XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

JONATHAN BARROS VITA

ESTEFÂNIA NAIARA DA SILVA LINO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves
Jonathan Barros Vita
Estefânia Naiara Da Silva Lino – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-801-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito ocorreu em Goiânia entre os dias 19 e 21 de junho de 2019, sob o tema: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I, Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Everton Das Neves Gonçalves e Estefânia Naiara Da Silva Lino, vez que o referido GT foi palco de profícuas discussões decorrentes dos trabalhos apresentados, os quais são publicados na presente obra.

O desenvolvimento econômico sustentável, estudado no plano do direito e da economia hoje vem ganhando espaço importante nas discussões acadêmicas, o que vem se refletindo no volume e qualidade de trabalhos apresentados, colocando esses ramos didaticamente autônomos do direito em posição de destaque nas discussões contemporâneas, vez que afetam fortemente os cidadãos.

Tendo como pano de fundo esses ramos didaticamente autônomos do direito, foi possível agrupar os 20 trabalhos apresentados em alguns grupos, os quais se seguem:

• Análise econômica do direito e direitos humanos, sendo uma mistura de trabalhos teóricos e práticos (artigos 1-4);

• Empresa e sustentabilidade, denotando várias facetas necessárias às empresas no contexto da modernidade (artigos 5-8);

• Temas relacionados com o meio ambiente de forma mais ampla (artigos 9-13);

• Urbanismo e sustentabilidade, com temas teórico-práticos (artigos 14-15);

• Análise econômica e direito à saúde (16-17); e

• Temas internacionais ligados à sustentabilidade (artigos 18-20).

É a partir do roteiro firmado, que teoria e prática se encontram tendo como pano de fundo a sustentabilidade, perfazendo uma publicação que se imagina que será de grande valia, dada a qualidade dos artigos, para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um importante espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos da graduação e pós-graduação em direito.

Finalmente, deixa-se aos leitores um desejo de uma boa leitura, fruto da contribuição de um Grupo de trabalho que reuniu diversos textos e autores de todo o Brasil para servir como resultado de pesquisas científicas realizadas no âmbito dos cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu de nosso país.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita – Unimar

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves – Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Estefânia Naiara Da Silva Lino – Universidade de Rio Verde

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO DE PROPRIEDADE URBANA SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE RIGHT OF URBAN PROPERTY FROM THE POINT OF VIEW OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Norma Sônia Novaes Campos
Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho

Resumo

A análise que aqui se faz é que o preço do direito liberal de propriedade, não está associado somente ao custo de mercado da propriedade, vemos que é amparado por uma estrutura burocrática pública, mostrando um esforço público na proteção de um direito liberal, que nem sempre está disponível para a população em geral, senão apenas a um seleto grupo de pessoas. Justamente quem menos precisa proteção e justamente quem mais advoga em prol de um estado mínimo e não assistencialista são os que filam grande fatia do recursos orçamentários, principalmente daqueles destinados à manutenção do estado de direitos.

Palavras-chave: Custo dos direitos, Propriedade, Orçamento, Desigualdade, Liberalismo

Abstract/Resumen/Résumé

The analysis that is made here is about the costs of property right, it is not only associated with the market cost of the property, there is a public bureaucratic structure implied in its protection. We see a public effort to protect a liberal right, which is not always available to the general population, but to a select group of people. It is precisely those who need less protection and precisely those who advocate for a minimum and non-welfare state are those who are filing a large share of budgetary resources, especially those aimed at maintaining the rule of rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cost of rights, Property, Budget, Inequality, Liberalism

INTRODUÇÃO

Fica claro em qualquer olhar pelo mundo, mesmo que este olhar seja desatendo, que há uma grande desigualdade no que diz respeito ao acesso a direitos quaisquer que sejam eles. Podemos falar em direito à vida, em direito à liberdade, em direito à educação, em direito à saúde, em direito ao meio ambiente, em direito à propriedade dentre tantos outros que poderíamos elencar aqui por horas. O fato é que a desigualdade de acesso a estes direitos é patente ao se analisar o cenário mundial mesmo que se trate de uma análise superficial, e tal constatação começa por nos intrigar, e traz à tona as questões relacionadas aos porquês desta situação. A primeira possibilidade que se levanta, que justificaria o cenário de desigualdade no acesso destes direitos, estaria relacionada com a capacidade econômica de nações, e sendo assim as nações mais desenvolvidas teriam maiores condições de proverem seus jurisdicionados com determinados direitos, enquanto que nações mais pobres se veriam impossibilitadas de tal provisionamento por questões de limitação econômica.

Deixando de lado uma análise transfronteiriça e fazendo esta mesma análise dentro de uma só nação, ainda assim veríamos a desigualdade no acesso aos direitos, quaisquer que sejam eles, porque a mesma desigualdade continua a existir mesmo no contexto de uma única nação, desigualdade esta que sempre existirá, embora varie de grau quando se varia a nação, parece ser a nota oníssona do provisionamento de direitos em geral. E sendo assim, a existência do direito parece escapar de sua tradicional abordagem ética moral, e passa a ser explicada por aspectos primordialmente econômicos. Uma verdadeira reviravolta em todo o entendimento das ciências jurídicas, um novo desafio que se ergue, uma dialética jurídica que extrapola o dever ser e da ética jurídica, vindo a se encontrar com conceitos de efetividade da atividade jurisdicional.

A pergunta natural é: Quanto custa um direito? Esta é uma pergunta recorrente aos operadores e pesquisadores do direito. A questão começa a se dissecar com a sistematização dos direitos em dois grandes grupos: os direitos positivos e os direitos negativos. Os direitos positivos implicam direitos obrigacionais, obrigações estatais para com o seu jurisdicionado, implicam ações diretas do estado, implementações que garantam a existência direta de um direito. Os direitos negativos, pelo contrário, são visto como limitações ou vedações estatais. Quase sempre exemplificados pelas liberdades individuais, que só existirão pela não atuação do estado.

A dimensão econômica parece clara quando se trata dos direitos positivos. Uma vez que eles implicam ação direta do estado fica subjacente a ideia de custo, uma vez que toda

ação traz consigo um custo operacional. Todavia os direitos negativos são na maior parte dos casos vistos como direitos sem custos, por que não implicam ações direitas do estado, outrossim nascem da abstenção estatal em criar um espaço social de liberdades. Mas esta visão de que os direitos negativos, não possuem custos é equivocada, uma análise mais atenciosa e ver-se-á que todos os direitos apresentam custos, e que os custos associados a direitos negativos podem muitas das vezes superar os custos associados a direitos positivos. Nesta discussão se digladiarão em vão liberais e conservadores, defensores do estado mínimo e defensores do estado social, sem se chegar a um consenso.

