

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: ENTRE O SIMBÓLICO E O ENCRYPTADO

SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY: BETWEEN THE SYMBOLIC AND THE ENCRYPTED

Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro de Lima*

Resumo

Este artigo tem como tema a inefetividade da função social da propriedade. Propomos que a ausência de efetividade qualitativa da função social da propriedade ocorre: (i) em razão da estrutura do direito moderno que se orienta sob a noção da propriedade privada enquanto mercadoria; (ii) e porque a encriptação de poder instrumentalizada pelo direito impede a efetividade das dimensões da função social que não estão alinhadas como a perspectiva mercantil da propriedade, conferindo-a força simbólica. A pesquisa é teórica, apoiada em dados e pesquisas de diversas áreas, entre elas a geografia e o urbanismo.

Palavras-chaves: Função Social; Propriedade; Legislação Simbólica; Encriptação.

Abstract

This paper has as theme the absence of effectiveness of the social function of property. We proposed that this absence of effectiveness of the social function occurs: (i) in the reason of the modern law structure that orients by the notion of private property as merchandise; (ii) and because the encryption of power instrumentalized by the law prevents the effectiveness of all social function dimensions that aren't aligned with the mercantile perspective of the property, characterizing her as symbolic legislation. This paper has theoretical approach, supported by data and other researches of other fields such as geography and urbanism.

Keywords: Social Function; Property; Symbolic Legislation; Encryption.

* Bacharel e Mestrando em Direito pela PUC Minas. Email:brunofmpl@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A construção de uma usina hidrelétrica coloca em confronto interesses públicos de populações urbanas com populações ribeirinhas, indígenas. A expansão da produção minerária coloca em conflito interesses de populações agrícolas locais, indígenas ou populações urbanas que dependem dos lençóis-freáticos que serão consumidos pela atividade minerária. Investimentos públicos em obras de infraestrutura urbana revelam o conflito entre interesses econômicos e populações tradicionais que ocupam as regiões afetadas e precisarão ser removidas.

As situações de conflitos apresentadas acima revelam algo em comum: em todos os casos os conflitos se debruçam sobre a propriedade e sua relação com o instituto da função social da propriedade.

Este trabalho procura explorar que em decorrência da estrutura do direito, apesar do conteúdo multidimensional e plural da função social da propriedade desvelada dos textos normativos brasileiros, apenas uma perspectiva da função social se realiza sobre a propriedade, sendo esta aquela condizente com a dimensão capitalista.

Desse modo, propõe-se que a redução da função social sobre o prisma do mercado, conferindo-a dimensão simbólica advém da encriptação de poder presente na estrutura do direito moderno.

Assim, inicialmente este texto parte da investigação do significado de propriedade para entender a influência desta na estruturação do direito moderno presente em nossos textos normativos. Em seguida analisamos os significados de função social e sua relação normativa com a noção jurídica de propriedade, sendo que através dessa dinâmica marcada pela encriptação de poder, se desvela a conformação da função social em legislação simbólica.

2. PROPRIEDADE PRIVADA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO MODERNO E SUA VINCULAÇÃO À FORMA MERCADORIA

O Estado de Direito Moderno é essencialmente liberal. Sua gênese, a despeito de qualquer discussão sobre paradigmas de direito, está na sociedade construída pela ideologia liberal. Isto significa que a estrutura de todo o sistema jurídico se pautou pelas necessidades

e “utopias” desta ideologia. Não nos interessa procurar vincular o significado de propriedade privada aos supostos paradigmas ou sub-paradigmas de direito (SANTOS, 2008), em razão de uma constatação simples: o significado e centralidade da propriedade privada permanecem no direito contemporâneo, atravessando todos estes “momentos” do direito.

Inicialmente deve-se entender o fundamento político-filosófico que realizou a elevação da propriedade como manifestação da individualidade e, portanto, requisito essencial para a condição de sujeito de direito. É imprescindível, portanto, o retorno à obra de Locke da qual se extraem duas noções essenciais na sociedade contemporânea do Estado de Direito Moderno: o significado de propriedade privada e a associação inseparável desta com o sujeito de direito e, portanto, formação da sociedade civil.

A propriedade privada para Locke surge como um direito natural do sujeito. Diante de um mundo comum, dado aos homens por Deus, estes poderiam se apropriar dele para a sua sobrevivência. O que justificaria a apropriação do comum seria o trabalho do sujeito na transformação do que é comum para proveito econômico, pois o ser humano ao remover o objeto do “estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho, adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens” (LOCKE, 2006, p. 98)

A propriedade (privada), portanto, seria o poder do indivíduo criar os meios de sua existência a partir da transformação comum (LOCKE, 2006, p. 98). Logo, a partir da elaboração liberal de Locke, a propriedade é manifestação (ou concretização) do exercício da liberdade do indivíduo (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 282).

