

A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA NO BRASIL ENTRE HOBBS E LOCKE

Adilson José Paulo Barbosa

1. Introdução

A idéia a ser desenvolvida neste pretensioso ensaio parte da percepção de que o tratamento dado ao direito de propriedade urbana (ou uso da terra) no Brasil, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou o festejado princípio da função social da propriedade e outros tantos princípios garantidores de direitos individuais, políticos, sociais e econômicos, ainda está presa às idéias jusnaturalistas, gestadas na modernidade iluminista, sobre a constituição do direito de propriedade.

A nossa intenção é tentar mostrar que apesar de conquistar avanços significativos na esfera da política e da “democracia”, com o reconhecimento e efetivação dos chamados direitos negativos ou de primeira geração, teorizados por I. Berlin e Bobbio, nos que diz respeito a propriedade urbana, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou um novo Modelo de Estado Democrático de Direito, ainda estamos presos entre dois modelo de discurso jurídico sobre a propriedade, forjado pela filosofia política, no início do chamado moderno Estado capitalista ocidental..

O velho modelo da propriedade liberal individualista, cujo símbolo foi o Código de Napoleão, promulgado em 1804, do qual LOCKE é apontado como “pai” teórico, é sacado quando os interesses envolvidos, pelo menos abstratamente, tem como titular do direito um sujeito singular. Quando o titular do direito de propriedade é o Estado, enquanto responsável pela gestão patrimonial e elaboração de políticas públicas de acesso à terra nas cidades, o modelo é do Estado Intervencionista e tutelador, nos moldes daquilo Hobbes pregava e que depois, sobre fundamentos diferente, foi desenvolvido pelo chamado Estado social, ou *Welfare State* do qual, diga-se, estamos muito longe.

Ao contrário de outros países capitalista que fizeram reforma agrária e urbana, permitindo e até estimulando que setores economicamente fragilizados pudessem se apropriar da terra, para cultivo ou moradia, no Brasil o acesso à terra, ao longo de nossa

história tem sido marcado pela exclusão daquelas classe e grupos sociais formados, na sua maioria, por índi@s, negr@s e pobres.

No campo, o latifúndio, a grilagem e falta de políticas agrícolas e agrárias verdadeiramente inclusivas, fez com milhares de famílias migrassem para cidade, em buscas de melhores condições de vida.

Problema que afeta toda a América Latina, o auge da urbanização brasileira ocorreu nas décadas de 60 70. As mudanças dramáticas produzidas pelas transformações na indústria, junto com aquelas provocadas pela urbanização intensa particularmente nos últimos 30 anos - os quais corresponderam, não por acaso, aos anos do regime autoritário no Brasil - já determinaram uma nova estrutura sócio-espacial, essencialmente urbana, assim como um impacto ambiental muito importante: aproximadamente 80% da população total - estimada de Censo de 1991 em 147 milhões de habitantes - vivem atualmente em cidades¹.

Nossas cidades, apesar das dimensões continentais do país, são divididas por cercas invisíveis, onde comunidades carentes são identificadas por um selo legislativo e cultural, que, de costa para cidade real de milhões cidadãos, carimba a maioria da população das cidades brasileiras, os moradores de bairros desassistidos pelo poder público, com o rótulo de uma “ilegalidade²” mecânica e excludente. As desigualdades sócio-espaciais são naturalizadas na cidade, ou seja, dissolve-se o papel do Estado e da sociedade, responsáveis de fato pela conformação segregacionista do tecido urbano. Nesse sentido, vale a lição do sociólogo e Doutor em Arquitetura, o Professor Luiz C. de Queiroz Ribeiro:

[...] o espaço social conformado em nossas metrópoles traduz a histórica ordem social híbrida, na qual valores, práticas e papéis inerentes a um sistema estatutário, hierárquico, pelos quais as pessoas são consideradas naturalmente desiguais em termos de

¹ Segundo Fernandes: “[...] em particular, uma das principais características estruturais do processo de urbanização na América Latina é certamente o fato de que a produção social do espaço urbano tem se dado cada vez mais através de processos informais de acesso ao solo urbano e à moradia nas cidades. De acordo com dados conservadores da CEPAL, pelo menos 40% da população urbana vive informalmente na região. No Brasil, os dados são imprecisos mas sugerem que mais da metade da população das grandes cidades vive informalmente em favelas, loteamentos irregulares e clandestinos e outras formas de ocupação precária.” (2005, p. 1-8).

² Como lembra Vial (2003, p. 16), “[...] Além disso, a questão da terra, historicamente, era e ainda é afrontada sob seus aspectos simbólicos, muito mais do que seu significado moderno.”

poder social e ocupam posições inferiores da escala da honra social, convivem com os valores, práticas e papéis relativos a uma ordem competitiva e individualista, em que o mercado distribui os recursos e o poder e as pessoas são consideradas socialmente pela sua autonomia e capacidade (Ribeiro, p. 34).

O Estado Moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do Feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal, segundo Barroso (2003, p. 31), o direito incorporou o jusnaturalismo racionalista, filosofia fundada na existência de direitos naturais anteriores à existência do próprio Estado. Direitos que podem ser “conhecidos” pela razão humana, cujo objetivo será emancipar o homem.

Na economia, as novas relações que se desenvolvem em torno da propriedade³ ao longo do século XIX, consolidando uma nova forma de detenção dos meios de produção por uma classe em detrimento de outra, são elementos indispensáveis para configuração, teorização e reconhecimento do surgimento do “novo” modo de produção capitalista apontado por Marx.⁴

A partir de concepções diferentes de direito natural e do papel do Estado, Hobbes, Locke e Rousseau formularam uma teoria do Estado com base na idéia de contrato “original”, onde homens livres e iguais “consensualmente” instituíam o governo e a autoridade. Cada um daqueles autores, teorizando um hipotético estado de natureza, a partir de uma visão mais ou menos, pessimista sobre a convivência humana (livre e desregrada no estado de natureza), afirmavam a existência ou não de determinados direitos “individuais” anteriores ao surgimento do “Estado”. Para Locke, os direitos naturais preexistem ao Estado e, portanto, são intocáveis e inalienáveis pelo poder estatal. Nas

³ Segundo Paz (2004, p. 1-2): “Na Civilização Greco-Romana, a propriedade privada, assim como a família e a religião doméstica, faziam parte da ‘Constituição Social’, da organização institucional da sociedade, e não podia ser alterada por deliberação dos governantes.”

⁴ Segundo a filósofa Marilena Chauí: “Essa nova forma de propriedade possui características inéditas e é uma verdadeira revolução econômica, porque realiza a separação integral entre proprietários dos meios de produção e forças produtivas, isto é, entre as condições e os instrumentos do trabalho e o próprio trabalho. Os proprietários privados possuem meios, condições e instrumentos do trabalho, possuem o controle da distribuição e do consumo dos produtos. No outro pólo social, encontram-se os trabalhadores como massa de assalariados inteiramente expropriada dos meios de produção, possuindo apenas a força do trabalho, colocada à disposição dos proprietários dos meios de produção, no mercado de compra e venda da mão-de-obra”. (1995, p. 414)

palavras de Oliveira, (1993, p. 111), “trata-se de uma esfera de liberdade universal, dada ao homem por sua própria natureza”.

Locke afirmava que direito de propriedade, ao lado da liberdade e da igualdade, era um direito natural, portanto anterior ao surgimento do próprio Estado, cuja função primordial é garantir o seu exercício pleno e “absoluto”. O pensamento iluminista influenciou todo o mundo ocidental. O Brasil, filho do expansionismo marítimo português, não poderia ficar imune às influências daquelas idéias, que questionavam todas verdades filosóficas, políticas e econômicas até então existentes. De diferente modos, a convivência entre o liberalismo econômico nas relações com o mercado externo, e o escravismo, no engenho ou na fazenda de café, encontrou aportes científicos no pensamento nacional, que adora modelos e bachelerismos de toda ordem.

A garantia da propriedade exclusiva e absoluta da terra e de escravos, elementos do nosso “modo de produção capitalista”, encontrou legitimidade no idealismo jusnaturalista, que, como demonstra o tratamento dado ao trabalho doméstico⁵, exercido na sua maioria por mulheres, negras, pobres e analfabetas, ainda sobrevive.

O patriarcalismo e o racismo que marcaram e marcam as relações do senhor de escravos e do latifundiário “moderno” brasileiro, com o uso da terra ao longo do desenvolvimento do país, desde sua independência, e, em tempos mais próximos, a influência que o Código de Napoleão e o pandectismo germânico, dominantes no final do século XIX, tiveram para a formação e desenvolvimento da “instituição” propriedade no Brasil, terão que ser analisados, dirigindo-se o olhar, é claro, para a configuração da propriedade imobiliária urbana nas cidades.

