

A vedação de retrocesso em direitos fundamentais e a enfiteuse no Brasil diante do artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988

The non-retrogression in fundamental rights and emphyteusis in Brazil regarding to Article 49 of the Temporary Constitutional Provisions Act of the Federal Constitution of 1988

Resumo

A discussão que se segue é a da extensão da irradiação dos direitos fundamentais como norte interpretativo sistêmico de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a eficácia dos direitos fundamentais inclui, dentre outras dimensões, a vedação de retrocesso nos *standards* de direitos fundamentais já adquiridos e consolidados. O trabalho pretende analisar como se verifica essa eficácia, especialmente no que tange àqueles direitos como os de já atual exercício de propriedade imobiliária para fins de moradia. A situação que se abre no Brasil com a extinção da enfiteuse no Código Civil de 2002 e sua normatização excessiva no artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 indica uma dessas situações em que a legislação ordinária, em termos de propriedade enquanto patrimônio, repercute negativamente na situação jurídica de milhões de pessoas. Ao afetar um direito patrimonial, o art. 49 do ADCT constitucionalizou um instituto do direito civil, ampliando os seus aportes interpretativos e a complexidade decorrente da inscrição do tema no núcleo dos direitos fundamentais. A função social da propriedade, inerente ao instituto da enfiteuse, ideologicamente se choca com a mentalidade jurídica liberal e de concentração da propriedade num único titular. O direito de propriedade lido como direito fundamental implica também na construção jurídica do direito à propriedade e do direito de acesso à propriedade; a eficácia do direito fundamental à moradia e à propriedade imobiliária urbana repercute nos direitos habitacionais que integram o mínimo existencial inegociável, especialmente se a não intervenção ou conduta negativa ou de abstenção do Estado fosse o suficiente. A questão posta indica a necessidade de se afirmar o Estado de direito constitucional com todos os efeitos emancipatórios da realização de direitos fundamentais sobre o “Estado legislativo”, especialmente dentro do contexto de crise do conceito de lei. Por fim, há que se invocar toda a economia hermenêutica protetiva dos direitos fundamentais para interpretar corretamente a inovação constitucional do artigo 49 do ADCT.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia. Propriedade. Enfiteuse. Princípio da vedação de retrocesso.

Abstract

This work is about the scope irradiation of fundamental rights as systemic interpretive direction of the entire legal system, seeing that the effectiveness of fundamental rights includes, among other dimensions, non-retrogression principle in standards of fundamental rights already acquired and consolidated. The paper discusses how to check its effectiveness, especially in regard to those rights as those already current year real property for housing purposes. The situation in Brazil after the extinction of the emphyteusis institute in the Civil Code of 2002 and its excessive regulation in Article 49 of the Temporary Constitutional Provisions Act of the Federal Constitution of 1988 points one of those situations where ordinary legislation, in the sense of property as equity, adversely affects the legal situation of

millions of people. Reaching a property right, the ADCT's art. 49 constitutionalised an institute of civil law, extending their inputs and interpretative complexity follows to the inclusion of the issue at the center of fundamental rights. The social function of property, own of the emphyteusis institute, clashes ideologically with the liberal legal mentality and concentration of ownership in a sole proprietor. The right to property as a fundamental right read also implies the legal construction of the right to property and the right of access to the property; the effectiveness of the fundamental right to housing and urban real estate property echo in housing rights that compose the existential minimal non-negotiable, especially if was enough no intervention or abstention from state. This question indicates the need to assert the rule of constitutional law with all emancipatory purpose of conducting fundamental rights on the "legislative rule", especially within the context of the concept of law crisis. The pressure of economic sectors interested in real estate market and financial agents for the expansion of its credit guarantees were in the shadows of constitutional innovation that led to legal uncertainty. Finally, must bring the whole hermeneutic protective of fundamental rights to correctly interpret the constitutional innovation of ADCT's Article 49.

Keywords: Fundamental rights. Effectiveness. Property. Emphyteusis. Non-Retrogression Principle.

Introdução

A vedação de retrocesso como dimensão da eficácia dos direitos fundamentais, é o eixo da discussão que ilumina a tensão entre o artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e a exclusão da enfiteuse do rol dos direitos reais do art. 1225 Código Civil brasileiro de 2002, somando-se ao fato da existência de milhões de domicílios edificadas nesse regime de propriedade. Como modalidade de acesso à propriedade ou exercício desse direito mesmo sem a plena titularidade, o evento jurídico da exclusão da enfiteuse do rol dos direitos reais se coloca na faixa de suspeição, ao menos, de retrocesso em direitos fundamentais, especificamente no de moradia de milhões de famílias no Brasil¹.

A enfiteuse ou aforamento é um meio “silencioso” de aquisição e permanência na propriedade de imóveis rurais e urbanos. O instituto, apesar de previsão legal explícita e formal, concretiza-se de fato mediante um híbrido de práticas costumeiras e locais em diversas cidades brasileiras. Passou a enfiteuse ou aforamento a ser um meio de aquisição pouco onerosa da propriedade imobiliária, motivo pelo qual sua extinção gradual, além de afetar negativamente para o futuro a aquisição da propriedade, tem o efeito marginal de tornar precária as atuais enfiteuses privadas. Isso afeta direito de moradia, ameaçando de retrocesso um direito fundamental.

¹ A situação de precariedade dos registros dessas enfiteuses e a caducidade de alguns deles dificultam a mensuração estatística da questão foreira nas cidades brasileiras, tomando só as enfiteuses privadas urbanas.

O princípio da vedação do retrocesso em direitos fundamentais decorre do *dever de progressividade* desses direitos, previsto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC). A Observação Geral nº 3 do PIDESC, em consonância com os Princípios de Limburgo (1986) e Maastricht (1998), tem força vinculante para os Estados signatários, trata-se de *hard law* a impactar com obrigações judicialmente tuteláveis. A vedação de retrocesso em direitos fundamentais comporta discussões quanto à natureza e às formas de efetivar os diversos direitos, uma vez que alguns são de gozo continuado quanto aos benefícios, e implicam mais do que uma atitude de abstenção do Estado, mas intervenções que envolvam agentes privados e econômicos vinculados ao mercado. A manutenção desse princípio está em consonância com outros como a segurança jurídica e o direito adquirido, tão importantes para caracterizar o Estado no tocante à moralidade administrativa e legislativa.