A origem do Estado Moderno de Direito está na regulação da liberdade pautada pelos direitos de propriedade dos proprietários. A cidadania tem seu exercício justificado sob esta perspectiva (MASCARO, 2013, p. 39). Inevitavelmente a relação entre propriedade e acumulação de bens se estabeleceria e não à toa na história do direito moderno ocidental tivemos o exercício da cidadania vinculado aos bens acumulados¹.

Sendo assim, a propriedade privada ocupa a centralidade do Estado de Direito Moderno, afinal todos os direitos derivados aos sujeitos, como a liberdade, só é possível se todos forem proprietários. Primordial reforçar que a propriedade é concebida como forma

¹ O voto censitário em razão dos bens é um exemplo presente tanto na Europa quanto no Brasil (Constituição de 1824).

de apropriação do comum, seja bens materiais comuns (solo, recursos naturais e etc...), seja o conhecimento, por exemplo (RAWLS, 2003).

A evolução da sociedade liberal na forma capitalista conferirá à propriedade característica de mercadoria. Esta significação se dá no plano do direito que conforma o conteúdo da propriedade sobre a forma de mercadoria. Logo, a propriedade enquanto direito é uma manifestação de seu exercício enquanto mercadoria.

Pachukanis sintetiza o significado da mercadoria capitalista da seguinte forma:

A mercadoria é um objeto mediante o qual a diversidade concreta das propriedades úteis se torna simplesmente uma embalagem coisificada da propriedade abstrata do valor, que se exprime como capacidade de ser trocada numa determinada proporção por outras mercadorias. Esta propriedade é a expressão de uma qualidade inerente às próprias coisas em virtude de uma espécie de lei natural que age sobre os homens de maneira totalmente alheia à sua vontade. (PACHUKANIS, 1988, p. 70).

A propriedade privada ganha os contornos de mercadoria através do direito moderno, através do preenchimento do conteúdo qualitativo da propriedade privada. Assim no direito primeiro temos os sujeitos de direitos iguais no plano formal como proprietários, pois apenas estes podem converter suas propriedades em mercadorias (MARX, 2013, p.120).

A mercantilização da propriedade só é possível, por óbvio, numa sociedade de mercado. E a expansão do caráter mercantil da propriedade sobre os bens comuns é essencial para o avanço da sociedade capitalista. O processo descrito por Polanyi (2012, p. 75) como moinho satânico revela como, diante das necessidades de assegurar a reprodução das possibilidades do mercado, os bens comuns, trabalho, terra e dinheiro foram convertidos em mercadoria.

O momento desta transformação se deu inicialmente na realidade europeia, mas o Brasil, como demais países do globo em razão da expansão da economia de mercado, irá incorporar estas formas. Sendo o apaziguamento ou conformação da terra como mercadoria realizada pelo direito.

O direito transformará todos os bens comuns possíveis de serem apropriados na forma propriedade e logo, reduzidos à condição de propriedade. Até os bens considerados

comuns são “privatizados” na lógica da propriedade pela incorporação ao patrimônio estatal².

Essas considerações são pertinentes, porque esta centralidade da propriedade privada vinculará toda a produção normativa no Brasil (e mundo capitalista), conformando o direito, logo Estado de Direito Moderno, de tal forma que mesmo as legislações aparentemente descaracterizadoras desta noção de direito de propriedade na forma de mercadoria capitalista, são, na verdade, um reforço a esta condição.

3. PROPRIEDADE PRIVADA NO DIREITO BRASILEIRO

Em âmbito mundial a Declaração Universal dos Direitos Humanos deixa evidente o projeto civilizatório que procura vincular imediatamente cidadania e propriedade à elevação desta como “direito humano fundamental”.

As evidências da propriedade privada como elemento nuclear da condição de sujeito de direito também podem ser identificadas no Brasil tanto em textos normativos quanto na ciência jurídica.

No âmbito dos textos normativos podemos facilmente perceber a relação entre sujeito de direito e propriedade através da importância dada à propriedade e a necessidade seguida de serem assegurados os “direitos de propriedade”. Apontamos dispositivos em três textos normativos: art. 1º, IV, art. 5º caput, art. 170, art. 185, II na Constituição Federal de 1988 – CF/88, os art. 1.228 a 1.232 do Código Civil de 2002 – CC/02 e os art. 2º, I; art. 32 do Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001.

A breve busca por dispositivos em textos normativos teve como objetivo mostrar a presença maciça destes para destacarmos que há uma ideologia hegemônica no direito brasileiro para a defesa dos direitos de propriedade privada em contraposição as possibilidades de ressignificação deste instituto jurídico, a partir do princípio da função social da propriedade para a mediação de conflitos sociais evidentes em nossa sociedade.

