tempo, fornece uma solução mais compatível com as circunstâncias de cada caso concreto, já que liberta os civilistas da clausura das regras e os conecta com os valores depositados no tecido constitucional.

Contudo, o neoconstitucionalismo pode servir de pretexto para o decisionismo judicial. Isso acontece quando juízes passam a decidir com base em critérios subjetivos sem o apego a qualquer racionalidade jurídica e, somente após tomarem sua decisão, constroem uma fundamentação direcionada para o resultado previamente já estabelecido, fazendo uso da abertura semântica dos princípios. Assim, primeiro, decidem a seu bel-prazer e, depois, buscam sustentar seu *decisum* com o emprego de princípios da moda, como a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e a proteção integral ao meio ambiente.

Cabe reconhecer que o uso indevido da técnica da ponderação para a solução de conflitos entre princípios também possui causas estruturais no assoberbamento do Poder Judiciário com um volume monumental de causas repetitivas, de forma a impossibilitar, na prática, que todos os atos decisórios sejam devidamente motivados, como é exigido no Estado Democrático de Direito.

De qualquer maneira, a ponderação entre os centros de interesses proprietários e não proprietários deve se expressar mediante um sopesamento fundamentado a fim de que a parte sucumbente tenha plenas condições de recorrer com base na deficiência das razões utilizadas pelo juiz na construção da solução para o caso concreto. Para tanto, as partes podem manejar, inclusive, embargos de declaração contra as decisões judiciais que utilizarem o postulado da proporcionalidade como fantoche para esconder o subjetivismo desprovido de racionalidade jurídica. E, quando os embargos se mostrarem infrutíferos, os tribunais devem aceitar os recursos interpostos sob a alegação de deficiente fundamentação principiológica e, no mérito, cassar as decisões recorridas, remetendo-as, quando não for possível a aplicação da teoria da causa madura, para novo julgamento pelo juízo de origem.

Além do decisionismo judicial, outro risco que deve ser neutralizado consiste na atribuição em abstrato de precedência à função social da propriedade em relação aos legítimos interesses do proprietário. Alguns juízes erroneamente adotam a pré-compreensão de que os interesses individuais sempre devem ser

sacrificados para a realização do interesse coletivo. Essa postura altruísta tenta beneficiar o maior número possível de pessoas de maneira reducionista e inócua, sem encontrar guarida no paradigma do neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, devem ser rejeitadas quaisquer fórmulas genéricas que atribuam um conteúdo absoluto ao princípio da função social para assim extraírem *aprioristicamente* soluções abstratas e uniformes para os distintos casos de colisão entre os centros de interesses proprietários e não proprietários.

Não se pode olvidar a importância da proteção da propriedade privada enquanto “meio de realização da dignidade da pessoa humana — afinal todos devem ser proprietários de algo —, da efetivação de uma sociedade mais justa e solidária, e como uma via indispensável para a troca de riquezas” (LIMA, 2010, p. 8). Em suma, “a propriedade é um suporte para a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana” (LIMA, 2010, p. 32).

A adoção das premissas acima para a compatibilização dos aspectos individual e funcional da propriedade gera uma consequência prática significativa: o afastamento do emprego desbragado da função social como argumento retórico que justifica restrições excessivas e violadoras ao conteúdo mínimo do direito fundamental à propriedade.

Todas essas considerações permitem a formulação da tese de que a função social consiste nas reivindicações legítimas extraídas dos centros de interesses não proprietários que são incorporadas na estrutura do direito de propriedade, devendo conviver em harmonia com os demais interesses proprietários, sempre que possível.

Um exemplo de interesse não-proprietário pode ser a pretensão da sociedade de impor ao proprietário a recuperação ambiental de áreas de preservação permanente localizadas na sua propriedade privada, mesmo quando desmatadas por antigos titulares do imóvel.

Por sua vez, um exemplo de interesse proprietário pode ser a pretensão de exercer as faculdades inerentes ao direito de propriedade sem que lhe seja imposto, em nome do interesse social, algum ônus econômico em decorrência de infrações ambientais praticadas pelos antigos titulares do imóvel.

Em cada caso concreto, as reivindicações extraídas dos centros de interesses não proprietários devem se submeter a um teste de legitimidade à luz da ordem de valores expressa na Constituição Federal mediante o emprego da técnica

da ponderação para a solução das colisões entre a reivindicação em exame e os interesses do proprietário.

Quer dizer, se a ponderação é o canal de acesso para a funcionalização da propriedade, as reivindicações sociais relativas à propriedade só serão reconhecidas como legítimas nas formas em que se manifestem com precedência à luz das circunstâncias concretas. Caso a reivindicação ganhe precedência, ela se mostrará legítima e passará a integrar a estrutura do direito de propriedade ao lado dos interesses proprietários, que já compõem a estrutura da propriedade enquanto relação jurídica complexa.

Assim sendo, o papel da função social é abrir a estrutura do direito de propriedade para a recepção de reivindicações legítimas que são extraídas dos centros de interesses não proprietários. Com isso, tem-se a propriedade enquanto relação jurídica complexa, ou seja, a propriedade funcionalizada.

Em outras palavras, a propriedade tem uma abertura estrutural para a recepção das reivindicações captadas dos centros de interesses não proprietários como legítimas. Essas se somam, na estrutura da propriedade, ao centro de interesses proprietários e, assim, podem ser entendidas como o aspecto funcional que compõe a estrutura da propriedade funcionalizada.

Entre as reivindicações legítimas captadas dos centros de interesses não proprietários, insere-se o direito de acesso à propriedade segundo formas a serem avaliadas no caso concreto, como será abordado no próximo item.

3.4 A PROMOÇÃO DO ACESSO À PROPRIEDADE MEDIANTE O RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Na sociedade atual, o direito de propriedade deve ser abordado sob duas perspectivas: de um lado, a propriedade enquanto garantia fundamental para a realização das potencialidades do indivíduo; por outro lado, o acesso à propriedade enquanto direito fundamental reconhecido a todas as pessoas que possam conferir alguma funcionalidade econômica ou social aos bens escassos. Daí o trocadilho: o direito de propriedade dos não proprietários.

Os revolucionários franceses, ao substituírem as relações de vassalagem pelas relações de mercado, de alguma forma viabilizaram o acesso aos bens sem a prévia intermediação de superiores — uma inovação diante das práticas da Idade Média quando o acesso à terra dependia da submissão à coerção de um senhor feudal a quem o vassalo entregaria seu respeito e sua fidelidade. Nesse sentido: “o negócio jurídico e a universalização do direito de propriedade simbolizavam a libertação do homem em relação à rígida hierarquia do feudalismo” (PRATA, 1982, p. 9).

Contudo, a burguesia liberal contentava-se com a possibilidade utópica de que qualquer um podia ter acesso à terra por sua capacidade e esforço, apesar de, na prática, a esmagadora maioria da plebe ter descoberto que essa possibilidade não estava ao seu alcance, e sim trancada no terreno da abstração. O fato de a tese liberal não encontrar correspondência na realidade social pouco importava, haja vista o primado da igualdade sob a perspectiva formal.

Segundo o novo paradigma do neoconstitucionalismo, o acesso à propriedade não pode ficar restrito ao plano da imaginação, pelo contrário. Os valores constitucionais devem se concretizar na prática social. Inclusive, o Estado tem o dever de criar marcos legais e políticas públicas capazes de viabilizar o acesso ao mercado imobiliário por parte daquelas famílias que estão desprovidas de moradia adequada.

Vale lembrar que, há um século, apenas 20% da população mundial residia em áreas urbanas. Desde então, o mundo passou por um intenso processo de urbanização que resultou na superação, em 2008, da população urbana em relação à rural. Essa escalada não parou por aí. As previsões apontam para a concentração de dois terços da população mundial nas zonas urbanas em 2050 (UN-HABITAT, 2015).

O fenômeno da rápida urbanização também ocorreu no Brasil, que, em 1960, era um País predominantemente rural com 54,9% da sua população residindo no campo. No decorrer dos anos, o mapa da distribuição demográfica nacional se inverteu bruscamente e, cinquenta anos depois, 84,4% das pessoas moravam na cidade, segundo dados do último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE em 2010. No município de São Paulo, o grau de urbanização é ainda maior, ultrapassando a marca de 99% (IBGE, 2010).

Além disso, uma em cada quatro pessoas vive em favelas no mundo. Em 2012, havia 1 bilhão de pessoas neste tipo de moradia, conforme dados do Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos - ONU-Habitat (2015). A crescente formação de favelas repercute na criação de outras formas de marginalização e exclusão social devido à notória ausência de serviços públicos essenciais nessas áreas da cidade.

Diante desse trágico contexto social, o direito da *jurisprudencia* oitocentista não consegue fornecer instrumentais para a mudança da realidade, uma vez que está preso a dogmas patrimonializantes que privilegiam o ter dos proprietários em detrimento do ser dos não proprietários. Isso não ocorre por uma opção expressa dos juristas, mas, sim, porque a realização dos valores constitucionais, na ótica tradicional, depende da intermediação normativa operada pelo legislador. Logo, quando não há lei em que se possa enquadrar um caso concreto pela via da subsunção, o jurista fica amarrado e nada pode fazer no campo prático, a não ser uma análise crítica no plano doutrinário.

Diferentemente, o paradigma do neoconstitucionalismo viabiliza a realização prática dos valores constitucionais, já que os princípios deixam de ser mera diretriz programática e ganham força normativa nos casos concretos, independentemente da existência de lei para fazer a mediação entre a Constituição Federal e o caso concreto. Assim, a constitucionalização do direito privado permite que o saber jurídico seja um instrumento para a mudança da realidade de exclusão social.

Contudo, a valorização das reivindicações de acesso à propriedade não pode ser feita de modo açodado sob o risco de que o resgate das preocupações sociais leve ao sepultamento das garantias individuais, que também se assentam no núcleo do Estado Democrático de Direito. A propriedade não pode se resumir à sua função social, como já proposto por Leon Duguit (1912).

Daí a importância do direito ter "formas" que permitam a problematização em torno de princípios colidentes que individualmente levariam a soluções opostas, mas que não podem simplesmente ser aplicados segundo a lógica do tudo-ou-nada, tal como ocorre com as regras. Os princípios precisam ser harmonizados e otimizados de modo que a realidade social seja absorvida pelo direito sem que as garantias fundamentais do indivíduo sejam vulneradas.

Por isso, no enfrentamento dos conflitos em torno do acesso à propriedade, o emprego da técnica de ponderação nos moldes propostos por Alexy representa um avanço no sentido de oferecer uma modelagem discursiva apta para trabalhar com os princípios constitucionais que impregnam o direito privado e reorientam o sistema civil para uma lógica repersonalizante em substituição ao culto patrimonializante.

Tendo como base de entendimento o marco teórico adotado neste trabalho, qual seja, o Direito Civil-Constitucional, e as construções teóricas aqui elaboradas em torno do paradigma do neoconstitucionalismo, entende-se que o acesso à propriedade urbana representa uma reivindicação que está inserida nos centros de interesses não proprietários.

Nessa tônica, no caso de colisão entre propriedade não funcionalizada e posse funcionalizada exercida por terceiros sobre um mesmo imóvel, a análise da legitimidade de cada forma de acesso pode se verificar pela aplicação da ponderação enquanto técnica para a solução de colisões entre reivindicações sociais e centros de interesses proprietários. Somente após a aplicação dessa metodologia aos fatos sociais, torna-se possível avaliar se determinada reivindicação de acesso aos imóveis urbanos é legítima ou não.

Caso uma forma de acesso à propriedade seja considerada legítima, a estrutura do direito de propriedade a absorverá e a posse funcionalizada exercida por terceiros deverá conviver em harmonia com os demais interesses proprietários, sempre que possível. Assim, mantidas as circunstâncias concretas que justificaram a precedência das reivindicações sociais, deverá ser viabilizado o acesso dos não proprietários a imóveis urbanos antes excluídos do mercado. A forma em que se dará tal acesso será modulada pelas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito a fim de garantir que haja proporção entre: os meios de restrição ao direito de propriedade e o fim de promoção da funcionalidade econômica e social dos imóveis urbanos.

Nessa ordem de ideias, a ponderação representa a filtragem realizada na abertura estrutural da propriedade no intuito de aferir se as reivindicações sociais são legítimas e, por conseguinte, farão parte ou não do conteúdo da propriedade funcionalizada enquanto situação jurídica complexa. As reivindicações sociais, quando ilegítimas no caso concreto, não terão reconhecimento por parte do direito nem adentrarão na estrutura da propriedade funcionalizada.

Dito de outra maneira, a prevalência no juízo de ponderação pode ser melhor visualizada enquanto porta de acesso que os interesses não proprietários precisam atravessar com vistas à sua integração ao conteúdo da propriedade. Caso consigam ter precedência em relação aos interesses proprietários, no caso concreto, essas reivindicações sociais legitimadas pelo aspecto funcional adentrarão na estrutura da propriedade, justificando a restrição ou, até mesmo, a supressão das faculdades atribuídas ao titular do direito de propriedade.

Esse exame de precedência é realizado em concreto pelo Poder Judiciário, embora alguma vezes essas reivindicações de acesso à propriedade possam ganhar o reconhecimento formal do Poder Legislativo e, assim, passem a gozar de precedência, em abstrato, quando cotejadas com os interesses dos proprietários.

As “formas” expostas acima podem ser melhor visualizadas em exemplificações práticas. Assim, imagine que uma extensa área localizada nas proximidades da região central de uma metrópole se encontre abandonada, sem qualquer destinação econômica ou social, sendo mantida apenas com vistas a ganhos especulativos decorrentes da expansão urbana no médio e no longo prazo. Nesse cenário, um número considerável de famílias de baixa renda ocupa esse terreno e lá constrói unidades para uso residencial.

De um lado, há uma reivindicação extraída dos centros de interesses não proprietários, qual seja, a pretensão das famílias que ali moram de que sua posse funcionalizada seja protegida com base em dois argumentos centrais: (i) o descumprimento da função social da propriedade pelo titular do imóvel que não lhe imprimiu qualquer destinação econômica ou social; (ii) o direito fundamental à moradia dessas pessoas de baixa renda que passou a encontrar concretude apenas após a ocupação do terreno em questão.

De outro lado, há os interesses do proprietário da área urbana ocupada por terceiros sem seu consentimento. Aqui estão as pretensões do proprietário de exercer os poderes e as faculdades inerentes à sua situação de apropriação do bem imóvel, inclusive a pretensão de reivindicá-lo contra quaisquer investidas de terceiros, excluindo as possibilidades de outras pessoas fazerem uso do bem integrante do seu patrimônio.

De início, depara-se com a seguinte questão: é legítima a reivindicação social sintetizada na pretensão das famílias de que sua posse com função social

seja juridicamente tutelada quando exercida em imóvel urbano não utilizado ou subutilizado? O método a ser empregado para a aferição dessa legitimidade pode ser a ponderação entre essa reivindicação e os centros de interesses proprietários no caso concreto à luz da ordem de valores expressa na Constituição Federal.

Em alguns casos, essa tarefa é facilitada porque o próprio legislador estabelece uma precedência, em abstrato, de algumas formas de reivindicação de acesso à propriedade urbana em relação aos centros de interesses proprietários. Nesse sentido, quando uma pessoa exerce a posse por longa data dentro das condicionantes legais, configura-se a usucapião e os interesses do proprietário sucumbirão.

A crescente influência do novo paradigma do "neoconstitucionalismo" no pensamento doutrinário já desbordou para a esfera judicial, tanto que se multiplicam as experiências dos tribunais que recorrem à técnica da ponderação para a solução de conflitos entre centros de interesses proprietários e não proprietários que dizem respeito às reivindicações sociais por acesso à propriedade.

A título de exemplo, colaciona-se um interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que permitirá o estudo de múltiplas questões. No caso em tela (BRASIL), o proprietário de um imóvel sofreu uma execução de título judicial na 2ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro. Ao fim, teve seu bem penhorado e, posteriormente, leiloado. Na ocasião, uma empresa do ramo de marmoraria arrematou o citado imóvel e o juízo da vara empresarial expediu um mandado de imissão na posse em favor da empresa arrematante. Contudo, o local estava servindo de moradia para 34 famílias que o tinham ocupado há anos e ingressaram com uma ação de usucapião especial urbana que tramita na 45ª Vara Cível da Comarca da Capital.

Diante do iminente risco de desocupação para imissão da empresa arrematante, um dos atuais habitantes do imóvel em composses com outras 33 famílias requereu sua manutenção na posse por meio de uma ação judicial com pedido de antecipação dos efeitos da tutela. O juiz indeferiu o pleito e o habitante do imóvel recorreu ao Tribunal de Justiça, sendo que coube a Quinta Câmara Cível o julgamento do apelo recursal.