Em que medida princípios como o da vedação de retrocesso em direitos fundamentais poderiam incidir sobre disposição normativa acerca de um instituto jurídico de direito “ordinário” como a enfiteuse? Por ser um dos meios de exercício do direito de acesso à propriedade e por estar conexo ao direito à moradia, a vedação de retrocesso em direitos fundamentais é também um direito fundamental, que se propaga sobre um instituto jurídico clássico.

Para a Observação Geral nº 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (DESC), a segurança jurídica da propriedade a partir de gastos suportáveis em fazê-lo, une-se ao critério da adequação cultural, o que se pode entender como recepção de formas plúrimas de entender o direito de propriedade. A segurança jurídica formal resta afetada quando um título ou documento referente ao exercício de uma modalidade de propriedade é fragilizado. Sem garantias plenas aos beneficiários vinculados àquela modalidade de direito real e fundamental, o de moradia – pois no caso em comento se propôs a substituição da enfiteuse pelo contrato de superfície, de natureza mais precária –, resta uma perda jurídica para os atuais beneficiários da enfiteuse para fins de moradia familiar. A pressão pela sua extinção pode ser mais do interesse dos segmentos e agentes interessados mais no comércio de imóveis, dificultado pela “reserva” que o duplo domínio representa e que dificulta a transmissibilidade.

A tensão de base na verdade é entre a propriedade no seu formato clássico (e insustentável de gozo absoluto e individual com exclusão de todos) e as reais modalidades de exercício desse direito, onde vicejam a propriedade precária, a copropriedade e a propriedade extra-legal, especialmente nas sociedades, regiões e países periféricos. Alçada à condição de

direito fundamental [art. 6º da CF/88], a moradia está, não raro, em colisão com o direito de propriedade exercido nos moldes tradicionais [*jus fruendi, utendi e abutendi*]. Assim, a propriedade tem como instituto jurídico uma dupla perspectiva, ora patrimonialista, consolidada nos códigos “decimonônicos” jusprivatistas, ora mais sintonizada com os direitos fundamentais. Waldron (1990, p. 20ss) trata dessa dupla perspectiva.² A eficácia dos direitos fundamentais também se irradia na eficácia e incidência de institutos jurídicos do direito privado que tangencialmente ingressa no território semântico-pragmático dos direitos fundamentais. A consolidada posição de direitos clássicos como os de propriedade, sobretudo a partir da sedimentação ideológica consolidada pelo liberalismo jurídico monista dos séculos XIX e XX, contribui para o incremento do seu caráter excludente. Passa a ser direito fundamental “negativo” em diversas constituições e em termos jurídicos, descolado da variedade de “formas proprietárias” que tinha no direito antigo e medieval aberta a pluralidade e superposições de domínios.

Acrescente-se a isso a questão o “*déficit* democrático” que se forma entre o espírito democrático que clama por uma “constituição popular” e a rigidez constitucional que procura pôr a salvo as regras básicas do jogo político, fazendo-o não raro contra os interesses diretos do povo, detentor da soberania popular. Esse fenômeno, discutido por autores como Gustavo Ferreira Santos (2011), Gilberto Bercovici (*apud* Santos, 2011), Jeremy Waldron (*apud* Santos, 2011), acrescenta o problema da jurisdição constitucional no tocante à eficácia de direitos fundamentais inclusivos e universalizáveis, além do problema da legislação restritiva. A jurisdição constitucional pode, pela sua formação e composição técnico-jurídica, já que geralmente é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, aferrar-se ao “senso comum” jurídico das concepções mais consolidadas e conservadoras, como no caso por exemplo da “mentalidade proprietária”.

Na primeira parte do trabalho, partindo de uma análise descritiva dos direitos fundamentais, sua extensão conceitual e normativa, estabelecer-se-á uma conexão com o instituto típico do direito de propriedade. O tratamento constitucional do tema no artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias abre a interpretação da enfiteuse à economia hermenêutica constitucional, em especial por se tratar de questão que tangencia direitos fundamentais como o direito de moradia. O tratamento rígido dos sistemas legais e constitucionais quanto ao direito de propriedade exclui as modalidades de exercício desse direito fora do padrão liberal de concentração da titularidade no indivíduo proprietário e o

² Essa consideração do direito de propriedade bipartido em direitos “de” e direito “à” propriedade são teoricamente relevantes no campo jurídico, na dogmática e hermenêutica dos direitos fundamentais.

risco da formalização massiva pode, nas sociedades desiguais como a América Latina, consolidar injustiças históricas. É a advertência de Gouvêa (2008), em sede de formalização de direitos de propriedade como política agrária que não contemple as desigualdades no acesso à propriedade, tratando igualmente camponeses e grileiros.

Na segunda parte do trabalho, será analisada, em termos descritivos e normativos, a pertinência entre direitos fundamentais e o instituto da enfiteuse. A enfiteuse não só sob o aspecto histórico, mas também a partir da dogmática jurídica, de maneira que ingressa no conteúdo e nos dispositivos de direitos fundamentais pela via do acesso à propriedade, sua função social. O caráter vetusto e a longa, reiterada e permanente história de uso desse instituto desde a Grécia, Egito antigo, Roma e Império Bizantino indicam uma adequação da enfiteuse como forma de gerir interesses contrapostos que passam a se compor para fins de uso racional e compartilhado da propriedade imobiliária, histórica fonte de controvérsias e conflitos. As fragilidades historicamente diagnosticadas no pacto enfitêutico em diversos contextos sociais, políticos e econômicos indicam a necessidade de aprimorar crescentemente a democratização da propriedade como medida de afirmação desse direito que transcenda a mera exclusividade “negativa” do exercício dele.

Na terceira parte, discorrendo especificamente sobre o princípio da vedação de retrocesso em direitos fundamentais, será discutida a tensão normativa jusfundamental da inovação constitucional e a tradução juscivilista imperfeita da norma materializada na Constituição Federal, especialmente no art. 49 do ADCT. O recurso ao próprio texto constitucional em diversas de suas passagens sustenta, ao menos *prima facie*, a afirmação de que a vedação de retrocesso em direitos fundamentais é plausível na hermenêutica constitucional brasileira. Partindo da característica unidade e integralidade desses direitos apesar da variedade dos *nomen juris* em que são tematizados [educação, saúde, trabalho, liberdade, etc.] e da gradualidade positiva que é desiderato de qualquer sistema ou ordenamento jurídico idôneo, pode-se afirmar a existência e a validade dessa “regra” ou “princípio” ou mesmo “cláusula geral” que é a vedação do retrocesso em direitos fundamentais.