² A Lei 601 de 1850 – Lei de Terras ou Estatuto das Terras Devolutas torna todas as terras sem reconhecimento de propriedade como bens públicos do Estado. O Código Civil, primeiramente em 1916, em seus art. 65, 66 e 67, descreve os bens públicos, conferindo-os sob a tutela do Estado. O mesmo ocorre no Código Civil de 2002, nos art. 98 a 103.

Os dispositivos apontados são definidos e perpetuados pelo direito revelando além da automatização deste como instrumento operacionalizador da racionalidade capitalista, a confirmação de uma ideologia hegemônica no direito que, percebida ou despercebida, universaliza significados jurídicos e reduzem a aplicabilidade da função social da propriedade apenas sobre a perspectiva dos direitos de propriedade.

Na perspectiva da ciência jurídica todos os conteúdos que aparentemente constroem o exercício pleno da propriedade no sentido de poder sobre a estrutura fundiária, por exemplo, são entendidos e digeridos sobre a perspectiva da relação imediata entre direitos e deveres. Ora, esta conclusão é facilmente alcançada através de um exame de amplitude razoável sobre a “doutrina” jurídica.

Orlando Gomes e Luiz Edson Fachin (2004) relacionam propriedade privada e exercício direto da subjetividade do indivíduo, corroborando com a base do entendimento lockeano e ideologia liberal que a propriedade é extensão do ser. Contudo, estes autores observam que as possibilidades de exercício do poder de propriedade são delimitadas pela lei, sendo basicamente a operacionalização dos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar (GOMES; FACHIN 2004). Para estes a propriedade se revela sobre a perspectiva da relação direitos-deveres que o autor entende a função social da propriedade. Ademais, argumentam Gomes e Fachin (2004) que a função social revela a finalidade da propriedade na realização dos interesses da sociedade refletida pela sociedade de direito hegemônica.

Caio Mário Pereira (2005) entende o direito de propriedade também como uma relação de direitos e deveres. Sendo que a função social preenche a propriedade privada de interesse social. Para Caio Mário, a função social é uma forma de proteger a propriedade privada. Sendo assim, definição de altimetria, por exemplo, ou Coeficiente de Aproveitamento, seria, apesar de intervenção na propriedade, uma forma de garantir o exercício individual de cada (PEREIRA, 2005).

Maria Helena Diniz (2004), por sua vez, além de se alinhar com a relação “direitos-deveres”, é categórica em afirmar que a função social não age sobre o direito de propriedade, mas sobre seu exercício. Sendo possível conceber a intervenção do Estado na propriedade sobre a perspectiva do interesse público, mas jamais é possível que esta intervenção subjugu o direito de propriedade.

Venosa (2014) compreende a função social como realização da propriedade. Inicialmente é categórico em afirmar que a propriedade é inerente ao indivíduo, pois o sujeito existe através da apropriação. Venosa (2014) compreende que a propriedade é direito e função. A função (social) seria um instrumento jurídico capaz de realizar a composição entre os interesses (e poderes) do direito de propriedade com os interesses coletivos, não à toa escreve que a “propriedade na atualidade não é vista somente como um direito, mas também como uma função e como um bem coletivo de adequação social e jurídica” (VENOSA, 2014, p. 170).

Silva (2010), também aborda a propriedade sobre a perspectiva de direito subjetivo do sujeito de direito, sendo a função social uma contrapartida ou, como todos os demais autores se referem: um dever. É interessante notar, que a função social existiria para regular o uso do território conforme as demandas daquele solo para a sociedade, mas estas demandas estão sempre condicionadas aos direitos de propriedade do sujeito de direito, logo, resgatando Diniz (2004) a função refere-se sempre ao uso, nunca ao direito de propriedade.

Estes autores são referências notórias na doutrina jurídica e causam grande impacto sobre a interpretação, significação e aplicação do direito cotidianamente. Foi possível conferir que há uma sinergia entre eles no entendimento da propriedade privada, primeiro como elemento essencial do sujeito de direito, sendo inviolável, apesar de poder ter seu uso condicionado. E em seguida, em razão da forma desta propriedade estar sempre sobre a perspectiva mercantil. O não uso econômico na perspectiva mercadológica, inclusive, possibilita desapropriações e sanções.

4. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: AMPLITUDE DO SIGNIFICADO NORMATIVO

A função social da propriedade é um instituto jurídico conectado imediatamente à propriedade privada. Apesar da elaboração deste instituto ocorrer de forma contundente no século XX, é preciso observar que os direitos de propriedade sempre estabeleceram algum tipo de relação com interesses supostamente públicos. Afinal numa sociedade de

proprietários é impossível não presumir o conflito entre os sujeitos que exercem estes direitos³.