Por último, tentaremos identificar algumas pistas que podem ajudar a repensar e reconfigurar o uso da propriedade imobiliária urbana no Brasil. Pistas, que, quem sabe, poderiam apontar para o reconhecimento do direito à moradia, recentemente catalogado, através de uma Emenda Constitucional, como direito fundamental “efetivo”. Um direito, talvez, como diria Kant, que já fizesse parte dos “*a priori*” dos moradores das cidades brasileiras.

2. As idéias iluministas e o direito de propriedade

⁵ A Constituição Federal, ou seja, o Estado brasileiro, faz distinção entre o trabalho doméstico, praticado na sua maioria por mulheres negras, pobres e com baixo nível de escolaridade, e as demais formas de trabalho.

As idéias iluministas, berço do jusnaturalismo, marcam a virada antropocêntrica em todos os campos do conhecimento, a começar pela filosofia⁶, que descobre o sujeito como indivíduo, dotado de razão e senhor da sua própria existência. Nasce o indivíduo isolado, eixo fundante de toda a reflexão da modernidade:

[...] O homem agora se compreende, acima de tudo, como ‘ser de necessidades’, que precisam ser satisfeitas; portanto, sua auto-realização é interpretada, em primeiro lugar, como autoconservação. O homem é uma totalidade de carência, desejos e anseios. Nessa perspectiva, sua felicidade, sua auto-realização, vai consistir na “maximização das satisfações de suas carências”. A racionalidade, no comportamento humano, significará então a eficiência na consecução dos meios necessários à satisfação dos desejos: a “propriedade” vai emergir como categoria antropológica fundamental: já que a felicidade consiste fundamentalmente, na satisfação dos desejos, ter o que é necessário para isso é condição da humanização do homem. Assim, a liberdade é reinterpretada como “liberdade para possuir”. Com isso, muda-se fundamentalmente o próprio conceito de comunidade humana: ele nada mais é que a associação de indivíduos iguais e livres, relacionados entre si enquanto proprietários de si mesmos e das coisas. A vida comunitária efetiva-se, nesse contexto, como troca entre proprietários, e é exatamente a troca que institui a socialização dos indivíduos. Se o homem é proprietário de si, de suas faculdades e de seu corpo, ele pode, então, alienar sua força de trabalho, entrar em relação de troca com outros, sem que isso contradiga a autonomia que o caracteriza como pessoa. É essa concepção de igualdade da pessoa enquanto tal que se vai exprimir nas diferentes teorias modernas do direito natural (OLIVEIRA, 1993, p. 21-22).

⁶ Segundo Oliveira, (1993, p. 85) [...] A passagem do pensamento clássico, grego e medieval, para o pensamento moderno significa a passagem de um horizonte cosmocêntrico-objetual para um horizonte antropocêntrico-subjetual [...]

Enquanto na antiguidade, segundo Coulanges, (2000, p. 64), quem funda a propriedade “privada” é a Religião,⁷ na modernidade o trabalho passa ser o elemento constitutivo da propriedade. A possibilidade de alienação do trabalho e a invenção da moeda, criaram as pressuposições para acumulação de dinheiro e terra, gerando uma burguesia comercial ávida por progresso e riqueza (OLIVEIRA, 1993, p. 123).

Foi exatamente o comércio e suas exigências de rapidez e eficiência, ao lado da necessidade e desejo da burguesia florescente de exercer o poder político (até aquele momento da história nas mãos da nobreza e do clero), que fizeram nascer um novo discurso, que coloca sob suspeita a origem e a legitimidade do poder exercido pelo Rei. As idéias contratualistas pregam a igualdade entre os homens, a partir de diferentes concepções de Direito⁸ (e de Estado), presentes ou não no momento da celebração de um hipotético contrato “originário”, pacto fundador do Estado.

Thomas Hobbes⁹ foi o primeiro autor a propor explicitamente uma teoria do Estado baseada no contrato. Jusnaturalista, tendo em mente um hipotético estado da natureza, onde a disputa pela sobrevivência levaria a uma guerra sem fim de todos contra todos, gerando a famosa situação de *bellum omnium contra omnes*, Hobbes, propõe como solução que os homens, “livres” na “natureza”, voluntariamente, criem uma “instituição”, cujo governo (ou soberano), teria poder absoluto sobre seus governados (ou súditos), podendo, quando necessário, utilizar todos recursos, incluindo a força, para manter a paz, garantir o cumprimento dos contratos e a integridade do Estado, detentor único do poder coercitivo e do poder normativo¹⁰. Para Hobbes, o Estado cria o direito de propriedade, que não podia ser exercido no estado de natureza, ante o “reconhecido” estado de anarquia. Segundo Bobbio (1998, p. 189-190), para Hobbes, a propriedade, entendida como um direito garantido *contra omnes*, nascia exclusivamente depois da instituição do

⁷ “Não foram as leis, mas a religião, aquilo que primeiramente garantiu o direito de propriedade. Cada domínio estava sob a proteção das divindades domésticas que velavam por ele.” (COULANGE, 2000, p.64)

⁸ Hobbes, Locke e Rousseau enxergaram o “contrato original” de forma diferente.

⁹ [...] Embora Hobbes não possa ser considerado como um pensador liberal típico, uma vez que o *Leviatã* fora concebido como uma defesa do poder absoluto do soberano sobre os seus súditos – sempre que fosse necessário, todos os recursos disponíveis, incluindo a força, poderiam ser usados para manutenção da paz e da integridade do Estado, mesmo contra os próprios súditos -, o poder que ele atribui ao indivíduo de instituir a autoridade dos governantes caracteriza a era moderna que sua obra ajudou a inaugurar (SILVA, [s.d] p.3).

¹⁰ Para alguns autores Hobbes foi o primeiro positivista jurídico da história

Estado e mediante a sua proteção: o que significava que a propriedade era um instituto não de “direito natural, mas de direito positivo”.

Locke, invertendo as idéias de Hobbes, será decisivo para a rejeição do absolutismo “que, coloca o soberano (ou Estado) acima da lei, e, logo, fora da sociedade civil (ou do pacto)”. (BEAUD, 1987, p. 49). Hobbes, segundo Bobbio, (1998, p.186), bloqueia o processo histórico¹¹, enxergando apenas miséria no estado de natureza. Locke, ao contrário, faz do estado da natureza uma mistura de bem e de mal. A função do contrato, pacto ideal que funda o Estado, defendido pelo filósofo inglês, era conservar o bem e eliminar o mal. O bem eram os direitos naturais, já existentes no estado de natureza: liberdade, igualdade e propriedade. O mal, a falta de um juiz imparcial, que regulasse e garantisse o exercício pleno daqueles direitos.

Segundo Bobbio, (1998, p. 188), um dos maiores esforços de Locke, em sua teoria do governo, é o de demonstrar que a propriedade é um direito natural “no sentido específico de que ele nasce e se aperfeiçoa no estado de natureza, ou seja, antes que o Estado seja instituído e de forma independente”. Para Locke, segundo Oliveira, (1993, p. 22), a efetivação desse direito fundamental acontece à medida que o indivíduo trabalha¹² e, assim, impondo-se a natureza, faz-se senhor dos bens necessários à autoconservação. Segundo Vial¹³ (2003, p. 48), Locke, na sua consideração sobre a sociabilidade, coloca no centro da discussão, a questão da realização da liberdade da pessoa humana, que, para ele, será assegurada pela propriedade. O Estado “de direito,” portanto, emerge como guardião dos direitos naturais do homem, entre os quais, o direito de propriedade, exercitável contra tudo e contra todos. A legitimidade do poder estatal e o Direito “natural” superior, ideal e perfeito, como medida do justo, não se explicará mais pela sua origem divina. Segundo Nolleto, enquanto verdade revelada, o Direito não poderia ser propriamente um objeto de

¹¹ [...] Para Hobbes não há outra condição possível para o homem além do estado da natureza e do estado civil: ou a guerra, ou a paz. Toda a história humana é uma alternância de obediência e liberdade sem freios, de licença e autoridade: Beemoth contra Leviatã (BOBBIO, 1998, p. 185).

¹² “Este é um dos pontos inovadores da teoria de Locke, que fundamenta a propriedade não mais na questão da satisfação das necessidades, mas sim no trabalho -, como um primeiro estágio -, o que permite observar que a propriedade não era somente uma categoria econômica, mas muito mais; era um dos fundamentos da política, evento comum na sociedade pré-moderna que ainda não conhecia a diferenciação funcional (VIAL, 2003, p. 87).

¹³[...] Para Locke, não é a terra que constitui a referência necessária para a identidade da pessoa, mas é a propriedade da terra. Em outras palavras, o homem é pessoa só enquanto proprietário. Abre-se assim, sobre a base desta naturalização de um artifício, um percurso de pensamento e não só de pensamento, mas de tragédia e luta que, através de Kant, levará até a perversão do pensamento contemporâneo do que chamamos liberalismo. (Ibid, 2003, p. 48).

conhecimento pois dependia de uma adesão irrefletida por intermédio da fé. O que era produto da fé, na “Modernidade” passa então a ser produto da razão humana, cuja idéia de sujeito de direito “funda o indivíduo¹⁴”.

