



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

MAX ALAN PARENTE AZEVEDO

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE:
UM ESTUDO À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

FORTALEZA/CE
2018

MAX ALAN PARENTE AZEVEDO

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE:
UM ESTUDO À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Lima Gomes.

Área: Direito e Economia.

Fortaleza/CE
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

P252f Parente, Max A..

A Função Social da Propriedade Imóvel: um estudo à luz da Análise Econômica do Direito / Max A. Parente. – 2018.
65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Felipe Lima Gomes.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. 2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMÓVEL. 3. CUSTOS DE TRANSAÇÃO. 4. NOVA ESCOLA INSTITUCIONALISTA. 5. ESCOLA AUSTRIÁCA. I. Título.

CDD 340

MAX ALAN PARENTE AZEVEDO

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE:
UM ESTUDO À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito e Economia.

Aprovado em: 15/06/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Felipe Lima Gomes (orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Mr. Rodrigo Saraiva Marinho
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Thiago Cavalcante do Vale (mestrando)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho à minha família, que forneceu os meios necessários para a minha educação, especialmente aos meus avós e minha mãe.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela criação e pelo livre arbítrio.

Ao meu orientador, Professor Felipe Lima Gomes, pela dedicação e compromisso nessa tarefa e por me prestigiar com um pouco do seu vasto conhecimento.

A Rodrigo Saraiva Marinho e a Thiago do Vale Cavalcante, por aceitarem o convite para participar da banca examinadora do presente trabalho.

À Professora Unie Caminha, por ter me apresentado à Análise Econômica do Direito, área que mudou o rumo da minha vida acadêmica.

A Suelane Sampaio Gonçalves, por todas as demonstrações de amizade e pelas palavras de conforto nos momentos difíceis.

A Marilucia Sampaio, pela amizade e por ser um exemplo de pessoa, a qual valoriza como poucos o poder da educação.

Aos meus amigos de graduação, por darem um sentido maior a esse período da minha vida. Menção especial a Gustavo Henrique, Ádila Coutinho, Mirlla Santiago, Sabrina Menezes e Bernardo Ribeiro.

Aos meus amigos e chefes de estágio do Banco do Nordeste, da Advocacia-Geral da União e dos Ministérios Públicos Estadual e Federal. Agradeço, especialmente, aos Procuradores Federais Helton Heládio e Leonardo Nunes (AGU) e ao Procurador da República e Professor Samuel Miranda Arruda (MPF/UFC), mestres que enriqueceram meu conhecimento consideravelmente.

A Kimberly Sobrinho de Sousa (AGU/UFC), pela rica amizade que dura até hoje e por ser um exemplo de dedicação e perfeição até nas tarefas mais simples. Agradeço, também, à sua família, especialmente à Dona Nádia.

A Camila Barbosa (MPF/UFC), pelas tardes prazerosas de discussões sobre os mais diversos temas e por me honrar com sua amizade. Que o nosso vínculo seja tão forte quanto o de Peppin e Merry ou o de Hermione e Harry. *Elensilalúmenn' omentielvo!*

Aos meus colegas do Núcleo de Prática Jurídica da UFC, com os quais compartilhei esse último semestre na graduação, especialmente a Lucien Almeida, Rodrigo Lordão e Lucas Lima.

Ao movimento liberal cearense e brasileiro. Menção especial a: Rodrigo Saraiva Marinho, por difundir de forma determinada as ideias de liberdade; aos Estudantes pela Liberdade, organismo que tive o prazer de fazer parte como coordenador local e estadual, e ao Grupo de Estudos Dragão do Mar, pelo conforto acadêmico em um meio que ainda era hostil ao liberalismo.

“Outros males existem que poderão vir; pois o próprio Sauron é apenas um servidor ou emissário. Todavia, não é nossa função controlar todas as marés do mundo, mas sim fazer o que pudermos para socorrer os tempos em que estamos inseridos, erradicando o mal dos campos que conhecemos, para que aqueles que viverem depois tenham terra limpa para cultivar”.(J. R. R. Tolkien. Personagem Gandalf, em O Senhor dos Anéis: O Retorno do Rei, pág. 148).

RESUMO

Trata-se de trabalho monográfico, realizado mediante pesquisa bibliográfica, com o fim de analisar o princípio da função social da propriedade imóvel à luz dos preceitos estabelecidos pela Análise Econômica do Direito. Foi apresentado, inicialmente, o surgimento da propriedade como fato social, bem como sua transformação em direito positivado até o advento da atribuição da função social. Em pós, introduziu-se aos postulados da Análise Econômica do Direito, dando ênfase à Nova Escola Institucionalista e à Teoria dos Custos de Transação. Ante a isso, analisou-se a função social da propriedade imóvel num viés institucionalista, com a demonstração do seu impacto na atividade econômica, onde o aumento dos custos de transação a instabilidades gerados acabam por inviabilizar os fins pretendidos do aludido princípio. Concluiu-se, por fim, que a função social deveria ser conceituada conforme sua apreensão na sociedade, considerando a sua evolução histórica, como instituição que permitiu o avanço civilizatório, e não como imposição de conceito artificial de uma autoridade central, no caso, o Estado.

Palavras-chave: Função Social. Propriedade Imóvel. Análise Econômica do Direito. Análise Econômica Institucional. Nova Escola Institucionalista. Teoria dos Custos de Transação.

ABSTRACT

This is a monographic work, carried out through bibliographical research, in order to analyze the principle of the social function of immovable property in light of the precepts established by the Economic Analysis of Law. It was presented, initially, the emergence of property as a social fact, as well as its transformation into a positive law until the advent of the social function. Posteriorly, was introduced to the postulates of the Economic Analysis of the Right, emphasizing to the New Institutional School and to the Theory of the Costs of Transaction. Before this, the social function of the immovable property was analyzed in an institutionalist bias, with the demonstration of its impact in the economic activity, where the increase of the costs of transaction to instabilities generated end up invalidating the intended ends of the aforementioned principle. It was concluded, finally, that the social function should be conceptualized according to its apprehension in society, considering its historical evolution, as an institution that allowed the civilization advance, and not as imposition of artificial concept of a central authority, in the case, the State.