Em seu voto, o Desembargador Antônio Saldanha Palheiro, relator do caso, reformou a decisão liminar recorrida de modo a garantir a moradia das 34 famílias que ocupavam o imóvel até a cognição exauriente da demanda. Na sua

fundamentação, empregou a técnica da ponderação para cotejar, de um lado, os centros de interesses proprietários — estruturados em torno do direito à imissão na posse do imóvel arrematado — e, por outro, os centros de interesses não proprietários — estruturados em torno do direito à moradia daquelas famílias que ocupavam o imóvel supostamente há mais de cinco anos. Como resultado da sua ponderação, o Desembargador privilegiou os centros de interesses não proprietários por melhor expressarem, no caso concreto, a realização da função social da propriedade.

Teve peso no voto do Desembargador contra a retirada sumária das 34 famílias a manifestação nos autos do processo do Subsecretário de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, na qual expôs que a maior parte das famílias ocupantes do imóvel “não tem condições de subsistência, notadamente porque a maioria delas realiza trabalhos informais”, e solicitou que fosse dado prazo para que se viabilizasse o cadastro dessas pessoas em programas assistenciais no intuito de evitar que fossem para situação de pobreza extrema ou situação de rua.

Seu voto, portanto, garantiu o direito de moradia em caráter liminar, já que, no caso concreto, a Secretaria de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos ainda estava providenciando o acesso das famílias aos benefícios assistenciais do Estado. Por fim, essa posição foi seguida pela unanimidade dos Desembargadores da Quinta Câmara Cível do TJRJ.

Esse acórdão está em conexão com o paradigma do neoconstitucionalismo na medida em que, diante de um litígio entre particulares pela posse de um imóvel, foi buscar nos princípios constitucionais os valores que deveriam se irradiar para o caso concreto, privilegiando a posse funcionalizada e concretizando o direito social à moradia.

Ao reconhecer a normatividade dos princípios e a irradiação de normas constitucionais sobre o direito privado, o tribunal recorreu à técnica da ponderação para o desate do nó entre os interesses proprietários — reivindicados pela empresa arrematante — e os interesses não proprietários — reclamados pelas famílias ocupantes.

Também chama atenção pela habilidade na aplicação da técnica da ponderação para solução de colisão entre princípios, um julgado do Tribunal

Regional Federal da 4ª Região¹³. No caso, houve uma sentença determinando a demolição de uma construção residencial situada em área de preservação permanente que também integrava o patrimônio da União. O juiz assim decidiu mediante a aplicação de regras legais pelo método da subsunção.

Porém, o tribunal seguiu caminho diverso e reformou a sentença recorrida com base no emprego da técnica da ponderação. Essa técnica de decisão resultou, nas circunstâncias do caso concreto, na precedência dos interesses do possuidor em ter uma moradia adequada em detrimento dos interesses dos não possuidores em terem um meio ambiente equilibrado. Tal precedência não foi construída em abstrato, mas, sim, a partir da detida análise das circunstâncias do caso concreto. Por isso, o tribunal conseguiu captar a situação excepcional em que se encontrava a

13. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO À MORADIA. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. DESOCUPAÇÃO FORÇADA E DEMOLIÇÃO DE MORADIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. POSSE ANTIGA E INDISPUTADA. AQUIESCÊNCIA DO PODER PÚBLICO. DISPONIBILIDADE DE ALTERNATIVA PARA MORADIA. TERRENO DE MARINHA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA JUDICIAL. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA, DESPEJO E DEMOLIÇÃO FORÇADAS PARA PROTEÇÃO AMBIENTAL. PREVENÇÃO DE EFEITO DISCRIMINATÓRIO INDIRETO. 1. Não há nulidade pela não realização de perícia judicial quanto à qualificação jurídica da área onde reside a autora como terreno de marinha, à vista dos laudos administrativos e da inexistência de qualquer elemento concreto a infirmar tal conclusão. 2. A área de restinga, fixadora de dunas, em praia marítima, é bem público da União, sujeito a regime de preservação permanente. 3. A concorrência do direito ao ambiente e do direito à moradia requer a compreensão dos respectivos conteúdos jurídicos segundo a qual a desocupação forçada e demolição da moradia depende da disponibilidade de alternativa à moradia. 4. Cuidando-se de família pobre, chefiada por mulher pescadora, habitando há largo tempo e com aquiescência do Poder Público a área de preservação ambiental em questão, ausente risco à segurança e de dano maior ou irreparável ao ambiente, fica patente o dever de compatibilização dos direitos fundamentais envolvidos. 5. O princípio de interpretação constitucional da força normativa da Constituição atenta para a influência do conteúdo jurídico de um ou mais direitos fundamentais para a compreensão do conteúdo e das exigências normativas de outro direito fundamental, no caso, o direito ao ambiente e direito à moradia. 6. Incidência do direito internacional dos direitos humanos, cujo conteúdo, segundo o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU (*The Right to adequate housing (art. 11.1): forced evictions: 20/05/97. CESCR General comment 7*), implica que "nos casos onde o despejo forçado é considerado justificável, ele deve ser empreendido em estrita conformidade com as previsões relevantes do direito internacional dos direitos humanos e de acordo com os princípios gerais de razoabilidade e proporcionalidade" (item 14, tradução livre), "não devendo ocasionar indivíduos "sem-teto" ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos. Onde aqueles afetados são incapazes para prover, por si mesmos, o Estado deve tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir que uma adequada alternativa habitacional, reassentamento ou acesso a terra produtiva, conforme o caso, seja disponível." 8. Proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que o sujeito diretamente afetado seria visto como meio cuja remoção resultaria na consecução da finalidade da conduta estatal, sendo desconsiderado como fim em si mesmo de tal atividade. 9. Concretização que busca prevenir efeitos discriminatórios indiretos, ainda que desprovidos de intenção, em face de pretensão de despejo e demolição atinge mulher chefe de família, vivendo em sua residência com dois filhos, exercendo, de modo regular, a atividade pesqueira. A proibição da discriminação indireta atenta para as consequências da vulnerabilidade experimentada por mulheres pobres, sobre quem recaem de modo desproporcional os ônus da dinâmica gerados das diversas demandas e iniciativas estatais e sociais. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quinta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0051885-34.2012.8.19.0000. Relator: Des. Antonio Saldanha Palheiro, DJRJ 25/01/2013).

apelante — “mulher chefe de família, vivendo em sua residência com dois filhos, exercendo de modo regular, a atividade pesqueira” — e, dessa forma, conferiu mais peso ao seu direito fundamental à moradia enquanto condição para a realização da dignidade da pessoa humana do que ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado dos não possuidores, tendo em vista a reduzida extensão dos danos causados pela construção da referida residência em local proibido. Vale colacionar o seguinte trecho do voto do relator:

Resta ponderar a colisão entre o respeito à dignidade humana e o direito à moradia em face da proteção ambiental.

Não há dúvida nos autos quanto a duas realidades: (1) a ré é pessoa pobre, vivendo em humilde residência com sua família há vários anos e (2) o local onde habita é área de preservação permanente, de propriedade da União, configurando dano ambiental.

Neste contexto, tenho que a sentença andou bem ao concluir pela necessidade de demolição do imóvel e recuperação da área degradada. Todavia, com a devida vênia, é necessário ir além.

Ao lado do direito ambiental, há que se atentar para a força jurídica do direito fundamental à moradia. A atuação estatal, aí incluídas a ação do Ministério Público Federal e o exercício do poder jurisdicional, não pode olvidar este dado normativo fundamental, sob pena de enfraquecimento do texto constitucional, que deve ser interpretado de acordo com os princípios hermenêuticos da força normativa da Constituição e da eficácia integradora. A preocupação ambiental é, sem sombra de dúvida, necessária e urgente. No entanto, é imperiosa a consideração do direito à moradia, sob pena de emprestar-se solução jurídica incorreta quanto à interpretação sistemática do direito e à força normativa da Constituição. Com efeito, a força normativa da Constituição, como método próprio de interpretação constitucional, exige do juiz, ao resolver uma questão de direitos fundamentais, adotar a solução que propicie a maior eficácia jurídica possível às normas constitucionais envolvidas, conforme lição de Konrad Hesse (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: SAF, 1998). É, portanto, diante deste princípio de hermenêutica constitucional, que se revela imprescindível a consideração do direito à moradia para a concretização do conteúdo jurídico do direito ao ambiente, a fim de que se alcance uma solução jurídica constitucionalmente adequada. [...]

Neste contexto, tenho que a demolição só pode ocorrer, do ponto de vista jurídico fundamental, desde que haja indicação e disponibilização, pelo Poder Público, de área onde a apelante possa construir moradia adequada, observados, ademais, os programas habitacionais disponíveis.

Em outra dicção, pode ser dito que o tribunal ponderou os interesses do possuidor — estruturados em torno do seu direito fundamental à moradia — com os interesses dos não possuidores da casa em litígio — estruturados em torno do direito fundamental ao meio ambiente sadio.

Como se percebe, a Escola do Direito Civil-Constitucional – por meio do reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais e do recurso à técnica da ponderação como mecanismo para superação da colisão entre valores individuais e coletivos – recoloca os juristas em um papel de protagonistas de

mudanças sociais, inclusive no que tange à promoção do acesso ao direito à propriedade sem a vulneração ao núcleo essencial dos centros de interesses proprietários. Já não cabe mais a assertiva do saudoso jurista Clóvis do Couto e Silva, autor da obra-prima “A obrigação como processo”, que uma vez disse: “a concretização dessa disposição geral a respeito da função social da propriedade dependerá sempre de lei ordinária que venha determinar as espécies de restrições ao direito de propriedade” (SILVA, 2014, p. 22).

3.5 A PROMOÇÃO DO ACESSO À PROPRIEDADE MEDIANTE A RELEITURA DE CONCEITOS TRADICIONAIS - O CASO DA MULTIPROPRIEDADE

No item anterior, abordou-se como a reivindicação social por acesso à propriedade encontra guarida no discurso principiológico do Direito Civil-Constitucional, que faz a aplicação direta de normas constitucionais nas relações interprivadas situadas no âmbito dos modelos de direito privado (MORAES, 1993, pp. 8-9).

Agora, será problematizado em que medida a releitura dos institutos do direito privado repercute nas práticas sociais que fomentam o acesso à propriedade imobiliária. Cumpre ressaltar que a Escola do Direito Civil-Constitucional modifica os institutos tradicionais da civilística à luz dos valores e princípios extraídos das normas constitucionais. Segundo Maria Celina Bodin Moraes (1993, p. 11):

Com efeito, sabe-se hoje ser uma perspectiva ilusória aquela que considerava a operação de aplicação do direito como atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal. Daí a necessidade, para os operadores do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto. Sob esta ótica, a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais.

Frente à amplitude do objeto de pesquisa proposto, opta-se por um recorte temático sobre em que medida a releitura do princípio do *numerus clausus*

ou da taxatividade dos direitos reais repercute na compreensão da multipropriedade imobiliária, tendo como pressuposto que essa é uma prática comercial que expande o acesso à propriedade de imóveis de turismo e veraneio a pessoas da classe média.

Os investidores do setor imobiliário foram quem desenvolveu o instituto da multipropriedade (*multiropriété*), conhecido como *time-sharing* nos Estados Unidos, regime de aproveitamento por turno na Espanha e direito de habitação periódica em Portugal. O objetivo foi viabilizar o acesso ao direito de propriedade nas zonas turísticas e de veraneio a custos mais acessíveis, principalmente por parte daqueles que não têm condições de manter uma segunda residência para uso exclusivo durante o período de férias. Dessa forma, os investidores expandiram as possibilidades de celebração de negócios com a classe média e, conseqüentemente, aumentaram o volume de transações e de lucros.

Viegas de Lima (2004, p. 38) aponta que a multipropriedade surgiu, em meados de 1960, simultaneamente nos Estados Unidos e na França. Esse instituto permite que o proprietário tenha o direito de usufruir determinado imóvel, com exclusividade, por um determinado lapso temporal que se renova a cada ano. Assim, a multipropriedade pode ser vista como uma propriedade periódica compartilhada entre muitos, sendo que cada um possui exclusividade na sua utilização durante uma unidade de tempo pré-determinada. Essa noção traz um elemento novo ao estudo dos direitos reais, já que tradicionalmente não há legislação que preveja a possibilidade do direito de propriedade ser fracionado na escala do tempo.

Em seu detalhado estudo sobre as características da multipropriedade, Viegas de Lima (2004, p. 65) conclui que:

A multipropriedade é um complexo jurídico onde uma pessoa compra um período de desfrute de uma determinada época do ano. Este desfrute é exercitado de forma exclusiva e periódica, onde o multiproprietário possui um direito que todos os anos se repete. Sendo, por isto, um direito cíclico ou de eclipse.

O caso da multipropriedade é um exemplo de inovação no mundo dos negócios que aprimora a funcionalidade econômica e social do uso de imóveis, bens escassos por natureza. As casas de veraneio, por serem desfrutados sazonalmente, em especial no período de férias, ficam vagas durante quase todo o ano quando sua propriedade está concentrada nas mãos de um único titular, a não ser que sejam objeto de contratos de locação por curta temporada ou de cessão temporária a título gratuito. Esse fator social também foi notado pelo registrador imobiliário Marcelo

Melo (2011, p. 20): “Quem tem a oportunidade comprar uma propriedade de descanso em zonas turísticas acaba por não aproveitá-la adequadamente, deixando-a a maior parte do ano fechada, o que atrapalha o desenvolvimento da região e não gera empregos”.

Nas situações de multipropriedade, esses imóveis tendem a ser ocupados permanentemente em virtude do rodízio entre seus múltiplos proprietários. Isso representa não só um ganho no aproveitamento econômico da propriedade imobiliária, mas também um fluxo constante de turistas para as zonas turísticas e de veraneio, sendo assim uma possibilidade concreta de dinamização da atividade econômica nesses locais.

Ademais, a multipropriedade amplia a possibilidade de acesso a imóveis de lazer a categorias que não podem adquirir o título formal de propriedade pelas vias tradicionalmente delineadas nas normas jurídicas. Afinal, para que possam utilizar a coisa com exclusividade por um curto período de tempo a cada ano, os multiproprietários fazem um aporte financeiro significativamente menor do que o valor que seria necessário despendido para a compra do bem.

Paralelamente, a multipropriedade imobiliária se conecta com os ideais da sociedade de redes, na qual o acesso a bens ganha primazia sobre a detenção dos mesmos na condição de proprietário, ainda mais quando essa é exercida a título único e exclusivo. Nesse sentido, Jeremy Rifkin (2001, pp. 5-6) desvenda a batizada “Era do Acesso”:

No novo mundo, os mercados cedem às redes, os vendedores e compradores são substituídos pelos fornecedores e usuários, e praticamente tudo é acessado. A mudança de um regime de propriedade baseado na ideia de propriedade amplamente distribuída para um regime de acesso baseado em assegurar o uso limitado a curto prazo de ativos controlados por redes de fornecedores muda fundamentalmente nossas noções de como o poder econômico deve ser exercido nos próximos anos.

Diante de tantas repercussões positivas, os países com forte vocação turística vêm editando leis sobre a multipropriedade.

Em Portugal, o Decreto-Lei 355/1981 propôs uma nova espécie de direito real: o direito de habitação periódica em imóvel ou conjunto imobiliário destinado a fins turísticos. Sua exposição de motivos evidenciou que o objetivo do legislador era a criação de um regime de propriedade fracionada, já não por segmentos horizontais, mas por quotas-partes temporais. Com isso, os titulares do direito de habitação periódica ganhavam acesso por curta temporada a imóveis localizados em

zonas de lazer com mais garantias legais do que os meros detentores de títulos de férias, que tinham apenas um direito de crédito com conteúdo obrigacional de eficácia relativa. O legislador português também ressaltou a relevância social do novo direito real para a garantia do acesso a imóveis por turistas com pequenas poupanças e para a dinamização do turismo em Portugal mediante o melhor aproveitamento de unidades habitacionais de uso sazonal. Segundo consta da exposição de motivos:

De facto, o investimento em habitação própria de férias não está ao alcance generalizado da população portuguesa, pois exige uma disponibilidade de capital ou crédito apreciáveis. Por outro lado, tem o inconveniente de não proporcionar qualquer rendimento ao investidor, o qual não arrenda a propriedade para não se submeter aos condicionalismos do regime de arrendamento urbano. Por outro lado, a maior parte das edificações, propriedade de emigrantes, fica sem utilização durante quase todo o ano, apenas garantindo aos respectivos titulares a mais-valia resultante da valorização dos imóveis, representando também uma imobilização excessiva do investimento, sem utilidade social significativa.

Atualmente, a multipropriedade, em Portugal, está disciplinada nos 62 artigos do Decreto-Lei 275/1993 — posteriormente, alterado pelos Decretos-Lei 180/1999 e 22/2002. O objetivo do legislador continuou sendo o atendimento das necessidades do setor turístico nacional, tanto é que o art. 1º permite a constituição do direito real de habitação periódica, limitado a um período certo de tempo de cada ano, apenas nas unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos.

A legislação lusitana dispõe, como regra geral, que o direito real de habitação periódica tem caráter perpétuo. Porém, possibilita que a vontade das partes limite a duração desse direito real. Ademais, o título de constituição do direito real de habitação periódica deve ser registrado no Cartório de Imóveis, por força do art. 8º do mencionado Decreto-Lei.