Esse antropocentrismo iluminista jusnaturalista fundado na idéia do Contrato, que alcançou seu ápice com Kant,¹⁵ na sua fase racional positivista funcionou como arma de combate contra o antigo regime, ajudando a desmoralizar as doutrinas que defendiam o poder monárquico absoluto. Contudo, como lembra Nolletto, (1998, p. 43), enquanto ideologia, o jusnaturalismo racional possibilita a passagem para uma nova configuração de sociedade fundada nos princípios liberais de igualdade e liberdade universais, ocultando, de fato, os motivos e as conseqüências dessa transformação. Nesse mesmo sentido, lembra Mialle¹⁶, (1994, p. 273), o direito racional, que se apresenta como eterno e universal, não faz então mais do que esconder (ocultar) a função própria e real que desempenha: permitir a passagem a um outro tipo de economia e de relações políticas e sociais, sem dizer evidentemente a favor de quem se realiza esta passagem.

Mialle denuncia o abstracionismo das “promessas” do “novo” regime, que reconhecendo o homem como sujeito de direitos (e não somente de deveres para com o Rei ou o Estado), com poderes, portanto, para adquirir, vender ou vender-se, encobre a dominação econômica e política, que irá se exacerbar nos séculos seguintes com o desenvolvimento do capitalismo industrial.

A tentativa de apontar todas as influências, para o bem ou para o mal, que o pensamento Iluminista teve para o desenvolvimento de uma “ciência” sobre a

¹⁴ [...] A afirmação de que o conhecimento do Direito é possível através da Razão que lhe informa os princípios e regras, abre as portas para a perspectiva individualista no campo jurídico e desencadeia toda a série de repercussões teóricas e práticas da modernidade jurídica. (NOLLETO, 1998, 42)

¹⁵ [...] Impulsionada pelo Iluminismo europeu, que atingiu seu ápice no pensamento de Kant, a modernidade clássica se propunha racional, secular, democrática e universalista. A Razão era atributo da natureza humana. Ela emanciparia o Homem da subjugação política e social a que ele se auto-submetia pelo desconhecimento da Verdade. As sociedades, na medida em que rejeitassem seu substrato religioso, derrubariam o absolutismo despótico e alcançariam, com o Direito, o progresso e a liberdade. O Homem era, pois sujeito da História (ALVES, p. 5)

¹⁶ Mialle afirma: [...] O direito racional da Revolução Francesa é o direito do homem egoísta, da sociedade burguesa fechada sobre os seus interesses. Esquecendo os homens concretos, ele limita-se a proclamar princípios que não têm, exceto para a burguesia, qualquer espécie de realidade (Ibid., p.273).

propriedade no Brasil, a partir de sua independência, ainda que possível, demandaria um grande esforço investigativo, além, a depender do método, de revelar-se epistemologicamente impossível. No campo do Direito, no entanto, cujas marcas dos conceitos datados, ficam impressas nas leis, a fotografia pode ser reveladora, ainda que muitas das legislações aprovadas na época, como hoje, não tenham saído do papel.

3. O Estado brasileiro e a propriedade privada liberal

O tratamento dado à propriedade fundiária no Brasil, ou melhor as relações sociais e econômicas que têm sido estabelecidas em torno dela ao longo da história do país, ainda que se apele para uma análise marxista ortodoxa, não pode ser reduzida a uma explicação meramente econômica, na qual a adoção do modo de produção capitalista “moderno”, que na prática só ocorreu para alguns com a urbanização, no início do século XIX, seria responsabilizado pela origem de todas as mazelas que cercam a sua apropriação. Isso fica evidente, por exemplo, com a promulgação após independência, da nossa primeira lei de terras, em 1850, que, extinguindo o regime das sesmarias, monetariza o uso da propriedade, impedindo que negros e pobres a ela tivessem acesso. Negros que serão substituídos no trabalho por colonos europeu, cuja imigração para o Brasil foi regulamentada pela mesma lei.

A promulgação da *Lei de Terras* marca um corte fundamental na forma de apropriação da terra no Brasil, com grandes conseqüências para o desenvolvimento das cidades. A partir de sua promulgação, a única forma legal de posse da terra passou a ser a compra devidamente registrada. Foram duas as implicações imediatas dessa mudança: a absolutização da propriedade, ou seja, o reconhecimento de que o direito de acesso se desvincula da condição de efetiva ocupação, e sua monetarização, o que significa que a terra passou a adquirir plenamente o estatuto de mercadoria. Com a promulgação da Lei de Terras, quem se apossassem de terras devolutas ou alheias estaria sujeito ao despejo sem pagamento das benfeitorias, pena de dois a seis meses de prisão e multa de cem mil réis. De acordo com o procedimento estabelecido na nova lei, as sesmarias comprovadas com o título ou a ocupação (posses), comprovadas com a efetiva utilização, teriam um prazo para serem registradas e legitimadas. A nova lei regulamentou

também a importação de colonos europeus livres para trabalhar no Brasil. (ROLNIK, 1999, p. 23)

Com relação ao uso da terra, mesmo desconsiderando o período monarquista, iniciado, como visto, com a proclamação da Independência, e pela promulgação, da primeira Lei de Terras da pátria¹⁷, com evidentes objetivos segregacionistas, e avançando para o período republicano, as relações fundiárias parecem sempre estarem em descompasso com os “avanços” econômicos e o discurso político-jurídico.

Isso ficou evidente, por exemplo, na promulgação do nosso Código Civil de 1916, que, “de costas” para novo século que se iniciava, com suas guerras e revoluções, inspirado no modelo do Código napoleônico e no pandectismo alemão, consagrou um modelo de propriedade, que, assim como o próprio Estado liberal clássico, já estava em xeque nos países centrais do ocidente¹⁸. É que nos lembram, Meirelles, ao comentar o conceito de propriedade consagrado no velho Código Civil, senão vejamos:

A noção de contrato, tal como estruturada no Código Civil Brasileiro, nada mais é que projeção dos modos de adquirir, fruir e utilizar a propriedade - e preferencialmente, a imobiliária. Tal projeção do conceito de propriedade privada à liberdade quase absoluta de contratar é resultante do profundo individualismo que marcou os estatutos civis do século XIX, além de valer-se, igualmente, de outras

¹⁷MARTINS, José de Souza, (apud, ROLNIK, 1999, p. 24), aponta a conexão entre o novo regime de terra e o projeto de importação de colonos europeus livre: a terra no Brasil é livre quando o trabalho é escravo; no momento em que se implanta o trabalho livre, ela passa a ser cativa. “Ao longo do século XIX, a terra, gradualmente, substituiu o escravo na composição da riqueza. Se, até então, ‘o principal capital do fazendeiro estava investido na pessoa do escravo, imobilizado como renda capitalizada’, durante a transição para o trabalho livre o papel de lastro passou para a terra. A Lei de Terras foi o resultado desse processo, na medida em que, concedendo um estatuto jurídico, a terra poderia ser hipotecada, servindo de garantia para a contratação de empréstimo bancários, em um momento em que estes se ampliavam como estratégia para a expansão dos cultivos. A partir daí, a propriedade imobiliária apresentou tendência à valorização, ‘no sentido que representa parcela cada vez maior dos ativos, com o declínio dos escravos’”

¹⁸Discorrendo sobre a forma pendular como se deu a relação entre centro e periferia, Cerqueira Filho e Neder, ([s.l.d.] p. 273), lembram que o enquanto o Código Civil Brasileiro (1916) só veio a substituir as Ordenações Filipinas 94 anos após a emancipação política (1822) e 27 anos após a proclamação da república (1889), o Código Criminal do Império, aprovado de 1830, teve forte influência da idéias do iluminismo penal inspiradas em Beccaria e Bentham.

premissas de ordem político-econômica dominantes nos séculos XVII e XVIII, tais como a ausência de qualquer intervenção do Estado em assuntos de cunho privatístico e a concepção primitiva de que o indivíduo é o principal agente da economia.(MEIRELLES,1998, p. 99-100)

A promulgação do novo Código Civil não indica novos rumos. Ao contrário, com um programa normativo inspirado no Código Civil de 1916, o novo “velho” Código Civil¹⁹, assim como o “inovador” Estatuto da Cidade, ainda utilizam institutos do vetusto Direito Romano para fins de regulamentação da transmissão da propriedade. Na época em que o Mercado Global pode quebrar países inteiros, transferindo a “posse” de milhões de dólares em um décimo de segundo, vemos centenas de normas sobre como devemos ter e exercitar o “nosso” “direito de propriedade imobiliária” serem anunciadas, discutidas e promulgadas, para logo em seguida gritarem pelo seu aprimoramento. Numa seqüência quase surreal, anos e anos são consumidos nessa tarefa, levando alguns críticos a chamarem esse processo, que, diga-se, repete-se, em todos as esferas da vida social, de *diarréia legislativa*.