Key- Words: Social function. Property. Economic Analysis of Law. Institutional Economic Analysis. New Institutional School. Theory of Transaction Costs.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
CF/88	Constituição Federal de 1988

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIREITO PROPRIEDADE E O ADVENTO FAUNÇÃO SOCIAL	12
2.1	O Surgimento da Propriedade.....	12
2.1.1	O Direito de Propriedade.....	14
2.1.2	O Direito de Propriedade no Brasil.....	18
2.2	A Função Social da Propriedade.....	20
2.2.1	Histórico.....	20
2.2.2	Conceito de Função Social.....	23
3	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	24
3.1	Histórico da Análise Econômica do Direito.....	27
4	ANÁLISE ECONÔMICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	35
4.1	A Função Social como Princípio.....	35
4.1.2	A Propriedade Privada como Instituição.....	37
4.1.3	Análise Econômica Institucional da Função Social da Propriedade enquanto Princípio	41
4.2	A Análise Econômica da Função Social da Propriedade enquanto Aplicação Prática.....	58
4.2.1	A Ocupação do Espaço Urbano – Planos Diretores.....	49
4.2.2	A especulação Imobiliária.....	53
4.2.3	O Patrimônio Histórico.....	55
4.2.4	Desapropriação Estatal.....	57
	CONCLUSÃO.....	59
	REFERÊNCIAS.....	62

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a função social da propriedade com base nos preceitos da Análise Econômica do Direito, os quais têm o condão de trazer considerações da teoria econômica para o mundo jurídico. A análise será focada na propriedade imóvel, vez que esta é a mais tratada pela doutrina e pelo Poder Público quando o assunto é função social. Será considerado o enquadramento constitucional dado à função social da propriedade, identificando os seus objetivos e pondo-os à prova quando analisados à luz dos preceitos econômicos, notadamente da Nova Escola Institucionalista e da Teoria dos Custos de Transação.

No primeiro capítulo, será feito apanhado histórico da propriedade, desde o seu surgimento como fato social até a sua positivação como direito real. Serão apresentadas as principais teorias que justificam o aparecimento da propriedade e os seus impactos na evolução civilizatória. No mesmo capítulo, será apresentado o advento da função social atribuída à propriedade, numa linha histórica que demonstrará as suas razões de existir e seus objetivos enquanto princípio, considerando o cenário nacional e internacional, culminando com o conceito que será alvo da análise econômica no último capítulo.

O segundo capítulo apresentará a Análise Econômica do Direito (AED), quando será exposta a origem dessa área de estudo, com seus principais autores citados, bem como suas principais vertentes de análise. Será dada maior ênfase aos pensadores da análise institucional e da teoria dos custos de transação.

O último capítulo analisará a função social da propriedade à luz dos preceitos da AED. Será considerado o conceito de função social apresentado no primeiro capítulo, bem como a propriedade enquanto instituição - e não apenas instituto jurídico. Num primeiro momento, a função social da propriedade será analisada enquanto princípio, quando suas implicações institucionais ficarão mais evidentes. Por último, serão analisadas as suas consequências prática, momento em que os custos de transação de cada caso concreto serão demonstrados. Findo isso, restará exposto se os objetivos da função social são atingidos ou não.

A conclusão fará um apanhado da análise realizada no terceiro capítulo, quando será explicitada a resposta para o principal problema levantado neste trabalho: se a função social da propriedade cumpre seus objetivos e justifica sua existência.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE E O ADVENTO DA FUNÇÃO SOCIAL

Os direitos de propriedade podem recair sobre praticamente todos os bens, imóveis ou móveis, e até mesmo sobre animais. Há também propriedade sobre bens incorpóreos, como a propriedade intelectual. Será tratada neste trabalho a propriedade dos bens imóveis, sem considerar a equiparação que o Código Civil faz de aeronaves e navios. O foco nos bens imóveis se dá pelo entendimento doutrinário da função social, que é usualmente analisada quando dos estudos da propriedade imobiliária. Não se olvida que referido princípio possa ser aplicado a bens móveis, mas percebe-se que também o ordenamento jurídico costuma trazê-lo em diplomas que versam sobre bens imóveis, como é o caso dos planos diretores dos municípios, que adotam a função social como parâmetro para a organização do espaço urbano.

Deste modo, neste capítulo será apresentada a evolução da propriedade, desde fenômeno natural, ainda indissociável à posse, passando pela consolidação como direito individual até se tornar uma instituição da sociedade, ponto que será defendida com mais precisão no quarto capítulo. Traçada a linha histórica da propriedade, será exposto o surgimento da função social associada a ela, considerando o contexto histórico nacional e internacional, bem como os marcos legislativos que explicam o nascimento de referido princípio, como a constituições de Weimar, na Alemanha, e a Brasileira de 1934.

2.1. O Surgimento da Propriedade

Não há um marco histórico documentado que demonstre o surgimento da propriedade, mas é possível sustentar que a primeira noção nasceu com o fim do período nômade do ser humano, quando ele deixe de vagar pelas savanas africanas e passa a se fixar em determinados locais. Ainda assim, não se pode defender que a propriedade como entendemos hoje tenha surgido na pré-história. A propriedade surge junto com a civilização. Mais do que isso, a civilização surge graças à propriedade. Os espaços físicos dominados por tribos e clãs foram as primeiras fronteiras das civilizações surgidas no período conhecido como crescente fértil. A noção de propriedade nasce pelas condições geográficas e climáticas desses locais. Eram regiões raras, nas margens de rios, com clima estável, que permitiam o plantio do trigo e o abastecimento de água. Isso tornou imperativo o controle desses locais, com a proteção contra invasores, tornando lugares antes de natureza selvagem em propriedade humana.

O autor português e professor de Coimbra, José Marnoco e Sousa (1910, p. 354-356) destacou as principais teorias do surgimento da propriedade, consubstanciadas em

sistemas, sendo eles o sistema de ocupação, de convenção, da lei, do direito natural, do trabalho e da necessidade, detalhados a seguir.