Neste artigo a discussão dos custos dos direitos se dará em torno do direito à propriedade, um direito de natureza tipicamente liberal, constituinte da categoria de liberdades individuais garantidas, pelo menos em tese, pela maioria dos estados modernos, especialmente os ocidentais. A discussão não retrata fielmente o custo do direito dada a sua intrínseca dificuldade de individualização e quantificação, mas busca retratar o cenário institucional criado e mantido pelo poder estatal que ao final das contas, acaba por dar proteção e efetividade ao direito de propriedade. Outro ponto abordado diz respeito a como esta teia institucional custa caro aos cofres públicos, e dando suporte a um direito de natureza privada, que dadas as condições das desigualdades brasileiras, acaba por privilegiar uma seleta classe de proprietários, que justamente advogam contra a grandeza do aparato estatal em favor de um estado eficiente e mínimo.

1 DIREITOS NEGATIVOS E POSITIVOS: QUAL DELES CUSTA MAIS?

Holmes e Sunstein (1999) começam sua obra com uma interessante estória, transcorrida há cerca de 20 anos, o famoso incêndio de Westhampton, um incêndio de grande magnitude que consumiu boa parte de Westhampton, uma das mais nobres regiões de Nova Iorque. O aspecto interessante desta estória é o fato de que o bem jurídico que foi protegido eram propriedades privadas de um seleto grupo de famílias extremamente abastadas, e mais ainda, tal proteção se deu às custas de recursos públicos numa caríssima operação de combate ao incêndio, que mobilizou milhares de pessoas dentre funcionários públicos e civis.

E aí começam as contradições. Muitos daqueles que afirmam que o estado é sobremodo grande, que oprime grande parte da população com elevada tributação, são beneficiados diretamente, tendo seus direitos assegurados pelo grande Leviatã. No caso de Westhampton, no calor do momento, agentes públicos foram capazes de organizar um caro e

coletivo esforço para defender propriedades privadas, empenhando recursos públicos arrecadados pela coletividade como um todo, para uma situação emergencial de resgate de bens pertencentes a um pequeno grupo de famílias abastadas. Aparentemente não há nada de errado nisto, uma vez que estes cidadãos agora benficiados são contribuintes e merecem receber ajuda quando necessitarem.

A discussão em torno dos custos dos direitos se delineia em torno da ideia de que o poder público (federal estadual e local) sempre lançará mão dos recursos que são públicos para salvar suas propriedades ou incrementar-lhes o valor, direitos particulares. Este fato é constatado em todo o ramo do direito. A despeito da grande quantidade de crimes ocorridos nos e EUA, a maioria dos americanos se sentem seguros na maior parte do tempo, e em grande medida devido aos esforços policiais, assalariados públicos que protegem uma das liberdades mais básicas: a segurança física e pessoal.

A estória de Westhampton é a história da propriedade privada americana e mundial, enfim, é a verdadeira história de todo direito liberal. Quando estruturado constitucionalmente e feito democraticamente responsável, o governo é um indispensável dispositivo para mobilizar efetivamente recursos difusos de uma comunidade, trazendo-o para a solução de problemas, identificados demandas, onde quer que elas apareçam. A constituição da república estabelece bases protetivas dos direitos, a serem instrumentalizadas pelo estado, independentemente se são liberdades individuais (direitos velhos ou direitos negativos) ou se são direitos sociais (direitos novos ou direitos positivos).

As discussões são sempre fervorosas a respeito da preponderância de um ou do outro tipo de direito, mas são tão desinformadas quanto fervorosas, alcançado patamares baixíssimos de detalhamento teórico, e patamares altíssimos de vieses ideológicos. O pensamento mais comum é que direitos positivos sobrecarregam o estado, cria um peso nas costas dos sistemas econômicos, fomenta o não trabalho e a vida às expensas de auxílios estatais; por outro lado os direitos negativos são a chave para o crescimento econômico, essenciais ao crescimento econômico e desenvolvimentos dos processos produtivos, são valores imaculados, que como pelo toque de uma vara de condão, são capazes, *per si,* de promoverem o bem-estar do povo, a igualdade formal e material, não tendo consigo nenhum efeito colateral e nenhuma externalidade negativa.

Nesta discussão mister se faz algumas definições como a definição de Direitos e a definição de Custos. Os direitos são definidos como tendo uma vertente moral e outra descritiva. Os direitos morais não estão necessariamente codificados, mas estão presentes no ideário coletivo, fruto de asseios coletivos de uma comunidade politicamente organizada. São

aqueles direitos que nunca poderão ser negligenciados diante do tribunal da consciência. Na vertente descritiva se situam o filósofo utilitarista Jeremy Bentham e filósofos como Kelsem e Hart, que utilizam uma abordagem mais descritiva e menos valorativa, está mais preocupada em explicar a sistemática do que explicar a perspectiva filosófica. Mas não nega nem afirma nem o ceticismo ético nem o relativismo moral.

Todavia o que faz do direito um norma exigível não é a força coercitiva da lei. A legitimação da norma é um processo muito mais complexo e depende da interação entre lei e indivíduo social. Ficará claro ao longo deste texto que os direitos não são garantidos pela força legal, mas são protegidos pelo arcabouço instrumental de uma comunidade politicamente organizada. Somente a organização social pode garantir que o direito de um cidadão não ultrapasse o direito de outro, num respeito precípuo que fomente a convivência harmoniosa no sistema social, o que redunda na legitimação da norma no seio social.

Quando se fala em custos de direitos há que se ter em mente a perspectiva descritiva. Custos morais têm custos orçamentários somente se a natureza deles são politicamente estipuladas e interpretada – isto é, somente se eles são reconhecidos pelo direito. O fato é que todos os direitos exercitáveis e úteis têm custos orçamentários. Os custos públicos de uma serventia judicial ou extrajudicial ou mesmo os custos de um departamento de polícia constituem o 'perímetro protetivo' que faz possível o gozo e o exercício de outros direitos constitucionais básicos, dentre eles o direito de propriedade.