4. Uma breve história da propriedade imóvel no brasil

A história da propriedade imóvel no Brasil e da legislação que a tem regulado começa com o processo de colonização do País. Depois da chegada de Cabral, Portugal, temendo perder o domínio sob a Colônia, implementa o sistema das capitanias hereditárias. Divide o Brasil em 15 lotes que foram doados aos famosos donatários. Estes, com base na legislação portuguesa da época, as chamadas *Ordenações do Reino*, que vigoravam igualmente nas Colônias, detinham poderes para conceder terras em regime de sesmaria.

Segundo Rolnik, isso se dá a partir de 1530, quando em carta para o capitão-mor das terras de sesmaria passada por João III a Martim Afonso de Souza,

¹⁹ A propósito, o Professor Edvaldo Brito, prefaciando o relançamento de “Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro”, escrito em 1958, pelo Professor Orlando Gomes, e discorrendo sobre a atualidade das muitas críticas do Mestre baiano ao desbragado liberalismo do Código Civil de 1916, adverte: “Essa reedição, por todo o exposto, fará compreender melhor por que o texto de 2002 não é um novo código, mas sim uma atualização da legislação civil, salvo pela adoção do paradigma anacrônico em que foi concebido , porque com ele não se consolidam as alterações introduzidas por leis esparsas, nem se inovam pontos que Orlando Gomes, no seu anteprojeto, se propunha ver modificados na perspectiva do seu pensamento exposto nos dois ensaios ora trazidos a lume.” (BRITO, 2003, p. XXI)

introduz-se o sistema sesmarial no Brasil, com alguma especificidade em relação à Metrópole. A "*carta de doação*" permitia ao capitão-mor conceder terras e criar vilas. A concessão se fazia gratuitamente, sob a exigência de ocupação com cultivo e desbravamento da terra e obrigatoriedade de pagamento de rendas e tributos que eram divididos entre os donatários e a Coroa.

O regime de sesmaria permitiu que a ocupação da terra se desse de forma desordenada e aleatória, além de possibilitar o surgimento de imensos latifúndios. Com a "independência", em 1822, foi extinto definitivamente o regime de sesmaria que, segundo inúmeros autores, na prática já não vigorava desde a edição da Resolução Imperial de 17 de julho de 1822. De 1822 até 1850, ano da promulgação da primeira lei de terras do Brasil, prevaleceu o instituto da posse, ou seja, a simples ocupação da terra podia garantir direitos para o seu ocupante.

Com a edição da chamada **Lei de Terras e Migração** - Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 - que proibiu terminantemente a posse, tolerando apenas as existentes até sua promulgação, a única forma legal de se adquirir terras no Brasil passou a ser a compra devidamente registrada.³ A abolição da escravatura e a expansão do plantio e comercialização do café, ao longo do século XIX, transforma a terra em principal capital do fazendeiro, substituindo o escravo, cuja pessoa representava, até a abolição, uma reserva de capital ou "ativo" imobilizado.

Esse processo é o principal responsável pela manutenção da concentração da terra no meio rural. Por sua vez, a separação entre a propriedade, enquanto patrimônio comercializável, e a efetiva ocupação "ocasionou uma transformação radical também na forma da cidade, na medida em que aparecem a figura do loteamento ou arruamento, o desenho das ruas e lotes prévios ao próprio ato de construir"⁴. Ou seja, para obter um maior valor por seu imóvel o proprietário era obrigado a medir e a demarcar o seu lote.

A terra legalizada, que passou a ser comercializada e hipotecada como garantia de empréstimos bancários, tornou-se um investimento seguro. Nas cidades, a valorização dos terrenos urbanos influenciaram diretamente as primeiras legislações urbanas que desde esse momento contribuem no sentido de separar a cidade rica, ocupada por fazendeiros, comerciantes, autoridade e prósperos profissionais liberais, da cidade

pobre, ocupada por negros forros e trabalhadores em geral. No campo, Martins descreve que “ao contrário do que se deu, por exemplo, nas zonas pioneiras americanas, a Lei de Terras instituiu no Brasil o cativo da terra – aqui as terras não eram e não são livres, mas cativas (1984:72)”.

Dessa maneira, extinguiu-se a viabilidade da posse liberada no interregno de 1822 e 1850. 3 Para **Rolnik Raquel** (1999) – *In a Cidade e a lei: legislação, política urbana e território na cidade de São Paulo – Stúdio Nobel: Fapesp* - duas foram as conseqüências imediatas dessa mudança: "a absolutização da propriedade, ou seja o reconhecimento do direito de acesso se desvincula da condição de efetiva ocupação, e sua monetarização, o que significa passou a adquirir plenamente o estatuto de mercadoria" 4 Rolnik, ob. cit. p. 25. 3

5. O acesso à propriedade urbana nas cidades brasileiras

O acesso à propriedade imobiliária nas cidades brasileiras, sobretudo nos últimos cinquenta anos, leva a marca de nossa profunda desigualdade social e étnica. Para os brancos e ricos, a “cidade” sempre reservou os melhores espaços, com os melhores serviços e equipamentos públicos. Os negros e negras pobres, outrora escravos, outrora bóias-fria, não seria exagero afirmar, foram transferidos das senzalas e dos latifúndios para periferias das médias e grandes cidades brasileiras, novos guetos urbanos²⁰.

Edward TELLES, conta, que os norte-americanos freqüentemente acham que existe segregação racial nas cidades brasileiras, fazendo uma transposição da imagem dos guetos urbanos nos Estados Unidos para o Brasil. O Autor segue comentando, que essa visão é negada por muitos sociólogos brasileiros, que não enxergam segregação racial, mas apenas por classe social²¹, “e que as diferença raciais no campo

²⁰ Sampaio de Castro, traz a tona um fenômeno pouco estudado na história do Brasil, os quilombos urbanos. Segundo ele “Nas metrópoles emergentes no final do século 19, como São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador, já era quase impossível diferenciar quem era escravo, ex-escravo ou fugitivo. A portuária Santos, por exemplo, contava com cerca de 10 mil negros fugitivos que conviviam com uma população oficial de 13 mil pessoas. A presença de tanto fujões nas cidades produziu o fenômeno menos conhecido da história da escravidão no Brasil: os quilombos urbanos.” (2005, p. 37-41)

²¹ Segundo o autor, um sociólogo brasileiro afirmou: “Apenas a capacidade de pagar pela moradia num mercado imobiliário altamente estratificado determinaria onde uma pessoa poderia viver. A não ser por isso, brasileiros de diferentes cores se distribuem aleatoriamente pelos bairros urbanos. Se os habitantes dos bairros pobres são predominantemente negros e dos bairros de classe média predominantemente brancos é porque os negros são também predominantes nas classes mais baixas, enquanto que a classe média é composta

habitacional existiam apenas na medida em que eram coincidentes com a diferença de classes” (2003, p. 161-2)

O processo de colonização brasileiro teve duas âncoras básicas: o racismo e o escravismo. O racismo foi utilizado como instrumento ideológico e legitimador de uma cultura que tinha no branco europeu o seu modelo ideal, devendo a sociedade brasileira se purificar o mais rápido possível, embranquecendo. O Escravismo foi a segunda âncora do modo de produção, que conjugado ao racismo, explorou o trabalho dos afro-brasileiros por mais de quatrocentos anos e, ao final deste processo os tornou, com a Abolição, os tornou “livres” e “excluídos do modo produção”.

O crescimento das cidades brasileiras, a partir da década de setenta, no século passado, fez-se com base no modelo excludente utilizado por nossas elites econômicas e políticas desde o nosso “descobrimento”. Os espaços nobres das cidades serviam para as elites não apenas como moradias, mas também como moeda especulativa, sobretudo nos anos de inflação alta, quando os imóveis urbanos passaram a ser um dos poucos investimentos que mantinham atualizado o valor do recurso investido.