1. Direitos Fundamentais: conceito, características e questões de eficácia

Os direitos fundamentais são figuras normativas e conceituais cercadas de imprecisão ou abertura semântica e jurídica. ao mesmo tempo em que se constituem como categorias centrais na dogmática constitucional moderna. Ou seja, a vagueza do termo não lhe

retira o lugar central no constitucionalismo atual, tampouco sua força vinculante, sendo uma das mais abalizadas conquistas do constitucionalismo democrático em certo momento histórico.

O rol desses direitos transita dos clássicos liberdade e igualdade, direito ao devido processo legal, chegando aos atuais direitos sociais à educação, saúde, segurança, moradia, previdência, trabalho, etc do art. 6º da CF/88, incluindo ainda os direitos políticos e de nacionalidade. Forma, portanto, um conjunto bastante heterogêneo: seus titulares são ora o indivíduo contra o Estado obrigado a se abster de intervir na sua esfera de liberdade, ora o cidadão titular de direitos subjetivos que exigem, ao contrário, a intervenção do Estado para que sejam realizados.

São ainda expressões do triunfo do Estado de direito moderno e burguês sobre o Estado antigo, pois a limitação dos poderes estatais pela afirmação de garantias jurídicas inafastáveis ao súdito ou cidadão frente ao arbítrio do poder. Não deixou de ser, paradoxalmente, marco jurídico da vitória do *status quo* das classes sociais patrimonializadas, dando-lhes a segurança e legitimidade da combinação de dinamismo, risco do empreendimento econômico e acumulação exitosa com a estabilidade proporcionada pela “segurança jurídica”.

Interessante chamar para o circuito das possibilidades explicativas do lugar original dos direitos fundamentais a crítica do direito feita Marx, aqui tratada por Bastos (2012). No tocante à luta por proteger seus interesses, a classe proprietária não se contentou com o domínio da *esfera civil* para a defesa da propriedade. As revoluções burguesas e a legislação protetiva e garantista que se seguiram a elas indicam que a conquista do Estado [e das suas razões, mormente, a Constituição] e a afirmação formal dos direitos fundamentais são um efeito planejado. Daí, coincidentemente, ser suficiente a dimensão formal dos direitos de liberdade, segurança jurídica, devido processo legal, de propriedade etc: já eram situações de fato, eficazes, bastava aos seus titulares a solene proclamação formal numa Constituição. Diferentemente e mais problematicamente se dará com os direitos fundamentais prestacionais, quando aquele Estado a serviço de uma classe tiver de deliberar e implementar direitos e não apenas proclamar a proteção aos já existentes.

O lugar textual desses direitos na Constituição confere uma força irradiadora deles sobre todos os institutos jurídicos, inclusive os mais tradicionais, criando uma tensão hermenêutica com efeitos concretos sobre a decisão judicial, por exemplo, também nos negócios jurídicos privados. Por exemplo, o exercício da legítima defesa não poderá mais ser interpretado e conceituado como categoria infensa do direito à vida. O direito “de”

propriedade não pode mais ser interpretado e manejado de modo meramente excludente pois o direito “à” propriedade se arvora como direito fundamental de maior substantividade.

1.1. O Conceito de direitos fundamentais

O conceito de direitos fundamentais tangencia os conceitos de direito natural, direito individual e direitos humanos, além de princípios jurídicos com os quais muitas vezes se confundem. Todavia, a dogmática jurídica têm fixado o entendimento de que se trata de direitos humanos ou “naturais”, reconhecidos essencialmente como patrimônio jurídico dos indivíduos e coletividades e positivados nas constituições. Tratam-se de direitos, portanto, já consolidados nos ordenamentos positivos em seu nível hierárquico mais elevado e assim mais garantidos pela Constituição.

Essa é a definição mais recorrentemente aceita de direitos fundamentais, como conteúdos normativos assimilados na Constituição, colocados acima e com efeitos irradiantes sobre o ordenamento por conta da sua posição hierárquica superior. É em suma a definição exitosa de Alexy (1999) e que não exclui ulteriores refinamentos doutrinários e filosóficos.

Os problemas terminológicos que cercam o termo direitos fundamentais podem ser então, pacificados para fins do presente trabalho como aqueles que estão constitucionalizados, o que resulta mais fácil para os ordenamentos da tradição do *civil law*. Assim, o termo é de pacificada semântica e sintaxe jurídicas na Alemanha (*Grundrechte*) país onde o termo aparece já como título da Constituição, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Em Portugal, Espanha, Mônaco, Irlanda, Holanda, Suécia e nos países africanos, o termo direitos fundamentais é frequentemente definido como o núcleo central de direitos e garantias individuais e coletivos, conforme Sampaio (2004).

Outros países como Bélgica, Reino Unido, Luxemburgo e Noruega, utilizam-se do termo mais genérico “direitos”, ou mesmo “direitos naturais” e “direitos básicos”, além de “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas”, conforme levantamento minucioso feito por Sampaio (2004, p.14 e ss). A idéia de fundo, no entanto, é a mesma: um grupo de direitos que forma um núcleo essencial de garantias e prerrogativas dos indivíduos perante o Estado e suas relações jurídicas cotidianas.

Ao propugnar que a questão “o que são” direitos fundamentais deva ser alterada para “quais direitos devem ser tidos como direitos fundamentais”, Ferrajolli (2007, p. 73) elenca três critérios [não direitos]: a promoção e manutenção da paz, da igualdade e a tutela do mais

fraco. Nesses três eixos se articularia, inclusive, uma dogmática internacional de direitos fundamentais para além dos limites constitucionais dos estados.

A semântica aberta não deve ser posta como barreira intransponível para a eficácia dos direitos fundamentais, conforme lição de Pisarello (2003). Na verdade, todo o direito parte de repertório aberto, apto a ser tratado como argumento e em conexão com as questões fáticas, havendo uma necessária consolidação de sentido nos institutos jurídicos mais gerais. Em termos de pragmática jurídica, resolver-se-ia parcialmente o problema pela via da justiciabilidade ou sindicabilidade dos direitos fundamentais: a decisão judicial e sua fundamentação estabeleceriam o núcleo desses direitos por recursividade.