A noção de função social da propriedade surge associada ao interesse público ou bem comum e se tornará fundamento para a intervenção do Estado na propriedade, da qual Duguit (FERNANDES; MALDONADO COPELLO, 2010) foi um dos principais articuladores da formação e consolidação deste instituto no direito moderno.

A função social da propriedade, basicamente, preenche de conteúdo qualitativo a propriedade. É a partir da definição normativa desse instituto que o uso, gozo e disposição da propriedade privada serão concretizados pelos proprietários.

O instituto sofre diversas transformações conforme a evolução dos conflitos entre os agentes sociais. Se Duguit ou Schmitt são referências históricas para pensarmos a teorização deste instituto no direito, faz sentido destacar que a dinâmica entre classes sociais na luta pelo poder político no âmbito do governo iria criar repercussões no mundo jurídico. Não à toa é o acesso de políticos oriundos de outras classes sociais que não os setores tradicionais da elite que impõem a delimitação de direitos de propriedade a partir de interesses públicos.

Logo, numa perspectiva histórica, a demanda por moradia na Europa, por exemplo, legitimava a desapropriação de áreas para empreendimentos habitacionais⁴. Ora, o mesmo ocorre no Brasil. E num contexto de modernização do país com a formação de classes trabalhadoras urbanas na Era Vargas surgem as primeiras legislações com objetivo de operacionalizar a função social da propriedade com base no interesse público através da ação estatal.

O que nos interessa neste momento é discutir brevemente dois aspectos. O primeiro refere-se à evolução do significado de função social da propriedade no âmbito jurídico através da produção normativa e a ação dos agentes sociais. O segundo é delimitar o atual significado de função social da propriedade, sobre a perspectiva pentadimensional.

A evolução da função social da propriedade se deu a partir da luta dos agentes sociais pelo desenvolvimento de suas possibilidades econômicas e sociais. O direito é

³ Importante apontar, para reconhecemos a ambigüidade na intervenção na propriedade privada, que no próprio Código Napoleônico havia a possibilidade desta intervenção em razão de interesse público.

⁴ A Carta de Atenas, 1933.

inevitavelmente um campo de disputa política e o Estado de Direito Moderno reduz a luta política à luta pelo controle do Estado, portanto não resta dúvida que o controle do Estado na administração pública não significa vitória política no que diz respeito ao domínio de poder (ENGELS, 2012 e MASCARO, 2013). Desta forma a força política dos agentes e a evolução das demandas econômicas e sociais moldaram no Brasil⁵ a produção normativa sobre a função social.

Destaca-se, portanto, que o movimento de redemocratização no país trouxe uma enorme expectativa de ampliação e concretização de direitos a partir da produção intensiva e extensiva de marcos normativos (OSÓRIO, 2013). Neste ambiente de explosão de diversos movimentos sociais em busca da concretização de direitos, assim como os movimentos do próprio sistema capitalistas de (re)produção de capital, o campo jurídico se tornou, com o devido incentivo à hipérbole, um campo de batalha. A produção normativa gerou expectativas e as ansiedades, diante de novos textos normativos, proporcionaram o aumento da judicialização dos conflitos político-sociais.

Sobre a perspectiva da função social da propriedade fundiária, temos uma diversidade de legislações que se iniciam com a constitucionalização de diversos direitos que recaem sobre o significado de função social da propriedade como os art. 5º, XXIII, art. 182, art. 186. E contaminam nesta produção normativa o plano infraconstitucional, por exemplo, legislações como o Estatuto da Cidade, Estatuto da Metrópole, Código Florestal, Sistema Nacional de Unidades de Conservação entre outras.

E é a partir destas inovações legislativas que alcançamos o segundo aspecto com o intuito de discutirmos o atual significado de função social da propriedade na realidade brasileira. Neste trabalho defende-se que este instituto é um conceito complexo formado por cinco dimensões, são elas: social, econômica, ambiental, cultural e territorial (ARAÚJO, et al., 2014; ARAÚJO; ALMEIDA, 2014 e ARAÚJO; PIRES, 2014).