No direito brasileiro há a diferença entre imposto e taxa. Os impostos são devidos pela coletividade como um todo, independentemente de o contribuinte receber alguma contrapartida proveniente do mesmo, já as taxas são devidas por indivíduos que usufruem de um serviço direcionado e divisível. Os direitos e liberdades individuais são garantidos pela estrutura estatal como um todo, sendo, portanto, custeados pelos impostos e não por taxas. No âmbito do direito de propriedade, o mesmo é garantido pelos dois tipos de tributos. Há uma estrutura estatal que garante o poder de polícia de natureza multi institucional e indivisível mantida pelos impostos, e existem as serventias extrajudiciais que são custeadas por uma composição híbrida que considera impostos e taxas. Exemplo disto é que as serventias cobram emolumentos pelos serviços prestados, assim como taxas de fiscalização, destinadas ao judiciário que supervisiona e audita a atividade notarial e registral. Vale notar que a estrutura judiciária já existe em função do exercício de uma gama direitos na sociedade, todavia parte de seu esforço laboral é voltado a esta atividade que está umbilicalmente ligada ao direito de propriedade. direitos individuais, por excelência privados acabam sendo promovidos por toda uma estrutura e uma função pública.

Neste contexto não só o indivíduo proprietário se beneficiam deste direito mas toda a coletividade colhe os resultados da segurança jurídica imanente deste sistema de coisas financiado em parte por taxas e em parte por impostos. É certo que o proprietário se beneficia diretamente deste direito mas não podemos negar que toda a coletividade goza de uma estabilidade jurídica, fruto do desenvolvimento de uma atividade notarial e registral sólidas. Não seria absurdo dizer que tais direitos individuais são na verdade direitos públicos, já que seus efeitos irradiam por todo o ordenamento, atingindo e resguardando toda a coletividade.

No caso da atividade registral e notarial exercida no âmbito da proteção dos direitos proprietários privados (mesmo porque a atividade também se prestam a outras proteções) parte dos custos têm natureza orçamentária e outras não o possuem. Exemplificando estes últimos temos os emolumentos e as taxas judiciárias, que são contrapartidas compulsórias impostas ao contribuinte pela prestação de um serviço definido e divisível. O fato destes tributos não possuírem natureza orçamentária não quer dizer que não são custos públicos e sem impactos nas finanças públicas, pelo contrário, são custos públicos diretamente financiados pelo contribuinte, em remuneração de uma atividade pública, na maioria das vezes, exercida em caráter de delegação. Constituem em sua essência custos transacionais associados à garantia e à manutenção de um sistema protetivo, com fulcro na proteção da propriedade.

Isto não constitui uma anomalia do sistema, alguns tradicionais direitos são tão caros que são chamados de auto financiados, dentre eles estão: o direito à propriedade privada, o direito à educação. Mas mesmo assim não estão isentos de gastos públicos, impõem um fardo nas finanças públicas bem além dos seus custos diretos, todavia muitos deles não devem ter sua efetividade atrelada a existência de recursos, são premissas maiores que devem se sobrepor a qualquer questão orçamentária.

Em contrapartida os custos das liberdades individuais podem ter custos e externalidades tão elevados, que a moral da lei toma sentido inverso. Não é a moral que define o que é certo e o que não é, são os custos orçamentários que passam a nortear a moral e a definir o que é certo e o que não é certo. Como exemplo podemos citar o uso do tabaco. As pessoas são livres para o seu uso, em nada sendo criminalizado, todavia os custos previdenciários são impactados pelo exercício desta liberdade, fazendo com que o estado lance mão da seletividade tributária para coibir e desestimular o exercício da liberdade, assim como para auferir receitas para custear em parte os sistemas previdenciário e de saúde que serão impactos pelo uso do tabaco, pelo exercício da liberdade. Assim as liberdades individuais são restringidos à luz do seu custo social. As normatizações de trânsito são outro

exemplo. O direito de ir e vir é restringido por que dele resulta prejuízos públicos, seja no tratamento de doenças ou seja no sistema previdenciário, ou seja, o direito individual imporia um custo para a coletividade.

Assegurar que os direitos têm custos é o mesmo que confessar que para termos alguma coisa temos que dar algo em troca. Ignorar os custos dos direitos é ter uma grande questão fora da discussão. Os interesses dos contribuintes são diretamente atingidos pelo processo legislativo de tal forma que este é determinado por aquele. A restrição de direitos claramente tem impacto positivo no orçamento. Se perguntar quanto custa os direitos não é questionar sua importância, mas mostrar reafirmar nosso compromisso orçamentário com sua defesa. Isto é uma questão de valoração moral e política, não pode ser visto como uma simples contabilidade.

Por outro lado os defensores do estado mínimo adotam uma abordagem cega dos custos dos direitos, principalmente para a proteção dos chamados direitos negativos de propriedade e de contrato, porque olhar fixamente para os custos destruiria a ficção libertária de indivíduos que exercem seus direitos, atentar para os custos destes direitos negativos esmaeceria o ideário da independência e da autonomia da vontade frente ao estado, afinal não querem ser pintados como dependentes do estado, não querem parecer assistidos pelos esforços públicos, querem viver na ficção de que são livres e não dependem do estado, portanto, não representam fardo a nenhum outro cidadão.

A constatação dos custos públicos de direitos não sociais mostram, dentre outras coisas, que 'patrimônio privado', como o conhecemos, existe somente como resultado das instituições públicas. Aqueles que combatem os programas assistenciais, deveriam ser encorajados a enxergar o óbvio – que a definição, interpretação, proteção, dos direitos à propriedade é uma tarefa governamental entregue para aqueles que podem possuir algum bem, sendo financiadas pelas contribuições da sociedade como um todo.

A interconexão entre direito e orçamento cria um problema sério, como já dito, subverte a relação entre moral e direito. Como a justiça realmente se dá? É fruto de um espírito imanente que se consubstancia em normas ou é a alocação orçamentária que dá tangibilidade aos direitos. A atenção aos custos dos direitos se levantam juntamente com uma enxurrada de questões, não apenas a respeito de quanto custa diversos direitos, mas também a respeito de como alocar nossos escassos recursos para a proteção de quais direitos e para quem. Quais princípios são comumente invocados para guiar esta alocação? E estes princípios devem ser defendidos?