O sistema de ocupação, conforme expôs o autor lusitano, fora adotado pelos juriconsultos romanos, que remontavam pela imaginação aos tempos primitivos, descrevendo os primeiros homens apoderando-se das coisas que não tinham dono. Quanto à propriedade imobiliária, esta teoria não levava em conta o *animus* da ocupação, vez que, muitas vezes, era apenas temporária, sem a intenção de longa permanência.

Pelo sistema do direito natural, a propriedade deriva da própria natureza humana, visto ser uma condição necessária para a existência e desenvolvimento do homem. O direito de viver implicaria o direito de procurar os meios para isso. Hegel (1997, tradução de Orlando Vitorino, p. 44) disse que a pessoa tem a sua existência externa na propriedade, sendo domínio da liberdade e condição para existência do homem enquanto ideia.

No sistema do trabalho, o homem, cultivando a terra e adaptando as coisas externas à satisfação das suas necessidades, imprime aos objetos o carimbo da sua personalidade, fazendo-os assim sair da comunidade primitiva, aberta aos esforços de todos. Em virtude desta transformação, o homem torna-se um segundo criador dos objetos, adquirindo o direito a considerá-los propriedade sua. Esta teoria foi primeiramente apresentada por Locke (2002, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, p.38), que considerava que a Terra e todos os seus frutos são propriedade comum a todos os homens e cada qual tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém teria qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra de suas mãos pode-se afirmar, aduziu o autor britânico, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lhe forneceu e no qual o deixou, continua Locke, mistura-se e se superpõe ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, torna-se propriedade dele.

O Sistema da necessidade sustenta que a propriedade foi a consequência das exigências da produção e da circulação da riqueza, visto que, sem ela, não se poderia realizar estes fenômenos, tornando-se impossível todo o progresso econômico e social. Este sistema também é conhecido como natural econômico.

No Sistema da conquista, a propriedade é o resultado do merecimento bélico. A tribo conquistadora reserva-se para si a maior e a melhor parte do território. Assim, o que antes era comum ou *nullius in terra*, ainda segundo Marco e Sousa, torna-se propriedade particular da tribo dominante. Entre os conquistadores e conquistados, estabelece-se como poderosa linha divisória o conceito completamente novo do nosso e não vosso. Deste modo

fez aparição na vida social a primeira forma da propriedade, como pura negação, como exclusão dos dominados dos direitos de propriedade dos dominadores. Com a posterior divisão do território conquistado entre os vencedores, adquire o novo direito de propriedade o seu ulterior aperfeiçoamento. Converte-se em propriedade particular pessoal, reconhecendo e sancionando o Estado este direito pessoal e declarando-o excelso e sagrado (SOUSA, 1910, p. 356).

Em todas as teorias apresentadas, percebe-se a presença de um motivo comum, a escassez. Se locais como os descritos acima fossem abundantes e de fácil localização, não haveria motivo para cercar e dominar, o que seria um trabalho irracional. Mas referidos locais não são tão abundantes, ainda mais na região das primeiras civilizações. Diante dessa imposição natural, a propriedade imobiliária torna-se meio de administrar racionalmente ambientes escassos que permitam o desenvolvimento de uma comunidade.

Não à toa, os principais conflitos entre povos quase sempre foram originados pela disputa de terras. Até as grandes guerras modernas tiveram na disputa por regiões o cerne dos conflitos. A Primeira Guerra Mundial originou-se com a disputa por regiões nos Bálcãs, enquanto a Segunda, pelo desejo alemão de recuperar a importante região portuária de Gdańsk, o que levou à invasão da Polónia. Até mesmo a grande guerra brasileira, a contra o Paraguai, foi resultado do anseio desse país por uma saída para o mar. Parafraseando Marx, a propriedade é o motor da história. Uma vez constatada a evolução e importância factual da propriedade imobiliária, cabe agora fazer um breve histórico da sua consolidação enquanto direito.

2.1.1. O Direito de Propriedade

A propriedade, de início, era vista como algo ligado aos clãs, tribos, ou famílias. Não era um direito individual como entendemos hoje. Essa visão perdurou até mesmo no Império Romano. Sobre o direito de propriedade nesse período, João Luís Nogueira Matias e Afonso de Paula Pinheiro Rocha(2006, p. 05) apontam que a ordem jurídica e econômica romana girava em torno da propriedade. Entretanto, não era apontada definição precisa do instituto, sendo a sua percepção intuída. Há a previsão do direito de gozar e dispor da coisa, que são os principais atributos do *dominium*. Em sua feição inicial, a propriedade (*proprietas, dominium*) era considerada de forma absoluta, consistindo no direito de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e abusar (*jus abutendi*) das coisas, possibilitando ao proprietário até destruir a coisa. Possuía caráter personalista, oponível a todos, podendo ser assegurada por ação própria no *jus civile*, que era a rei *vindicatio*. Dividia-se em propriedade

quiritária, pretoriana (*in bonis*), peregrina (*ex jure gentium*) e provincial. A mais completa era a quiritária, própria dos romanos. A propriedade peregrina era conferida ao estrangeiro, não há *dominium ex jure quiritium*. A propriedade é garantida pelo direito peregrino local ou por autoridades romanas. Após a promulgação do Edito de Caracala, que conferiu cidadania a quase todos os habitantes do império, desaparece esta forma de *dominium*. A propriedade provincial era a assegurada sobre terras das províncias romanas, não assegurando o domínio pleno, mas apenas os direitos correlatos. É equiparada à propriedade plena (quiritária) nos fins do século III (MATIAS e ROCHA, 2006, p. 06).