Pisarello (2003, p. 162) estranha a acusação de vagueza semântica dos direitos fundamentais, asseverando que isso é inerente à linguagem natural, e que seria excessivo exigir das constituições uma precisão tamanha que prescindia do “jogo democrático”. O autor ainda adverte que conceitos de direitos civis e políticos como “honra”, “vida”, “intimidade privada ou familiar”, dentre outros aos quais se imputam maior inteligibilidade e precisão, não são mais que direito à “moradia digna e adequada”. As barreiras são de ordem mais ideológica e políticas do que semânticas para dificuldade de interpretar e aplicar os direitos fundamentais de cunho mais social e econômico, de manejar uma jurisdição mais garantista na efetivação e proteção desses direitos, como o do acesso à propriedade.

1.2 – Direitos fundamentais e Constituição

A relação entre os dois é de *conteúdo e continente*, usando de uma metáfora adequada ao neoconstitucionalismo. Os textos constitucionais, em especial nos países de tradição do direito continental europeu, estabelecem de modo mais explícito quais os direitos fundamentais, que não mais se resumem aos clássicos dispositivos limitadores do poder do Estado, sua organização político-administrativa e tripartição de poderes, do primeiro constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX.

O conteúdo dos direitos fundamentais no chamado neoconstitucionalismo, das cartas constitucionais pós-Segunda Guerra Mundial, se amplia, expandindo os temas da vida social constitucionalizados. Concomitante a isso, a jurisdição constitucional confere aos “novos” direitos a densidade e eficácia que permite ao cidadão comum demandar diretamente os tribunais para a realização. Segundo Carbonell (2007, p.10) os novos textos constitucionais com alto nível e normas materiais junto com novos parâmetros interpretativos advindos dos princípios constitucionais da ponderação, da proporcionalidade, a razoabilidade e a

maximização dos efeitos normativos da Constituição, fazem com que ela se irradie por todo ordenamento.

Assim, institutos clássicos como a propriedade são afetados pela nova *ratio juris* constitucional em que é singular o novo papel e lugar jurídico do Estado. Von Gerber e Jellinek, além de Henkin e Hesse, a quem Sampaio (2004, p. 30) arrola dentre os juristas da “dogmática do consenso”, são claros em seu pensamento triádico, no qual direitos fundamentais só se configuram como direitos subjetivos dos indivíduos pela reconhecimento de tal conteúdo pelo Estado. Direitos fundamentais seriam uma cláusula de barreira formal e material para a reforma da Constituição, para Ferrajoli (2001), inclusive afetando a atividade legislativa ordinária, que não poderia se sobrepor à fundamentalidade constituída a partir de pretensões individuais ou coletivas constitucionalmente decididas (SAMPAIO, 2004, p. 31).

Para o presente trabalho, importa ter em vista o *locus* sintático e semântico da propriedade, que surge já no princípio como garantia, no *Caput* do artigo 5º da Constituição Federal, conexa ao direito à liberdade e segurança³. A função social é ressalvada apenas no inciso XXIII do artigo 5º, sucessivamente ao inciso XXII, em que se afirma o direito à propriedade sem qualquer ressalva; já nos incisos XXIV e XXV, estipulam-se estipular critérios bastante restritivos para a intervenção estatal sobre esse direito, bem como em relação à proteção da propriedade familiar, respectivamente. Assim, pode-se depreender da análise textual da Constituição que prevalece uma proteção constitucional da propriedade nos moldes tradicionais, e que o sentido muito largo da ressalva da “função social da propriedade” não logra opor uma decisiva impositação mais includente [de efetivo acesso à propriedade] a um direito que se exercita mais na linha da exclusão [direito *de* propriedade]. A motivação econômica das últimas décadas por processos de acumulação, na linha da “modernização conservadora”, pode ter, certamente, influenciado mais na redistribuição da propriedade do que a *ratio juris* que decorre do texto constitucional.

Apesar da distinção que faz Guastini (2007, p. 19) entre texto constitucional e matéria constitucional, colocando em termos muito seguros a existência de normas constitucionais implícitas ou costumeiras, os direitos fundamentais, por força da *sobre-significação* que lhe dá o artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal, devem vir textualmente explicitados. Como a Constituição, nesse horizonte neoconstitucionalista, não é fenômeno reduzido à mera textualidade, a sua interpretação e aplicação judicial se sobrepõe à existência de normas constitucionais judiciais. O papel da jurisdição constitucional, dessa

³ Estando aí evidente a concepção liberal clássica do instituto.

forma, ganha nova dimensão, uma vez que existe a possibilidade de acesso aos direitos fundamentais como argumento judicial pelos cidadãos.

Sobre a função social da propriedade, os estudos constitucionais comparados vêm indicando um refreamento como argumento e ocorrência textual. Garcia (2008, p. 186-187), inclusive, aponta para situações extremas em que a função social desaparece da Constituição, como no caso do Peru:

La doctrina de la función social primero apareció en la Constitución peruana de 1920, y fue mantida en su Constitución de 1933. Aunque la Constitución de 1979 cambió sutilmente el término a “interés social”, su interpretación continuó siendo la misma. En 1993, durante el gobierno de Fujimori una nueva constitución fue redactada. Esta Constitución dejó sin efecto las obligaciones sociales vinculadas a ella, y obliga a que la propiedad sea ejercida dentro de los límites de la ley. Por lo tanto, en Perú, el rol de la propiedad pasó de la función social y la obligación positiva, al modelo neoliberal de la obligación negativa de no usar la tierra de una forma contraria a la ley.

Mesmo não se podendo afirmar uma tendência geral do esvaziamento do conceito e elementos que fazem a função social da propriedade, é de se atentar para uma vigilância e controle democrático da legislação, que pode esvaziar esse princípio ou cláusula geral. O efeito mais amplo e que deve ser respeitado em termos jurídicos e políticos é o de que, constitucionalizado um direito, o seu exercício e sua própria definição recebem um incremento semântico. É o caso da propriedade, cuja definição passa a ser *sobreinterpretada*, conforme Guastini (2003), citado por Gustavo Ferreira Santos. Há, pois, uma norma constitucional implícita.