Finalmente, a simples ideia de que direito tem custos apontam o caminho para apreciação da inevitabilidade do governo e das tantas coisas boas que ele faz, muitos das quais são tão garantidas, que aparentemente, não envolvem esforços governamentais. A atenção para os custos públicos na proteção de direitos privados coloca nova luz sobre antigas questões como o apropriado tamanho do estado regulatório-social e sobre a relação entre estado moderno e direitos liberais clássicos.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O direito de propriedade é consagrado no ordenamento brasileiro e também o é na maioria dos países do mundo salvo, é claro, raríssimas exceções. Se perguntássemos por suas origens, uns diriam-na no código de Hamurábi, outros diriam no direito romano, outros diriam-na na Magna Carta de 1215. O fato é que o direito de propriedade, já existe há muito tempo e ao longo das eras sagrou-se como direito absoluto, sob o qual se apoiava todo o sistema legal de nações inteiras.

A divisão do Brasil em 15 capitanias em 1532, marcou o início do quarteamento das propriedades imobiliárias brasileiras. Estas foram destinadas a um grupo seleto de pessoas com ligações fortes com o governo. Para Junqueira (1976) esta divisão foi feita pela carta régia de 28 de setembro de 1532, editada por D. João III, e por ela foi concedido muito mais que terras, mas também poder político e jurídico uma vez que eram eles, os chefes das capitanias, que operacionalizavam o direito de sesmaria para quem lhes conviesse.

O regime de sesmarias vigorou até 1822, e não implicava a transferência da propriedade, mas somente a transferência do domínio útil com a responsabilidade de demarcação de limites e recolhimento dos impostos. Com o término do regime das sesmarias houve um vazio legal até 1850, também conhecido como regime das posses, pois não havia nenhuma regulamentação estabelecida para a propriedade. Novaes (2017) diz que:

> Tal período é conhecido período do regime de posses, uma vez que propriedades eram ocupadas e a posse se tornou o principal liame jurídico. De 1822 até 1850 o regime das posse ou regime extralegal vigorou. Neste período, os sesmeiros em adimplência, foram reconhecidos como proprietários legítimos; Outros possuidores de terras originárias - sesmarias inadimplidas tiveram: ou suas terras retomadas, ou lá permaneceram sem nenhum título hábil.
> Pag. 17, Novaes (2017).

O vazio legal durou até 1850 com a edição da Lei 601/1850 que legitimava a aquisição pela posse. A partir de 1850 as posses que fossem levadas às paróquias e registradas no livro paroquial, passavam ao domínio privado, daí deste período ser conhecido como período do registro do vigário.

Novaes (2017) diz que

> A lei orçamentária 317/1843, regulamentada pelo decreto 482/1846 criou o registro de hipotecas com o fim de assegurar o pagamento de créditos oriundos da atividade agrícola, a principal atividade econômica do Brasil. O registro das hipotecas visava proteger o capital empenhado na atividade produtiva, todavia estava sempre atrelado à propriedade, e sua eficácia foi limitada pela falta dos requisitos da especialidade[1] e da publicidade[2]. O Registro de hipotecas é considerado o precursor do atual sistema registral imobiliário, pois diante de seu fracasso para a proteção do crédito passou a ser usado para o registro de transmissão da propriedade, dando ensejo à lei 1237/1864, que criou o então chamado Registro Geral.
> Pag. 18, Novaes (2017)

O custo financeiro do direito já pode ser visto aqui, no início de sua existência. O direito de propriedade nesta época só não se tornou geral e irestrito devidos aos altos custo de demarcação e regularização. Além de complexo o processo de medição à época, era também dispendioso.

A insuficiência de recursos para a medição de terras, segundo Novaes (2017) foi uma das causas da pouca efetividade da lei de terras do império (Lei 601/1850), todavia, esta pode ser considerada um marco histórico no ímpeto estatal pela regularização fundiária. O interesse do governo em regularizar a questão fundiária muito provavelmente se fundava em regularizar e legitimar as oligarquias dominantes que circundavam as altas rodas do poder e que haviam sido beneficiadas em tempos anteriores pelo regime de sesmarias ou regime das posses. Mais uma vez se vê aqui um grande esforço público na afirmação de um direito privado por excelência, e na manutenção de *status quo* de uma minoria dominante. Em outras

---

1 Especialidade: devido à precariedade dos registros do vigário a descrição dos imóveis era imprecisa e precária, e desta forma era impossível a descrição exata do imóvel, não preenchendo a premissa básico do princípio da especialidade.

2 Publicidade: a não existência de um sistema unificado de registro impedia o conhecimento de todos os atos atinentes a um bem imóvel.

palavras o que se vê é dinheiro público e a estrutura administrativa pública debruçada e comprometida com a preservação do capital e dos interesses de uma minoria.

O paradoxo que se levanta aqui é óbvio, a liberdade de propriedade e de contrato avançam e propulsionam os ideais liberais, ao compasso do alargamento da pobreza extrema, da desigualdade social e do atraso econômico. Assim direitos sociais não existiam ainda, só viriam a existir no final do século XIX (no plano filosófico), direitos protetivos trabalhistas também não existem que assim com as caixas de assistência e o arcabouço previdenciário só viriam a existir lá pela metade do século XX, e o tão criticado Bolsa Família só passaria a existir às portas do terceiro milênio. Mas os direitos privados, estes sim já existiam e pasmem! Às custas do estado e de recursos públicos.

Deixando de lado esta discussão, que pode ser explicada à luz da cooptação das instituições, de qualquer forma fica claro que os direitos negativos custam, e custam caro. E consomem a estrutura do estado já desde antes existirem direitos positivos.

Nesta época vivíamos ainda o Brasil Império, o Sistema Registral estava sendo aquilatado, iniciando-se com a lei das hipotecas de 1843 e consolidando-se com o Registro Geral em 1864. Esta evolução se fez necessária dada a preocupação com o capital envolvido no sistema produtivo. A lei das hipotecas surgiu para dar solidez aos empenhos realizados por comerciantes e banqueiros da metrópole, a segurança jurídica e a necessidade de diminuição de litígios forçava-nos nesta direção da instituição de uma teia de segurança para preservação de direitos privados e assecuração da liberdade contratual. Assim descreve Novaes (2017)

> No campo legal vivia-se um cenário de incertezas e alterações jurídicas foram conduzidas para minorar os riscos ao capital envolvido na atividade produtiva, a leis das hipotecas, tido como o embrião do sistema notarial brasileiro, viera para dar mais segurança ao financiamento das safras. No campo social e político as mudanças respondiam a uma pequena aristocracia que se apropriara de toda a vastidão de terras do estado, a população em sua grade maioria vivia sob o jugo de senhores de escravos e senhores de engenho, e mais adiante dos barões do café, todos sistemas produtivos quase feudais, caracterizados pela exploração de mão de obra barata, nenhuma distribuição de renda e pouquíssima mobilidade social.
>
> Pag. 19, Novaes (2017)

Com o advento da segunda revolução copernicana, alçou-se o homem ao centro do sistema jurídico e a propriedade passou a ter outro espaço não central mas não menos

importante. É certo que perdeu o caráter de direito absoluto, mas ainda assim constitui um dos pilares da sociedade ocidental, marco do liberalismo econômico.