A edição do Decreto-Lei 275/1993 foi motivada pela tentativa de reforçar a proteção conferida aos adquirentes de direitos reais de habitação periódica e melhorar a qualidade e o funcionamento dos empreendimentos turísticos nesse regime. Por isso, passou a ser exigido que a titularidade do empreendimento, bem como sua administração, esteja concentrada em uma única pessoa física ou jurídica.

Na Espanha, a Lei 42/1998 disciplinou os contratos de aproveitamento por turnos de bens de uso turístico, em sintonia com a base mínima de normas comuns estabelecidas pela Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do

Conselho, “relativa à proteção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis”. A lei espanhola rechaçou o termo multipropriedade e, em seu lugar, adotou o aproveitamento por turnos de bens imóveis devido à associação da multipropriedade com uma grande quantidade de abusos contra consumidores perpetrados no setor de serviços turísticos. O marco legal espanhol deu uma detalhada configuração jurídica a esse novo direito real ao mesmo tempo em que permitiu a configuração desses direitos como uma variante do arrendamento por temporada.

Posteriormente, o legislador espanhol editou a Lei 4/2012, com fulcro na nova Diretiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, “sobre a proteção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca”.

Aqui é interessante notar a preocupação do Parlamento Europeu no sentido de criar normas jurídicas para conferir maior funcionalidade econômica às propriedades imobiliárias e para desenvolver o turismo nos Estados-Membros. Nesse sentido:

Uma vez que o turismo desempenha um papel cada vez mais importante nas economias dos Estados-Membros, o crescimento e a produtividade dos sectores do *timeshare* e dos produtos de férias de longa duração deverão ser fomentados mediante a aprovação de determinadas regras comuns (Diretiva 2008/122/CE).

Apesar desses exemplos no direito comparado, tem sido mais comum os países não disporem legalmente sobre a multipropriedade. O Brasil, mesmo sendo privilegiado por um exuberante potencial turístico, ainda não possui uma regulação legal sobre esse novel instituto correntemente usado no mercado imobiliário. Porém, os juristas não devem rejeitar nem permanecer em uma posição de indiferença frente a novos arranjos negociais pelo fato de eles carecerem de disciplina legal.

Alguns civilistas brasileiros buscaram modulações jurídicas capazes de dotar com maior segurança jurídica o amplo emprego da multipropriedade na realidade brasileira. Em meados de 1988, o visionário civilista Viegas de Lima já se debruçava sobre o tema, como se percebe no artigo “Aspectos Teóricos da Multipropriedade no Direito Brasileiro”, republicado em 2004 na coletânea “Direito Imobiliário Registral na Perspectiva Civil-Constitucional” junto com outros estudos realizados entre 1985 e 2001.

Naquela oportunidade, Viegas de Lima defendeu que a multipropriedade podia ter natureza jurídica de direito real ou relação obrigacional, todavia, no Brasil, a forma mais adequada ao ordenamento jurídico vigente seria a de multipropriedade societária. Além disso, entendeu que, para preservar as características da periodicidade do gozo, da perpetuidade da propriedade e da transmissibilidade dos direitos, “a sociedade multiproprietária é a melhor forma para o direito brasileiro. Nesta, o direito do sócio multiproprietário vem incorporado a uma ação ou título representativo da condição de sócio” (LIMA, 2004, p. 53). E o direito do multiproprietário deriva do contrato de constituição da sociedade, complementado pela tabela de turnos.

A configuração da multipropriedade como um direito real ou uma nova forma de condomínio não se compatibilizaria com os princípios fundamentais do Direito das Coisas, dada a impossibilidade de criação da multipropriedade como uma situação real sem que, para tanto, haja expressa previsão legal em virtude da aplicação do princípio do *numerus clausus* de direitos reais no direito brasileiro.

Cabe lembrar que o direito civil tradicional, sob influência da *jurisprudencia* romanística e das codificações dos séculos XVIII e XIX, estrutura-se em torno da dicotomia entre direitos reais e pessoais, sendo os primeiros absolutos e taxativamente enumerados pelo legislador, e os últimos relativos e deixados ao abrigo da autonomia da vontade — entendida como poder de autorregulamentação de interesses. Segundo Gustavo Tepedino (1993, p. 83):

Sabe-se que o princípio da autonomia privada e o princípio do *numerus clausus* têm a mesma matriz liberal que pretendeu, no regime jurídico revolucionário, franquear o tráfego jurídico, fomentando a celebração de negócios criados pelas partes e com força de lei entre elas, expressão da filosofia individualista cujo consectário lógico, do ponto de vista histórico (embora possa parecer contraditório nos dias de hoje), era justamente a supressão dos ônus que gravavam os imóveis, impedindo sua livre circulação. A propriedade, como expressão da inteligência e da liberdade humana, não comportava vínculos impostos plurilateralmente pelos diversos centros de poder.

Nesse sentido, sujeitos jurídicos não podem convencionar livremente, com base na autonomia da vontade, a criação de categorias de direitos reais não estabelecidas em lei. Isso se entende por princípio do *numerus clausus* ou da taxatividade dos direitos reais, que se constitui em uma resposta às vicissitudes que oneravam a propriedade no medievalismo. Com sua maestria ímpar, assentou o civilista português José de Oliveira Ascensão (1968, p. 75):

As transformações empreendidas não tinham atrás de si a preocupação da defesa dos economicamente fracos; basta pensar que é nessa altura, com o triunfo da mesma liberdade contratual, que a burguesia passa a dispor de um poder ilimitado. A razão está em que a classe que lucrava com a liberdade contratual no Direito das Obrigações, não era a mesma que perdia com a exclusão dessa liberdade no Direito das Coisas. Além, avantajava-se a burguesia, aqui destruíam-se as vantagens da nobreza. Fora a nobreza quem beneficiara predominantemente com os vínculos que oneravam o explorador dos bens. A burguesia não podia deixar de estar interessada, quer na liquidação das posições daquela, quer na edificação de um sistema que garantisse que a antiga situação não subsistiria por forma diversa.

Vale pontuar que, no direito romano, já havia a competência exclusiva do legislador para a criação de categorias de direitos reais, de modo que se admitia apenas a propriedade, a enfiteuse, a superfície, algumas servidões e certos direitos reais de garantia. A taxatividade legal foi rompida pela ordem medieval em decorrência da ausência tanto de um poder político concentrado quanto de um centralismo normativo emanado do Estado. No entanto, o Código Napoleão, ao lado da liberdade contratual, resgatou o princípio do *numerus clausus*, no que foi seguido por outras codificações que alimentaram essa dicotomia.

No direito brasileiro, entende-se que “toda limitação ao direito de propriedade que não esteja prevista na lei como direito real tem natureza obrigacional, uma vez que as partes não podem criar direitos reais” (GONÇALVES, 2010, p. 35). Isso influenciou a escolha de Viegas de Lima pela concepção societária, segundo a qual a criação de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada era a melhor forma para a constituição da multipropriedade com todas as potencialidades inerentes (LIMA, 2004, p. 61).

No campo prático, a vantagem da sociedade por quotas de responsabilidade limitada estaria na possibilidade desse tipo de sociedade ser revestida de caráter civil (não comercial), diferentemente do que se exige das sociedades anônimas por força do art. 2º da Lei 6.404/1976, que dispõe que “pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes”. Além disso, nas sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o número de sócios é sempre determinado e não pode ser ampliado sem a modificação do contrato social por decisão que conte com a concordância de todos os sócios. Essa limitação do número de sócios é um fator imprescindível para a estabilidade na distribuição dos períodos de desfrute exclusivo a cada ano. Ademais, como as sociedades podem ter prazo de duração

indeterminado, as sociedades multiproprietárias seriam capazes de garantir o caráter de perpetuidade da multipropriedade.

Por essas razões, Viegas de Lima defendeu que os direitos dos multiproprietários seriam derivados do contrato de constituição da sociedade multiproprietária por quotas de responsabilidade limitada, sendo que os imóveis seriam registrados no Cartório de Registro de Imóveis em nome da referida sociedade, e não dos seus sócios.

No caso de edificações multiproprietárias, Viegas de Lima (2004, p. 62) concluiu que a totalidade da edificação, inclusive as unidades autônomas individualizadas, ficaria registrada em nome da sociedade, integrando seu patrimônio social, diferentemente do que ocorre no condomínio edilício. Na multipropriedade, o que existe seria uma propriedade pertencente a uma sociedade, e não um condomínio no qual algumas partes são propriedade comum dos condôminos e outras partes são propriedade exclusiva.

Outrossim, na sociedade multiproprietária, aos sócios caberia o direito de desfrutar o imóvel segundo os turnos preestabelecidos na convenção de condomínio, que regula as relações entre a sociedade e os sócios, e dos sócios entre si. A natureza jurídica da convenção de condomínio é de uma obrigação *propter rem*, fixada por lei em observância ao princípio de *numerus clausus*.

Desse modo, a convenção de condomínio que prevê a tabela dos turnos de desfrute conferiria segurança à multipropriedade imobiliária em razão da sua natureza de obrigação *propter rem*, que vincularia não só aqueles que são proprietários dos desfrutes turnários no momento da sua aprovação, mas também eventuais novos multiproprietários, já que se estaria diante de um direito transmissível a terceiros.

Em resumo, quando Viegas de Lima elegeu a sociedade multiproprietária por quotas de responsabilidade limitada como a melhor forma para a constituição da multipropriedade no Brasil, restou patente, em todo seu estudo, a preocupação de criar um embasamento jurídico capaz de legitimar novas formas de apropriação dos bens escassos comprometidas com a promoção das funcionalidades econômicas e sociais da propriedade.

Contudo, esse entendimento inovador na época foi construído antes da promulgação da Constituição Cidadã, do Código Civil de 2002 e da consolidação do paradigma do neoconstitucionalismo. Sob a influência desses novos marcos e diante

da proliferação de negócios atípicos inseridos em relações jurídicas reais — como a multipropriedade imobiliária —, a Escola do Direito Civil-Constitucional desenvolveu uma agenda de pesquisa em que o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais e, conseqüentemente, o princípio da tipicidade dos direitos reais são repensados. Essas preocupações ficam claras na tese de cátedra do Professor Gustavo Tepedino sobre “A Disciplina Jurídica da Multipropriedade Imobiliária” (1993, p. 83):

Se são verdadeiras, como parecem, tais constatações, compreender-se-á que a discussão quanto ao *numerus clausus* deve ser redimensionada, mesmo admitindo, desde logo, que a reserva legal para a predisposição de uma nova figura real é inderrogável, por traduzir princípio de ordem pública. Muito mais fértil, todavia, será perquirir, na dinâmica da atividade privada, os negócios jurídicos que, no âmbito dos tipos reais predispostos pelo Código Civil, possam ser estabelecidos sem a reprovação do sistema.

Cumpra ressaltar que Gustavo Tepedino defende que o princípio do *numerus clausus* seja repensado, mas sem sua substituição pelo *numerus apertus*. Nesse sentido:

Tal concepção, ainda hoje justificada, sobretudo pelo princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual a autonomia privada não pode criar vínculos que atinjam situações jurídicas de terceiros, veda a criação de direitos reais que, sendo dotados de eficácia *erga omnes*, criariam o dever genérico de abstenção, sem o prévio consenso da coletividade e sem a generalidade e abstenção própria da norma jurídica. Só a lei, no sistema democrático, revela o consenso social capaz de permitir a produção de efeitos *erga omnes* (TEPEDINO, 1993, p. 84).

Diferentemente, no direito comparado, o renomado professor português José de Oliveira Ascensão critica o sistema do *numerus clausus* expressamente consagrado pelo Código Civil português de 1966¹⁴ por entender que as razões que justificaram sua origem não mais subsistiam no século XX e, por isso, devia ser substituído pelo *numerus apertus*. Segundo Ascensão (1968, p. 76):

Por que dizemos que, em princípio, é o *numerus apertus* que se impõe? Porque todo *numerus clausus* é um colete de forças imposto à vida. A espontaneidade social tem por si a capacidade de forjar, na maioria dos casos, os instrumentos que mais adequados se revelem à determinada situação. Essa mesma espontaneidade permite acompanhar a evolução, criar para amanhã o que não existia ontem, matar o que já não serve hoje. A imposição de um *numerus clausus* significa estratificar a vida social em determinado momento histórico, absolutizando o que era relativo por fazer secar a fonte da evolução. E não se pense que os mesmos efeitos podem ser atingidos pela atividade legislativa, que vá escogitando os tipos que se

14. Artigo 1306. («*Numerus clausus*») Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional.

revelem adequados. Para além da inevitável lentidão de todas as intervenções legislativas em matéria de direito civil, cremos que nem mesmo o mais sagaz e atento legislador poderia realizar esta tarefa. Já Heck acentuava que não se pode satisfazer uma situação social que hoje muda tão rapidamente através de instrumentos pré-estabelecidos.

Não se desconhece que um sistema aberto de direitos reais criados pela intervenção da autonomia da vontade poderia criar insegurança no tráfego jurídico dos bens, uma vez que a constituição de ônus e vinculações sobre as coisas teria efeito *erga omnes* e, portanto, alcançaria terceiros sem conhecimento prévio sobre a existência dessas limitações reais. Ademais, as incertezas derivadas dessa insegurança jurídica resultariam em maiores obstáculos para as transações humanas que envolvessem direitos reais. Sem contar que o funcionamento dos registros imobiliários seria perturbado com a constituição de figuras atípicas onerando as coisas.

Essas preocupações foram recepcionadas pela Lei de Registros Públicos - Lei 6.015/73, que prevê um rol taxativo de situações reais suscetíveis de registro. Tal opção legislativa reforça que no ordenamento pátrio não há guarida para o sistema do *numerus apertus*, no qual há espaço para a publicidade registral de direitos reais atípicos. Vale notar que alguns países se filiaram ao princípio do *numerus apertus* em relação aos direitos reais, com destaque para a Espanha e os países escandinavos — Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia e Islândia. No caso da Espanha, por exemplo, há uma cláusula geral na Lei Hipotecária espanhola que permite a constituição de direitos reais atípicos. Mas, no Brasil não é assim.

Dando sequência ao desenvolvimento dessas ideias de Gustavo Tepedino, seu aluno André Pinto da Rocha Osorio Gondinho, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, escreveu sobre a compatibilidade entre a modelagem pela autonomia da vontade dos direitos reais enumerados em lei e o princípio do *numerus clausus*. Anota Gondinho (2000, p. 6):

É importante delimitar o controle geral a proteger a coletividade e os contratantes, no sentido de impedir o surgimento de situações reais que não respeitem os valores existenciais, sociais e econômicos previstos pelo ordenamento, bem como estabelecer, ao menos em linhas gerais, uma teoria geral da tipicidade real que possibilite a tutela constitucional da iniciativa privada e da propriedade.

O ponto de partida das considerações do Direito Civil-Constitucional reside no reconhecimento de que o princípio do *numerus clausus* não é uma

necessidade natural decorrente da eficácia *erga omnes* das situações jurídicas reais, e sim uma escolha historicamente modelada. Assim, confronta-se a correlação posta por San Tiago Dantas (1981, pp. 18-19): “sendo certo que os direitos reais prevalecem *erga omnes*, seria inadmissível que duas, três ou mais pessoas pudessem, pelo acordo de suas vontades, criar deveres jurídicos para toda a sociedade”. Também se afasta da ideia de que a intervenção da autonomia da vontade na criação de novos direitos reais seria prejudicial ao sistema econômico em face da eficácia *erga omnes* que as relações assim criadas acabam por adquirir” (GONDINHO, 2000).

Na ótica do Direito Civil-Constitucional, a autonomia da vontade não pode criar modalidades de direitos reais não enumeradas em lei, mas apenas pode modelar os tipos já estabelecidos. A compreensão dessa assertiva envolve a diferenciação entre o princípio da taxatividade e o princípio da tipicidade. Enquanto a enumeração taxativa em lei se caracteriza pelo fato de o legislador ser a fonte única e exclusiva de criação das categorias de direitos reais, a tipificação legal diz respeito à previsão em lei do conteúdo estrutural dos direitos reais. A ausência de justaposição entre os dois princípios fica inconteste na existência da tipicidade em campos do Direito em que impera o *numerus apertus*, como no direito dos contratos. Em trabalho sobre a tipicidade dos direitos reais, assim leciona o professor português José de Oliveira Ascensão (1968, pp. 104-105):

Se há um *numerus clausus*, também há, necessariamente, uma tipologia de direitos reais. O *numerus clausus* implica sempre a existência de um catálogo, de uma delimitação de direitos reais existentes. Quer dizer, o *numerus clausus* significa que nem todas as figuras que cabem no conceito de direito real são admitidas, mas tão somente as que forem previstas como tal. Pressupõe, pois, a especificação de uma pluralidade de figuras que realizam o preenchimento incompleto dum conceito, o que nos dá a própria definição de tipologia. O conceito de direito real tem uma extensão maior do que a resultante da soma dos direitos reais existentes.