Apesar de não ser um direito individual, nos termos que entendemos hoje, alguns autores consideram que no período romano a propriedade tinha, sim, esse caráter, como sustenta Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 170), para qual, no direito romano, a propriedade tinha natureza individualista, passando na Idade Média por uma fase peculiar, com dualidade de sujeitos (o dono e o que explorava economicamente o imóvel, pagando ao primeiro pelo seu uso). Havia todo um sistema hereditário para garantir que o domínio permanecesse numa dada família de tal forma que esta não perdesse o seu poder no contexto do sistema político. Após a Revolução Francesa, a propriedade assumiu feição marcadamente individualista. No século passado, no entanto, foi acentuado o seu caráter social, contribuindo para essa situação as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI. O sopro da socialização acabou, com efeito, impregnando o século XX, influenciando a concepção da propriedade e o direito das coisas.

Também nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 158-159) sustenta que se enraizou no espírito romano a propriedade individual e perpétua. A Lei das XII Tábuas projetou a noção jurídica do *ius utendi, fruendi et abutendi*. Considerava-se o domínio sobre a terra de forma absoluta. Nos primeiros séculos da história romana admitia-se apenas o *dominium ex jure quiritium*, propriedade adquirida unicamente sob formas determinadas, fora das quais não poderia constituir-se (Petit, 1970, p. 242). Apenas na época clássica o Direito Romano admitiria a existência de uso abusivo do direito de propriedade e sua reprimenda. O Digesto já reconhece direitos de vizinhança, mas o elemento individual ainda é preponderante (VENOSA, 2013, p. 159).

A propriedade grega e romana colocava-se ao lado de duas outras instituições: a religião doméstica e a família, ambas com íntima relação entre si (Coulanges, 1957, v. 1, p. 84). A propriedade privada ligava-se à própria religião e esta, por sua vez, à família, com o culto dos antepassados, os deuses Lares. O lar da família, lugar de culto, tem

íntima relação com a propriedade do solo onde se assenta Propriedade e onde habitam também os deuses. Ali se situam o altar, o culto e a propriedade do solo e das coisas que o guarnecem sob o poder do pater. Daí o sentido sagrado que se atribui ao lar, à casa, sentido que sempre permaneceu na civilização ocidental. Os deuses pertenciam somente a uma família, assim como o respectivo lar. Foi, portanto, a religião que garantiu primeiramente a propriedade (VENOSA, 2013, p. 159).

Ante a isso, deve-se ter em mente que a origem do instituto jurídico da propriedade, cientificamente sistematizado, se prendem ao Direito Romano, que o definia como *iusutendi, fruendiet abutendi*, ou seja, *direito de usar, fruir e dispor*, em tradução livre. Mística, ligada a rituais religiosos, a propriedade do solo, por exemplo, só podia ser adquirida por cidadãos romanos, e em solo romano. As razões se devem ao culto religioso dos mortos. Cada família cultuava seus próprios deuses, chamados “lares” ou *manes*. Nada mais eram que seus antepassados. Os romanos não acreditavam em céu. Os mortos continuavam vivendo, mas no mesmo território que haviam ocupado enquanto vivos. Daí a importância das terras familiares, solo sagrado em que se enterravam os ancestrais e se lhes prestava culto. Estando vinculada a esses sentimentos, era natural que só se concebesse a propriedade em solo romano. Com a evolução dos tempos, todavia, a propriedade perdeu seu caráter místico, o que veio a favorecer o expansionismo romano. Passou-se a admiti-la fora dos muros da cidade. Mais adiante, foi estendido o direito a todos os habitantes do Império, independentemente de sua origem (FIUZA, 2016, p. 561).

Superado o período romano, o direito de propriedade ganhou nova roupagem na Idade Média, quando a vida urbana existente naquela civilização fora suprimida pela volta ao campo, onde, em um sistema descentralizado, as grandes propriedades formaram os feudos. Nesse contexto, a propriedade passou a ser privilégio de poucos - os senhores feudais - os quais exploraram ao máximo o imperativo da escassez, submetendo que não tinha terras ao seu poder. Apesar de novo contexto social, a redescoberta do Direito Romano no século XIII fez com que a propriedade ganhasse mais proteção jurídica, adquirindo de vez o *status* de direito. Nesse período, a propriedade perde o caráter unitário e exclusivista. Com as diferentes culturas bárbaras, modificam-se os conceitos jurídicos. O território passa a ser sinônimo de poder. A ideia de propriedade está ligada à de soberania nacional. Os vassalos serviam ao senhor. Não eram proprietários do solo (VENOSA, 2013, p. 159). O Direito Canônico incute a ideia de que o homem está legitimado a adquirir bens, pois a propriedade privada é garantia de liberdade individual. No entanto, por influência de Santo Agostinho e

Santo Tomás de Aquino, ensina-se que a propriedade privada é imanente à própria natureza do homem que, no entanto, deve fazer justo uso dela (CÂMARA, 1981, p. 79).

Com o renascimento urbano e comercial, o direito de propriedade ganha nova abrangência, servindo como base das transações econômicas feitas nos novos centros urbanos. Mais à frente, com ascensão das teorias contratualistas, a propriedade passaria a ser vista como direito natural do homem, anterior ao Estado, cabendo ao ordenamento jurídico protegê-la. John Locke (2006, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, p. 44) define a propriedade com um dos três principais direitos naturais, ao lado da vida e da liberdade. A propriedade, na ótica do contratualista inglês, também é o garantidor dos demais direitos naturais, haja vista que a primeira propriedade de todas é o próprio corpo, e que este para existir precisa de espaço, o que só pode ser garantido, materialmente, se houver propriedade privada para abrigá-lo. Por fim, para ter liberdade, é necessário antes existir, direito que só é garantido, pela propriedade privada.

Diante da revelação filosófica da importância da propriedade privada, os códigos civis do período iluminista trataram de positivizar o aludido direito. A partir do século XVIII, a escola do direito natural passa a reclamar leis que definam a propriedade. A Revolução Francesa recepciona a ideia romana. O Código de Napoleão, como consequência, traça a concepção individualista do instituto no art. 544, o qual dispõe *que a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos*. Esse Código e as ideias da Revolução repercutiram em todos os ordenamentos que se modelaram no Código Civil francês, incluindo-se a grande maioria dos códigos latino-americanos (VENOSA, 2013, p. 159). Nessa nova perspectiva do direito positivado, o titular da propriedade adquire, em relação ao bem, um poder interno e outro externo; interfere no destino da coisa e impede que terceiros o façam, a não ser que estejam em acordo com seus desígnios (BEVILÁQUA, 1958, p. 45). Consolidou-se, assim, que a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha (PEREIRA, 1997, p. 72).