O Estado brasileiro, a partir do momento que a terra urbana valoriza-se astronomicamente (valorização devida, em grande parte a investimentos do poder público), assim como fez e vem fazendo no campo, utilizando-se de um discurso “ordenador” e “sanitário”, aprova legislações (leis, normas, decretos, resoluções) que, literalmente, “empurram” todos os pobres e negros para as periferias. Rolnik, descrevendo o crescimento da cidade de São Paulo e mostrando a intrínseca relação entre escravidão, imigração e ocupação do espaço urbano, ao longo do desenvolvimento econômico do País, aponta o papel das normas na produção do espaço urbano:

O governo do estado assumiu uma política de imigração com a finalidade de baratear o custo de produção e uma política de controle e repressão social visando disciplinar a massa trabalhadora. Para isso organizou e redefiniu as funções de uma política de segurança

principalmente de brancos. Além disso, esse sociólogo afirmou que, ao contrário dos Estados Unidos, não existem leis no Brasil determinando lugares específicos para os negros; aparentemente ele acreditava que a segregação racial nos Estados Unidos continuava a ser sancionada por lei. Por fim, ele explicou que as concepções brasileiras sobre raça são contínuas e não categóricas, como aquelas de tradição norte-européia, impedindo a ocorrência de segregação racial. Era esse, na época, o pensamento típico sobre a distribuição residencial por raça no Brasil, o que por sua vez se alinhava com a crença na democracia racial.” (loc.cit.)

pública e estabeleceu uma política sanitária.(...) A legislação sanitária européia no século XIX, em relação tanto à extensão do problema quanto aos tipos de moradia, as teorias médicas que inspiraram os instrumentos legais franceses rapidamente influenciaram gerações de higienistas, principalmente aqueles formados pela Escola de Medicina do Rio de Janeiro. Diante do alastramento das epidemias, a medicina elaborou a teoria do contágio, desenvolvendo a idéia de que a propagação das doença se dava em função da presença de um meio inadequado. (...) Rapidamente, porém, a observação médica e a teoria do contágio deslocaram-se do meio físico para o meio social, e do espaço público para o espaço privado, responsabilizando pela propagação de epidemias os hábitos e o modo de vida dos *miseráveis urbanos*.(...) Doença, imoralidade e pobreza se enredaram numa maldita de tal modo que as condições de moradias precária eram imediatamente associadas à imoralidade e à doença, demarcando um território rejeitado na cultura urbanística da cidade. Essa visão permanece na legislação urbana até hoje (Ibid. p. 39- 41 grifo nosso)

As normas que estabelecem os princípios, diretrizes e regras para o estabelecimento de políticas habitacionais e as inúmeras regulações do uso do espaço urbano, como por exemplo, as autorizações para a edificação de novos loteamentos, são incrivelmente complexas e burocráticas. Quase sempre, são burladas por empresários e indivíduos de classe média, que com um “impagável” jeitinho constróem arranha-céus, shoppings centers, e condomínios de luxo, provocando em muitos casos caos e destruição ambiental.

A mesma “sorte” não têm os cidadãos e cidadãs mais pobres, que apesar da luta de aguerridos movimentos, como os “sem-teto”, nem sempre conseguem se apropriar da terra onde, com muito trabalho - como reconhecia Locke - construíram suas moradias.

Numa tentativa de contornar o problema, o Estado brasileiro nas últimas décadas, sob pressão de certos setores da sociedade, tem buscado “flexibilizar” as

leis brasileiras que disciplinam o uso da terra, ou o “direito de propriedade”, criando, no entanto, um cipoal de normas jurídicas que, em tese, deveria facilitar o acesso à moradia pelos mais pobres, mas que na prática, em vez de “gerarem” propriedade para todos - propriedade legal e absoluta - o fazem apenas para alguns. Essas mesmas normas se repetem aos montes na três esferas de governo. Mesmo a propriedade “usucapida” precisa passar pelo “aval” do Estado-registrador e de seus programas habitacionais.

O ônus que o Estado impõe à propriedade “periférica” nas cidades torna-o um novo “Senhor privado”. E não se diga que é porque o Estado investe recursos nas comunidades carentes, o que o obriga a exigir que todas obrigações legais (que ele mesmo criou) sejam cumpridas. Cidade não é semente ao vento, surgida do nada. Cidades - e as brasileiras não fogem a regra - são criadas nas pranchetas desde os primórdios da humanidade. É o que nos lembra, em bela e curiosa passagem, o antropólogo Lévi-Strauss, descrevendo sua visita a algumas das principais cidades do Brasil e ao Centro-Oeste da Brasília “planejada”, entre o anos 1930 e 1940:

Nessas cidades de síntese do Brasil meridional, a vontade secreta e obstinada que surgia na implantação das casas, na especialização das artérias, no estilo nascente dos bairros, parecia mais significativa na medida em que contrariava, prolongando-o, o capricho que dera origem ao empreendimento. Londrina, Nova Dantzig, Rolândia e Arapongas - nascidas da decisão de um time de engenheiros e capitalistas - entravam de mansinho na concreta diversidade de uma ordem verdadeira, como Curitiba fizera um século antes, como Goiânia o faz talvez hoje. Curitiba, capital do estado do Paraná, surgiu no mapa no dia em que o governo decidiu fazer uma cidade: a terra comprada de um fazendeiro foi vendida em lotes suficientemente baratos para criar um afluxo de população. O mesmo sistema foi aplicado mais tarde para se dotar o estado de Minas Gerais de sua capital, Belo Horizonte. Com Goiânia, arriscou-se mais, já que de início o objetivo fora fabricar, a partir do nada, a capital federal do Brasil (1996, p. 116).

O planejamento, instrumento de qualquer Governo, sempre foi utilizado para criar cidades inteiras - e não apenas bairros - que já nascem com seus espaços delimitados, ou pela ação do Governo que cria as cidades com áreas nobres e áreas populares, ou por sua omissão em criar estas últimas, o que deixa aqueles que não habitam as áreas “legais” em situação “marginal”.

Apesar do Estado e da sociedade, em todos os casos, serem os verdadeiros responsáveis pela “geração” da propriedade “privada” na cidade, com seus investimentos em infra-estrutura e prestação de serviços de todo os tipos, a relação que se estabelece em torno dela, parte sempre da idéia de interesse particular e uso econômico mais rentável.

A propriedade urbana continua a ser vista apenas e tão somente pelo seu aspecto econômico e privatístico, ou seja, a terra na cidade sempre tem um dono, muito, muito “mandão”. Tanto que grande parte das políticas públicas de regularização fundiária têm como “primeira regra”, para os eventuais beneficiários, a proibição de não vender a propriedade²².

Todas as mudanças que a semântica de propriedade tem sofrido (por exemplo, a propriedade abstrata, “intelectual” ou “virtual”, pode ter um valor econômico muito maior que a “antiga” propriedade imobiliária), não foram suficientes para mudar a hermenêutica da propriedade no Brasil. Ao contrário, utilizando-se de uma leitura privatística, o Estado e “o particular”, exercitam com mão de ferro seus “poderes de dono”.

A forma como o Estado encara e regula a propriedade urbana no Brasil, parece presa entre as duas concepções gestadas no início do Estado Moderno. A propriedade é lockeana, ou seja, o Estado se limita apenas a reconhecê-la e protegê-la, quando os interessados são ricos e poderosos. Quando os envolvidos são de extratos sociais de baixa renda, o Estado, tal como defendia Hobbes, arvora-se como “criador” e “concedente” do direito à propriedade. Ou seja, mesmo reconhecendo o “direito de propriedade”, o Estado, assim como um proprietário privado, não abre mão do seu “domínio” sobre o imóvel urbano. Nesse sentido, chama atenção a observação do Professor Comparato:

Há um paradoxo histórico com o direito de propriedade privada. Embora tendo sido declarada, no início do constitucionalismo moderno, direito fundamental da pessoa humana e garantia inviolável e sagrada da liberdade individual, sem a qual não há constituição, a propriedade passou ser analisada e discutida na teoria jurídica, a partir do movimento de codificação

²² Essa mesma regra não se encontra nas políticas pública desenvolvidas para classe média, que mesmo quando é obrigada a comunicar a transação, burla a regra através de subterfúgios, que são posteriormente reconhecidos pelo Judiciário, como é o caso dos célebres “contratos de gaveta”.

civil do século passado, exclusivamente como um instituto de direito privado, estranho, portanto, à organização política do Estado. (s.n.t. p. 1)

O Estado, pois, age como um particular, utilizando-se de um discurso do interesse público e da legalidade, mantém, com suas normas e regulações, afastados do centro e da cidade (e da cidadania) a população pobre e sub-empregada, que, para lembrar Marx, constitui-se em verdadeiro exército de reserva, mão de obra barata para a classe média. Não seria demais afirmar, no atual quadro das relações sociais desenvolvidas no espaço das cidades que o “Estado” substituiu o “trabalho” na invenção da propriedade. Essa constatação talvez responda as inquietações de Vial 14: “No Brasil, onde existe uma excedência de terra, por que não se pode distribuir a terra para aqueles que nela trabalham ? Por que, em um período histórico com um tipo de economia na qual a propriedade da terra, isoladamente, nada significa, milhões de pessoas lutam pela propriedade da terra ?” (Ibid., p. 13-14)

6. E se a propriedade não existe ? A posse e o direito à moradia: entre o céu e o inferno

Hugo Grotius, argumentando contra a origem divina dos direitos naturais, formulou a sua clássica pergunta. E se Deus não existisse ? A racionalidade produziu na história vários tipos de “direitos” e até de “não-direitos”, como foi a escravidão, com o “selo” da legitimidade estatal. O sonho de algumas gerações foi acabar com a propriedade privada, símbolo do capitalismo. Na atualidade, o sonho parece impossível. Contudo, mesmo no marco do capitalismo, considerando-se as peculiaridades da propriedade imobiliária na cidade, a pergunta é tentadora: E se o direito de propriedade não existe (ou, ao menos, esse que conhecemos) ? Certamente, restaria o reconhecimento da relação fática sobre o bem imóvel, ou seja, a posse, que diga-se, predomina nas periferias das cidades brasileira, mas não apenas nela, já que inúmeros ocupações (ou seriam invasões) de classe média fazem parte também da paisagem de grande parte das nossas metrópoles.