Desse modo, o sistema do *numerus clausus* requer que os direitos reais sejam previstos pelo legislador e seu corolário natural – o princípio da tipicidade – requer que as situações jurídicas reais encontrem seu conteúdo estrutural definido em lei. Como os tipos legais podem ser abertos ou fechados, há uma margem para a livre modelação dos direitos reais pela autonomia da vontade em direção ao alcance de expectativas legítimas emergentes da dinâmica social. Segundo Tepedino (1993, p. 83):

Tais relevos distintivos permitem que se pesquise o campo de atuação deixado pelo legislador à autonomia privada, no âmbito dos tipos estabelecidos por lei. Vale dizer, ao lado das regras imperativas, que definem o conteúdo de cada tipo real, convivem preceitos dispositivos, atribuídos à autonomia privada, de sorte a moda o seu interesse à situação jurídica real pretendida. Assim, se é inegável que a constituição de um novo direito real sobre coisa alheia, ou de uma forma proprietária com características exóticas, depende do legislador, que, por sua vez, deve ater-se aos limites de utilidade social definidos pela Constituição, certo é que no âmbito do conteúdo de cada tipo real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto aos limites (de ordem pública) permitidos para essa atuação.

Tal releitura sobre o modo de aplicação dos princípios do *numerus clausus* e da tipicidade não alberga a criação nem de direitos reais sobre coisa alheia estranhos à tipologia prevista em lei nem de formas proprietárias exóticas. Porém, esse novo modo de ver o princípio do *numerus clausus* abre espaço para o reconhecimento de modificações dos direitos reais por meio da autonomia da vontade dentro dos limites da tipologia aberta dos direitos reais.

Com base nessas considerações, cabe reconhecer que a multipropriedade imobiliária não pode ser uma nova espécie de direito real resultante da combinação de características da propriedade e do usufruto. Inclusive, essa conclusão já tinha sido sustentada pelo saudoso Orlando Gomes (1985, p. 58):

A multipropriedade configura-se por traços que não permitem identificá-la a institutos conhecidos ... a natureza jurídica da multipropriedade continua obscura. A igual distância da propriedade e do usufruto, seria um direito real atípico e, portanto, uma espécie que não pode existir em face do princípio *numerus clausus* dos direitos reais.

Apesar de não ser uma nova espécie de direito real, a multipropriedade imobiliária, como conclui Gustavo Tepedino, é uma modelagem de um tipo de direito real já enumerado em lei, mais especificamente, é uma espécie do direito de propriedade. Em suas palavras, “a multipropriedade seria um direito de propriedade caracterizado pela incidência sobre um objeto demarcado no espaço e no tempo, identificador da unidade imobiliária em determinado turno anual” (TEPEDINO, 1993, p. 87).

De igual modo, após a vigência da Constituição de 1988 e do novo Código Civil, Viegas de Lima reformou seu entendimento inicial sobre o princípio do *numerus clausus* que o tinha levado, no mencionado trabalho de 1988, a sustentar que a multipropriedade imobiliária não representava uma situação jurídica real. Em seu novo entendimento, passa a propor, como Gustavo Tepedino, a redefinição da categoria de direitos reais de modo a permitir que “um direito, desde que

perfeitamente conformado e aceito socialmente, possa receber a caracterização e a proteção de um direito real” (LIMA, 2010, p. 15). É mais explícito ainda quando defende que: “devemos constatar a realidade inexorável da entrada no cenário jurídico e conseqüentemente necessidade de aplicação e desenvolvimento de novos direitos reais que venham traduzir a realidade do início do século XXI” (LIMA, 2010, p. 77).

Logo, sob a ótica do Direito Civil-Constitucional, a autonomia da vontade das partes pode promover alterações e modelagens nos direitos reais listados em lei, desde que haja uma função econômico-social útil que justifique esse alargamento das situações jurídicas reais. Sendo assim, a modelagem de situações jurídicas reais não tem como condição necessária um processo legislativo normal, haja vista que as partes podem, observando os princípios essenciais dos direitos reais, ampliar os tipos enumerados em lei a fim de satisfazer novas necessidades da vida prática.

Nas palavras de Viegas de Lima (LIMA, 2010, p. 82), “busca-se que um direito real não seja tão formal ou ‘estruturado dentro de uma caixa’, mas que também não tenha uma autonomia tal fundada na liberdade contratual, que permita o surgimento indiscriminado de situações jurídico-reais”.

Por tais vias, há espaço para a autonomia da vontade modelar e adequar direitos reais enumerados em lei, devendo, para tanto, ser verificado se aquele caso particular só pode ser resolvido com a admissão de uma nova modalidade de direito real, ou seja, o novo direito real deve atender ao critério prático de ser necessário para a satisfação das novas necessidades econômicas e sociais, não bastando que as partes contratantes, indistintamente, configurem as situações jurídicas criadas como direitos reais.

Nesse ponto, cumpre notar que, ao defender a fixação de balizas para a autonomia da vontade no campo dos direitos reais, Viegas de Lima argumenta que a ampla liberdade contratual na definição dos direitos reais, nos moldes propostos pela *law and economics*, levaria a uma excessiva fragmentação da propriedade e, conseqüentemente: produziria insegurança jurídica, aumentaria os custos de transação e potencializaria a assimetria informativa nos negócios imobiliários. Essa é uma abordagem inovadora em relação aos civilistas pátrios, inclusive da Escola do Direito Civil-Constitucional, na medida em que elabora mesclas pragmáticas entre o direito e a economia, conforme se verá no próximo capítulo.

Por fim, o entendimento de que a multipropriedade imobiliária tem natureza jurídica de direito real gera repercussões práticas significativas que, além de democratizarem a realização do sonho da casa de lazer, resultam na eficácia *erga omnes* do vínculo jurídico que se instaura e na garantia do direito de sequela ao titular do direito real. Vê-se, pois, que a releitura do princípio do *numerus clausus*, operacionalizada pela perspectiva do Direito Civil-Constitucional, reveste-se de utilidade prática para a segurança jurídica dos multiproprietários e reduz os custos de transação no mercado imobiliário.

4 PROPOSTAS PARA A MODELAGEM DA PROPRIEDADE NO QUADRANTE INTERDISCIPLINAR

No capítulo anterior, analisou-se o discurso do Direito Civil-Constitucional em torno da propriedade imobiliária, bem como suas repercussões na construção de uma abordagem jurídica que problematiza questões referentes ao acesso a bens imóveis pelo maior número possível de pessoas.

Naquela oportunidade, expôs-se a tese de que a função social da propriedade não pode ser utilizada como argumento retórico para a justificação da prática de abusos contra o direito fundamental de possuir titularizado pelos proprietários. Pelo contrário, a função social deve ser usada a fim de ajudar a executar ponderações e escolhas no caso concreto à luz da principiologia constitucional prestigiada no paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual os direitos fundamentais dos indivíduos ocupam lugar central.

No entanto, a compatibilização entre as reivindicações legítimas por acesso à propriedade imobiliária e o centro de interesses proprietários exige que o discurso do Direito Civil-Constitucional vá além da promoção do encontro entre: o neoconstitucionalismo — especialmente, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy — e as “formas” do direito privado.

Entende-se imprescindível a problematização a respeito dos fatores que devem ser levados em conta para o exame de legitimidade das reivindicações por acesso à propriedade, pois sem sua adequada identificação resta inviabilizada a própria ponderação entre os centros de interesses proprietários e não proprietários. Afinal, vai se ponderar o quê?

O jurista deve ter uma noção basilar sobre a realidade social em que está inserido e a considerar na sua ponderação, mas também deve internalizar preocupações econômicas como a redução dos custos de transação e o papel das instituições no desenvolvimento social, já que as decisões judiciais podem repercutir negativamente na distribuição da propriedade imobiliária — um ativo econômico escasso que não pode ter sua proteção jurídica dissipada sob pretextos políticos circunstanciais desprovidos de fundamentação racional, diga-se, fundamentada e submetida a escrutínio na esfera pública.

Nesse sentido, este trabalho busca analisar as abordagens do Direito Civil-Constitucional sobre a propriedade imobiliária que ultrapassam as limitações do quadrante jurídico e adentram no quadrante interdisciplinar, pois o estudo do direito de propriedade com enfoque na perspectiva do acesso a bens imóveis ganha relevo se adotado o pressuposto de que a propriedade é uma instituição voltada para o desenvolvimento social, que carrega em sua própria estrutura um aspecto funcional de repercussão no mundo jurídico e econômico para além das fronteiras dos interesses individuais.

Dessa maneira, este capítulo focará na análise de como o Direito Civil-Constitucional tem estruturado um discurso sobre a propriedade funcionalizada a partir de mesclas pragmáticas entre o direito e as ciências afins, especialmente a economia, com vistas à solução prática de problemas da realidade social, mais especificamente, de problemas relacionados à concretização das reivindicações sociais de acesso a bens imóveis.

Serão privilegiados os novos estudos do Direito Civil-Constitucional que aceitam os riscos de formular novos arranjos no quadrante interdisciplinar com o compromisso de oferecer respostas práticas que superem a insuficiência dos atuais marcos teóricos quando isoladamente considerados apenas no quadrante jurídico.

Uma abordagem voltada para a solução de casos práticos deve ser permeada por mesclas pragmáticas no intuito de que se potencialize as funcionalidades econômicas e sociais do direito de propriedade no caso concreto. Essas mesclas envolvem a superação das barreiras que separam a linguagem do direito público e do direito privado sem o receio de aproximar preocupações da teoria constitucional e da civilística, bem como a interpenetração do conhecimento jurídico com as ciências afins, principalmente a economia. Em outras palavras, compartilha-se o mesmo entendimento de Viegas de Lima (2010, p. 9):

Inicialmente podemos dizer que a matriz proprietário é o direito civil. Ou se preferirem, tal matriz é a Constituição e seu delineamento se encontra na esfera civilista, sem que se possa esquecer a unidade sistêmica, delineada em nossos dias. Deste marco inicial é necessário o estabelecimento de trocas com outras Ciências, tal como a econômica, com a finalidade de permitir que o sistema proprietário ou a instituição dos direito de propriedade possa atender, corretamente, às necessidades civil e econômica, duas finalidades que reputamos indissociáveis e que estão presentes nesses direitos.

É sabido que o trabalho interdisciplinar em direito e economia enfrenta uma série de desafios, mormente por causa dos diferentes padrões de discurso

racional, já que o direito se move no plano do dever-ser e a economia no plano do ser. Daí decorrem diferentes linguagens, agendas de pesquisa e conceitos analíticos para os mesmos termos.

Os juristas, ainda mais quando presos à tradição kelseniana, acabam se detendo no mundo normativo e desprezando os efeitos reais desejados ou colaterais resultantes da aplicação das normas sobre a “matéria” social. Por sua vez, os economistas formulam políticas econômicas com base em premissas ideais sobre o funcionamento das instituições por não compreenderem a lógica de funcionamento do sistema jurídico nem a historicidade da norma — “o modo de ser da norma no mundo histórico”, segundo o economista Pérsio Arida (2005, p. 12), um dos idealizadores do Plano Real. Por isso, há vantagens recíprocas em uma abordagem que aproxime o direito da economia, como aduz Maria Tereza Leopardi Mello (2006, p. 46):

Embora a compreensão dessas duas visões e suas diferenças seja um ponto de partida necessário, acredito que a interdisciplinaridade requeira algo mais do que a justaposição de duas perspectivas do mesmo objeto: em primeiro lugar, é preciso aceitar que existem elementos ou variáveis econômicas que só podem ser adequadamente compreendidos tendo em vista o quadro jurídico pertinente, e vice-versa: há fenômenos jurídicos que só podem ser devidamente entendidos por referência a uma análise econômica.

Para alguns autores, urge não só a aproximação do direito e da economia, e sim a construção de uma agenda de pesquisa comum para integrar essas duas ciências, com objeto e metodologia próprios. Nesse sentido, Mello (2006, p. 46) defende que “direito-e-economia (para justificar-se enquanto tal) deve ser capaz de delimitar um objeto de estudo diverso do direito e diverso da economia”.

Tal proposta científica é controversa e ainda carece de maiores formulações. Este trabalho, apesar de reconhecer a importância do debate em torno da integração entre direito e economia em uma agenda de pesquisa com objeto e metodologia próprios, opta por valorizar construções teóricas que trazem elementos da economia para a modelagem de uma abordagem jurídica, ou seja, selecionam teorias econômicas para incorporá-las ao discurso jurídico. Assim faz: tanto por adotar como marco teórico uma teoria bem definida e localizada no sistema jurídico, qual seja, o direito civil-constitucional; quanto por acreditar que as mesclas pragmáticas entre direito e economia, quando realizadas no campo jurídico, são de

mais fácil aceitação pelos operadores togados, que, sob a influência do direito “purificado” de Kelsen, tendem a ser refratários a quaisquer considerações “não-jurídicas”, ainda mais quando as contribuições das ciências afins não são inseridas em um discurso tipicamente jurídico — esse aspecto se destaca sob o enfoque de soluções pragmáticas.

Ante essas reflexões preliminares, este capítulo analisará em que medida a aplicação de mesclas pragmáticas entre as “formas” do direito e das ciências afins, especialmente da economia, vem promovendo novas modelagens da propriedade imobiliária no Brasil, que, quando comparadas com a concepção de propriedade formulada pela civilística tradicional, fomentam maiores discussões sobre o acesso a bens imóveis pelo maior número possível de pessoas.

4.1 A CONSTRUÇÃO DE MESCLAS PRAGMÁTICAS ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA NO DISCURSO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Ao elencar os autores que conduzem a agenda de pesquisa do Direito Civil-Constitucional, o civilista Flávio Tartuce (2015, p. 13) dispõe que “em Brasília, na UnB, o professor Frederico Viegas de Lima igualmente se dedica aos estudos das interações entre o Direito Civil e a Constituição Federal de 1988”¹⁵.

Uma análise detida da produção acadêmica de Viegas de Lima revela que sua agenda de pesquisa problematiza, principalmente, os novos contornos das situações jurídicas reais à luz do Direito Civil-Constitucional, procedendo à revisão de conceitos tradicionais da civilística mediante uma hermenêutica repersonalizante que adota como ponto de partida o texto constitucional. Em recente estudo, Viegas de Lima assim registra seu entendimento sobre como os juristas devem interpretar e aplicar o direito de propriedade:

15. Outros autores citados são: “essa visão [Direito Civil-Constitucional] ganhou força na escola carioca, capitaneada pelos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza. No Paraná, Luiz Edson Fachin também faz escola com o ensino do Direito Civil Constitucional, na Universidade Federal do Paraná. No Nordeste é de mencionar o trabalho de Paulo Luiz Netto Lôbo, também adepto dessa visão de sistema. Em São Paulo, destacam-se os trabalhos de Renan Lotufo, na PUC/SP, e da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, titular na USP” (TARTUCE, 2015, p. 13).

Os novos contornos da propriedade imobiliária devem ter como ponto de partida as noções contidas na Constituição Federal nos incisos XXII e XXIII do seu artigo 5º, bem como a estampada no § 1º do artigo 1.228 do Código Civil, sem descuido do artigo 182 da mesma Carta Política, com o lançamento de seus pressupostos teóricos segundo a perspectiva civil-constitucional, abandonando uma noção e categoria individualista, fundada na necessidade da mesma em atender mais às necessidades da coletividade, impondo ao seu titular uma série de restrições ou limites, chegando, finalmente à conclusão de que a mesma é bem mais um poder restringido (LIMA, 2010, p. 29).

Entre seus inúmeros trabalhos sobre propriedade imobiliária, percebe-se que, a partir da tese “Propriedade, Estado e Mercado”, apresentada no Concurso para Professor Titular de Direito Privado da Faculdade de Direito da UnB em 2010, Viegas de Lima incorpora em seu discurso novas linguagens, preocupações e eixos de pesquisa que confluem para o estabelecimento de mesclas pragmáticas entre o direito e a economia.

O estudo da propriedade imobiliária levado a cabo por Viegas de Lima, em especial a partir da sua mencionada tese em 2010, representa um movimento de vanguarda, no átrio do Direito Civil-Constitucional, em razão da consolidação de um discurso temático com forte interpenetração da ciência jurídica e da ciência econômica. No seu compromisso interdisciplinar, recorre às formulações da teoria da Nova Economia Institucional — *new institutional economics* — e da *democratic model of property law*.

A *new institutional economics*¹⁶ busca examinar o papel das instituições na promoção ou no entrave do desenvolvimento econômico. Em linhas gerais, consiste em uma tentativa de incorporar a teoria institucional na economia e teve origem nos estudos de Douglass North, Williamson, Coase, Demsetz e Alchian (RUTHERFORD, 1994, pp. 2-3).