2. A enfiteuse e o direito fundamental de acesso à propriedade

A enfiteuse é um direito real que consiste na existência de dois domínios sobre um mesmo fundo imobiliário, terras incultas ou não edificadas, rurais ou urbanas. O titular do domínio eminente ou direto é o *senhorio*, que tem o direito de receber foros ou pensão anual do *foreiro* ou *enfiteuta*, o qual, por sua vez, é o titular do domínio útil. A este cabe uma extensão de direitos tão grande que resulta ser a enfiteuse o mais extenso *jura in re aliena*, confundindo-o com a propriedade. Os direitos de sequela do senhorio são bastante limitados, assim como o são a segurança e perpetuidade para o enfiteuta e seus herdeiros, que podem manejar todas as ações reais possessórias e petições.

O Código Civil de 1916 não define a enfiteuse, mas a caracteriza no artigo 680, por se dar apenas sobre terras incultas e não edificadas, cabendo ao enfiteuta lhe destinar

produtividade e uso econômico e social. Em vista disso que se afirma ser a enfiteuse o instituto de direito real mais afinado teleologicamente à função social da propriedade, pois esta faz parte de sua própria definição: edificar e plantar sobre terras incultas e não edificadas, sendo o termo grego *emphyteusis* sinônimo de “dar utilização pelo cultivo”.

A enfiteuse é instituto do direito de propriedade, positivado tanto na Lei Civil quanto no direito administrativo⁴ de diversos países. Envolve a gestão de bens imóveis, solos urbanos e rurais num formato de copropriedade entre senhorio e foreiro ou enfiteuta, numa divisão de domínios útil [do foreiro ou enfiteuta] e direto ou eminente do senhorio. Isso garante ao mesmo tempo a conservação da titularidade do proprietário originário e um direito real sobre coisa alheia [*jura in re aliena*] do foreiro que vai dar utilidade aos fundos mediante melhoramentos econômicos produtivos e edificação. É possivelmente o instituto de direito real clássico mais afinado à função social em sua versão mais básica de aproveitamento efetivo de bens imóveis, seja para plantio ou pecuária, seja para edificar moradias.

Importante ainda ressaltar que na enfiteuse, a função social, em sua forma mais primitiva de afirmação, expressa-se na melhoria das terras, ou *emponemata* no termo grego: dar uso e utilidade, por ao serviço de todos e da Pólis através da melhoria continuada pelo plantio, pecuária e estabelecimento de moradias.

2.1 – Esboço histórico quanto a origem da enfiteuse

Conforme Giraudi (1969) a origem da enfiteuse é greco-romana, possivelmente do século V a.C. A “Tábua Heracléa” e a “Inscrição de Thisbe” são no direito grego os textos inaugurais do *jus emphyteuticum* que seria desenvolvido mais tarde pelo direito romano. Referia-se ao modo de aproveitar as terras do deus Dionísio [Baco] nas colônias da Magna Grécia [em solo italiano, algumas delas, daí o contato com o direito romano]. Mas foram as Constituições de Zenon, na Grécia do século III a.C. que estabeleceram essa forma de utilização dos fundos públicos da *Polis* e das terras pertencentes aos *collegia sacerdotalis*, consoante pesquisa de Fuenteseca (2003) sobre a enfiteuse. A melhoria ou *emponemata* das terras, segundo Ortuño Peres (2005, p. 34ss), era a finalidade primordial para aquela instituição nos diversos países da bacia mediterrânea.

Justiniano, na compilação que faz no século V d.C. no Digesto definiu em termos descritivos e normativos o *jus in agri vectigales*, ou *jus emphyteuticum*, conferindo-lhe as

⁴ Porque se refere à mobilidade pública.

características gerais que delineiam o instituto até a atualidade. Portanto, podem-se apontar duas fontes do instituto, uma greco-bizantina, de tratamento jurídico das terras do Estado e dos corpos sacerdotais, e outra romana, com regulação das enfiteuses privadas, mas que tratou também das *res Mancipi* municipais. Desde as construções doutrinárias clássicas, a enfiteuse guarda essa comunicação entre as esferas pública e privada e seus respectivos acervos de bens imobiliários.

São características da enfiteuse, malgrado a sua complicada e “atormentada história” (OURILAC; MALAFOSSE, 1963), as discussões sobre a sua natureza contratual ou real, a duração do exercício desse direito, a extensão dos direitos das partes, as suas modalidades pública e privada, a bipartição de domínios útil e direto e a sua distinção dos contratos pessoais, como arrendamento e locação, e contratos reais, como o de superfície ou o fato da posse. Ou seja, é um instituto regulado sob forte pressão dos pactos que historicamente foram sendo formatados dentro de balizadores doutrinários, histórico-jurídicos e econômicos.

Como instituto jurídico clássico desafiado pelo modelo liberal moderno de concentração na propriedade num único titular, a enfiteuse foi alvo preferencial das reformas jurídicas burguesas. Extinta em 1804 na França pós-revolucionária, vai reaparecer em 1818, como costume jurídico. O *Code* napoleônico lhe votava especial proibição, por ligar a enfiteuse ao caos proprietário e às exações fiscais do Antigo Regime. Noutros países europeus, as lutas contra os contratos forais, recebimento de rendas por senhorios e pelas desamortizações de terras dominaram o cenário das tensões políticas e agrárias dos séculos XIX e XX, na Argentina, Peru, Espanha, Portugal, Itália meridional, Alemanha, Bélgica e outros países, com maior ou menor intensidade. Ou seja, a enfiteuse esteve no centro de importantes conflitos políticos, econômicos e jurídicos da modernidade ocidental, as chamadas revoluções burguesas da Europa⁵.

A crise fundiária na Europa do século XIX, que evidenciou a necessidade de realocação de capitais para a indústria, produziu uma sobre-oneração dos enfiteutas, sendo constantes os conflitos na Península Ibérica e itálica contra as superposições de enfiteuses e subenfiteuses que reduziam os agricultores a arrendatários empobrecidos pelo pagamento de rendas. As classes proprietárias rurais, mais exatamente essas, viram na “desamortização”, ou seja, na retirada das terras do domínio da Igreja e da nobreza rural, uma forma de mantê-las e consolidar seu domínio nas mãos de proprietários burgueses. Assim, não se favoreceram com

⁵ A enfiteuse chega no Brasil com as Ordenações Afonsinas, mesclada na imprecisão que adquire em Portugal com o arrendamento. A partir da independência do Brasil, uma série de leis e decretos transformam as antigas “sesmarias” em enfiteuses.

as desamortizações os camponeses, mas os subenfiteutas burgueses, que lucravam mais com a renda da terra. A função social da enfiteuse⁶ consiste em, mantendo a titularidade do domínio bipartido, possibilitar a estabilidade na relação jurídica, num contexto de igualdade de direitos que inexistia na Europa do século XVIII e XIX.