O abuso praticado pelos senhores feudais, com o poder advindo da propriedade, fez com que a burguesia percebesse a importância desse instituto. Deste modo, a classe revolucionária do iluminismo não quis acabar com a propriedade, mas, sim, garantir que ela fosse igualmente protegida, independente de quem fosse o seu titular, um plebeu ou monarca. Como resultado da Revolução Gloriosa de 1689, o *Bill of Rights* previa como um dos direitos do homem a garantia da propriedade privada. O impacto dessa positivação do referido

direito foi tanto, que muitos historiadores atribuem a ela o surgimento do ambiente necessário para a Revolução Industrial ocorrida no século XVIII. O direito de propriedade também está guardado pela Constituição Americana de 1787, constituindo-se um dos pilares daquela civilização. Seguindo em uma linha histórica, a propriedade é consagrada como direito individual na Declaração dos Direitos do Homem de 1867, com reflexos também no Brasil, como será visto a seguir.

2.1.2. O Direito de Propriedade no Brasil

No período colonial, o Brasil seguia as diretrizes jurídicas imposta pela Coroa Portuguesa. No que diz respeito à propriedade imobiliária, ganha destaque a instituição das *sesmarias*, sistema de arrendamento que dividiu e distribuiu grandes porções de terras a famílias portuguesas, visando ao povoamento do enorme território da colônia. Sobre esse período, Matias e Rocha (2006, p. 06) destacam que a propriedade era dividida em domínio direto e útil, passando a ter importância as tenências, consistentes no uso e gozo da terra de terceiros, por longos períodos, podendo ser alienado a outros, como eram exemplos o censo e o feudo. Com a independência do Brasil, em 1822, a propriedade veio a ser expressamente protegida pela Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179, o qual tinha a seguinte redação:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

Percebe-se que a propriedade já era tratada como direito individual, seguindo a vertente jus naturalista, a qual era base para o liberalismo em alta naquele período, tanto na Europa quanto nas colônias americanas. Grande parte da doutrina defende que era dado ao proprietário poder absoluto sobre a propriedade, podendo agir da forma que bem entendesse. Apesar da predominância desse entendimento, percebe-se no artigo acima uma considerável limitação do exercício do direito de propriedade: a vontade do Estado, que poderia, a qualquer momento, intervir e sequestrar a propriedade.

A Constituição de 1891, primeira após o golpe da República, também manteve esse entendimento sobre a propriedade. A constituição republicana, em sua Seção II – Declaração de Direitos –, no artigo 72 também garantia, em termos similares, o direito de

propriedade, marcado pelo individualismo (FERREIRA, 2007, p. 06). Seguindo referida ideia, ditava o parágrafo 17 do artigo 72:

“O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização previa. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”.

Sustentáculo do Império, a propriedade viria a ser tutelada de modo mais preciso na República, com o Código de Civil de 1916, diploma cuja criação tinha sido prevista na Constituição de 1824. Tido como patrimonialista, doutrina-se hoje que o Código Beviláqua dava ao direito de propriedade caráter absoluto. Sobre a propriedade nesse código, Eduardo Junqueira (2008, p. 04) traz à tona que o Código de 1916 reproduziu a ideia do Código Napoleônico, ao considerá-la direito natural e valor em si. No diploma francês, no art. 544, consta que “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta”; no código brasileiro, no art. 524, “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Mas, se no código francês, resultado do processo revolucionário, foram abolidos todos os direitos senhoriais originários do feudalismo, no código brasileiro, alguns daqueles privilégios de domínio, ligados à enfiteuse e aos foros (art. 674), permaneceram quase que idênticos ao que dispunham as Ordenações Filipinas.

Apesar de a doutrina defender a existência do pleno direito de propriedade nesse período, é possível notar que há a mesma limitação já dita acima, desta vez prevista na Constituição da República de 1891, dando ao Estado o poder de intervir e tomar a propriedade privada, considerando os seus interesses. Além dessa costumeira limitação, também havia a aplicação da teoria do abuso de direito. Apesar de não ser expressamente prevista no Código de 1916, o abuso de direito poderia ser apreendido do art. 160, inciso I, o qual dispunha que: *não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.* A expressão ‘exercício regular’ dá a entender que não se poderia usar de direito de forma não razoável, podendo ser enquadrado nisso o abuso. Assim, percebe-se que a própria legislação civil já dava limitação ao direito de propriedade, sendo certo que qualquer excesso cometido não estaria tutelado pelo ordenamento jurídico. Num contínuo histórico, o direito de propriedade ganharia nova roupagem no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se estabelece de forma mais sólida o princípio da função social, estudado a seguir.

2.2. A Função Social da Propriedade

2.2.1. Histórico

A função social não se aplica apenas ao direito de propriedade, é um princípio que pode reger vários outros institutos jurídicos, como os contratos. Na Constituição Federal de 1988, no entanto, ela se presta quase que exclusivamente a tratar da propriedade. A primeira citação está no inciso XXIII do artigo 5º, quando estabelece que a *propriedade atenderá a sua função social*, sendo citada novamente nos artigos 170, III, 182, §2º, 185, parágrafo único, e 186, *caput*, todas tratando da propriedade. Trata-se de uma transição dos poderes proprietários para deveres-poderes proprietários (TEIZEN JR, 2004, p. 132).

A função social da propriedade ou de qualquer outro instituto jurídico é fruto do contexto histórico da virada do século XIX para o XX. Foi um período de revolta em boa parte do Ocidente, onde as mazelas da Revolução Industrial estavam no auge. A pobreza da classe da trabalhadora era vista como algo irreversível sem a intervenção estatal; não se entendia aquele momento como transitório para o progresso, mas definitivo se nada fosse feito de cima para baixo, ou seja, do poder estatal para a sociedade. Nasce nesse período a social democracia, uma tentativa de dar ao Estado obrigações sociais além das clássicas obtidas pelo liberalismo, quais sejam, manter a ordem, garantir o cumprimento dos contratos e dar igualdade perante a lei.