Douglass North (1993, p. 1) salienta que essa literatura extrai da teoria neoclássica o pressuposto fundamental da escassez e, conseqüentemente, da competição. Porém, abandona a racionalidade instrumental que levou os neoclássicos a elaborarem uma teoria na qual as instituições eram desnecessárias. Por isso, a *new institutional economics* não anula a teoria neoclássica, mas nela se apoia com modificações e expansões a fim de enfrentar e lidar com questões que estavam fora da compreensão neoclássica.

16. A literatura de “*property rights*”, mesmo se baseando na economia neoclássica, foi além desse modelo e produziu novas subáreas: “*law and economics*”, “*new economic history*” e “*new institutional economics*”. Tal é a localização contextual da teoria da *new institutional economics* (Allen, 1999, p. 893).

Segundo Hargreaves-Heap (1994, p. 4), a racionalidade instrumental pode ser definida como “*the choice of actions which best satisfy a person’s objectives*”. E mais, a racionalidade instrumental sozinha é uma teoria incapaz de lidar com os efeitos das instituições e dos valores sobre as escolhas. Hargreaves-Heap associa esse tipo de racionalidade com a economia neoclássica ligada à proibição da intervenção governamental (CALDWELL, 1991, p. 975).

A teoria institucional abandona o pressuposto da racionalidade instrumental devido ao reconhecimento de que as pessoas têm informações incompletas e capacidade mental limitada para processar informações. Isso porque cada indivíduo percebe e interpreta o mundo ao seu redor por meio de modelos mentais, quer derivados da sua cultura, quer adquiridos por sua própria experiência no ambiente em que está inserido. Esses modelos mentais são a base das escolhas individuais (NORTH, 1993, pp. 1-2).

Informações incompletas e capacidade mental limitada para processar informações determinam o custo de transacionar, pois as informações têm custos e são distribuídas assimetricamente entre as partes. Segundo North (1993, p. 2):

The costs of transacting arise because information is costly and asymmetrically held by the parties to exchange. The costs of measuring the multiple valuable dimensions of the goods or services exchanged or of the performance of agents, and the costs of enforcing agreements determine transaction costs.

A abordagem dos custos de transação relaciona-se a três literaturas relativamente independentes: a econômica, a da teoria organizacional e a do direito dos contratos no qual o contrato é abordado como uma questão de governança (WILLIAMSON, 1981, p. 550). De qualquer modo, a noção dos custos de transação ganha forma a partir do clássico “*The Nature of the Firm*”, de Ronald Coase, publicado em 1937. Nele, Coase conceitua os custos de transação simplesmente como “*the cost of using the price mechanism*” (COASE, 1988, p. 38).

Vale notar que o trabalho de Coase em 1937 é pródigo em exemplos dos custos de transação enquanto custos do mecanismo de preços — descoberta de quais seriam os preços, negociação e fechamento de um contrato, problema do cumprimento das obrigações —, todavia sua definição dos custos de transação é vaga e fluída. Mesmo assim, esse primeiro trabalho de Coase simboliza um marco na incorporação dos custos de transação na análise econômica. Ao receber o

prêmio Nobel, ele próprio afirmou: “*What I think will be considered in the future to have been the important contribution of this article is the explicit introduction of transaction costs into economic analysis*” (COASE, 1992, p. 716).

Apenas com “*The Problem of Social Cost*”, em 1960, Coase consegue desenvolver sua publicação originária e amarrar suas muitas ideias para fornecer uma agenda de pesquisa na qual há íntima relação entre custos de transação e “*property rights*” (ALLEN, 1999, p. 894). Nessa obra-prima, Coase desenvolve o chamado “Teorema de Coase” (“*Coase Theorem*”), no qual se deve assumir que, na ausência dos custos de transação e com direitos de propriedade bem definidos, existe solução eficiente de uma externalidade mediante negociação direta entre as partes.

Coase representa um contraponto à “Economia do bem-estar” de Arthur Cecil Pigou, professor da Universidade de Cambridge, que apoia a criação de tributos compensatórios para desestimular ações econômicas que geram externalidades negativas para os membros da sociedade. Ainda há economistas que seguem esse entendimento de Pigou, como Nicholas Gregory Mankiw. Inclusive, Mankiw difunde quem são os economistas que aderem a esse pensamento e integram o chamado *Pigou Club*. Segundo o professor Marcus Faro de Castro (2012, p. 208):

O *Pigou Club* corresponde a um grupo de economistas listados na internet por Mankiw a partir de 2006, quando ele publicou, no diário *The Wall Street Journal*, um manifesto em favor da introdução, nos Estados Unidos, de um imposto sobre a gasolina no valor de um dólar por galão, como meio de evitar efeitos adversos do consumo do combustível, tais como a emissão de poluentes, engarrafamentos no trânsito, mudança climática etc.

Diferentemente de Pigou, Coase entende que ações econômicas causadoras de externalidades negativas para os membros da sociedade podem ser defensáveis caso resultem na diminuição dos custos de transação, ou melhor, sejam economicamente justificáveis.

Dentro desse referencial teórico, Viegas de Lima, um dos civilistas brasileiros que desenvolve a agenda de pesquisa do Direito Civil-Constitucional, incorpora na sua abordagem a noção dos custos de transação como sendo o agregado dos custos de transferência, de captura e de proteção dos direitos, nos seguintes termos:

A propriedade, para que possa garantir os direitos de seu titular, gera uma série de custos, sendo o principal deles o custo de transação. Por custo de transação deve ser entendido todas as despesas inerentes à realização do negócio jurídico e que devem ser arcadas por seu titular. Tais custos podem ser decompostos, quando então chegamos ao custo de informação. É o custo que tem o titular para conhecer a verdadeira situação do imóvel, compreendendo assim, os desmembramentos dos direitos de propriedade e eventuais constringências que pesam sobre o mesmo (LIMA, 2010, pp. 11-12).

Nesse sentido, os custos de transação são decompostos por Douglass North e Robert Thomas (1973, p. 93) em: custo de pesquisa (*search cost*) — “*the provision of information about the opportunities for exchange*” —, custo de negociação (*negotiation cost*) — “*the negotiation of the terms of the exchange*” — e custo de coerção (*enforcement cost*) — “*determining procedures for enforcing the contract*”.

Além dos custos de transação, ocupa posição privilegiada no trabalho de Viegas de Lima (2010, p. 68) a noção de custo de informação, que é incluída no custo de pesquisa. O custo de informação se refere às assimetrias informativas entre as partes contratantes – comprador e vendedor – que dificultam o livre tráfego das propriedades e afetam a segurança jurídica dos negócios. A redução dessa assimetria entre uma parte mais informada e outra menos pode ser operacionalizada mediante o registro imobiliário, que é uma organização capaz de tornar o mercado imobiliário mais eficiente na medida em que concentra informações referentes à situação jurídica dos direitos de propriedade, “permitindo, então, que se possa dar a conhecer quem é o verdadeiro dono de uma propriedade e quais são as restrições que pesam sobre ela, quer sejam de caráter real ou obrigacional” (LIMA, 2010, p. 72).

Na *new institutional economics*, as instituições são limitações criadas pelos homens e conformam a interação humana, ou seja, equivalem às regras do jogo (NORTH, 1995, p. 13). Nesse jogo, as organizações são os jogadores, entendidas essas como um grupo de indivíduos que se reúnem por algum propósito comum para alcançarem objetivos, como: partidos políticos, agências reguladoras, empresas, organizações sociais, igrejas, clubes, escolas e universidades. Da interação entre instituições e organizações resulta a mudança institucional.

Foi Ronald Coase, no seu mencionado “*The Problem of Social Cost*”, de 1960, quem conseguiu estabelecer a conexão entre instituições, custos de transação

e teoria neoclássica a partir da noção de que os custos de transação¹⁷ estão na origem das instituições, formadas com o objetivo de reduzir a incerteza nas transações. Logo, as instituições, junto com a tecnologia empregada, determinam os custos de transação e de produção. Nessa linha, Viegas de Lima (LIMA, 2010, p. 59) anota que “as instituições possuem como uma de suas finalidades reduzir a falta de informação ou completar uma informação deficiente, atuando em benefício da sociedade”.

Nesse viés institucional, o mercado é uma instituição que tem a finalidade de facilitar as trocas humanas, e a propriedade é uma instituição fundamental para o desenvolvimento da sociedade. O correto desenvolvimento da propriedade no mercado necessita da atuação do Estado para reduzir custos de transação e corrigir assimetrias informacionais entre as partes contratantes e também em relação a terceiros.

Para que a propriedade cumpra seu papel institucional, faz-se necessário a mitigação do sistema do *numerus clausus* de direitos reais e o fortalecimento do registro imobiliário, de modo que nele sejam concentradas as informações sobre toda e qualquer mutação jurídico-real de uma propriedade (LIMA, 2010).

Em sua abordagem vanguardista, no intuito de conectar as preocupações do Direito Civil-Constitucional com o conhecimento sistematizado pela ciência econômica, Viegas de Lima (2010) também recorre a uma segunda teoria conhecida como *democratic model of property law*. Ele mesmo anuncia o recurso a esse referencial teórico, que, em suas palavras:

Parte do princípio de que a propriedade revela direitos e obrigações para proprietários e não proprietários, dentro de uma relação eminentemente pessoal, impondo normas de obrigação social, que só podem ser conseguidas mediante uma equilibrada atuação do Estado, ao citar normas mínimas para a regulamentação do mercado, tal como a intervenção nos custos de transação (LIMA, 2010, p. 21).

Na ótica da teoria da *democratic model of property law*, os direitos de propriedade envolvem relações entre pessoas e definem uma determinada estrutura

17. No léxico econômico, Douglas Allen (1999, p. 893) explica que o conceito dos custos de transação é rodeado por uma ambiguidade decorrente da existência de duas literaturas que reivindicam a titularidade do termo. De uma banda, a literatura de “*property rights*” iniciada com Coase tem seu foco no papel dos custos de transação na distribuição dos direitos de propriedade. Tais custos são definidos amplamente como “todas as leis, regras, costumes sociais e organizações que geram incentivos para comportamentos” (Coase, 1999, p. 893). De outra banda, a literatura neoclássica sobre custos de transação se desenvolveu no início da década de 1950 e os define de forma mais estrita, em geral modelando os custos de transação mais precisamente e muitas vezes de forma analiticamente igual a encargos de transporte ou impostos.

social, econômica e política. Nas palavras de Joseph Singer (2009, p. 1047), *“the democratic approach recognizes that property law concerns not just relations between persons and things but relations among persons with respect to valued resources”*.

Como a propriedade diz respeito a relações entre pessoas, os proprietários possuem, além de direitos, obrigações. Os autores da teoria da *democratic model of property law* compreendem a propriedade não só por meio dos poderes e direitos que ela confere aos proprietários, mas, sim, por meio dos impactos que o exercício desses poderes causa sobre outras pessoas. Segundo Singer (2009, p. 1048), *“because both the allocation and the exercise of property rights affect others, we are not free to ignore the externalities of property”*.

O foco dessa teoria está no papel que a propriedade desempenha em uma sociedade livre e democrática que trata cada pessoa com igual preocupação e respeito. Nesse passo, a propriedade deixa de ser entendida como mero direito individual para adentrar na categoria de sistema social, que, para ser adequadamente compreendido, requer o estudo sobre as relações sociais que os direitos de propriedade encarnam e promovem.

Assim, a legitimidade de certo modelo de propriedade pressupõe a aceitação dos efeitos sistêmicos gerados pelo exercício da posição proprietária – *“What are the implications of a democratic society for property and property law? [...] some packages of property rights must be illegal in a free and democratic society”* (SINGER, 2009, p. 1050).

Daí a necessidade de que haja uma regulação estatal mínima para a definição de limites ao exercício dos direitos de propriedade no intuito de assegurar um tratamento digno a todos os indivíduos, proprietários ou não. Logo, a mesma lei que protege a propriedade deve possibilitar que outros se tornem proprietários. Nesse sentido, lecionam Alexander, Peñalver, Singer e Underkuffler (2009, p. 744):

Property confers power. It allocates scarce resources that are necessary for human life, development and dignity. Because of the equal value of each human being, property laws should promote the ability of each person to obtain the material resources necessary for full social and political participation.

Destarte, cumpre sintetizar quais são os novos delineamentos da propriedade na visão de Viegas de Lima (2010). O ponto de partida de suas formulações está na escassez. No caso da propriedade imobiliária, a noção de

recursos escassos decorre da própria impossibilidade de aumentar ou expandir horizontalmente a área disponível do solo. Um problema que tende a se agravar com o aumento crescente da população no planeta. Nesse sentido, “o acesso ao solo por um maior número de pessoas possíveis só pode ser garantido com a atuação do Estado” (LIMA, 2010, p. 56), sendo que a regulamentação estatal sobre o uso desse recurso escasso deve se estruturar em torno de “um novo modelo que atenda às necessidades sociais cotidianas, principalmente dentro das relações — extremamente tensas, por certo — entre proprietários e não proprietários” (LIMA, 2010, p. 56).

Por conseguinte, como resultado dessa argumentação, resta atribuído ao Estado o dever de intervir no funcionamento do mercado a fim de garantir o mercado e a instituição dos direitos de propriedade e, também, de reduzir os custos de transação desses direitos. Para tanto, nas trilhas de Douglass North, devem ser disponibilizadas organizações capazes de concentrar informações sobre as mutações jurídico-reais, de modo a se ter uma redução dos custos de transação e de informação nas transações que envolvam direitos de propriedade.

Nesse quadro, o registro imobiliário é uma organização que reduz assimetrias informativas e, conseqüentemente, atenua incertezas no mercado de bens imóveis, já que os registros podem disponibilizar às partes contratantes informações sobre: quem é o verdadeiro titular do direito real, quem pode dispor do imóvel; quais ônus existem sobre os bens e se, eventualmente, há preferência dessas garantias a terceiros em relação aos direitos do potencial adquirente.

A concentração dessas informações sobre a situação jurídica de um imóvel faz com que os registros imobiliários evitem uma multiplicidade de informações contraditórias que geraria custos para a descoberta da verdade real sobre o bem transacionado. Essa almejada concentração informativa em uma única organização requer que todas as situações jurídicas referidas a um imóvel sejam registradas. Outrossim, os registros imobiliários conferem certeza aos direitos de propriedade, aumentam a segurança jurídica dos negócios e reduzem os custos de transação, deixando o mercado de bens imóveis mais eficiente.

Por tais ideias, Viegas de Lima entende que a concepção de Waldron é a que mais se adapta à atual realidade proprietária:

The concept of property is the concept of a system of rules governing access and control of material resources. Something is to be regarded as a

material resource if it is a material object capable of satisfying some human need or want. In all times and places with which we are familiar, material resources are scarce relative to human demands that are made on them. (Some, of course, are scarcer than others). Scarcity, as philosophers from Hume to Rawls have pointed out, is a presupposition of all sensible talk about property.

Sendo assim, a propriedade atual demanda uma regulamentação estatal no sentido de estabelecer regras para o acesso e o controle dos recursos materiais relativamente escassos. Vê-se, pois, que o Estado atua em via de mão dupla: de um lado, lança as regras para o acesso e a alocação dos bens escassos e, por outro, garante o cumprimento das regras de propriedade, seja protegendo o poder de controle do proprietário, seja impondo-lhe obrigações.

4.2 REPERCUSSÕES PRÁTICAS DA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR INTROJETADA NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

O entendimento de que a propriedade é uma instituição fundamental para o desenvolvimento social e que se refere a bens escassos conduz ao abandono de modelos irracionais de liberdade irrestrita dos agentes econômicos no mercado. Em seu lugar, surge a exigência para que o Estado reconheça as regras de propriedade formal, crie mecanismos coercitivos para o cumprimento dos direitos de propriedade e reduza os custos de transação. Nesse sentido, sustenta Viegas de Lima (2010, p. 23):

A propriedade, dentro de relações entre pessoas, depende de uma regulamentação mínima do Estado para que possa ser socialmente justa. O liberalismo exacerbado é contrário às regras de propriedade e pode resultar até mesmo em prejuízo ao seu titular, tal como ocorreu na crise imobiliária americana de 2008.

O estouro da bolha imobiliária norte-americana em 2008 derrocou o dogma de que o mercado de bens imóveis era estável e quase inabalável por crises em nichos da atividade econômica e financeira lastreados em situações jurídico-reais. O discurso do liberalismo exacerbado, alimentado pela *law and economics*, sofreu profundos reveses e, de igual modo, a atuação dos economistas na arquitetura institucional. Isso abre oportunidades para que os juristas resgatem o

papel de formuladores de políticas e arranjos institucionais a serem implementados pelo Estado. Segundo Marcus Faro de Castro (2012, p. 215):

Sobre isso, não obstante, é importante lembrar que, já num ambiente em que a “turma do social” havia tido a chance de lançar as suas ideias e seus argumentos, não foram os juristas que forjaram os instrumentos capazes de superar o desemprego em massa — a ausência de integração social —, que sabia se tornado uma característica na sociedade industrializada das primeiras décadas do século XX. Nem tampouco foram os juristas que indicaram os caminhos para a superação do subemprego em massa (a pobreza, o subdesenvolvimento) nos países menos industrializados. Foram os economistas. Mas é preciso, igualmente, admitir que, nesse processo, aos responsáveis pela política econômica — que atuam no desenho dos sistemas tributários, dosagem de juros, direcionamento do crédito, estipulação de restrições ou expansões orçamentárias, decisões sobre subsídios etc. — foi também entregue um certo papel de liderança na administração renovada da antiga “mediação sequencial e hierarquia arquitetônica”, antes dominada pelos juristas.