No Brasil desde o processo de colonização o caráter de propriedade de terras pouco mudou. A maior mudança não se deu no direito em si, mas na titularidade do direito, que passou do monarca para o particular ao longo da transição de império para república. O regime de Sesmaria durou até início do século XIX, seguido pelo regime das posses por 50 anos, e desde então permanece como tal até meados do século XX quando tem incorporado a um de seus requisitos o conceito da função social, refreando assim, parte do seu caráter absoluto.

A partir do regime das posses, também chamado de vazio legal, o direito de propriedade imobiliária está totalmente imbicado no sistema notarial e registral brasileiro. A inscrição do imóvel no fólio real marca o seu nascimento para o mundo jurídico, trazendo consigo princípios régios como o da publicidade, da veracidade e da fé pública, princípios estes típicos de coisas públicas utilizados aqui para assegurar o direito privado. Desde então se transmite de um para outro mediante escrituras públicas lavradas em Tabelionatos de notas, instruídas com certidões diversas vindas ora do cartório de Registro Civil, ora do Tabelionato de Protesto, ora de serventias judiciais ou repartições administrativas dos entes federativos.

No direito de propriedade, já no seu nascimento ou mesmo na sua transmissão, demanda de um enorme esforço público no sentido de lhe dar concretude e efetividade. Diversos órgãos e departamentos são chamados a dar suporte ao direito de propriedade, sobretudo para que se lhe confira a efetividade e as presunções de que goza no nosso ordenamento.

3 PASSOS PARA O NASCIMENTO DE UM DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade pode também ser transferido a partir da disposição de vontade do proprietário. Neste caso uma série de atos será necessária para a concretização da transação do direito imobiliário. Atos estes que envolverão uma teia de instituições públicas, custeadas, mantidas e fiscalizadas pelo poder público às expensas de tributos recolhidos da sociedade como um todo. A transmissão de um bem imóvel é regida pelas leis 7.433/85 (BRASIL, 1985), regulamentada pelo decreto 93.240/86(BRASIL, 1986), pela lei de Registro Públicos, Lei 6015/1973, (BRASIL 1973), além do Código Civil e de outras disposições legais.

No código civil (BRASIL 2002) é estabelecido no artigo 1245: "*Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no registro de imóveis*".

Em uma compra e venda, por exemplo, é necessário retirar as certidões relativas à situação do imóvel. A cadeia se inicia com a certidão de inteiro teor da matrícula e a certidão de ações reais e pessoais reipersecutórias as quais são requeridas e retiradas na serventia extra judicial de registro de imóveis da comarca.

Passo seguinte são exigidas certidões pessoais, certidões referentes ao transmitente ou proprietário do imóvel: certidão do cartório distribuidor da comarca onde está localizado o imóvel, e da comarca onde reside o transmitente se forem diversas. Estas certidões devem ser cíveis e criminais e dos juízados especiais cíveis e criminais afim de garantir certeza e segurança na transmissão. Tais certidões assegurarão que o vendedor não tenha dívidas ou ações que possam recair sobre o bem ora transmitido, sendo assim, elas contribuem para a publicidade, bem como para a segurança jurídica das relações envolvendo transmissão de direitos imobiliários.

A justiça do trabalho, expedirá a certidão trabalhista, a fim de se informar a respeito de pendências trabalhistas que possam impor ônus sobre o bem imóvel.

São requeridas também no ato da lavratura da escritura, as certidões tributárias junto às fazendas municipal e estadual conforme a natureza do bem imóvel que atestem o recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações de Bens e Direitos (ITCD). Também será verificada através de certidão tributária, a regularidade fiscal. É necessário que o imóvel transmitido esteja livre e desembaraçado de Imposto Territorial Urbano (IPTU) ou Imposto Territorial Rural (ITR) a depender da natureza ou do uso do imóvel a ser transmitido.

As serventias de Registro civil também são chamadas a dar certidões, dando suporte à veracidades das informações atinentes à identidade dos titulares do direito bem como a respeito do seu estado civil, condição necessária para a definição de uma série de atos na sequência de um registro de imóveis.

Algumas certidões aqui arroladas podem ser dispensadas. Todavia a dispensa será uma faculdade do adquirente. Podem ser dispensadas, pelo adquirente do imóvel, as certidões judiciais cíveis, criminais e do juizado especial civel e criminal, referentes ao transmitente do imóvel, que podem ser retiradas nos cartórios judiciais de distribuição da comarca. Certidões e documentos pessoais estão todos previstos na lei 7433/85, regulamentada pelo decreto 93249/86, sendo que cada Estado da Federação regulamentam seus códigos de postura através

de provimentos expedidos pelos próprios Tribunais estaduais a fim de garantir maior segurança, transparência, certeza e agilidade na transmissão imobiliária.

Todas estas certidões são juntadas e levadas ao cartório de notas para a lavratura de escritura pública de compra e venda, doação ou qualquer outro modo de transmissão da propriedade imobiliária. Após a lavratura da referida escritura, deve-se promover o registro da mesma numa serventia de registro de imóveis na qual está localizado o imóvel transmitido. Tudo conforme estabelece o Artigo Do código civil que prevê que as transferência do direito real sobre imóvel apenas se constitui com o registro do Título aquisitivo no Registro imobiliário, salvo os casos de Usucapião (aquisições originária) em que o registro é apenas declaratório, todo este procedimento é exigido para qualquer transmissão de direitos reais assim sendo os arrolados no artigo 1225 do Código Civil.