Pode-se ter como origem desse movimento a encíclica católica *Rerum Novarum*, lançada em 1891 pelo Papa Leão XIII, apesar de a propriedade privada não ser contestada nesse documento, o qual se preocupou mais em instigar o Estado a agir em prol do social. Sobre a origem da função social, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 170) aduz que o princípio da *função social* da propriedade tem controvertida origem. Teria sido, segundo alguns, formulado por Augusto Comte e postulado por Léon Duguit, no começo do aludido XIX. Em virtude da influência que a sua obra exerceu nos autores latinos, Duguit é considerado o precursor da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário. Para o mencionado autor, citado por Gonçalves (2014, p. 170), a propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a *função social* do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não

é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.

Nesse contexto, a propriedade é vista como fator central do sistema liberal, vez que era pelo poder dado ao proprietário que toda a cadeia de submissão da classe trabalhadora se mantinha. Já dito por Marx no século XIX, a propriedade privada seria a primeira e maior alienação do homem. Assim, a burguesia manteria seu poder graças à proteção dada pelo Estado à propriedade privada. Desse entendimento histórico, nasce o movimento constitucional que buscou dar ao Estado obrigações sociais, ganhando destaque o que formulou a Constituição Alemã de Weimar, 1919. Sobre a influência desse documento no conceito de função social da propriedade, Fabrício Bertini Pasquot Polido (2006, p. 04) aduz que o artigo 153 da Constituição de Weimar primeiro estabeleceu a garantia e os efeitos vinculativos (*Bindungseffekte*) da propriedade privada, especialmente decorrentes da expressão “a propriedade obriga” (*das Eigentumverpflicht*). O modelo ali adotado prevê que a propriedade possa ser objeto de desapropriação por meio de lei, sem eventualmente incluir direito de indenização. Na concepção de Weimar, a propriedade não admite uma abordagem individualista, inviolável ou sacralizada, pois submete o exercício pelo titular ao interesse da coletividade. No Brasil, influenciada por Weimar, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a atrelar expressamente a propriedade a uma função esperada, a qual teria como beneficiário a coletividade. Em seu artigo 113, ponto 17, vinha a seguinte disposição:

“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior.”

Com o Estado Novo de Getúlio, a propriedade deixou de ser vinculada à função social, haja vista a falta de previsão na Constituição de 1937. No art. 147 da Constituição de 1946, todavia, volta-se a atribuir à propriedade uma obrigação, determinando que “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. O termo função social seria usado pela primeira vez na Constituição de 1967, tendo-o como princípio da ordem econômica, conforme o art. 157, que trazia: “A Ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III – a Função Social da Propriedade”. Em que pese essa previsão anterior, é apenas com a Constituição de 1988 que a função social da propriedade ganha relevância e aplicação. Como já dito acima, ela aparece no inciso XXIII do artigo 5º, quando estabelece que a

propriedade atenderá a sua função social, sendo citada novamente nos artigos 170, III, como princípio da ordem econômica, 182, §2º, quando diz que *a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*, 185, parágrafo único, onde estabelece que *compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização (...)*, 184, parágrafo único, quando diz que *a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social*, e 186, *caput*, que traz os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural.

Adotando a imposição constitucional, o Código Civil 2002 estabelece normas baseadas na função social da propriedade, proclamando que “*o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas*” (art. 1.228, § 1º); e que “*são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem*” (§ 2º). Ademais, referido código criou uma nova espécie de desapropriação, determinada pelo Poder Judiciário na hipótese de “*o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*” (§ 4º).

Desta forma, a função social é vista atualmente como um dos principais mecanismos da chamada *constitucionalização do direito*, que inclui sua esfera privada, tendo como objetivo analisar a sociedade na sua historicidade, considerando suas dimensões local e universal, de modo a possibilitar a individualização do papel e do significado da juridicidade no entendimento do fenômeno social (PERLINGIERI, 1999, p. 1). Tem-se que, assim, buscou-se introduzir no Direito Civil diretrizes principiológicas previstas na Constituição, visando a atender aos fins sociais determinados pela Carta Magna de 1988.

2.2.2. O Conceito de Função Social da Propriedade

Apresentados a origem e o histórico da função social da propriedade, é necessário entender o seu conteúdo. Como visto, a função social é tida como princípio, e de natureza constitucional, estando expresso na Carta Magna de 1988. Ademais, também é vista

como princípio da ordem econômica (MORAIS, 1999, p. 64). Como tal, acaba sendo guia de interpretação e aplicação do direito. Assim, o direito de propriedade deve ser exercido considerando-se a sua função social. A Constituição Federal de 1988 expressa quando a propriedade cumpre a sua função social. Quanto à urbana, o artigo 182, §2º, estabelece que *a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*. Já a propriedade rural cumpre sua função social, segundo artigo 186, quando *atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores*.

Seria, assim, a função social uma limitação da propriedade? Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 291), em capítulo sobre restrições ao direito de propriedade, reconhecem que este direito está submetido a um intenso processo de *relativização*, sendo interpretado, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível *caráter constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade na qualidade de garantia institucional. Ademais, continuam os autores, as *limitações* impostas ou as novas *conformações* emprestadas ao direito de propriedade não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais. Como acentuado pela Corte Constitucional alemã, a faculdade confiada ao legislador de regular o direito de propriedade obriga-o a *compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade*. Ademais, para Celso Bandeira de Melo (2008, p. 795-796), a função social da propriedade é exceção entre as limitações administrativas, vez que, ao invés de apenas prever abstenções, também determinar ações positivas para os particulares, impondo aos proprietários de imóveis destinações sociais tanto para os bens urbanos quanto para os rurais.