2.2 – A enfiteuse na realidade brasileira

Na sua modalidade urbana, a enfiteuse terminou por se associar à habitação e à moradia, direitos fundamentais versados em pactos internacionais de direitos humanos. Foi a porta de acesso à propriedade em centenas de cidades do Brasil, e mesmo a origem de algumas delas nos períodos colonial e imperial. Disciplinada no Código Civil de 1916, que lhe dedicou 17 artigos, do 678 ao 694, a enfiteuse se torna, na prática ou no comércio jurídico, o fundamento da propriedade, pois de difícil gestão pelos senhorios privados [na maioria paróquias, ordens religiosas e as “fundações pias” do direito canônico], que vão sendo paulatinamente “desabilitados” com a massificação da ocupação dos fundos enfiteuticos pelo processo de urbanização que se acelera no Brasil nas décadas que se seguem ao processo de industrialização e êxodo rural⁷.

A Constituição de 1988 tratou da enfiteuse no art. 49 do Ato das Disposições constitucionais Transitórias e dispôs a sua extinção, o que já era possível no regime do Código Civil de 1916, acrescentando-lhe novas dificuldades. O Código Civil de 2002, no art. 2038, proibiu a constituição de novas enfiteuses, assegurando as já existentes até a sua extinção a regulação pelas disposições do antigo Código Civil, e gerando, com isso, uma situação de direito intertemporal aplicado em situação fático-jurídica com traço de perpetuidade e continuidade, caso da enfiteuse.

O art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assim prevê:

Art. 49. A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos.

§ 1º - Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União.

⁶ Em trabalho intitulado “La enfiteusis em la doctrina”, Analía Rodríguez elenca autores como Messineo e Guillermo Allende, que vêm na enfiteuse uma possibilidade real de melhor aproveitamento das terras rurais. Acesso on line: <http://www.salvador.edu.ar/juri/Analía%20Rodriguez.pdf>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

⁷ No Decreto Lei nº 9.760/46, os artigos 99 a 124 tratam da enfiteuse pública, com diversas modificações que a distanciam em muito da enfiteuse privada. Não sendo parte da questão central desenvolvida no presente trabalho, já que o art. 49 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a manteve imune às mudanças por expressa ressalva, não se desenvolverão aqui maiores considerações sobre essa modalidade de enfiteuse.

§ 2º - Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato.

§ 3º - A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.

§ 4º - Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa.

O texto constitucional traz algumas notas problemáticas em termos de dogmática jurídica. Primeiro, transfere para a lei disposição reguladora, mantendo o caráter facultativo para os titulares enfiteutas. Ou seja não houve a extinção do instituto e a sua substituição direta por outro, no texto constitucional. A nova modalidade de contrato para garantia dos direitos dos atuais ocupantes (*sic*) dos fundos enfitêuticos poderia ser o contrato de superfície. O problema é que neste deixam de existir características de perpetuidade e maior extensão dos direitos de propriedade que são garantidos na enfiteuse. Assim, há um prejuízo jurídico para o enfiteuta transmutado em superficiário.

O parágrafo primeiro traz uma segunda disposição normativa restritiva de direitos. O resgate de aforamento do Código Civil de 1916 previa no art. 693 que foi duas vezes reformulado, o foreiro era obrigado a ter o mínimo de 10 anos de contrato, pagar um laudêmio e 10 foros para resgatar, agora fica estabelecido o mesmo percentual de resgate ou remição das enfiteuses públicas: 17% do valor do domínio pleno, conforme o art. 123 do Decreto-Lei 9.760/46, que regulamenta os bens públicos da União, com nova redação dada pela Lei 9.636/98, que alterou especificamente aquele percentual, fazendo-o mais oneroso para o enfiteuta interessado na consolidação do domínio mediante o resgate da enfiteuse.

Apesar de o art. 2.038 do novo Código Civil de 2002 assegurar que fica mantido o antigo Código na regulação das enfiteuses remanescentes, no tocante ao resgate ou remissão vale a norma constitucional, por lhe ser hierarquicamente superior. Ademais, as enfiteuses mais antigas são adquiridas por sucessão hereditária na sua quase totalidade, e não por via contratual, de tipo sinalagmático, bilateral e por ato *intervivos*, no sentido clássico do contrato como livre disposição de vontade entre duas partes habilitadas e capazes. Assim, a teor do parágrafo primeiro, pode-se regular o pacto enfiteutico apelando para as restritivas normas de administração dos bens públicos e suas muitas vedações à aquisição e acesso à plena titularidade, por ausência de expressa pactuação contratual devidamente documentada. Em outras palavras, os riscos de prejuízos jurídicos podem ser imensos para os atuais “ocupantes” pelo infeliz e açodado tratamento do tema.

3. A regressividade em direitos fundamentais

A regra de não regressividade em direitos fundamentais pode ser invocada no plano da existência como decorrência de um princípio, o da progressividade desses direitos. Autores falam do princípio da vedação do retrocesso, questão que transborda a finalidade principal do presente trabalho. Tendo em vista a diversidade de conteúdos e teleologias dos direitos fundamentais, cabe considerar que para aqueles que “instantaneamente” já se consolidaram jurídica e ideologicamente como a vedação da tortura, a não regressividade é regra de barreira de forte e imediata carga protetiva.

Para os direitos fundamentais prestacionais, cuja eficácia dependam do sopesamento de outros direitos como os de igualdade, de responsabilidade fiscal e orçamentária adstrita ao direito fundamental ao “bom governo”, por exemplo, pode-se afirmar que incide uma cláusula geral de progressividade na efetivação gradual do atendimento aos titulares de direito subjetivo, em geral definido por legislação infraconstitucional.