A constituição de um direito real, se dá mediante ato complexo, que perpassa pela constituição do título e pelo seu posterior registro. Na constituição do título verificar-se-á a vontade entre as partes, é ato pré constitutivo para transmissões destes direitos e nesta fase se coleta a maioria das certidões necessárias e onde as instituições públicas são reiteradamente instadas a participarem. No registro do título há a constituição do direito, conforme a tradição do direito romano. Na fase da constituição do título são dados os passos formais necessários à transmissão de um direito real, necessários e anteriores ao registro, que por fim constituirá o direito.

Poder-se-ia dizer que muitas das instituições públicas que prestam informações garantidoras ao direito de propriedade o fazem subsidiariamente às suas funções principais. São cartórios judiciais, repartições tributárias, órgãos trabalhistas e previdênciários, cujas funções na estrutura burocráticas são outras que não o direito de propriedade propriamente dito, todavia dispendem de recurso material público e recurso humano público para a consecução de um direito tradicionalmente privado, mantra do estado liberal.

Também poder-se-ia dizer que que as outras instituições diretamente afetadas ao direito de propriedade, como por exemplo as serventias extrajudiciais de notas, de protesto e de registro são auto financiadas pelo direito em si mesmo, mediante cobrança de taxas e emolumentos por um serviço divisível e oneroso apenas aos que dele se beneficiam. Todavia mesmo aqui, o que vemos é uma enorme estrutura pública, prestadora de um serviço público. O carater de delegação deste serviço prestacional não lhe tira a característica de serviço público, esta lhe é inerente. Ademais há uma enorme estrutura judiciária diretamente adsorvida na fiscalização e no controle do exercício da atividade delegada. Vê-se aqui, mais

uma vez, recursos públicos empregados na garantia de um direito privado. Este não se faria sem aquele.

As diversas instituições públicas, umas incumbidas, outras apenas implicadas no processo de inscrição e constituição formal do direito, mostram que este direito de carater liberal consome muito mais da estrutura pública que muitos outros direitos sociais, e não resguardam apenas o direito de propriedade, mas de certa forma a todos os direitos reais arrolados no artigo 1.225, do Novo Código de Processo Civil[3]. Todos eles são direito reais constituídos sobre bens imóveis.

Sem muito esforço é fácil ver que o direito de propriedade é um direito positivo. E em sua atenção o estado dispensa muito mais esforços que na implementação de direitos tipicamente positivos. Não seria impróprio dizer que todo e qualquer direito é direito positivo, e de fato não é. desta mesma forma se posicionam Holmes e Sunstein (1999). A posição de Holmes e Sunstein (1999) é de que todos os direitos são positivos e, sendo assim, um estado sem dinheiro não é capaz de proteger e garantir direitos. Agora, se tivesse que alocar recursos parcos, qual direito seria protegido, e qual outro seria preterido?

Um paralelismo pode então ser construido acerca da questão anteriormente levanta a respeito da preponderância da ética jurídica em contraponto com a preponderância do orçamento público. Qual de fato é mais relevante no processo jurisdicional? Segundo a posição de Holmes e Sunstein (1999), se sem dinheiro é impossível garantir direitos, parece ser o recurso orçamentário o fator decisivo para se assegurar direitos, visto que a ética jurídica *per si* não é capaz de garanti-lo. É certo que o recurso orçamentário só garante direitos se atrelado a uma ética jurídica, todavia, ainda assim constitui o orçamento, o fator de efetividade, aquele que realmente garante a aplicação da norma ao caso concreto.

A cegueira quanto aos custos dos direitos negativos é tão forte que se cria uma ficção de que a não intervenção estatal na liberdade de contratar não tem custo algum para o estado. Holmes e Sunstein (1999) diz que o entendimento da suprema corte americana é de que "há uma básica diferença entre interferência direta do estado em uma atividade protegida e o encorajamento estatal de determinada alternativa". Proteção contra encargos é uma coisa enquanto que direito a um benefício é outra. Atrás desta distinção delineada pela Corte está uma premissa não dita. Liberdade diante do estado, não implica direito a financiamento público. Liberdades individuais não requerem performance governamental, mas simplesmente leniência estatal. Construído em torno destas linhas, direitos são como 'paredes contra o

3 De acordo com o artigo 1.225, do novo Código, com algumas alterações em relação ao antigo, os seguintes: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador de imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; e X - a anticrese.

estado' abarcando a certeza de que o congresso 'não deve fazer leis' restringindo a liberdade privada ou impondo excessivos fardos. Tal imunidade contra o governo é dito ser a essência do constitucionalismo. E enquanto ações custam caro, inações são relativamente baratas, ou até mesmo grátis. Todavia ao se analisar profundamente a estrutura jurídica e política de garantia das liberdades, ver-se-á uma outra realidade, a de que todos os direitos são positivos, e que as liberdades individuais custam caro sim, e mais grave ainda, são custeadas pela coletividade, mas acabam por beneficiar quem menos precisam ser beneficiados, os mais ricos, que são aqueles que de fato podem exercer as liberdades individuais, uma vez que não é possível existir liberdade genuína, se presente a desigualdade de oportunidade.

No caso do direito de propriedade imobiliária brasileiro esta é uma máxima verificável. Conforme arrolou-se acima, em rol não exaustivo, há uma série de instituições públicas cuja função principal é a proteção do direito de propriedade. Isto é alguma coisa ruim? A resposta é não. Os direitos devem ser protegidos, a segurança jurídicas facilita o fluxo de riquezas e fomenta o desenvolvimento econômico conforme bem expõe Haggard e Tiede (2011) e Yu, Beugelsdijke Hann (2014). Então é importante que o estado as custas de recursos públicos proteja o direito de propriedade. A questão que se discute é a extensão desta proteção, a quem ela serve e qual o seu impacto na sociedade como um todo. A quantos dos brasileiros está disponível o direito de propriedade? Quantos podem fruir benesses desta teia pública de proteção? A princípio a todos, não fossem as limitações de ordem econômica. Em condições de desigualdades somente aqueles que dispõem de condições econcômicas para o exercício deste direito é quem de fato pode exercê-lo e assim somente eles podem fruir do esforço público pela proteção do direito à propriedade. Aqui a limitação econômica faz com que este direito que é auto financiável (embora garantido constitucionalmente) se distancie e se torne intangível. Mesmo com grande parcela da população excluída deste processo, continua ele sendo garantido e protegido pelo investimento dos impostos, custeados por todos indistintamente. À parcela mais rica da população, que congenitamente é cega aos custos dos direitos negativos, cabe-lhes a maledicência aos programas sociais, os quais empregam parcos recursos, destinados a uma parcela da população historicamente preterida, excluída dos processos de fruição dos direitos e fora dos processos de desenvolvimento.