A **dimensão social** vincula à propriedade a necessidade de se pautar pela igualdade socioeconômica, entendendo que a propriedade não pode ser utilizada apenas como forma

⁵ Pesquisa realizada no Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP da PUC Minas, que procurou avaliar a aplicação da usucapião e função social na concretização de direitos fundamentais no Brasil, comparando esta aplicação com os países da América do Sul, inclusive aqueles compreendidos no suposto novo marco constitucional do novo constitucionalismo latino-americano, apurou que todos os países latino-americanos tiveram intensa produção normativa acerca da função social da propriedade, apostando muitas vezes na estratégia de criação de marcos legais como modo de realização ou concretização de direitos sociais.

de acumulação exclusiva de riqueza, sendo apurada nos dispositivos constitucionais do art. 5º, XXIII e art. 6º da CF/88. A **dimensão econômica** define-se pela vinculação imediata entre o uso da propriedade e o objetivo desta ser produtiva, conforme se verifica no art. 170 da CF/88. Ou seja, a propriedade como um bem econômico não poderia ser desperdiçada, assim uso, gozo e disposição se necessidade de ser produtiva sobre o viés da mercadoria. A **dimensão ambiental** é claramente manifestada na legislação de proteção ao meio ambiente e está conectada à ideia de desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade, conforme se verifica no art. 225 da CF/88 ou a Lei 12.651/2012 (Código Florestal). A **dimensão cultural** presente no art. 231 da CF/88, reforça a condição de plural que este instituto pode assumir. A **dimensão territorial**, por sua vez, corresponde à incorporação da organização territorial e possibilidade de, através da função social, planejar o território para que atenda os interesses dos indivíduos e coletivos, presentes, por exemplo, na Lei 10.257/2002 (Estatuto da Cidade) ou a Lei 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole).

Importante destacar que o reconhecimento das cinco dimensões da função social da propriedade amplia o significado deste instituto para realidades sociais que não sejam exclusivamente de mercado. Sendo assim o significado proposto está em sintonia com a perspectiva plural que as sociedades democráticas devem incorporar (SANTOS, 2008).

5. A FORÇA SIMBÓLICA SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A ideia de legislação simbólica foi desenvolvida com maior desenvoltura por Marcelo Neves (2007), este autor, sinteticamente, define a legislação simbólica da seguinte forma:

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata “se-então” da “norma-primária” e da “norma secundária” (programa condicional) não se concretiza regularmente. Não é suficiente a não-realização do vínculo instrumental “meio-fim” que resulta abstratamente do texto legal (programa finalístico) para que venha a discutir-se sobre a função hipertroficamente simbólica de uma lei. Sendo eficaz, ou seja, regularmente observada, aplicada, executada ou usada (concretização normativa do texto legal), embora inefetiva (não realização dos fins), não cabe falar de legislação simbólica. (NEVES, 2007, p. 51)

Neves (2007) considerou normas simbólicas aquelas presentes nos textos normativos constitucionais ou infraconstitucionais e que não produzissem efeitos jurídicos algum. Ou seja, poderiam produzir efeitos fora do sistema jurídico, mas não dentro deste. Sendo assim, o caráter simbólico acaba por remeter ao aspecto formal da norma.

Destaca-se que em razão da proposta de Neves (2007) se orientar pelo horizonte dos sistemas e, portanto, se delimitar na perspectiva formal da norma, haveriam campos cegos que impediriam a percepção de textos normativos que produzem algum efeito no direito, mas em razão das distorções de suas concretizações teriam seus conteúdos subvertidos, logo, seriam inefetivas do ponto de vista qualitativo.

Propõe-se a requalificação da teoria de Neves, pois consideramos que mesmo a produção de efeitos formais no sistema jurídico, é possível, a partir da análise qualitativa da eficácia do texto normativo, reconhecer a ruptura entre a relação hipotético-abstrata e seu programa condicional. Ou seja, sugere-se, que a legislação adquira força simbólica se apresentar inefetividade qualitativa.

Usando os termos de Neves (2007), a partir da análise qualitativa do direito, sustentamos que seria possível que a aplicação imperativa de um instituto (propriedade privada) degenerasse ou limitasse a amplitude de aplicação de outro (função social) de tal modo que as possibilidades oferecidas por este (da perspectiva da relação hipotético-abstrata com o programa condicional) fossem obstaculizadas transformando-o em legislação simbólica.

Assim função social se torna legislação simbólica, porque suas possibilidades de aplicação são delimitadas exclusivamente sobre uma perspectiva (da propriedade privada). Dessa forma percebemos isso em diversos casos nos quais as dimensões da propriedade sob a perspectiva capitalista condicionam a aplicação da função social da propriedade. Por exemplo, casos comuns como aqueles relacionados às desapropriações para construção de obras de infraestrutura urbana, a função social legitima a desapropriação para ampliação das possibilidades de mercado, mas a mesma, não permite a desapropriação de imóveis em regiões centrais das metrópoles brasileiras, pois neste caso, se preserva os direitos de propriedade do proprietário inserido na acumulação de renda diferencial no espaço urbano. Outro exemplo, na dimensão ambiental, seriam as áreas de preservação, unidades de conservação ou proteção de recursos naturais, que não inviabilizariam empreendimentos,

mas, apenas, condicionariam estes para a sustentabilidade dos mesmos, e não do espaço em si. Lembra-se, rapidamente, da produção de minério de ferro na RMBH, em que os recursos hídricos são controlados apenas na perspectiva dos empreendimentos, apesar dos impactos se darem em toda a cidade.