Seguindo esse entendimento, poder-se-ia concluir que a função social da propriedade é uma limitação cujo interessado direto é a comunidade. Mas as limitações corriqueiras tradicionais do referido direito, como de qualquer outro, têm como causa primeira os interesses tutelados de terceiros. É máxima de que o direito de um acaba quando

começa o de outrem. Desta forma, pode-se entender que foi dado à comunidade o *status* desujeito de direito quando no uso da propriedade privada por particulares. Antes se limitava a propriedade de alguém pelas fronteiras dos imóveis vizinhos, já hoje, há um vizinho abstrato e soberano chamado coletividade. Sobre esse novo aspecto do direito real, Marco Aurélio Bezerra de Melo (2011, p. 86) sustenta que a função social da propriedade transformou-se em exigência da vida em comunidade, porque da mesma forma que é imperiosa a defesa dos direitos individuais dos titulares da propriedade, é fundamental que se exija do proprietário a observância das potencialidades econômicas e sociais dos bens que deverão ser revertidos em benefício da coletividade. Isso tudo em consonância com a Constituição de 1988 que, como sabido, é de caráter social-programático, onde o Estado estabelece metas de ‘evolução’, visando sempre maior grau de justiça social. Desta forma, seus princípios estabelecidos são meios para cumprir esse objetivo, o que engloba a função social da propriedade. Nesse contexto, não se pode observar o aludido preceito apenas como garantia de uso regular da propriedade, a fim de atender suas funções esperadas. Mais que isso, a função social impõe uma ideia de propriedade artificial, baseada no modelo idealizado pelo Estado como justo.

Uma propriedade pode estar cumprindo sua função social histórica de reserva de valor, de bem negociável, de instituição econômica, mas pode não estar atendendo ao que o Estado entende pelo preceito constitucional por ele instituído, haja vista estar inserido nesse objetivo máximo de justiça social e distributiva. Tem-se, assim, que a função social não é tirada, de fato, da sociedade e positivada pelo Estado, mas, sim, determinada por este e imposta àquela. Era de esperar que o Estado observasse os resultados desejados e possíveis da propriedade e então os substabelessem como meta para o exercício generalizado do direito em questão, mas não é esse o conteúdo do que se entender por função social.

Assim, é possível definir função social como meio de alocar um recurso escasso, a propriedade, conforme as diretrizes estatais que se direcionam a fins sociais guiados pela noção de justiça distributiva. E será esse conceito o alvo da análise a ser feita no capítulo 4, após a introdução à Análise Econômica do Direito exposta a seguir.

3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Antes de adentrar na Análise Econômica propriamente dita, é necessário falar de Economia. Nos primeiros contatos com essa ciência social, aprende-se que ela existe por conta de uma lei básica imposta pela natureza: os recursos são escassos. Recurso é tudo

que o ser humano precisa para existir, comida, terra, ferramentas, roupas. A Economia, então, surge como meio de racionalizar a utilização dos recursos.

Pode-se dizer que a Economia está no dia a dia de todos e diz respeito a tudo. Sobre esse aspecto universal da Economia, Ludwig von Mises (2010, p. 992, tradução de Donald Stewart Jr.) ensina que ela não pode ser tratada exclusivamente no ambiente acadêmico, muito menos poderia ser deixada a cargo de métodos pouco científicos. A economia seria, segundo o aquele autor, a filosofia da vida humana e da ação, estando ligada a todos e a tudo. É a essência da civilização e da própria existência humana.

Essa importância da Economia pode ser vista na origem do seu caráter científico, a qual tem como precursor o escocês Adam Smith. Ainda no período de Smith, a Economia estava estritamente ligada à filosofia e tratava mais de assuntos morais e éticos que propriamente materiais. A mudança se dá com o citado autor britânico, o qual, não deixando de lado a ética, como nos ensina hoje Amartya Sen, viu na ação individual a melhor forma de alocação dos recursos e de dar dinamismo à atividade econômica.

As observações de Smith são os primeiros passos mais bem elaborados a introduzirem a Economia como algo presente na vida de todos. Essa importância da ciência econômica acaba tornando-a apêndice acadêmico da Política, sendo aquela ciência social era chamada, até o começo do século XX, de Economia Política.

Todavia, o grande objeto de estudo da Economia, durante muito tempo, foi o valor. O que dá valor a algo tomou o debate econômico desde o início desse campo de estudo, ou até mesmo antes, já podendo ser visto em Tomás de Aquino discussões sobre o sistema de preços. Ainda que seja ligado à determinação do preço, o valor aqui tratado não é o monetário, mas, sim, a importância dada a um bem.

A respeito do valor, a teoria que primeiro ganhou destaque foi a do valor-trabalho, desenvolvida por Adam Smith e aperfeiçoada por David Ricardo. Ela diz, em suma, que o valor de um produto está no trabalho despendido em sua produção. Quanto mais tempo gasto em um produto, mais valor terá. Algo parecido também foi dito por John Locke, o qual defendeu que a propriedade de uma coisa se origina e se legitima pelo trabalho empreendido nela.

Essa visão da origem do valor serviu de base para Karl Marx formular sua teoria da exploração, a qual é bastante parecida com a de Johann Karl Rodbertus. Para Marx, uma vez que o valor vem do trabalho, os donos dos meios de produção remunerariam o

proletariado com salários abaixo do que essa classe produzira, considerando-se o tempo gasto com a manufatura, com objetivo de gerar lucro. Essa diferença de remuneração seria a *mais-valia*, elemento que justificaria todas as pretensões da revolução marxista.

Essa concepção de valor, no entanto, não resistiu à chamada Escola Neoclássica da Economia. Tendo como principais nomes Carl Menger, Léon Walras e William Stanley Jevons, os neoclássicos trouxeram o conceito de *utilidade marginal* como a verdadeira causa da determinação do valor.

A revolução marginalista revelou o elemento fundamental para dar sentido à origem do valor das coisas, a utilidade. Nessa visão, um bem é mais valorado na medida em que é mais útil. Isso parece uma obviedade, mas durante muito tempo se usou de exemplos enganosos para refutá-la. O mais famoso é o caso do diamante. Se a utilidade determina o valor, como explicar a diferença exorbitante do valor da água com o daquela pedra preciosa, que tem importância menor que a da citada substância?