4 O ALCANCE DO DIREITO DE PROPRIEDADE BRASILEIRO

A propriedade privada brasileira historicamente tem sido um privilégio para poucos. Junqueira (1976) diz como o quarteamento do poder se deu logo no primeiro século do Brasil

colônia, com a característica de sempre beneficiar um pequeno grupo de indivíduo, um seleto grupo de pessoas próximas à corroa portuguesa. Lançou-se assim as bases da desigualdade brasileira, com implicações até os dias de hoje. Araújo (2009) também diz que o período das sesmarias foi marcado por um favoritismo elitista. Os recursos imobiliários eram sempre distribuídos a um seleto grupo de indivíduos, em detrimento de uma grande maioria que ficava a parte do processo de distribuição de riquesa.

Carvalho (1976) diz que o direito de propriedade no panorama brasileiro sempre foi privilégio de poucos. Começando com as cartas de sesmarias, passando pelo regime das posses, até os sistema registral atual, as desigualdades no acesso a propriedade sempre foi uma marca.

Esta situação de desigualdade histórica é reforçada pelo processo de globalização vivenciado no Brasil a partir do século XX, segundo afirmam Marcuse e van Kempen (2000) o desenvolvimento econômico em torno dos centros urbanos, impactou profundamente o cenário geopolítica da cidade brasileira. Embora tenha havido desenvolvimento econômico, houve piora nas condições de vidas das famílias, o ambiente urbano se expande rapidamente, de forma desordenada consolida um cenário de deterioração, de favelização, de pobreza e de desigualdade.

Glaser e Tobio (2009) dizem que mesmo num ambiente de desenvolvimento econômico, a desigualdade social se acentua e grande parte da massa de trabalhadores urbanos não desfruta das benesses do desenvolvimento econômico. A desigualdade social priva os cidadãos até mesmo de serviços essenciais, e não seria diferente com o direito de propriedade, caro por excelência. Além do mais o clandestinismo e a irregularidade das favelas colocam o cidadão pobre, privado do direito à propriedade, assim definido em termos legais.

A desigualdade urbana brasileira, considerada resiliente, continua a aumentar a despeito de investimentos para sua erradicação. Nem as políticas setoriais nem o setor privado, segundo Maricato (2006), foram capazes de suprir a demanda de habitações nas cidades do Brasil e suas favelas, que segundo a ONU-Habitat (2010), continuam a crescer à medida em que cresce a desigualdade social urbana. Paralelamente o direito de propriedade continua adstrito à elite tradicionalmente detentora dele.

A irregularidade jurídica dos assentamentos urbanos populares representam muito mais que uma dificuldade ao acesso à propriedade, representam quase uma impossibilidade, senão uma completa impossibilidade.

Novaes (2017) diz que " *Quando se olha para a cidade brasileira se depara com o perfeito arquétipo da cidade desigual, pessoas mais pobres vivendo em áreas segregadas, e com menor nível de escolaridade, e possuem menor renda. Dispõem de menor capital político, não ocupam os nichos de governança ficando além do alcance das políticas públicas*". A segregação sócio espacial impõe barreiras sociais, que impossibilitam a fruição de direitos por parte dos menos favorecidos economicamente. Novaes (2016) diz das mazelas brasileiras, e aponta a desigualdade urbana como uma fator homogênio ao longo de todo o território brasileiro e mostra que o Índice de Gini para 2009, que era de 0,52, apontando que o Brasil figurava dentre os países mais desiguais do mundo.

O contraste da cidade brasileira é visto em toda a parte. Santos (1994), diz que a cidade possui dois espaços bem definidos as zonas luminosas e as zonas escuras. Uma legal e servida de serviços públicos, outra ilegal e desprovida de infraestrutura urbana e de serviços públicos. Sendo assim na cidade legal, há direito de propriedade protegido pelas instituições estatais correlatas enquanto que na cidade ilegal não o há.

Maricato (2003) fala do universo urbano ilegal da cidade brasileira. Diz que a ilegalidade é a regra na grande cidade brasileira e que aproximadamente metade dos habitantes das grandes cidades vivem em situação de ilegalidade urbanística e aproximadamente 20% destes vivem em assentamentos irregulares e clandestinos.

Todo o aparato estatal de proteção do direito de propriedade haverá de proteger apenas um grupo. A assimetria na distribuição dos recursos públicos que já existe no plano urbano físico também existirá no plano urbano jurídico. Se no plano físico a maioria dos recursos públicos são destinados às áreas mais ricas e nobres, no plano jurídico a lógica se repete. Toda a estrutura estatal de proteção do direito de propriedade só servirá aos que têm acesso à propriedade, aos mais ricos.

Todavia, a tradição liberal insiste em advogar em prol de um estado mínimo como contraponto ao estado social. Holmes e Sunstein (1999) afirmam que a força da dicotomia: direitos positivos *versus* direitos negativos tem profundas raízes no pensamento comum e consolida a ideia de que direitos negativos são gratuitos e de que direitos positivos custam caro ao estado. É comum a visão de que a sobrecarga do estado é fruto do assistencialismo estatal. Conservadores devotos desta distinção de direitos positivos-negativos, rotineiramente instam, que direitos sociais causam dependência e são exercidos com recursos tomados de outros contribuintes. Direitos liberais clássicos, são adicionados por um contraste, eles são exercidos autonomamente, ao estilo americano, por indivíduos auto suficientes, que desprezam o paternalismo estatal.

Os direitos sociais fazem as pessoas dependentes do governo, então corrói a real liberdade em dois diferentes caminhos: confiscando injustamente os ativos privados, e imprudentemente, enfraquecendo a auto suficiência do pobre. Ao passo que conservadores deploram a emergência de direitos sociais subsidiados pelo contribuinte, os progressistas aplaudem o surgimento de garantias positivas , interpretando isto como sinal de aprendizado político, e uma melhoria no entendimento de justiça.

Os custos dos direitos permeiam a discussão em torno da dualidade negativo/positivo. Um grupo associa direitos à propriedade e direito de contratar como egoísmo imoral enquanto que outro grupo ligam a propriedade privada como autonomia moral. Uns dizem que direitos positivos são como solidariedade, enquanto outros ligam os direitos sociais a uma dependência doentia. Em ambas as visões estão implícitas as ideias dos custos de direitos.