Concluimos, portanto, que o caráter simbólico da função social ocorre por causa da aplicação limitada por outro instituto do direito. Todavia é necessário procurar solucionar como a função social se torna legislação simbólica. Sustenta-se que esta transformação se dá em função da encriptação de poder presente no direito.

6. ENCRIPTAÇÃO DE PODER E INCONCRETUDES

A encriptação de poder permite a transformação da função social em legislação simbólica, em decorrência da estrutura de poder corrompida e parcial construída dentro da forma jurídica. Encriptação significa, portanto, ocultamento de poder desproporcional em favor da realização da economia de mercado.

A forma jurídico-política que possuímos do direito que sustenta o Estado de Direito Moderno (MASCARO, 2013) encripta poder na medida em que naturaliza a transferência do poder popular para o funcionamento do mundo jurídico, o qual é dominado ou mediado pela economia de mercado. Esta encriptação significa, na prática, que o suposto conteúdo democrático contido dentro do direito é, na verdade, um simulacro em razão da sua desconstrução através da operacionalização do direito, seja através de textos normativos, seja através da prática jurídica (SANÍN RESTREPO; MÉNDEZ HINCAPIÉ, 2012).

Os autores latino-americanos Ricardo Sanín Restrepo e Gabriel Méndez Hincapié (2012) sustentam que esta encriptação de poder presente no direito contamina todo o horizonte de possibilidade democrática na sociedade contemporânea de mercado.

As formas jurídico-políticas baseadas nos modelos liberais estadunidense ou europeus criaram modelos constitucionais que encriptam poder através de dois pilares: o primeiro se refere à abertura e amplitude de direitos para todo o povo, como o art. 5º da CF/88. Ou seja, há uma parte do texto que é acessível a todos, tanto em abertura pela

linguagem como possibilidade de direito (MÉNDEZ HINCAPIÉ, SANÍN RESTREPO, 2012).

O segundo pilar é a contradição do primeiro e supõe:

em primeiro lugar, no emaranhamento progressivo da linguagem da interpretação da Constituição e da lei, que arrebatada do sentido os saberes comuns até convertê-los em capital exclusivo dos técnicos⁶. Em segundo, um descolamento das linhas de decisão onde sucessivamente as decisões sucedem cada vez menos em fóruns politicamente abertos e cada vez mais em fóruns dos técnicos, subtraindo a mais elementar regra da responsabilidade e das discussões políticas (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO 2012).

Ou seja, a encriptação opera através de um direito que se estrutura primeiro pela abertura dos direitos disponíveis e posteriormente pelo fechamento das possibilidades de interpretação e aplicação destes direitos. Logo, é o que ocorre com a transferência do poder soberano popular aos poderes instituídos pelo texto constitucional. É provável, principalmente na crise de representatividade que vivemos, que não tenhamos exemplos melhor do que o descompasso entre a política exercida pelo poder legislativo eleito e as demandas populares em nossa atual conjuntura política e administrativa.

Em nossa forma político-jurídica temos como núcleo central a propriedade privada com a finalidade mercantil. Ou seja, o mercado se embute ou incrusta em toda sociedade (POLANYI, 2012), conformando uma sociedade que opera em todos os níveis das relações sociais através da lógica de mercado. O direito realiza a funcionalização da lógica de mercado em todos os âmbitos da vida cotidiana. Tomemos como outro exemplo o direito penal, no qual o sistema punitivo funciona, assim como o mercado, na lógica da troca (e valor de troca). Troca-se a liberdade por tempo de punição. E, curioso notar, como a troca (novamente, também enquanto valor) expande-se ao sistema punitivo admitindo a substituição ou diminuição da pena através da mercantilização do trabalho do encarcerado.

É fácil constatar que todas as nossas relações são realizadas pelo mercado com mediação ou conformação através da forma jurídica. Qualquer forma de morar é reduzida à lógica do mercado, seja como uma “compra e venda” seja como um contrato de aluguel. Sendo impossível, não sendo reconhecido com uma exceção invisível, realizar qualquer ato da vida cotidiana sem ser sob a tutela do direito moderno de mercado.

⁶ Técnicos devem ser entendidos como os operadores do direito como os advogados, juristas e juízes.

E na forma do mercado também subsiste, de forma encriptada, a reserva de poder para que estas operações não possam ser contaminadas pela política. Conforme Polanyi (2012) demonstra, a economia de mercado só foi possível porque separada das demais esferas da sociedade enquanto possibilidade de ser influenciada, ao mesmo tempo em que se incrustou em todos os aspectos da vida cotidiana.