Os juristas e teóricos do Direito, no último século, escreveram bibliotecas inteiras sobre a natureza jurídica da posse. A posse é manifestação da propriedade ? A posse é um fato ? A posse é um direito real ? As teorias subjetivas e objetivas fizeram a fama de Jhering e Savigny, gerando debates e dúvidas, exploradas

incessantemente pela dogmática positivista. Essas “dúvidas” serviram de pano de fundo para que Juízes e Tribunais negassem a centenas de milhares de famílias uma condição mínima de sobrevivência.

Alimentar a polêmica, discutindo o não reconhecimento da posse como Direito, no atual quadro das relações sociais em torno (ou que circundam) da propriedade urbana, seria contribuir com a mesma interpretação tacanha, criticada. Como lembra Fachin, (Ibid., p. 13), “enjaular o fenômeno possessório dessa forma corresponde a uma visão superada pela realidade, mas ainda não reconhecida”.

Por incrível que pareça, talvez com menos intensidade, esse triste capítulo da “história” do direito parece que não se encerrou, já que o nosso novo “velho” Código Civil deixou de fora do elenco dos Direito Reais a posse e regulou o direito de propriedade nos mesmos moldes do Código de Napoleão. A propósito, comentando o art. 1.231 e 1.232, do novo Código Civil brasileiro, Vial, afirma que:

Estes artigos, se comparados àqueles que regulavam o direito de propriedade no Código Civil precedente, já comentado no presente estudo revelam que o atual Código Civil inova muito pouco. O art. 1.231, por exemplo, substitui o art. 527 do antigo Código Civil, que dispunha: “Art. 527 – O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.”. É evidente a mínima alteração existente entre um artigo e outro. Assim também procede em relação ao art. 1.232 do presente código e o art. 528 do código anterior: “Art. 528 – Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por motivo jurídico, especial, houverem de caber a outrem (Ibid., p. 218)

A posse urbana, ou o direito “de” moradia - a gleba urbana quase sempre é utilizada para construção de uma residência - têm a mesma “circularidade” que o direito de propriedade. No entanto, como um direito pertencente a um cidadão de “segunda classe” (quase sempre um negro e sua família, e, a cada dia, com frequência que chega a quase um terço das famílias brasileiras, “moradias” chefiadas por mulheres negras (colocar um nota), quase sempre domésticas, quase sempre pobres, quando não indigentes), é “desvalorizado” na origem. O bem recebe uma sobretaxa negativa. A posse vale menos do que a propriedade. Apesar de reconhecida, não goza do inestimável princípio da “certeza jurídica”.

Esse fenômeno, pode ser comparado com “as ocupações” irregulares da classe média, que em vez de “favelas”, em Brasília, por exemplo, ganharam o pomposo nome de “condomínios irregulares” (e não ilegais). Apesar de serem tão “ilegais” quanto a mais paupérrimas das favelas, os imóveis - ou melhor a posse destes - localizados nos “condomínios irregulares” chegam ter preços semelhantes àqueles praticados pelo mercado imobiliário “legal” ou “autorizado” pelo “tio” Estado. De qualquer sorte, em ambos os casos, a posse às vezes parece estar num “limbo jurídico”, uma espécie de purgatório, onde a alma penada dos fatos sociais parece até agora não ter recebido orações suficientes, daqueles que como Habermas acreditam que é possível construir uma nova “esfera pública”.

É interessante que quando se trata de outros direitos fundamentais, individuais, como o acesso à Saúde, por exemplo, ou difusos, como a proteção de recursos hídricos, que são elevados à “velha” categoria de “bens de interesse público”, a sociedade e o próprio Estado, ao menos formalmente, têm reconhecido prontamente que seu uso deve respeitar os superiores interesses da coletividade ou comunidade, legando aos cidadãos, inclusive, mecanismos de controle e participação sobre o uso e acesso aos mencionados bens, como é o caso dos Conselhos de Saúde e dos Comitês de Bacias.

Apesar da imensidão do nosso território e do nosso decrescente crescimento demográfico, concentrado quase todo nas cidades²³, não conseguimos avançar no reconhecimento de um direito gestado pela modernidade iluminista há duzentos anos atrás. É verdade que, nestas últimas três décadas, considerando os “estragos” que a ditadura fez, matando e expulsando toda uma geração de brasileiros, muito se avançou. De lá para cá, mesmo considerando, o interesse do capital e a opressão do patriarcado branco como elementos do processo que ainda se mantém fortemente, é impossível não reconhecer os avanços que o movimento feminista, o movimento negro e outros incontáveis movimentos sociais conseguiram no Brasil.

Em que pese todos os avanços no plano normativo, o problema da moradia no Brasil é dramático, apesar do nosso decantado planejamento e das nossas milhares de leis e políticas “principiologias”, como é o caso do reconhecimento da Função

²³ Citando estudos do IBGE, Lobo que “[...] o número de brasileiros deverá continuar aumentando até atingir 264 milhões, em 2062. Em 2100, esse número já terá caído para 245 milhões e continuará em queda a um taxa negativa de 0,35% ao ano.” (2004, p. 10-13)

Social da Cidade na Constituição Federal, da aprovação do Estatuto da Cidade e do reconhecimento, através de Emenda Constitucional, do direito à moradia como direito fundamental. Talvez, fosse bom prestar atenção ao alerta de Bobbio, quando mencionava que "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não-filosófico, mas político" (BOBBIO, 1992, p. 25)²⁴ |

A dificuldade que o Estado e a sociedade brasileira têm, apesar de nossas fartas e maravilhosas leis, de reconhecerem uma necessidade quase fisiológica do ser humano de habitar a terra (um pedaço) na cidade, permanece intocável e intransponível.

7. O direito de morar como um novo “direito natural”: Propriedade para ninguém ou propriedade para todos: por uma nova configuração do direito de propriedade no Brasil

A propriedade rural capitalista sempre teve duas funções econômicas de destaque: servir como moeda especulativa e produzir alimentos. Mas, além dessas funções, inerentes à propriedade rural, a pequena propriedade familiar, sobretudo, mas também a grande, serviram e servem como local de moradia.

A propriedade urbana, por sua vez, também serve como instrumento de acumulação, mas diferencia-se da rural exatamente pelo papel de destaque que o “direito de morar” tem. Enquanto no campo o uso da terra para moradia é quase uma necessidade para sua manutenção e exploração, não se revestindo, a priori, de um papel econômico de destaque, na cidade é exatamente o contrário. A mercadoria a ser vendida é exatamente o “direito natural” de morar, mais do que o de possuir.

A propriedade imobiliária urbana só existe quando se funda a cidade com seus serviços e valores. A terra em si, quando distante dos centros urbanos, nada vale no lucrativo mercado imobiliário “urbano”, gerado pela expansão das cidades. Como lembra Cinecorta e Smolka, em magnífico relato sobre a experiência de regularização

²⁴ “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles seja continuamente violados” (BOBBIO, loc. cit)

fundiária na Cidade do México, a expansão que quase sempre se dá às custas do poder público e de toda a sociedade, que leva serviços e “habitabilidade”:

“A crônica insuficiência na oferta de terra servida é normalmente atribuída, em primeiro lugar, à "produção" insuficiente dessas terras pelo governo, seja de maneira direta ou indireta, neste caso através dos papéis de "facilitadores" adotados pelas autoridades em concerto com o setor privado. Em segundo lugar, a oferta de terra servida é também determinada diretamente por sua retenção (vazios) e, em terceiro lugar, indiretamente através das normas e regulações urbanas, gerando o uso ineficiente do estoque disponível de terras servidas. As explicações convencionais atribuem esses três componentes à falta de recursos públicos (e.g. uma base de tributação insuficiente), às práticas especulativas dos proprietários e loteadores e à regulação exagerada ou equivocada do uso do solo. Como se verá mais adiante, há um alto grau de correlação entre esses três fatores. A deficiência de serviços supervaloriza a terra seletivamente servida, abrindo o caminho para a especulação crescente. Ao mesmo tempo, as normas e regulações urbanas são em geral utilizadas nas cidades latino-americanas para reservar áreas bem-servidas para "maiores e melhores" usos do solo, o que é traduzido na prática como a proteção para os ricos das externalidades advindas das ‘ocupações indesejáveis do solo’ em áreas pelas quais os pobres urbanos poderiam pagar.” (CINECORTA ;SMOLKA, 2004, p.1-28)

No presente já se reconhece que valorização econômica obtida pela propriedade urbana, na absoluta maioria dos casos, independe dos esforços e do “trabalho” do proprietário. Estado e a sociedade geram “acessibilidade”, ou em outras palavras, mais-valia, o que se dá, no caso do Estado, através da disponibilização de serviços públicos e regulação dos aspectos urbanísticos, fundiários, ambientais e registrais

Pois bem, apesar da propriedade urbana ser resultado do “investimento de todos” que constrói a cidade (indivíduo, sociedade e Estado), a nossa legislação, e a forma positivista de interpretá-la, como já afirmamos, está presa a uma visão iluminista da propriedade do século de Napoleão, cujo androcentrismo de sua concepção eurocêntrica encontrou campo fértil no nosso escravismo patriarcal, arraigado ainda hoje em nossas prática jurídicas, econômica e sociais.