O caráter ideológico, jurídico e político que marca o desenvolvimentismo e a crença otimista na irrefreável evolução do progresso da civilização pode ter ensejado o texto do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, que explicita o princípio da progressividade em direitos fundamentais:

Artigo 2º

§1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, **progressivamente**, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. **(grifo nosso)**.

A permissão de realização progressiva de direitos econômicos, sociais e culturais decorre do fato de serem políticas dispendiosas e universalizadas a onerar os Estados signatários do PIDESC, mas daí resulta uma consequência jurídico-dogmática relevante: se o Estado ou sociedade não podem realizar instantaneamente os direitos fundamentais que exijam maiores dotações de recursos ainda inexistentes, também não podem, ao reverso disso, vulnerar, fragilizar ou retroceder em direitos já de gozo por sua população. Essas conquistas sociais têm efeito catraca, ou “Efeito Cliquet”⁸. A aplicação desse operador lógico no campo dos direitos fundamentais carece de maior eficácia, a qual, em certa medida, não depende do

⁸ Expressão comumente utilizada por alpinistas, que se refere à impossibilidade ou proibição de voltar atrás, descer, numa escalada em que os pinos de sustentação são colocados sempre acima do alpinista.

direito, mas de outras condições extrajurídicas⁹. O recente debate constitucional europeu, na esteira da crise social e econômica pela qual atravessa grande parte da Europa, tem relativizado esse princípio-regra¹⁰.

No julgamento da ADI 1.946/DF, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito ao salário-maternidade seria uma cláusula pétrea, houve uma aplicação, ainda que não tão evidente, do chamado princípio do não-retrocesso. De acordo com Canotilho (2002), tal entendimento significa ser inconstitucional a medida administrativa ou legislativa que revogue ou ameace de revogação os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de alternativas capazes de compensar a anulação ou fragilização desses benefícios.

O dever de não regressividade [ou princípio do não retrocesso] em direitos fundamentais é interpretado como adscrito ao conceito de devido processo legal substantivo, podendo ser integrante deste. Poderia, ainda, ser interpretado como corolário de um princípio geral do direito que seria o suporte racional, por exemplo, da manutenção do direito adquirido, da coisa julgada ou do ato jurídico perfeito, dados os devidos descontos quanto ao nível de formalidade e instrumentalidade jurídicas de cada um.

3.1. A regra da vedação do retrocesso em direitos fundamentais e a Constituição Brasileira

A regra ou princípio da vedação de retrocesso em direitos fundamentais decorre do próprio *standard* desses direitos como limites formais e materiais à reforma da Constituição, núcleos inegociáveis de segurança perante o Estado e as maiorias. Desse modo, direitos fundamentais “negativos” ou que exijam a abstenção estatal ou dos poderes privados têm pacífico lugar no senso comum dos juristas. Na medida em que o conteúdo dos direitos fundamentais aponta para uma ação positiva e implementadora do Estado, impactando recursos orçamentários, surgem dificuldades argumentativas e de aplicação, de maneira que construções como a “reserva do possível” e a necessidade de intermediação do legislador ordinário para dar conteúdo normativo aos direitos fundamentais sociais, onerosos e continuados, são recorrentes na literatura jurídica.

⁹ A principal e recorrente condição extrajurídica tem sido a disponibilidade financeira ou de orçamento. O Estado obrigado a cumprir com *standards* mínimos de direitos alega impossibilidade em vista da não existência de recursos. Mas barreiras culturais e políticas são importantes para a não efetivação de direitos também.

¹⁰ Destacando-se a declaração da “morte da Constituição Dirigente”, feita pelo constitucionalista português José Gomes Canotilho, no prefácio à segunda edição (CANOTILHO, 2002).

Todavia, há que se considerar que a não enunciação expressa da vedação de retrocesso na Constituição brasileira ou do dever de progressividade na efetivação dos direitos fundamentais decorre do conjunto sistêmico de diversas normas constitucionais. Pode-se, assim, afirmar um contexto jusfundamental de fundo que legitima a possibilidade, ao menos argumentativa do princípio. Numa acepção mais formal, tem-se a disposição do art. 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, bem ao sabor do garantismo clássico, que se repete no inciso XL do mesmo artigo: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Diante disso, há de depreender uma vedação de retrocesso em direitos fundamentais, especialmente no segundo caso, de espera de proteção penal dos indivíduos, em relação ao primeiro, que se detém na linha dos direitos individuais.

O princípio-regra tem ainda um enunciado jurídico e político relevante no campo principiológico e aberto do direito internacional, uma fonte segura de emancipação no atual contexto de governança global em direitos humanos. Diz o art. 5º, § 2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Essa disposição liga o Brasil ao cumprimento das normas vinculantes dos tratados internacionais, inclusive ao PIDESC, de 1966, que, como já referido, enuncia o princípio da progressividade dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Além disso, a vedação de retrocesso também se encontra no campo do direito constitucional do trabalho; o art. 7º, da Constituição Federal, estabelece a “VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”. Analisando a ressalva permissiva à redução salarial, trata-se de prestação múltipla e continuada, podendo ser repostada ou manejada para garantir o bem principal que é a não extinção dos postos do trabalho. Contudo, logo a seguir vem a fixação do limite dessa redução: o salário-mínimo.

Em termos de constituição formal, o princípio-regra se fortalece como *cláusula pétrea* ao figurar num rol definido de direitos protegido da mudança constitucional ordinária: “Art. 60 – § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”. Ou seja, há um ponto de inegociabilidade e segurança perante os humores revisionistas de direitos fundamentais.

A regra ou princípio de progressividade em direitos fundamentais, *mutatis mutandi*, de mesmo conteúdo que a vedação de retrocesso, manifesta-se ainda na Constituição Federal

nos seguintes dispositivos, textualmente elencados: Art. 170 - VIII - busca do pleno emprego; art. 182, § 4º, II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; Art. 214, II - universalização do atendimento escolar; Art. 216-A, princípios da política cultural (emenda 71/2012); II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais; XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura. Fica claro nessa opção textual do constituinte a gradualidade positiva na enunciação de direitos fundamentais, a afirmação do “acesso” e até mesmo medidas negativas ou restritivas no campo tributário, que se filiam a democratização e ampliação dos direitos fundamentais a quem deles não se beneficiou.