O resgate do protagonismo dos juristas na construção de soluções institucionais para os problemas da vida prática viabiliza-se pela superação do modo abstrato e generalizante de pensar as categorias jurídicas. Assim, por exemplo, o equacionamento do que seja a função social da propriedade não pode ser solucionado por discursos autorreferenciados em outros princípios e regras jurídicas, sem atentar para a riqueza de informações que podem ser extraídas empiricamente de cada caso concreto a partir de um olhar fundado em conhecimentos de ciências afins.

Por essas razões, entende-se que Viegas de Lima (2010), ao inovar o discurso do Direito Civil-Constitucional com a agregação de mesclas pragmáticas entre o direito e a economia, lança uma nova agenda de pesquisa sobre as bases metodológicas que os civilistas brasileiros devem usar no diálogo com as ciências sociais afins, especialmente a economia, a fim de encontrar respostas para os problemas da vida prática.

Quando o Direito Civil-Constitucional fica restrito ao quadrante jurídico, os pontos de problematização sobre a propriedade imobiliária são mais restritos do que quando os juristas introjetam o conhecimento interdisciplinar, especialmente da ciência econômica, no discurso do Direito Civil-Constitucional, mantendo o arranjo axiológico repersonalizante que resulta da constitucionalização do direito privado.

Mais especificamente, no que tange ao direito de acesso à propriedade imobiliária, a agregação de conceitos e teorias econômicas ao discurso jurídico cria novas bases argumentativas para o alargamento das vias pelas quais as pessoas

podem acessar os bens imóveis, escassos por natureza. A relativização do princípio do *numerus clausus*, por exemplo, passa a ter fundamentos adicionais, como o aumento da segurança proprietária e a redução dos custos de transação.

Dessa maneira, mantido o arranjo axiológico da constitucionalização do direito privado, a natureza jurídica da multipropriedade imobiliária entendida como direito real ganha um apoio de viés mais pragmático consistente no incentivo à ampliação do acesso ao mercado de imóveis em regiões turísticas e de veraneio para o maior número possível de pessoas por meio da redução de custos de transação.

As mesclas entre direito e economia sob o arranjo axiológico do Direito Civil-Constitucional permitem que o jurista ganhe novos referenciais para avaliar a questão do acesso à propriedade imobiliária de modo a se preocupar com a arquitetura de arranjos institucionais que, ao invés de obstaculizarem, impulsionem o acesso aos bens escassos, seja mediante a redução dos custos de transação, seja mediante a redução das assimetrias informativas que travam a celebração de muitos negócios jurídicos. Nesse sentido:

A redução dos custos de transação é um elemento preponderante para que um maior número de pessoas possa ter acesso à propriedade, e com isto ela possa cumprir, em maior ou menor medida, uma parte de sua função social. Tal redução, juntamente com a redução dos custos de informação ou custos informativos, são um papel importante para que exista uma maior segurança jurídica quando se contrata com direitos de propriedade (LIMA, 2010, p. 10).

Em resumo, o Direito Civil-Constitucional abriu o direito privado à elevada carga valorativa depositada no texto constitucional, permitindo que institutos tradicionais fossem revistos e reorientados no sentido de promover a realização da dignidade da pessoa humana com base em interpenetrações do direito civil e do direito constitucional. Um novo passo pode ser dado com a realização de mesclas pragmáticas entre o direito e a economia de forma a fortalecer ainda mais essa repersonalização do direito privado na medida em que se aproxima as "formas" jurídicas abstratas e generalizantes dos fatos concretos. Quando o Direito Civil-Constitucional dialoga com ciências sociais afins, especialmente a econômica, cria-se um canal de mediação facilitada entre o discurso jurídico e os fatos. No caso da propriedade imobiliária, isso se torna ainda mais válido porque se está diante do problema da escassez de recursos.

Além disso, uma abordagem multidisciplinar, como a de Viegas de Lima (2010), viabiliza a problematização em torno da regularização da propriedade informal, uma realidade social abrangente, já que uma em cada quatro pessoas vive em favelas no mundo. Em 2012, havia 1 bilhão de pessoas neste tipo de moradia, afirma o Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos - ONU-Habitat (2015).

A instituição dos direitos de propriedade transita tanto no mercado formal sob a regência de previsões constitucionais e legais quanto no mercado informal em observância a convenções e costumes. A redução dos custos de transação e de informação proporciona um duplo efeito: o fortalecimento do mercado proprietário formal e a migração de propriedades informais para o mercado formal.

A implementação da política de regularização fundiária sinaliza que a democratização do acesso aos bens escassos apresenta-se como uma baliza fundamental do regime constitucional da propriedade imobiliária no Brasil contemporâneo. Ao incluir a propriedade imobiliária na formalidade, a regularização fundiária retira a incerteza que impregna as transações no mercado informal, cria um mercado garantido pelo Estado onde há maior segurança dos direitos de propriedade e permite a elevação do valor dos direitos de propriedade. Nessa esteira, Viegas de Lima (2010, p. 116) aponta estudo que comprova que o ingresso do imóvel no mercado formal pode representar um ganho de 18% para o titular dos direitos de propriedade. Esse acréscimo do valor do imóvel, em momento posterior, poderá ser convertido em renda e incorporado ao patrimônio dos proprietários legalizados.

Além disso, os detentores do título de propriedade formal têm acesso ao Judiciário para a proteção dos direitos de propriedade contra investidas indevidas de terceiros, bem como acesso a crédito facilitado em decorrência da reinserção do imóvel no mercado de garantias reais.

Conclui-se, pois, que a existência de uma documentação formal para lastrear a propriedade imobiliária confere segurança jurídica à posição proprietária e reduz os custos de transação e de informação, sem contar que os custos de manutenção dos direitos de propriedade diminuem por passarem a ser garantidos pelo aparato estatal.

Essas considerações amparadas no quadrante interdisciplinar, quando apropriadas pelos juristas, fomentam a adoção de mecanismos para facilitar o

processo de regularização fundiária com o intuito de, por meio do ingresso das propriedades informais no sistema proprietário formal, florescer o desenvolvimento do mercado imobiliário e, acima de tudo, garantir a fruição empírica do direito de propriedade formal pelo maior número possível de pessoas.

No que tange aos custos de informação, cabe ao jurista a arquitetura de arranjos normativos que potencializem a concentração informativa nos registros imobiliários a fim de evitar situações em que um dos agentes de mercado não tem acesso a todas as informações detidas pela outra parte.

Nessa esteira, andou bem o Congresso Nacional quando aprovou a Medida Provisória nº 656, de 2014, convertida na Lei nº 13.097, de 2015, que exige o registro ou a averbação na matrícula do imóvel de todos os eventos jurídicos que possam afetar a situação do imóvel, tais como: ações reais ou pessoais reipersecutórias, constrições judiciais (penhora, arresto, sequestro), restrições administrativas (tombamento, servidões administrativas) e outras ações cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir o proprietário à insolvência. Sem que haja o registro ou a averbação no Registro de Imóveis, essas situações jurídicas não poderão ser opostas a terceiros.

Como consequência dessa concentração informativa — já defendida por Viegas em sua tese de 2010¹⁸ —, a Lei nº 13.097, de 2015, retira dos adquirentes e financiadores de imóveis o ônus de recorrerem a diversos foros, comarcas e cartórios a fim de terem conhecimento sobre as ações judiciais e os ônus incidentes sobre o bem transacionado. Isso reduz os custos de informação nos negócios imobiliários e descongestiona as vias de acesso ao direito de propriedade na medida em que há uma redução tanto da complexidade dos negócios quanto do tempo consumido com ritos burocráticos a serem observados pelos adquirentes e financiadores de imóveis com vistas à atenuação das assimetrias informativas e ao incremento da segurança jurídica da transação.

Em suma, adquirir uma propriedade formal tende a ser menos complicado e menos oneroso, a ponto de se vislumbrar a possibilidade do corte de despesas

18. “Sendo o nosso sistema de registro de direitos, impõe-se a conclusão da imperatividade de acesso ao registro de todas as situações jurídicas referidas a um determinado imóvel, conseguida mediante a concentração unitária. Dessa forma, não pode existir situação jurídico-real fora dos assentamentos do registro. Entretanto, não é assim que ocorre na prática cotidiana. Existem situações que o próprio Estado as conforma e lhes confere uma roupagem jurídica apesar da falta do registro, tais como a constituição de constrições processuais — penhora, arresto, sequestro, indisponibilidade de bens” (LIMA, 2010, p. 101).

com advogados, corretores e outros operadores especializados na coleta de informações sobre eventos jurídicos que possam afetar a situação do imóvel.

Vê-se, portanto, que os novos contornos do direito de propriedade advindos de uma abordagem do Direito Civil-Constitucional no quadrante interdisciplinar não somente equacionam problemas da vida prática no campo do direito privado, mas, também, deslocam as problematizações em torno de institutos tradicionais do sistema civil em direção ao campo de atuação do político, ou seja, a abordagem interdisciplinar introjetada no discurso axiológico repersonalizante do Direito Civil-Constitucional influencia a formulação de políticas públicas relacionadas ao acesso à propriedade imobiliária. Aliás, a análise de políticas públicas representa o "modo contemporâneo de pensamento jurídico" (KENNEDY, 2004), como será discutido no capítulo seguinte.

5 A PROMOÇÃO DO ACESSO A IMÓVEIS URBANOS MEDIANTE POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos fundamentais para serem protegidos e promovidos demandam omissões e ações estatais. No caso do direito social à moradia, sua promoção depende de ações que envolvem o dispêndio de recursos públicos. Considerando que a atividade legislativa se torna realidade mediante atos de execução do comando normativo, e que a atividade jurisdicional produz, em regra, efeitos apenas entre os sujeitos do processo, a efetivação dos comandos gerais cabe à Administração Pública, que implementa as políticas públicas. Segundo Barcellos (2007, p. 11):

Apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.

Dessa maneira, a Constituição estabelece fins – sintetizados na fruição de direitos fundamentais – que devem ser realizados por intermédio da implementação de políticas públicas – uma atividade estatal que, por envolver dispêndios de escassos recursos públicos, resulta de escolhas formuladas pelo legislador no plano orçamentário e pelo administrador público na dimensão executiva. Leciona Barcellos (2007, p. 14):

A delegação envolvida na representação política não é absoluta; não se trata de um ‘cheque em branco’ que admite qualquer tipo de decisão ou conduta por parte do representante. Nesse sentido, a liberdade do titular de um mandato político simplesmente não justifica ou autoriza decisões idiossincráticas, comprovadamente ineficientes ou simplesmente sem sentido. Assim, além da vinculação específica aos fins prioritários contidos no texto constitucional, a definição das políticas públicas e, conseqüentemente, do destino a ser dado aos recursos públicos, sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano.

Na nova ordem de valores em que a propriedade deixa de ser mera garantia fundamental, os governos tem de priorizar, como nunca antes, políticas públicas voltadas ao acesso a bens imóveis na tentativa de atenderem aos anseios sociais emergentes em torno do sonho da casa própria. Aliás, não são só as famílias brasileiras que cultuam o ideal de terem um local para chamar de sua propriedade: *“The family home is the core of the American Dream, and that means that property is*

central to the way we Americans define ourselves as a people” (SINGER, 2009, p. 1010).

Nesse sentido, os juristas devem assumir o desafio de serem os formuladores de políticas públicas que promovam a concretização do direito de propriedade urbana sob a perspectiva do acesso a bens imóveis, haja vista sua capacidade de incorporar nas ações de governo algumas preocupações sociais que escapam da métrica do utilitarismo econômico. Outrossim, os economistas mais liberais possuem certa miopia para a visualização da carga axiológica que envolve a propriedade imobiliária, conforme nota Joseph Singer ao escrever sobre o cenário político norte-americano após o estouro da bolha imobiliária em 2008, dividindo seu estudo entre a visão dos Republicanos e dos Democratas. Em suas palavras:

This view [a visão dos Republicanos de que os cidadãos inadimplentes com seu financiamento imobiliário devem perder suas casas pela execução de hipotecas sem que o governo deva intervir nessa dinâmica de mercado em razão da autonomia privada dos indivíduos que, no passado, concordaram com essas condições contratuais] suggests that there are no externalities that we suffer when millions of families lose their homes; unlike the financial effects of the failure of large financial institutions that would harm our pocketbooks, these individual foreclosure stories are tragedies that do not affect the rest of us, at least not in ways that justify government intervention (SINGER, 2009, p. 1015).

Cumprе salientar que as políticas públicas de cunho social foram absorvidas pela *jurisprudencia* mediante a colaboração dos juristas chamados por Duncan Kennedy (2004, p. 1034) de “turma do social” ou “inventores do social no direito”. Esses abriram o direito para mesclas pragmáticas com conhecimentos especializados advindos de ciências positivas diversas e que estavam impregnados nas “formas” das políticas públicas. Assim expressa Marcus Faro de Castro (2012, p. 203): “as ideias da ‘turma do social’ certamente facilitaram a penetração das ‘formas’ das políticas públicas no conjuntos das ‘formas’ jurídicas herdadas do século XIX”.

A proliferação de políticas públicas e sua posterior absorção pela *jurisprudencia* ocasionou uma especialização do direito, que se caracterizou pela fragmentação do ordenamento jurídico sem coerência programática, sem unidade lógica e sem rigor conceitual (FARIA, 2008, p. 65), haja vista que as políticas públicas abrangem todos os setores da vida social e muitas vezes possuem tendências conflitantes. Nesse sentido, o civilista francês Philippe Remy expressou que o direito civil se despedaçou em múltiplas áreas de doutrina especializada:

O direito do urbanismo e da construção, o direito da saúde, o direito das comunicações, o direito da informática, o direito da infância ou da velhice, o direito das mulheres, o direito da habitação, o direito bancário, o direito do artesanato, o direito do lazer e do *caravanning* (REMY, 2010, p. 14).

Na tentativa de reunificação sistêmica do direito despedaçado, os juristas elaboraram diferentes versões para a análise jurídica de políticas públicas, como a Análise Econômica do Direito - AED. Essa corrente teórica classificada como conservadora no campo do direito teve origem no direito da concorrência e se espalhou para outras áreas do saber jurídico a partir da década de 1960 sob a condução de Richard Posner, que desenvolveu seus estudos com base em postulados da economia neoclássica, tendo como principais referências os trabalhos de Ronald Coase sobre o problema do custo social e as teorias de economistas ligados à Universidade de Chicago (HERMANN, 1974, p. 358).

Na sua obra-prima “*Economic Analysis of Law*”, Posner (1998, pp. 3-4) inicialmente reconhece as limitações da racionalidade do *homo oeconomicus* para a compreensão de toda a complexidade do comportamento humano. Diante disso, a professora Ana Frazão (2006, p. 166) ressalta que “a intenção de se examinar o direito sob a ótica econômica já se inicia com a advertência de que o resultado da abordagem será simplista e, portanto, insuficiente para a compreensão de todo o fenômeno jurídico e da complexidade da vida”.

Contudo, no decorrer da sua obra, Posner esquece das limitações do *homo oeconomicus* e busca compreender e orientar toda a aplicação do direito com base no processo de tomada de decisão racional que maximiza a eficiência no uso de recursos. “*Efficiency becomes the standard for all proposed solutions, and is measured in terms of maximized value, which in turn is a function of willingness to pay*” (HERMANN, 1974, p. 358).

Desse modo, a proposta utilitarista veiculada por Posner adota, como critério para o julgamento de uma conduta, a disposição de pagar por determinado bem em substituição ao critério subjetivo do utilitarismo em torno da satisfação ou felicidade proporcionada por determinado produto ou serviço ao agente (FRAZÃO, 2006, p. 167).

No entanto, esse constructo tem recebido substanciais críticas da doutrina estrangeira e nacional pelo fato de submeter interesses materiais e valores não econômicos a uma métrica única. Segundo Alexander (2009, p. 750):

Although law-and-economics theory certainly provides important insights into a remarkably wide range of property issues, its vision is limited and at times flawed. Perhaps the greatest flaw in law-and-economics theory is the poverty of its analysis of moral values and moral issues.

Joseph Singer, professor da Faculdade de Direito de Harvard, também classifica como erro a tentativa de reduzir valores a uma métrica única, como riqueza, utilidade, bem-estar ou liberdade. Em suas palavras:

We care about qualitative distinctions among values, not just the extent to which our preferences are satisfied. As both Professor Peñalver and Purdy so eloquently argue, the more nuanced language of values allows us to think more deeply about our multiple concerns and to reason normatively about the scope of property rights and the nature of the obligations of ownership (SINGER, 2009, p. 1054).