Aliás, o iluminismo do nosso direito patrimonial, contraditoriamente, parece fugir da idéia de direito subjetivo ou direito fundamental - defendida por liberais e

progressistas - apegando-se, talvez nesse ponto à concepção de Estado defendida por Hobbes, e posteriormente por Rousseau, para quem o único direito que não é criado pelo Estado é o direito de opor-se a tirania e a opressão.

Talvez, nesse ponto, fosse melhor “retornar”, pelo menos no que diz respeito ao direito à moradia para os mais pobres, à concepção de direito natural lockeana, que reconhece o trabalho (do “pobre” que constrói sua casa no morro, por exemplo) como elemento “gerador” da propriedade.

8. Conclusão

Apesar de todos avanços nos plano normativo, e também no plano hermenêutico, a verdade é que o caráter patrimonial - apesar de todas as loas à função social da propriedade - ainda define a relações sociais sobre o uso da propriedade imobiliária nas cidades e no campo. “Ter” é ainda mais importante do que “ser” “cidadão”. Basta ver, como já se assinalou, que a posse ainda navega num limbo, constituindo-se, em relação ao “direito de propriedade”, em um direito de “segunda classe”.

Da mesma forma, apesar de em muitos casos a propriedade mobiliária²⁵ apropriada por setores abastados ter um valor monetário superior à propriedade imobiliária, torna-se muito mais difícil adquirir esta última, sobretudo, quando o interessado é um cidadão ou cidadã de “segunda classe”.

Mares, afirma que o Estado Moderno foi teoricamente construído para garantir a igualdade, a liberdade e a propriedade. A idéia de propriedade absolutista e individualista, que emergiu desse movimento, gestado no final do século XVIII, no Brasil

²⁵ Meirelles, em artigo anterior à aprovação do novo Código Civil brasileira, chama atenção para esse fato, mantido pelo referido estatuto civil, afirmando: (...) Assim, exemplificativamente, de animais bravios, enxames de abelhas, pedras, conchas, vegetais, peixes, tesouro enterrado, comuns ao século anterior a ponto de merecerem disposições legais expressas sobre sua aquisição e perda, chega-se, hoje, aos computadores sob as perspectivas hardware e software, nomeadamente agenda eletrônicas, notebooks, telefones celulares, home theaters, enfim, toda uma gama de aparelhos cuja sofisticação resulta em seu alto valor; sob o aspecto de sua natureza, porém, não há como afastar a característica flagrante da mobilidade. Daí por que, uma vez mais, o sujeito conceitual, o senhor dos valores imobiliários, quem são formalmente outorgados títulos de propriedade, não corresponde ao sujeito concreto, que sob a autorização legislativa advinda das disposições codificadas no início do século, realiza facilmente o trânsito jurídico de mercadorias, cujo valor, não raro, ultrapassa o atribuído a imóveis. (1998, p. 97-98)

parece subsistir intocável, como uma poderosa sombra a delimitar e limitar o uso da terra(2003, p.18)²⁶.

Mesmo quando nenhum freio ideológico nos impede de avançar, nos debatemos nas teias de uma cultura jurídica morta e excludente que, apegada a um legalismo “quase masoquista”, cria e recria controles e regras que impedem que parte significativa da sociedade, formada na sua maioria por famílias pobres e negras, tenha acesso aos benefícios do “Estado de Direito”, que insiste em “classificar” e “controlar” papéis e “destinos”. Bauman, em capítulo sobre a individualidade (2000, p. 65), criticava Platão e Aristóteles, que não eram capazes de imaginar uma sociedade boa ou má sem escravos.

No Brasil atual, apesar da liberdade de contratar - baseada na idéia de autonomia da vontade - e de adquirir “propriedade”, a verdade é que todos parecem desejar um controle sobre suas vidas e desejos, buscando no Estado e na sua produção legislativa a solução para problemas sociais. O culto à lei parece absorver a todos, inclusive respeitados movimentos sociais, que passam anos e anos “batalhando” pela aprovação de mais um “Estatuto”.

Os discursos ideológicos (porque não verdadeiros) produzidos pela dogmática jurídica sempre se serviram do princípio da legalidade, como escudo contra a acusação de parcialidade. A separação de poderes, a neutralidade da lei (e do Juiz), diante da igualdade de todos, produtores da vontade geral, legada ao Estado, garantiam a legitimidade da autoridade e o dever de obediência, que última instância, era a si mesmo.

Esse discurso regulatório, a partir do século XIX, como lembra Foucault, não consegue sobreviver apenas fundamentando-se em uma teoria do Direito, tendo recorrer, depois a *um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade*. A propósito, vale as observações da pesquisadora Vital, sobre os discursos elaborados sobre as favelas brasileiras e carioca , ao longo dos anos:

Num primeiro momento, início do século passado, as favelas eram vistas como lócus difusor de doença; num segundo momento, a partir da década de

²⁶ Mares, afirma ainda que: “Na vida real a propriedade continua sendo julgada pelos Tribunais e compreendida pelos Administradores da coisa pública como se ainda sua idéia mestra fosse a velha Constituição Portuguesa de 1822 que dizia ser ‘o direito de propriedade sagrado e inviolável de se dispor à vontade de todos os bens’ ” (Ibid, p.15)

1940, foi objetivo dos olhares moralistas da elite carioca que percebiam na favela o ambiente da malandragem, da prostituição, do ócio, do atraso, mas, por outro lado, foi vista também como lócus de uma cultura singular e instigante. A partir da década de 1990, principalmente, a favela sofre um novo estigma. O ‘perigo social’ que representa relaciona-se com a presença marcante do narcotráfico (2004, p. 127-8).

Esse tipo de visão reguladora da lei, que nasce para ordenar uma realidade idealizada, desconhecendo a luta concreta dos diversos atores das cidades que, como diria Caetano Veloso, constrói e destrói coisas belas, marca o apego às normas, produzidas pelo Estado “burguês”. Nesse sentido, denuncia Warat:

A resolução jurídica dos conflitos terminou sendo colocada em último plano e quase esquecida, para passar-se a privilegiar um sentido do Direito exclusivamente normativo, melhor dizendo, os chamados *operadores do Direito* passaram a entender que a sua função era a de aplicar a lei ou administrar justiça, como se essas duas atividades fossem absolutamente independentes dos conflitos, a tal ponto que a maioria dos juristas de hoje e a maioria das escolas de direito perderam de vista *que as leis foram criadas para prevenir conflitos* (WARAT, 2003, p.13, grifos nosso).

Discutir a legalidade e propor legislações mais avançadas, indubitavelmente, é sempre um instrumento para o avanço da cidadania. No entanto, esquecer-nos de como a ideologia dominante pode “torcer” o direito “que nasceu certo”, apesar de todos os avanços dos movimentos populares e da própria sociedade, é um mal que parece nos perseguir.

Não deixa de ser contraditório o olhar para a propriedade urbana quando comparado com o reconhecimento da luta do Movimento Dos Sem-Terra pela desconstrução da “legalidade”, ou, para usar o termo polêmico usado recentemente na prova de redação da FUVEST, “descatracatização²⁷” da propriedade rural. Não deixa de ser curioso pensar como seria a atuação dos “Sem-Terras” nas cidades. Por que gostamos

²⁷ O termo, que provocou polêmica, segundo Barros e Silva (2005, p. A2), fazia parte do tema de redação do vestibular da Fuvest, uma dissertação em torno do “Programa para descatracatização da vida”, que visava obrigar que os estudantes se posicionassem sobre o “excesso de controles, dos mais variados tipos, que se exercem sobre corpos e as mentes das pessoas” etc.

tanto dos nossos “Incras e Ibamas urbanos” que, sob aplausos, às vezes delirantes, como no caso da “Estrutural”, no Distrito Federal, condenam a todos, não sabemos, por não haver diferença, se a miséria, ou as “penas da lei”.

Criamos a cada dia milhares de normas para dizer que o “cidadão” é ilegal e não gerar cidadania. Nosso legalismo (para os pobres) parece ainda contaminado da visão hobbesiana de Estado, que, no caso do Brasil, mesmo no domínio da economia, está longe de ter se transformado num “Estado mínimo”.