Todavia a discussão aqui aventada nos conduz a outra conclusão. Nos diz de forma clara e inequívoca que os direitos negativos custam caro, não são gratuitos. Na verdade, não é fácil precisar seu *quantum* mas tendo em vista o número de agentes públicos e o número de instituições públicas envolvidas, chegar-se-á a um valor expressivo. E o mais impressionante deste anacronismo é que estes direitos negativos acabam por privilegiar um seleto grupo de pessoas, e não beneficiam a coletividade como um todo. Sendo assim, há uma vultuosa soma de recursos amealhada junto a coletividade em geral que é revertida em proteção de direitos privados detidos por uma minoria.

Holmes e Sunstein (1999) são categóricos em afirmar que todo direito legalmente exigido é necessariamente um direito positivo. De forma diferente praticamente todo direito implica uma obrigação correlativa e obrigações são levadas a sério somente quando punidas pelo poder público no âmago do poder público. Não há direitos exigíveis legalmente na ausência de obrigações legalmente exigíveis, por isso o Direito pode ser permissivo somente se for simultaneamente obrigatório. É o mesmo que dizer que liberdades pessoais não podem ser asseguradas somente limitando a interferência governamental. Direitos só são assegurados diante de um estado que se movimenta, que está atento aos movimentos da sociedade, um estado com inépcia não pode proteger liberdades individuais, mesmo aqueles que parecem ser negativas por completo.

Enfim a noção de que direitos são basicamente paredes contra o Estado geralmente repousa sobre uma confusa crença de que o judiciário não faz parte do governo, que juízes (que exercem jurisdição sobre policiais, agências reguladoras e outros juízes não são servidores civis vivendo de salários estatais, mas as cortes americanas são ordenadas pelo

Estado. O acesso à justiça e a liberdade de apelação são conquistas de ouro do Estado como tutor liberal. E suas despesas operacionais são pagas por empenhos orçamentários destinados aos tribunais e seus funcionários. Exigir direitos depende de vigilância social custe o que custar para recrutar, treinar, suprir, pagar e enfim monitorar os custeadores de nossos direitos básicos. Para peticionar um direito com sucesso, pelo contrário, é necessário uma petição direcionada para a autoridade pública coerciva e corretiva. Esta maquinaria é cara de se operar e o contribuinte sentirá os custos. Isto é uma das maneiras pelas quais inclusive aparentemente direitos negativos são na verdade providos pelo Estado.

O financiamento de direitos básicos através de dotações orçamentárias nos ajudam a entender que direitos são bens públicos: subsidiados pelo contribuinte e administrados pelo estado, definidos e delineados para o bem estar coletivo e individual. Todos os direitos são direitos positivos.

CONCLUSÃO

O direito de propriedade, mesmo sendo um direito liberal por excelência custa caro e demanda de recursos orçamentários auferidos da população em geral. Embora o direito de propriedade seja constitucionalmente garantido a todos, apenas uma parcela da população brasileira tem acesso a ele, outra parcela fica excluída em morros e favelas, em assentamentos clandestinos e irregular, à margem dos processos de desenvolvimento econômico e sobretudo sem fruírem do direito de propriedade tal como é prescrito na constituição e tal como é protegido pelas instituições públicas que lhe são afetas. Desta forma assim como no exemplo de Westhampton, trazido em Holmes e Sunstein, no caso brasileiro não é diferente. Existe uma gama de instituições aqui listadas criadas a partir de esforços públicos para assegurar direitos privados, que desde a colonização, continuam adstritos a apenas um grupo de pessoas, que historicamente ocupam os nichos de governança, fazendo política para si, fazendo do estado, ferramenta para manutenção de seu próprio *status quo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, I. V. Regularização fundiária e terras devolutas. **R. Fac. Dir. UFG,** V. 33, n. 2, p. 112-127, jul. /dez. 2009.

Brasil. lei de Registro Públicos, Lei 6015, 1973.

Brasil. Lei 7.433, 1985.

Brasil. Decreto 93.240, 1986.

Brasil. Código Civil, Lei 10.406, 2002.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis: Comentários ao sistema de registro em face da Lei n. 6.015, de 1973, com as alterações da Lei n. 7.216, de 1975.** Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1976.

GLASER E. L. RESSEGER e TOBIO, K. Inequality in Cities. **Journal of Regional Science**, Vol. 49, n. 4, pag. 617-646, 2009.

Haggard, Stephan e Tiede, Lydia. The Rule Of Law and Economic Growth: Where are We? **World Development**. Vol. 39, Issue 5, pag. 673-685, Maio, 2011.

Holmes, Stephen e Cass R. Sunstein. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** ISBN 0-393-32033-2. W. W. Norton & Company. Nova York, 1999.

JUNQUEIRA, Messias. **O Instituto Brasileiro das Terras Devolutas.** São Paulo: Edições LAEL, 1976 Norton & Company – Nova Iorque, 1999.

MARCUSE, Peter; VAN KEMPEN, Ronald. **Globalizing Cities: A new spatial order? (Orgs.).** W. W. Massachussetts: BlackWell, 2000.

MARICATO, ERMÍNIA Metrópole, legislação e desigualdade. **Estudos Avançados,** Volume 17, Num. 48, pag. 151-167, 2003.

MARICATO, ERMÍNIA. **O Ministério das Cidades e a política de desenvolvimento urbano.** In IPEA Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise, n.12. February, 2006.

NOVAES, Norma Sônia In: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; GOMES, Marcia Pelissari e AMÉRICO, Lucas Carvalho (Orgs.). **Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição. Vol.1,** pag. 185-219. Pará de Minas: Virtual Books, 2016

NOVAES, Norma Sônia. **Regularização Fundiária Urbana como forma de se promover o direito fundamental à moradia digna**. Dissertação apresentada na Universidade de Itaúna – MG, como quesito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Itaúna, 2017.

SANTOS Milton. **Técnica, espaço, tempo: Globalização e meio técnico-científico informacional.** São Paulo: Hucitec, 1994.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento.** Curitiba: editora juruá, 238 p., 2012.

UN-Habitat. **State of the World's Cities 2010-2011: Bridging the urban divide.** Londres-Washington, Earthscan. p.63, 2010.

YU,SHU; BEUGELSDIJK, SJOERD; HAAN, JAKOBDE. Trade, trust and the rule of law. **European Journal of Political Economy,** Volume 37, Pag. 102-115, March 2015.