O direito, portanto, na forma atual com seus significados atuais, encripta poder em favor da economia de mercado, logo mercadores, inviabilizando qualquer outra forma de vida que não se reproduza na perspectiva do mercado. Sendo assim, o direito nunca é para todos, mas sim uma forma de ocasionar entre todos as possibilidades para poucos.

7. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: ENTRE O SIMBÓLICO E O ENCRYPTADO

A função social se torna legislação simbólica em decorrência da encriptação de poder, no caso, o poder ou poderosos que se beneficiam do direito como instrumento de encriptação o fazem para o funcionamento do mercado capitalista. Não há neutralidade, a forma do direito, conforme apresentado pela proposta da teoria de encriptação de poder, estrutura os conteúdos do direito com a finalidade de realizar apenas uma parte ou um tipo de significado da função social, convertendo-a, portanto, em legislação simbólica.

Na economia de mercado que incrusta todo direito as possibilidades de utilização da função social são reduzidas em detrimento da necessidade da propriedade reproduzir as condições de funcionamento do mercado (LEFEBVRE, 2008).

Assim, até os conteúdos presentes nos textos normativos pertinentes à função social, convertem-se em instrumentos para a reprodução capitalista da sociedade (HARVEY, 2005 e HARVEY, 1996), pois são apropriados e manipulados para reafirmação da estrutura produtiva. Contudo, esta manipulação não se dá porque o direito seria neutro e, na disputa por poder dos agentes sociais, seria apropriado e utilizado pelo “vitorioso” do conflito. A reprodução capitalista que reduz os significados da função social em prol da aplicação hegemônica da propriedade privada sobre a perspectiva de mercado se dá em decorrência da incrustação desta dimensão no direito (POLANYI, 2012), tornando aplicável apenas um tipo de realização de função social na propriedade (privada).

Como exemplo tem-se o Programa Minha Casa, Minha Vida. O programa do governo federal reproduzido nas escalas estaduais e municipais parece, a primeira vista, apenas um marco legal que permite a flexibilização de parâmetros territoriais (urbanísticos ou ambientais) para que possibilite a regularização fundiária ou construção de empreendimentos habitacionais⁷.

No entanto, o programa acaba por reforçar a visão privatista da propriedade e moradia permitindo que estes programas ocorram apenas na perspectiva do mercado e na forma como os agentes que o realizam (empreiteiras).

A mesma manipulação e apropriação se dão sobre as demais dimensões da função social que significariam qualquer limitação à perspectiva de mercado. Recursos naturais que são comuns a toda sociedade são privatizados para a necessidade da economia de mercado e, quando ameaçados, em vez de serem discutidos ou re-apropriados pelas comunidades, são retraduzidos dentro de marcos normativos como “serviços ambientais”, por exemplo⁸.

Portanto, o que se apresenta é que apesar da diversidade e dimensões que existem na função social da propriedade a mesma é utilizada apenas para reforçar o uso de instrumentos jurídicos para a hegemonização do uso da propriedade sobre a perspectiva de mercado. Sendo assim, os instrumentos de políticas urbanas, por exemplo, as operações urbanas consorciadas, não são utilizadas para concretizar direitos das populações das ocupações, mas para retirá-las de lá e possibilitar a implantação de projetos imobiliários que reproduza a moradia sob a forma da propriedade privada mercadoria. Ou parâmetros ambientais são utilizados para remover comunidades tradicionais de áreas que interessam a reprodução de estruturas que servem à economia de mercado (grandes projetos de infraestrutura como hidrelétricas ou rodovias que removem populações/comunidades locais sobre o argumento da “proteção ambiental e interesse público”, mas reproduzem padrões de utilização do solo que não se apoiam em tecnologias sustentáveis – caso da Cidade

⁷ Programa Minha Casa, Minha Vida, Lei nº 11.977/2009.

⁸ O novo marco legal do Estatuto das Metrôpoles, Lei nº 13.089 de 2015 que criou uma compensação aos municípios que tivessem recursos necessários as centralidades produtoras. Esta compensação teria como objetivo que o município preservasse o recurso necessário.

Administrativa do Estado de Minas Gerais ou grandes hidrelétricas, como Jirau e Belo Monte).

Sendo assim, a função social é exprimida ou suprimida entre o simbólico e o encriptado, pois a estrutura do direito condiciona sua inefetividade qualitativa através dos meios de encriptação de poder presentes na forma jurídica, conferindo-a o espectro de legislação simbólica.