Ao contrário, não apenas pela necessidade de atuar para corrigir as iniquidades sociais, mas também por um credo - às vezes sincero - na idéia de que a lei produzida pelo Estado, “fruto da vontade geral” será justa, defende-se a regulação da realidade e a transferência para o Judiciário - consequência natural de tantas e variadas normas - da resolução de problemas, que, como se viu a partir da Revolução Francesas, têm raízes que congregam varias dimensões, além da política e da jurídica. É preciso nesse ponto lembrar da advertência do brilhante Professor Cristiano Paixão, que afirma:

Por mais realistas que sejamos, cotidianamente acreditamos que a mudança das leis ensejará a mudança do mundo. É uma luta constante na busca de novas leis que tutelem liberdades e abram novos caminhos para a sociedade. O que não percebemos é que esse processo nada mais é do que uma movimentação do mundo para a consignação de práticas sociais, procedimentos políticos ou reconhecimentos jurídicos já existentes fenomenicamente e que precisam de formalização para ainda mais se disseminarem. Logo, é a prática do mundo, os jogos da sociedade e o exercício da cidadania que precederá a formalização jurídica pelo direito positivado. Diante disso, devemos abandonar a crença simplista de que a lei modifica o mundo, mas assumir o princípio de que o mundo modifica a lei. (ARAÚJO PINTO, 2003, p. 27)

O Estado, mesmo quando intervém buscando garantir o “uso social” da propriedade, o faz sob um prisma patrimonialista, no qual o reconhecimento da “posse”

ou do “direito de moradia” emerge como um favor de um Estado-proprietário-legislador para uma plebe sob suspeita.

Esse Estado intervencionista e controlador emerge não como um Estado que como pregava Kant, deveria tornar o “direito natural” à propriedade, já existente na natureza de maneira provisória, peremptório, ou mesmo como um Estado socialista (ou ao menos social-democrata), que garantiria o acesso à propriedade para todos, abolindo-a. Mas como um Estado Gerdarme,²⁸ que parece combinar o que havia de pior na pauta da modernidade iluministas com os valores exacerbados da globalização capitalista pós-moderna.

É um legalismo que se reflete, ou melhor interage, com uma visão intervencionista e tutelar de um Estado esquizofrênico, que finge executar políticas fora do marco do capitalismo liberal e excludente, mas que, no fundo, no caso da distribuição da propriedade imobiliária urbana, age como “zelador” dos interesses mais mesquinhos das elites econômicas, sociais e políticas, compostas por homens brancos e “ilustrados”.

Essa visão, além de desconsiderar todo o papel, para além do ideológico, que o Estado capitalista segregador tem na “invenção” da propriedade urbana, cuja origem está umbilicalmente ligada ao surgimento das cidades como “idéia” ou “plano” estatal, mas também se relaciona como modos de vida e com as relações étnicas e de gênero desenvolvidas ao longo da história, dissolve a alteridade.

Na “mesma” cidade, a propriedade pobre da periferia, em cuja superfície se construiu uma moradia subnormal, tem que ser inventada pelo Estado, que sobre ela formula políticas públicas e despeja normas a serem cumpridas, sob a ameaça velada do não reconhecimento.

Num procedimentalismo oco, segue-se a elaboração de normas estatutárias, que posteriormente serão “regulamentadas” por leis, decretos, regulamentos, portarias, numa escala quase surrealista, nas três esferas de governo, por dezenas de órgãos e instituições.

²⁸ Enquanto para a sociedade de classes, da “antiga” modernidade, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência (daí o Welfare State), para a sociedade eficientista, da globalização pós-moderna, o pobre é responsabilizado e estigmatizado pela própria pobreza. Longe de produzir sentimentos de solidariedade, é associado ideologicamente ao que há de mais visivelmente negativo nas esferas nacionais, em escala planetária: superpopulação, epidemias, destruição ambiental, vícios, tráfico de drogas, exploração do trabalho infantil, fanatismo, terrorismo, violência urbana e criminalidade

Infelizmente, setores progressistas e bem intencionados embarcam nessa “nova” dogmática. Ainda que não possamos esquecer que o direito tanto condiciona quanto pode ser condicionado, é preciso, nesse momento, lembrar, como faz Falcão, que no Brasil somos desconstruídos como cidadãos e reconstruídos como reféns da lei, sendo que é chegada a hora de “adotarmos um programa regular de libertação da cidadania. Com a missão de desfazer registro injustos, legalizar a realidade plausível e revogar leis ineficazes. Voltado para a sistemática e permanente “deslegalização” dos autoritarismos cotidianos, político e econômico”.

9. BIBLIOGRAFIA

ALFONSIN, Jacques Távora. O Acesso à Terra Como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia. São Paulo. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ALVES, J. A. Lindgren, A Declaração dos Direitos Humanos na Pós-Modernidade [s.n.t.].

BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)”. In GRAU, EROS ROBERTO; SÉRVULO DA CUNHA, SÉRGIO (Org.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem José Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros Editores. 2003.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção: o Público e o Privados na experiência histórica do direito”. In: SOUSA JÚNIO, José Geraldo (org.). Na Fronteira: Conhecimento e Práticas Jurídicas para a Solidariedade Emancipatória. Porto Alegre: Síntese, 2003.

BARROS E SILVA, Fernando de. Pegadinha do fuvestão. Folha de São Paulo. São Paulo. 11. Jan. 2005. São Paulo. Editoria Opinião, p A2.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2000.

BEAUD, Michel. História do Capitalismo: de 1500 aos nossos dias. Tradução Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo. Brasiliense. 1987. 407p.

BITTAR, Jorge Ricardo; FERNANDES, Leila Maria Baptista. Cidade, Democracia e Humanismo: in: Cidades. Acervo: revista do Arquivo Nacional. Rio de Janeiro. Volume 17, n. 1, p. 139-154, jan/jun, 2004.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito: compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo. Ícone, 1995.

_____. Locke e o Direito Natural. Tradução Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

_____. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Editora Campus, 1992.

CERQUEIRA FILHO, Gizálio. NEDER, Gizlene. Iluminismo Jurídico e Circulação de Idéias Livres. 273, Discurso Sediciosos, crime, direito e sociedade. [s.n.t]

CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia. 3ª ed. São Paulo. Editora Ática. 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. [s.l.]. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em 19n jul. 2004.

COULANGES, Fustel. A Cidade Antiga. Tradução Fernando de Aguiar. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

FALCÃO, Joaquim. O Brasil ilegal. Jornal do Brasil. [s.n.t.]

FERNANDES, Edésio. Reformulando a ordem jurídico-urbanística no Brasil. [s.n.t.]

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo. Mantins Fontes, 2003.

LÉVI-STRAUS, Claude. Tristes Trópicos. Tradução Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo. Companhia das Letras, 1996.

LOBO, Flavio. A derrota do instinto *In*: Especial. Carta Capital: política, economia e cultura. Brasil. Ano XI, n. 312, p. 10-13, Out., 2004.

MARÈS, Carlos Frederico. A Função Social da Terra. Porto Alegre. São Paulo. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003

MEIRELLES, Jussara. FACHIN, Luiz Edson. Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. 4. O Ser e o Ter na Codificação Civil Brasileira: Do Sujeito Virtual à Clausura Patrimonial. Rio de Janeiro. Renovar, 1998.

MIAILLE, Michel. Introdução Crítica Ao Direito. Lisboa. Tradução Ana Prata. Editorial Estampa. 1994.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Ética e Sociabilidade. São Paulo. Loyola. 1993.

PÁDUA, José Augusto. “Natureza e projeto nacional : as origens da ecologia política no Brasil”. In: PÁDUA, José Augusto *et alli* (Org.). Ecologia & política no Brasil. Rio de Janeiro. Editora Espaço e Tempo: IUPERJ, 1987.

PAZ, Lúcio. Função Social da Propriedade. [s.l.]. Disponível em: <http://cut-rs.org.br/site/opinião.php?codigo=5>. Acesso em 19n jul. 2004.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. Metrôpoles. “As Metrôpoles e a Sociedade Brasileira: Futuro Comprometido ?” *in*: RIBEIRO, Luiz César De Queiroz (org.). Entre A Coesão e a Fragmentação, a cooperação e o conflito. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo; Rio de Janeiro: Fase – Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional, 2004.

ROLNIK, R. A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. 2 ed. São Paulo: Studio Nobel: Fapesp, 1999; 9-24: 29-60.

SAMPAIO DE CASTRO, Márcio. Quilombos urbanos. Aventura Na História – Para Viajar No Tempo. São Paulo –. p. 37-41 – Edição de 21 Mai. 2005.

SEIXAS, Jacy. BRESCIANI, Stella. Apresentação. *In*: NAXARA, Márcia Regina Capelari. Cientificismo e sensibilidade romântica: em busca de um sentido explicativo para o Brasil no século XIX. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2004.

SILVA, Antônio Rogério. Ataque e Defesa ao Contrautualismo. [s.n.t.]

SOUZA, Jessé. A Modernização Seletiva – Uma interpretação do dilema brasileiro. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2000.

TELLES, Edward. Racismo à Brasileira. Uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro. Relume Dumará. Fundação Ford. 2003.

VIAL, Sandra Regina Martini, Propriedade da Terra. Análise sociojurídica. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2003

VITAL, Christina. O Problema da favela ontem e hoje: novas falas dos moradores: *in*: Cidades. Acervo: revista do Arquivo Nacional. Rio de Janeiro. Volume 17, n. 1, p. 127-128, jan/jun, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. [s.n.t.]