Além disso, a Análise Econômica do Direito – AED perdeu prestígio com a crise econômica global decorrente do estouro da bolha imobiliária norte-americana em 2008. O próprio Posner retrata sua virada, como se pode ver no artigo intitulado *How I Became a Keynesian* (2009), no qual critica a concepção neoclássica, dominante na economia atual:

The dominant conception of economics today, and one that has guided my own academic work in the economics of law, is that economics is the study of rational choice. People are assumed to make rational decisions across the entire range of human choice, including but not limited to market transactions, by employing a form (usually truncated and informal) of cost-benefit analysis. The older view was that economics is the study of the economy, employing whatever assumptions seem realistic and whatever analytical methods come to hand. Keynes wanted to be realistic about decision-making rather than explore how far an economist could get by assuming that people really do base decisions on some approximation to cost-benefit analysis.

The General Theory is full of interesting psychological observations--the word "psychological" is ubiquitous--as when Keynes notes that "during a boom the popular estimation of [risk] is apt to become unusually and imprudently low," while during a bust the "animal spirits" of entrepreneurs droop. He uses such insights without trying to fit them into a model of rational decision-making.

Em resposta a essas críticas, alguns juristas vem apresentando novas formulações entre as quais se encontra a Análise Jurídica da Política Econômica - AJPE, que será aplicada a seguir com o objetivo de evidenciar suas potencialidades discursivas.

5.1 UM ESBOÇO DAS POTENCIALIDADES DISCURSIVAS DA ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA - AJPE

Como visto, o Estado deve atuar a fim de ampliar as oportunidades de acesso à propriedade imobiliária ao maior número possível de pessoas. Nesse caminho, houve o lançamento, em âmbito nacional, do programa habitacional Minha Casa, Minha Vida — instituído por meio da Medida Provisória 459/2009, posteriormente convertida na Lei 11.977/2009 —, festejado no contexto da concepção e adoção de políticas econômicas anticíclicas para o enfrentamento da crise financeira mundial. Até o fim de 2014, foram investidos R\$ 244,1 bilhões no programa, sendo que foram entregues 2.025.829 unidades habitacionais, das quais 840.892 foram destinadas para famílias com renda até R\$ 1,6 mil.

O sucesso do Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV pode ser explicado pela redução dos custos de transação nas operações imobiliárias, por obra da diminuição dos custos de: "a) aquisição do terreno; b) da realização das obras; c) de impostos e taxas; d) emolumentos devidos a notários e registradores imobiliários" (LIMA, 2010, pp. 101-102). E também pelo aumento da fruição empírica do direito fundamental à moradia sob a ótica da Análise Jurídica da Política Econômica - AJPE.

O Minha Casa, Minha Vida, contrariando o senso comum, não reconhece como absoluto o direito à moradia, pois não parte da premissa de que o Estado tem a obrigação de realizar o sonho da casa própria para todo aquele que ainda não seja proprietário. Seu foco são os grupos mais vulneráveis e marginalizados da sociedade, haja vista que apenas para esses o Poder Público teria o dever de intervir para a garantia de uma moradia digna.

O programa busca implementar políticas públicas de habitação que vão além da incorporação de um bem imóvel à esfera patrimonial de quem, por seus próprios meios, dificilmente o conseguiria adquirir. Afinal, quem materializa o sonho da casa própria passa a vivenciar mais do que uma manifestação do direito à moradia, já que ocorre um incremento geral na sua qualidade de vida sob os aspectos sanitário, social e econômico.

Ressalte-se que o conceito de moradia digna, para fins do programa, não se confunde com a aquisição de um título de propriedade. É mais amplo, abordando

direitos não relacionados à propriedade e que visam a assegurar que todos tenham um lugar seguro para viver em paz e de forma digna, inclusive aqueles que não integram a categoria de proprietários de imóveis.

Nesse sentido, uma vez adquirida a casa própria com subsídios governamentais, cidadãos, antes invisíveis ao mercado, passam a ter acesso ao sistema financeiro e, assim, veem multiplicada sua capacidade de consumo mediante o crédito facilitado com garantias reais. E mais, recursos até então canalizados para aluguéis ficam liberados no orçamento familiar para outras despesas essenciais para o pleno desenvolvimento das famílias.

Por essas vias, as políticas públicas para moradia possibilitam a concretização de outros direitos sociais constitucionais. Com efeito, a partir do momento em que se tem uma propriedade imobiliária, torna-se possível a contratação facilitada de serviços essenciais e a aquisição de bens, como a compra a crédito de bens duráveis para uso residencial. Sendo assim, a implementação de políticas habitacionais induz a circulação de riquezas e, com isso, promove profundas alterações na pirâmide social brasileira.

Para além do direito fundamental à propriedade imobiliária, portanto, a política pública instituída pelo PMCMV busca dar concretude a algo maior e mais complexo que se ousou denominar direito à moradia adequada em um lugar compatível com uma vida em paz e digna.

A realização empírica do ideal social de garantir moradias dignas a legiões excluídas requer que, preliminarmente, o Poder Público tome consciência da escassez enquanto característica e pressuposto do direito de propriedade. Aliás, na realidade brasileira, a escassez se acentua ainda mais devido à má distribuição de renda decorrente de questões econômicas estruturais. Na sequência, o Estado intervém no mercado com vistas a insuflar o nível da oferta de imóveis novos, seja via alocação de recursos públicos, seja via estímulos financeiros a determinados investimentos produtivos de agentes privados.

Tendo em consideração que a expansão da oferta de imóveis encontra freios não somente na escassez desses bens, mas, também, em limitações operacionais para criação de infraestrutura e restrições financeiras de orçamento, o Poder Público precisa eleger critérios para a seleção dos beneficiários das moradias a serem construídas. Para tanto, os idealizadores da política pública encampada

pelo Minha Casa, Minha Vida, adotaram uma distinção entre grupos de acordo com o grau de vulnerabilidade social.

Com base no critério de vulnerabilidade social, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República entende legítima a discriminação em prol dos seguintes grupos: mulheres, crianças, habitantes de favelas, populações em situação de rua, pessoas com deficiência, deslocados e imigrantes e povos indígenas.

Percebe-se, pois, que o olhar para a propriedade imobiliária passa a ser influenciado por preocupações de duas ordens: a viabilização do acesso às faculdades de uso de um imóvel para fins de moradia mediante a criação de meios alternativos de amplo alcance social; e a escolha de quais qualificações subjetivas justificam que seja dada prioridade a alguém no acesso a tais bens escassos.

No caso do Programa Minha Casa, Minha Vida, os candidatos, para serem beneficiados, devem estar inscritos nos cadastros habitacionais do Distrito Federal, estados e municípios. Uma vez atendidos os requisitos estabelecidos na Lei 11.977, de 2009, com suas posteriores alterações, o ente público fará a indicação dos candidatos selecionados, em conformidade com os critérios de priorização, que são de dois tipos: os critérios nacionais definidos na Portaria 595, de 18 de dezembro de 2013, do Ministério das Cidades, e os critérios adicionais estabelecidos pelo Distrito Federal, estados, municípios ou entidades organizadoras.

Os critérios nacionais de priorização são três: a) famílias residentes em áreas de risco ou insalubres ou que tenham sido desabrigadas; b) famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar; e c) famílias de que façam parte pessoas com deficiência (*vide* item 4.1 da referida Portaria).

Feitas essas considerações, observa-se que os mandamentos constitucionais refletidos no plano infraconstitucional atribuem novos encargos não apenas aos proprietários de imóveis, a quem incumbe dar destinação econômica e social a seus bens. O poder público também passou a ser depositário de novas cobranças sociais, tal como o ônus de buscar incessantemente critérios sociais legítimos para a escolha dos beneficiários das políticas públicas idealizadas em todas as áreas de atuação estatal sob pena de inexistência ou perda superveniente da legitimação social e política do agir administrativo.

Nesse quadro, os entes políticos se veem pressionados a buscarem critérios adicionais para filtragem dos beneficiários dos seus programas assistenciais

com base em uma perspectiva social. Contudo, nem sempre a fórmula engendrada pelos burocratas guarda compatibilidade com os fins sociais que justificaram sua elaboração de modo que o discurso de discriminação em prol de supostas partes hipossuficientes não encontra fundamento prático, seja por que a hipossuficiência inexistente, seja por que o critério de discriminação adotado não consegue exercer influência alguma na redução da desigualdade detectada no plano fático.

A obsessão socializante, quando despreendida de critérios metodológicos de base, resulta na adoção de critérios sociais abusivos para a escolha dos beneficiários das políticas públicas, sem que haja qualquer fundamento legítimo para a discriminação positiva de umas categorias e negativa de outras. No contexto da realização do Minha Casa, Minha Vida, esse descompasso fica visível na criação, pelo Conselho Municipal de Habitação de São Paulo, de critérios adicionais para a escolha dos beneficiários da política pública de promoção da moradia digna, por meio da Resolução CMH 61, de 31 de outubro de 2014.

Pois bem, os critérios municipais adicionais aos já estabelecidos no plano nacional são: a) vulnerabilidade social (idosos, negros, índios, homossexuais, bissexuais, transexuais e travestis, famílias com grau de dependência superior à média da cidade de São Paulo ou lideradas por mulheres vítimas de violência doméstica); b) precariedade habitacional; e c) família residente ou que trabalhe no distrito de influência ou limítrofes ao do empreendimento. Seguindo o procedimento legal previsto, após a verificação dos critérios nacionais e adicionais em que o beneficiário paulistano se enquadra, realiza-se seu agrupamento em dois grupos: no Grupo I estão aqueles que satisfizerem cinco ou todos os critérios, e no Grupo II estão os que satisfizerem até quatro critérios. Depois, procede-se ao sorteio dos candidatos na proporção de 75% provenientes do Grupo I e 25% provenientes do Grupo II.

Em termos práticos, o novo regramento paulistano permite que, na hipótese de dois candidatos atenderem a quatro critérios comuns com a diferença de um ser socialmente vulnerável por se autodeclarar homossexual, bissexual, transexual ou travesti, esse tenha suas chances de escolha no Programa Minha Casa, Minha Vida aumentadas em três vezes, quando comparado com outro candidato que não se autodeclarou nessas categorias.

Em outras palavras, o Conselho Municipal de Habitação de São Paulo incluiu idosos, negros, índios, homossexuais, bissexuais, transexuais e travestis na

fila prioritária do Programa Minha Casa, Minha Vida na cidade paulistana. Alguns defendem que essa medida corrige injustiças históricas contra esses grupos sociais. Outros, por sua vez, entendem que, apesar de os casais homoafetivos serem uma minoria carente de ações afirmativas, não há nenhuma razão para os enquadrar como hipossuficientes no que tange à questão do acesso à moradia digna.

Nesse embate, o jurista deve examinar empiricamente se e como a política pública que está sendo implementada tem, ou não, promovido a realização do direito social à moradia adequada. Deve avaliar, inclusive, se os critérios sociais adotados no processo de escolha dos beneficiários contribuem para a obtenção de resultados socialmente desejados.

Contudo, se o jurista não abandonar a visão eminentemente formal dos direitos – que ainda predomina no discurso jurídico brasileiro – e continuar buscando as respostas para essas questões com base na metodologia da Escola da Exegese, não chegará à conclusão alguma e, assim, restará esvaziada a utilidade do Direito para o enfrentamento dos dramas da contemporaneidade.

Na formatação de uma metodologia que alberga preocupações com os verdadeiros ideais de justiça, Marcus Faro introduz a Análise Jurídica da Política Econômica - AJPE. Os resultados potenciais das abordagens realizadas sob a ótica da AJPE são significativos. Com ela, por exemplo, torna-se possível aferir em que medida a adoção de uma política pública de habitação que privilegia homossexuais, bissexuais, transexuais e travestis promove ou dificulta a fruição empírica do direito à moradia adequada na sociedade paulistana.

Na abordagem jurídica que propõe, a Análise Jurídica da Política Econômica - AJPE busca superar a visão eminentemente formal dos direitos fundamentais, ao tempo em que agrega discussões de primordial relevância para a promoção da justiça econômica, como as que dizem respeito às relações entre interesses materiais e valores não econômicos.

Utilizando o caso em questão para um esboço de como aplicar a AJPE para a solução de problemas práticos, tem-se que, uma vez assentada a dimensão do direito fundamental à moradia adequada, o jurista deve proceder à decomposição analítica do direito estudado em vários componentes prestacionais que dão conteúdo à sua fruição. Em outras palavras, o direito à moradia adequada deve ser decomposto em vários tipos de prestações que, juntas, permitem a construção da experiência de fruição empírica do direito. Após essa fase de identificação dos

componentes prestacionais, os elementos que integram a experiência de uma moradia adequada serão quantificados a fim de integrarem o índice de fruição empírica do direito fundamental estudado.

Na situação apresentada, o direito à moradia adequada pode ser decomposto em sete componentes empiricamente verificáveis, nos moldes propostos no comentário geral nº 4 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas:

1. segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças;
2. disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo;
3. economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes;
4. habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde;
5. acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta;
6. localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas;
7. adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural.

Em suma, o direito fundamental subjacente ao Minha Casa, Minha Vida é o direito à moradia adequada, que vai muito além do direito de propriedade e deve ser visto a partir de sete componentes prestacionais: (i) segurança da posse; (ii) disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; (iii) economicidade; (iv) habitabilidade; (v) acessibilidade; (vi) localização e (vii) adequação cultural, tudo em conformidade com o proposto pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.

A união desses sete componentes prestacionais fornece o aparato numérico para a medida da fruição empírica do direito à moradia adequada – designada pela AJPE como Índice de Fruição Empírica (IFE). No caso em estudo, o IFE pode ser representado pela seguinte equação, capaz de agregar todos os elementos tratados na decomposição analítica do direito:

$$\text{IFE} = \text{PPMA} - \text{PPMI}$$

onde “PPMA” representa o percentual da população brasileira que frui do direito à moradia adequada (agregando os componentes prestacionais propostos) e “PPMI” representa o percentual da população brasileira que mora em condições inadequadas.

Depois da elaboração do IFE, o passo seguinte consiste na identificação de um padrão que corresponda, em termos quantitativos, à efetividade empírica juridicamente validada do direito considerado, o Padrão de Validade Jurídica (PVJ), capaz de medir a justiça de determinado contexto empírico (CASTRO, 2009).

Nesta etapa, pode ser considerado que o índice ideal (“justo”) de fruição do direito à moradia adequada deva tender a 1 (um), sendo uma expressão da diferença entre o percentual da população brasileira que vive em unidades habitacionais com condições adequadas e o percentual daqueles que não titularizam o direito à moradia adequada. Desse modo, quanto maior for o alcance da política habitacional implementada pelo Minha Casa, Minha Vida, maior, quase na mesma proporção, tenderá a ser o índice de fruição do direito à moradia adequada. E, para alavancá-lo, nada melhor do que, concomitantemente, reduzir o percentual de famílias vivendo em condições subumanas com base na adoção de critérios sociais que potencializem os efeitos da ação estatal.

A questão, portanto, está em se saber em que medida a preferência instituída a homossexuais, bissexuais, transexuais e travestis contribui para reduzir o percentual de famílias vivendo em condições subumanas e, por conseguinte, para atingir o padrão “justo” de fruição empírica do direito à moradia adequada no âmbito da sociedade paulistana.

Ante a natureza propositiva da AJPE, caso essa política pública voltada aos homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais não esteja contribuindo para a efetiva fruição do direito à moradia adequada na sociedade paulistana, reformas deverão ser propostas, não a partir de instrumentos formais pré-estabelecidos, e sim com base na realidade empírica descortinada após as análises.

No mais, pode-se afirmar, segundo bases empíricas, que a política pública instituída pelo PMCMV em âmbito nacional tem sido exitosa na implementação do direito à moradia adequada. Como recurso dialético, é plausível admitir que todas as unidades habitacionais do Minha Casa, Minha Vida estão incluídas na parte referente às moradias dignas, com base em estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA (2014) que mostra um grau de satisfação de

88% das famílias com renda domiciliar até R\$ 1,6 mil relativamente às unidades habitacionais adquiridas por meio do programa. Não poderia haver melhor indício sobre a qualidade geral da moradia no âmbito do Minha Casa, Minha Vida do que a referida nota de 8,8 dada pelos próprios beneficiados da faixa de renda inicial.

Desse modo, há uma correlação direta entre o alcance da política pública instituída pelo programa e o índice de fruição empírica do direito à moradia: quanto maior for aquele, maior será esse. Daí a importância de se reduzir o percentual de famílias vivendo em condições subumanas para que o índice tenda a 1 (um), seu valor ideal. A abrangência do programa dá a exata dimensão da questão atinente à redução do número de famílias morando em condições subumanas.

Outro estudo divulgado pelo IPEA (2013) traz um balanço dos benefícios indiretos do programa sobre a economia e a pirâmide social brasileira. São resultados expressivos que movimentam a economia e geram milhares de empregos.