3.2 A regressividade entre o artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal e o artigo 2.038 do Código Civil Brasileiro

O atual regime da enfiteuse no Brasil, no formato jurídico atual se revela(va) pouco conflitivo, em geral pela inércia dos senhorios [eclesiásticos e leigos] uma vez que era tão acentuada a transferência de direitos para o enfiteuta ou foreiro que a retomada do imóvel era na prática, impossível. Havia, assim, uma faixa de conforto jurídico que se transformou em possibilidade de confronto com a inovação legal do art. 2.038 do Código Civil.

Este, ao afrontar direitos patrimoniais e a segurança dos resquícios de propriedade dos titulares, lançou os enfiteutas na semi-ilegalidade, por lhes exigir a realocação do seu direito para outro, elencado no art. 1.225, o de superfície o mais provável, ou lhe forçando um resgate mais oneroso que no regime anterior, agora de 17% da propriedade plena.

O tratamento constitucional passa a ser de “ocupante”, talvez possivelmente motivado pelo receio da União diante das muitas famílias que moram sobre seus terrenos foreiros mal geridos por sucessivas discontinuidades e imprevisto burocrático da ineficiente gestão de bens imóveis. Já os proprietários foreiros das enfiteuses privadas, apesar da precariedade da administração desses patrimônios pela Igreja, tomando o seu mais expressivo sujeito de direito, beneficiam-se do modelo informal e negocial no que diz respeito ao pagamento de foros e laudêmos, além das remições ou resgate. Impera aí uma espécie de *honeste vivere*, que dispensa práticas mais burocraticamente exigentes e formais de controle e pactuação.

A inovação ocorre no sentido de priorizar o domínio pleno pela aquisição mais custosa, para isso transferindo custos de formalização da propriedade para o atual enfiteuta, que no Brasil são custos proibitivos para a maioria das famílias. Uma intervenção no mínimo

questionável em termos de efetivação de direitos fundamentais pela zona de indefinição jurídica que gerou.

Considerações finais

A disposição normativa do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deverá ser interpretada sistêmica e teleologicamente em conformidade com toda a Constituição Federal no tocante à realização dos direitos fundamentais, que é a sua marca. A enfiteuse urbana e privada é uma das formas de acesso à moradia e de exercício da propriedade dentro de um pacto social razoável.

Certo que as formas de apropriação do espaço destinado à moradia devem ser as mais seguras possíveis, como parte integrante do próprio direito fundamental; todavia, apenas a pretensa segurança formal não responde a esse imperativo. Por isso, a substituição dos contratos enfiteuticos por outros formalmente elencados no art. 1225 do Código Civil traz uma segurança jurídica formal e uma *capitis deminutio*, pois a enfiteuse é o mais vasto e completo dos direitos “anexos” de propriedade.

Apesar da sintaxe e semântica constitucional serem “conservadoras” quando o tema é propriedade, no mais dos direitos fundamentais a orientação constitucional é emancipatória e aberta a realização de direitos de acesso, não apenas direitos de “manutenção”. Importante ainda ressaltar que antigas e tradicionais formas de gestão jurídica dos interesses humanos podem ser retomados por um neoconstitucionalismo que se desvincule dos cânones ideológicos do liberalismo moderno, racionalista e iluminista.

No caso da enfiteuse brasileira, urbana e privada, a tensão entre a legislação ordinária mais sujeita a especificações reguladoras tendentes a definir e demarcar objeto e sujeito das relações jurídicas, distribuindo mais estritamente vedações e deveres, extrapolou a autorização constitucional. Enquanto nesta a facultatividade da manutenção/extinção é a marca, na tradução dada no Código Civil, art. 2038, a vedação da enfiteuse é a regra explícita.

Esta ensão semântica manifesta uma divisão cognitiva de trabalho de uma Constituição que tende a realizar e ampliar direitos de acesso e uma legislação burocratizante que se sente descomprometida com a realização de direitos fundamentais. Assim é possível falar de uma desautorização legislativa da Constituição, com profundas suspeitas de que a Constituição não é mesmo o melhor dos mundos possíveis para a eficácia de direitos fundamentais.

A vedação de retrocesso em direitos fundamentais se aplica aos efeitos da aplicação da do artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pela forma como o Código Civil o traduziu, visto que a enfiteuse urbana e privada não representa uma idealidade jurídica abstrata, mas se manifesta de fato na forma de exercício do direito de propriedade e moradia para milhões de famílias. Sendo situação de fato e de direito consolidada, sem ônus para o Estado, bastaria a abstenção legislativa, quiçá aliada a políticas de regularização das “ocupações” [de *per si* esse tratamento no texto constitucional já é ofensivo aos direitos dos atuais proprietários] nos moldes mais burocráticos que o Estado houvesse por bem definir.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BASTOS, Ronaldo. **O conceito de direito em Marx**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002.
- FUENTESECA, Margarita Degeneffe. **De emphyteutico jure**. Madrid: Dykinson, 2003.
- GARCIA, Helena Alviar. La redistribución de la tierra em Latinoamérica: atrapada entre el desarrollo económico y el positivismo. P 176-192. In: **Derecho y propiedad – SELA 2008: Seminario em Latinoamérica de Teoria Constitucional y Política**. Buenos Aires: Libreria, 2008).
- GIRAUD, Pierre. **Emphyteusis. Dictionnaire de Antiquités Grecques et Romaines**. Tomo 12. Graz-Austria: Darenberg-Saglio, 1969.
- GOUVÊA, Carlos Portugal. Sobreponiéndose a los costos de equidade: innovación em política agraria em sociedades altamente desiguales. Pp. 127-146. In: **Derecho y propiedad – SELA 2008: Seminario em Latinoamérica de Teoria Constitucional y Política**. Buenos Aires: Libreria, 2008).
- GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. Pp. 15-28. In: In: CARBONNEL, Miguel (Et al.) **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.
- FERRAJOLLI, Luigi. **derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.
- _____. Sobre los derechos fundamentales. Pp 71-89. In: CARBONNEL, Miguel (Et al.) **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.
- ORTUÑO PÉREZ, M. E. **Las meliorationes o emponemata en la enfiteusis**. Madrid: Trotta, 2005.

OURLIAC, Pierre; MALAFOSSE, Jacques. **Derecho romano y francés histórico. Vol II**, Barcelona, 1963

PISARELLO, Gerardo. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Novo constitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

WALDRON, Jeremy. **The right to private property**. Oxford: Clarendon Press, 1990.