CONCLUSÃO

Diante do panorama apresentado sustentamos que a função social situa-se num limbo político-jurídico, no qual apresenta conteúdos que poderiam ser apropriados numa perspectiva pluralista, ou seja, reconhecimento de outras formas do uso da propriedade, contudo é reduzida, por causa da encriptação de poder presente na forma do direito hegemônico, em apenas um significado, conferindo aos demais nenhuma aplicação. Logo, na prática, pela imaterialidade dos significados do instituto, ele tem sua efetividade qualitativa prejudicada, se tornando legislação simbólica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; **ARAÚJO**, Marinella Machado. A responsabilidade da administração pública pela concretização do sistema urbanístico-ambiental sustentável. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, v. 51, p.70-88, dez./jan. 2014.

ARAÚJO, Marinella Machado. **Reflexões sobre a existência de um Estado Plurinacional latino-americano**. Coimbra: Coimbra Editores, 2015.

ARAÚJO, Marinella Machado (Coord.) **Função social da propriedade e usucapião de bens públicos dominiais: uma proposta alternativa para a aplicação dos art. 183 e 191 da constituição de 1988**. 2013. Relatório de Pesquisa – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, NUJUP, Belo Horizonte, 2013.

ARAÚJO, Marinella Machado; **ALMEIDA**, Alessandra Bagno. A efetividade do direito à boa administração: o papel da sustentabilidade. In: **SOUZA**, Adriano Stanley Rocha;

ARAÚJO, Marinella Machado. **Estudos Avançados de Sustentabilidade Urbano-Ambiental**. ed. Arraes: Belo Horizonte, 2014. Cap. 3, p. 37-64.

ARAÚJO, Marinella Machado; **PIRES**, Cristiano Tolentino. Usucapião de terras devolutas: uma interpretação que concretiza a função social dos bens públicos. In: **SOUZA**, Adriano Stanley Rocha; **ARAÚJO**, Marinella Machado. **Estudos Avançados de direito à moradia**. ed. Arraes: Belo Horizonte, 2014. Cap. 142-162.

ARAÚJO, Rogério Palhares Zschaber. **Contradições e possibilidades da regulação ambiental no espaço urbano**. 2009. 221 f., enc. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Departamento de Geografia .

BRASIL. Código Civil (2002). Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei (1941). Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 jul 1941.

BRASIL. Estatuto da Cidade (2001). Lei n 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jul 2001.

BRASIL. Programa Minha Casa Minha Vida (2009). Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 jul 2009.

BRASIL. Estatuto da Metrópole (2015). Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília 13 jan. 2015.

DINIZ, Maria. **DINIZ**, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: volume 1 : teoria geral do direito civil. 21. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004. 539p.

ENGELS, Friedrich. **O socialismo jurídico**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012. 77 p.

FERNANDES, Edésio; **MALDONADO COPELLO**, María Mercedes. El derecho y la política de suelo en América Latina: nuevos paradigmas y posibilidades de acción. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 54, nov./dez. 2010.

Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70130>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

GOMES, Orlando; **FACHIN**, Luiz Edson. **Direitos reais**. 19. ed. rev., atual. e aum. / por Luiz Edson Fac Rio de Janeiro: Forense, 2004. 496p.

HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. 2. ed. São Paulo: Annablume, 2006. 251 p.

HARVEY, David. **Justice, nature and the geography of difference**. Oxford: Blackwell, 1996. 468p.

LEFEBVRE, Henri. **A cidade do capital**. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. 180p.

LEFEBVRE, Henri. **Espaço e política**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. 190 p.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. 318 p.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013-. v1.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2013. 134 p.

MEDICI, Alejandro. Los poderes inmoniadados del constitucionalismo latinoamericano. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**. Ano IV No. 8 Julio-Diciembre 2012, p. 55-73.

MENDÉZ HINCAPIÉ, Gabriel; **SANÍN RESTREPO**, Ricardo. La constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, Sevilla, n. 8, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%208/Redhes8-05.pdf>>. Acesso em 05 out 2014

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 263 p.

PACHUKANIS, E. B. (Evgeny Bronislavovich). **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Academica, 1988. 136p

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume 4 : posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 467p..

POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens da nossa época. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, c2012. xvi, 342 p.

OSÓRIO, Letícia Marques. The social function of property. Disponível em: <<http://www.ri.ghettothecityplatform.org.br/>>. Acesso em 15 nov. 2014.

PIRES, Cristiano Tolentino. Usucapião de terras devolutas: uma (re)leitura dos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único da Constituição da República a partir da função social dos bens públicos. 2014. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2014.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. xix, 306 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: volume 5 : direitos reais. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. 867 p.

SANÍN RESTREPO, Ricardo. Teoria crítica constitucional. San Luís Potosí: USLP, CENEJUS, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. 512 p.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 470 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: volume 5: direitos reais. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. xv, 676 p.