O levantamento do IPEA focou as famílias com renda domiciliar mensal de até R\$ 1,6 mil que compõem a denominada “Faixa 1” do programa. Os resultados nessa faixa de renda mostram que o programa vem atingindo as perversas estruturas excludentes enraizadas na sociedade brasileira, beneficiando diretamente os grupos sociais que historicamente não são atendidos pelo Estado: 86% dos beneficiários são mulheres e 65% são negros ou pardos. Aliás, enquanto 8,2% da população brasileira são negros e 42,5% são pardos (dados do PNAD), 15% dos beneficiados pelo Minha Casa, Minha Vida são negros e 49,4%, pardos.

O Minha Casa, Minha Vida naturalmente tem um viés feminista e pró-negros em decorrência da lamentável concentração desses grupos sociais e étnicos entre a parcela das famílias mais vulneráveis. Logo, ao privilegiar o atendimento dos que mais necessitam de uma moradia, indiretamente a política habitacional brasileira vem logrando beneficiar os mais vulneráveis, quais sejam, as mulheres, os negros e os idosos desassistidos. Isso, a princípio, permite o questionamento sobre a utilidade da dispensa de um tratamento diferenciado a esses grupos étnicos, uma vez que objetivo igual já se atinge com a criação de mecanismos discriminantes em função da renda.

Contudo, levando em conta que a pirâmide social brasileira apresenta uma significativa sobreposição entre pobres, pardos e negros por razões históricas de discriminação, a preferência atribuída aos negros mostra-se consentânea com os

objetivos fundamentais da ordem constitucional pátria ao promover a busca pela igualdade material.

Os idosos também são bem contemplados. São mais de 45 mil beneficiários idosos do programa na Faixa 1 (famílias com renda de até R\$ 1.600,00), o que corresponde a mais de 6% do total de famílias beneficiadas — o dobro do exigido pelo Estatuto do Idoso, em seu art. 38, I: 3% das unidades residenciais de programas habitacionais públicos ou com recursos públicos devem atender os idosos.

A situação vivenciada pelos índios também justifica seu tratamento preferencial. É sabido que, nas sociedades de mercado, as populações tradicionais enfrentam obstáculos socioculturais para sua inserção no mercado, além de não conseguirem atuar plenamente como sujeitos nas relações de trocas econômicas. Com efeito, quando saem de suas terras tradicionais e migram para o meio urbano, os índios têm a seu favor uma ínfima possibilidade de, um dia, adquirirem a casa própria.

Nesse contexto, o tratamento dispensado pela Resolução CMH 61/2014 do Conselho Municipal de Habitação de São Paulo aos idosos, negros e índios busca corrigir injustiças acumuladas historicamente contra esses grupos sociais na distribuição da propriedade imobiliária na cidade de São Paulo, incrementando a possibilidade deles serem beneficiados pelo referido programa habitacional.

A questão que se lança é: em relação aos homossexuais, bissexuais, transexuais e travestis, o discrimen estabelecido pelo Conselho Municipal de Habitação de São Paulo ampara-se no princípio da igualdade material, vetor da ordem constitucional, ou representa uma injustificada afronta à isonomia?

Como afirmado, o índice ideal de fruição do direito à moradia adequada deve tender a 1 (um), sendo uma expressão da diferença entre o percentual da população brasileira que vive em unidades habitacionais com condições adequadas e o percentual daqueles que se encontram desatendidos. Sendo assim, a primeira parte da equação, qual seja, o percentual de brasileiros em moradias adequadas deve ser elevada. Dados acima referidos atestam que as unidades habitacionais do programa dão efetiva concretude empírica ao direito à moradia adequada (afinal, a nota final dada pelos beneficiários da faixa de renda inicial atinge 8,8). Daí a importância de, por outro lado, reduzir o percentual de famílias vivendo em condições subumanas para se atingir o índice ideal 1 (um). O foco do Minha Casa,

Minha Vida, portanto, deve ser claro: as famílias que estejam nessa condição de não fruírem do direito à moradia adequada.

Com efeito, nem sempre a ampliação do programa resultará no aumento do índice de fruição, pois quando o programa atender quem já mora de aluguel ou de favor em moradias adequadas, o índice em nada será alterado. Para que haja a elevação do índice de fruição do direito à moradia adequada, o Minha Casa, Minha Vida deve chegar às famílias que estão morando em condições incompatíveis com o padrão estabelecido pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

Aí reside a questão nuclear da problemática que ora se discute: os homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais encontram-se no bloco de famílias que não vivem em moradias dignas em uma proporção relativamente maior do que os outros grupos sociais? Não há registros de nenhum estudo ou levantamento de dados que dê suporte a essa cogitação, diferentemente do verificado com negros, idosos e indígenas. Isso mais do que demonstra que essa preferência partiu de bases eminentemente formais que podem estar dissociadas da realidade empírica.

De qualquer sorte, somente a partir de dados empíricos é que se poderá, à luz dos parâmetros propostos – habitações adequadas x habitações inadequadas –, aferir a legitimidade da política pública habitacional direcionada a homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais, tendo como paradigma a fruição empírica do direito à moradia na sociedade paulistana. E, se for o caso, apresentar propostas concretas para a sua reformulação, sem as amarras formais de arranjos retóricos pré-estabelecidos. Esse debate, como se sabe, ainda não foi devidamente realizado pelos juristas brasileiros.

6 CONCLUSÃO

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e a Universidade Federal do Paraná - UFPR são dois polos que pensam o Direito Civil-Constitucional no Brasil. Seus núcleos de pesquisa costumam realizar encontros anuais que, por tradição, são encerrados com a publicação de uma carta-relatório. No ano de 2011, constou em uma das conclusões: “há que se evitar que a regulação patrimonial sirva de instrumento de exclusão de acesso às riquezas”.

Como se vê, o direito de acesso à propriedade ocupa posição proeminente na agenda de pesquisa do Direito Civil-Constitucional, que preserva a garantia fundamental do proprietário de extrair uma funcionalidade econômica do seus bens, ao tempo em que busca conferir essa faculdade de acesso aos recursos escassos ao maior número possível de pessoas.

Mas, na prática, o modo de pensar a propriedade imobiliária pela Escola do Direito Civil-Constitucional tem promovido o acesso a bens imóveis? O trabalho que ora se conclui foi idealizado e executado em torno dessa problemática.

A hipótese inicial era de que, na perspectiva da constitucionalização do direito privado, a propriedade deve ser vista como uma instituição voltada para o desenvolvimento social, que carrega em sua própria estrutura um aspecto funcional de repercussão no mundo jurídico e econômico para além das fronteiras dos interesses individuais. Desse modo, a definição dos direitos de propriedade pelo Estado deve reduzir os custos de transação e corrigir assimetrias informacionais entre as partes contratantes, assim desobstruindo as vias de acesso aos bens imóveis e atenuando o problema da escassez. Sendo assim, a abordagem interdisciplinar introjetada no discurso do Direito Civil-Constitucional fornece instrumentais relevantes para a defesa do direito de acesso à propriedade imobiliária pelo maior número possível de pessoas.

Ao fim deste trabalho, conclui-se que a hipótese de pesquisa inicialmente lançada se confirma. Em primeiro lugar, porque o Direito Civil-Constitucional proporcionou a superação do tradicional insulamento do direito privado, o qual sempre buscou fornecer respostas para os casos concretos com base em suas próprias categorias e técnicas de interpretação e aplicação do direito, sem dialogar com as demais disciplinas jurídicas regentes da esfera pública. Essa virada de

posicionamento dos civilistas — saindo de uma abordagem autorreferenciada no direito privado para uma perspectiva interdisciplinar que promove a interação dos valores e princípios constitucionais com as “formas” da civilística — repercutiu positivamente na defesa do direito de acesso à propriedade imobiliária.

Em outras palavras, a derrubada dos muros que separavam a esfera pública da esfera privada foi incorporada no estudo do direito privado brasileiro por meio da Escola do Direito Civil-Constitucional com a adoção de uma postura interdisciplinar pelos civilistas. Esses, primeiro, devem se localizar nos paradigmas constitucionais para, só então, validarem as mediações entre os fatos e as normas do direito civil. Considerando que a Constituição Cidadã de 1988 se guia pela realização da dignidade da pessoa humana e privilegia os valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, o resultado das conexões entre o Direito Civil e o Direito Constitucional estimula a elaboração de arranjos teóricos que promovem o direito de acesso à propriedade imobiliária.

O Direito Civil-Constitucional permite, ainda, uma melhor intervenção dos juristas na vida prática, seja mediante o reconhecimento da força normativa dos princípios e o manejo de teorias para a solução de colisões entre princípios com cargas axiológicas opostas, seja mediante a releitura de conceitos tradicionais do direito civil a partir das diretrizes constitucionais em um processo de repersonalização dos institutos da civilística, conforme visto no capítulo terceiro.

Outrossim, a introjeção de preocupações da economia no discurso da Escola do Direito Civil-Constitucional agrega novos referenciais para o enfrentamento de problemas da vida prática no campo do direito privado, inclusive no que se refere a situações que promovem o acesso à propriedade imobiliária formal, conforme visto no capítulo quarto com base na análise da tese “Propriedade, Estado e Mercado”, de Viegas de Lima.

A modelagem do direito de propriedade no quadrante interdisciplinar também produz reflexos no campo de atuação do político, ou seja, influencia a formulação de políticas públicas que impactam na fruição empírica do direito de acesso à propriedade imobiliária.

Para finalizar este trabalho, apresenta-se a sugestão de que futuras pesquisas problematizem em que medida as novas modelagens da propriedade imaterial no Brasil construídas pelo discurso do Direito Civil-Constitucional tem promovido o acesso a bens culturais pelo maior número possível de pessoas? Essa

é uma temática que ganha relevância devido à necessidade de se repensar as relações jurídicas entre os músicos, as gravadoras e os serviços de *streaming* de áudio e vídeo, nos quais produções artísticas são disponibilizadas via internet para pessoas localizadas em qualquer local do planeta. Um desses serviços, chamado Spotify, tem 75 milhões de usuários no mundo, sendo que 20 milhões pagam \$ 9,99 por mês a fim de usufruírem do acesso às músicas e vídeos nele disponibilizados.

Sugere-se, ainda, que os núcleos de pesquisa da UnB, da UERJ e da UFPR incluam entre as agendas de pesquisa do Direito Civil-Constitucional a discussão sobre quais metodologias devem ser privilegiadas pelos civilistas brasileiros para a promoção da fruição empírica dos direitos fundamentais, tendo como premissa não somente uma abordagem interdisciplinar entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, mas também entre o direito e as ciências sociais afins, especialmente a economia.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Gregory S. *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, **Cornell Law Review**, v. 94, n. 745, 2009.

ALEXANDER, Gregory S.; PEÑALVER, Eduardo M.; SINGER, Joseph William; UNDERKUFFLER, Laura. *A Statement of Progressive Property*, **Cornell Law Review**, Vol. 94, p. 743, jun. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLEN, Douglas W. *Transaction costs*. In: BOUCKAERT, B. e GEEST, G. d. (Ed.). **Encyclopedia of law and economics**. Cheltenham, v. I: *the history and methodology of law and economics*, 1999.

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. **Revista DireitoGV**, v. 1, n. 1, mai. 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira de. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, jan-mar. 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1993.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 mar. 2015.

CALDWELL, Bruce J. *Hargreaves-Heap: rationality*. **The Economic Journal**, v. 101, n. 407, jul. 1991.

CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARTA Encíclica *Rerum Novarum* do Sumo Pontífice Papa Leão XIII. Roma: 15 de Maio de 1891. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 13 mar. 2015.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 3, p. 17-71, 2009.

_____. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COASE, Ronald H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

_____. *The Institutional Structure of Production*. **American Economic Review**, v. 82, n. 4, 1992.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DUGUIT, Leon. **Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon**. Paris: Alcan, 1912.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa**. Madri: Alianza Editorial, 2001.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. **Morte e Vida Severina: um ensaio sobre a propriedade rural no Brasil**

contemporâneo a partir das lentes literárias. Disponível em:
<<http://fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Morte%20e%20Vida.pdf>>.
Acesso em: 21 mar. 2015.

FALCÃO, Joaquim. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, J. d. A. (Ed.). **Invasões urbanas: conflito de direito de propriedade.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura.** São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 3. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV. **Políticas Permanentes de Habitação: a importância do Programa Minha Casa Minha Vida.** Disponível em:
<http://www.cbic.org.br/sites/default/files/Estudo%20FGV%20-%20MCMV_0.pdf>.
Acesso em: 13 fev. 2015.

GIORGIANNI, Michele. *Diritti reali (Diritto civile).* In: AZARA, A. e EULA, E. (Ed.). **Novissimo Digesto Italiano.** Torino: Utet, v.V, 1968.

GOMES, Orlando. A multipropriedade. **Revista do advogado / Associação dos Advogados de São Paulo (AASP)**, n. 18, 1985.

_____. **Direitos Reais.** 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Discurso de agradecimento pela Medalha Teixeira de Freitas, 26 de março de 2003. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2391.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

HARGREAVES-HEAP, S. *Rationality and Maximization*. In: HODGSON, G. (Ed.). **The Elgar Companion to Institutional and Evolutionary economics**. Inglaterra: Edwards Elgar, 1994.

HENKES, Silvana Lúcia. A propriedade privada no século XXI. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 25, n. 49, p. 22, 2004. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15225/13845>>.

HERMANN, Donald H. J. *Review of "Economic Analysis of Law", by Richard A. Posner*. **Washington University Law Review**, v. 1974, n. 2.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo demográfico 2010**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Casa própria: capital residencial e qualidade de vida**. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/131114_ifh_neri_saeipeafim.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. **Pesquisa de satisfação dos beneficiários do Programa Minha Casa Minha Vida**. 2014. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3298/1/Pesquisa%20de%20satisfação>>

%20dos%20beneficiários%20do%20Programa%20Minha%20Casa%20Minha%20Vi da.pdf >. Acesso em: 20 jul. 2015.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1989.

KENNEDY, Duncan. *The disenchantment of logically formal legal rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought*. **Hastings Law Journal**, v. 55, 2004.

LIMA, Dilze Onilda de. **O jogo político no espaço público em São Paulo: as estratégias de comunicação governamental e a opinião pública nas gestões municipais de Jânio Quadros (1986-1988) e Luiza Erundina (1989-1992)**. São Paulo: no prelo, 1997.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Direito imobiliário registral na perspectiva civil-constitucional**. Porto Alegre: IRIB : S. A. Fabris, 2004.

_____. O delineamento da propriedade imobiliária na pós-modernidade. In: VIEGAS, F. (Ed.). **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília: Editora Obscursos, 2009.

_____. **Propriedade, Estado e Mercado**. Brasília: no prelo, 2010.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 97, p. 18, jan. 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e Mudança Social. **Revistas dos Tribunais**, v. 722, 1995.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, n. 141, jan-mar. 1999.

_____. Princípios contratuais. In: LÔBO, P. L. N. e LYRA JR., E. M. G. d. (Ed.). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. **Novo Código Civil. Aspectos Relevantes. Revista dos Advogados da Associação dos Advogados de São Paulo**, v. 68, dez. 2002.

_____. Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, I. W. (Ed.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAIA, Roberta Mauro Medina. **Teoria Geral dos Direitos Reais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e Economia em Weber. **Revista DireitoGV**, v. 2, n. 2, jul-dez. 2006.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. Multipropriedade imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 70, jan. 2011.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 65, 1993. Disponível em: <<http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

MUELLER, Bernardo; SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos direitos de propriedade. In: SZTAJN, R. e ZYLBERSZTAJN, D. (Ed.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NORTH, Douglass C. *The new institutional economics and development*, 1993. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. **Instituciones, câmbio institucional y desempeño económico**. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

NORTH, Douglass C.; THOMAS, Robert Paul. **The rise of the western world: a new economic history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code Civil**. Bordeaux: Éditions Confluences, 2004.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998.

_____. **How I Became a Keynesian**, 23 set. 2009. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=posner+become+keynesian&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=pDjLVtP5HYahwgTRhr2QAg>. Acesso em: 14 set. 2015.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina, 1982.

RIFKIN, Jeremy. **A Era do Acesso**. São Paulo: Makron Books, 2001.

REMY, Philippe. *Les civilistes français vont-ils disparaître?* In: **Jurisprudence - Revue Critique**. Chambéry: Université de Savoie, 2010.

RODOTÁ, Stefano. **El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada**. Madri: Civitas, 1986.

RUTHERFORD, M. **Institutions in Economics, the Old and the New institutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. **Programa de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G. d., et al (Ed.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SINGER, Joseph William. ***Entitlement: the paradoxes of property***. New Haven: Yale University Press, 2000.

_____. *Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society*. **Cornell Law Review**, v. 94, n. 4, 2009.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 26, 2004.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense e Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Jurídica da Multipropriedade Imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. O Código Civil, os chamados micro sistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, G. (Ed.). **Problemas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UN-HABITAT. **UN-Habitat Global Activities Report 2015: increasing synergy for greater national ownership**, 2015.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa, 1789-1799**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*. **American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, Nov. 1981.