A resposta é simples: a oferta de água é abundante, o que diminui a sua utilidade na margem, ou seja, quando acrescentada uma unidade de água ao todo, que é enorme, o seu valor será menor que o do diamante, que é mais escasso e, por isso, tem valor marginal maior.

Essa noção de valor também se expressa em uma lei bastante conhecida e que rege- ou deveria reger – a dinâmica dos mercados, a da oferta e da procura, a qual também é a principal - mas não única - forma de determinação de preços.

Superado esse pequeno esboço histórico, é importante dizer que a moderna ciência econômica é dividida entre micro e macroeconomia. Esta, resumidamente, diz respeito a questões que envolvem o Estado, mais especificamente os grandes agregados econômicos, como PIB, taxa de juros e política monetária. Já aquela trata da ação dos elementos individuais, como o empreendedor, o consumidor e as firmas (ou empresas). E é desse ramo da Economia que se extrai os métodos usados na análise econômica do direito (AED).

A AED tem como premissa básica a utilização de postulados da teoria econômica, sobretudo da microeconomia, no estudo do Direito, tanto na sua aplicação quanto formulação. Busca-se, deste modo, entender as possibilidades jurídicas considerando suas consequências econômicas, bem como usar técnicas típicas daquela ciência social na interpretação de resultados decorrentes da aplicação do Direito.

Tendo em comum a ação humana, tanto as decisões tomadas em relações de cunho econômico quanto as de vertente jurídica podem ser analisadas considerando-se ganhos e perdas, ou incentivos positivos e negativos.

A análise econômica – do direito ou de qualquer outra área – tem como um dos seus pilares a ideia de *homem racional*, entendido como a predisposição que o ser humano tem para agir racionalmente, ou seja, considerando os meios adequados para os fins pretendidos. Na teoria econômica, tem-se isso como forma de maximização dos ganhos, um meio de agir sempre buscando o maior grau de satisfação possível.

A ação humana, para Mises (2010, p. 43-44, tradução de Donald Stewart Jr.), no entanto, será sempre racional. Para o autor austríaco, o termo ‘ação racional’ acaba sendo pleonasma, haja vista que considerados os objetivos finais da ação, os termos racional e irracional são inadequados e sem sentido. Ainda segundo Mises, o objetivo da ação é sempre a satisfação de algum desejo do ser humano. Uma vez que ninguém tem meios de substituir os julgamentos de valor de um indivíduo pelos seus próprios, seria inútil fazer julgamentos dos objetivos e dos anseios de outros indivíduos. Assim, ninguém teria condições de afirmar o que faria outra pessoa mais feliz ou menos descontente.

Em que pese o posicionamento de Mises, a noção de racionalidade adotada pela AED é aquele onde a melhor escolha considera os ganhos no que diz respeito à alocação mais eficiente dos recursos, ou seja, a que lida melhor com a escassez, independente do ganho pessoal subjetivo, como defendido pelos austríacos.

Sobre essa característica da análise econômica, Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 80) ensinam que o conceito de escolha racional está presente na ideia de capacidade e de imputação. Assim, segundo esses autores, os padrões do homem médio, do bom pai de família, do homem ativo probo têm na racionalidade sua base fundamental, porque esses sujeitos se baseiam, ao decidirem suas ações, nos padrões sociais e institucionais existentes, os quais são aprovados, desejados e estimulados. A ação racional, assim, é inserida no Direito quando este é formulado e aplicado visando a melhor alocação dos recursos, considerando seus impactos na atividade econômica.

3.1. Histórico da Análise Econômica do Direito

Segundo Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 74), Adam Smith e Jeremy Bentham, no século XVIII, já analisavam a atividade econômica considerando o impacto decorrentes de normas jurídicas. No entanto, a origem da AED se deu mesmo nos trabalhos de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarchi, que apontaram novos aspectos e questões para o

tratamento da relação entre Direito e Economia(ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 19),O primeiro, ganhador do Nobel de Economia de 1993, demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. Coase explicou que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos.

Num primeiro momento, a AED, seguindo a própria tendência da teoria econômica da época, tem como ponto fundamental a irreduzibilidade do conceito de homem racional. Assim, a ação humana era vista sempre como a melhor decisão possível, em um cenário perfeito, onde os agentes sempre detinham os meios adequados para tanto.Essa irreduzibilidade não durou muito e logo se substituiu o conceito de homem racional pelo de racionalidade limitada, onde a escolha humana levará em conta as possibilidades do contexto considerado, ainda que não seja a opção maximizadora num cenário ideal, onde se tenha acesso a todos os meios necessários.

Em comentário sobre o tema, Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 24), asseveram que esse novo conceito resulta dos trabalhos de Williamson, o qual extraiu as suas raízes teóricas em Simon(1957), com a inserção do pressuposto da racionalidade limitada. Assim, chegou-se ao entendimento de que a racionalidade plena, que daria base à Teoria Neoclássica da Firma, não apenas foge à realidade como também não permite construir um modelo trabalhável de empresa com fundamento com base na Economia dos Custos de Transação.Tem-se, assim, que não é mais aceito a noção de hiper-racionalidade atribuída ao agente econômico, sendo substituído, segundo Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 36), em citação de Simon, o objetivo de maximização pelo de satisfação.

A limitação de informações que um indivíduo tem acesso, em determinado cenário, é sempre usada como exemplo de empecilho para a tomada da melhor decisão. Esse tema foi abordado na Teoria dos Jogos, sobretudo pelo matemático John Forbes Nash.Em uma situação onde não se tenha acesso a todas as informações necessárias para a melhor decisão, o agente deve escolher a menos danosa, em um processo de eliminação, o que substitui a noção de *escolha ótima* contida no conceito de *homem racional*. Essa premissa adotada pela racionalidade limitada é resultante do *Equilíbrio de Nash*, conceito que deu àquele matemático o Prêmio Nobel de Economia de 1994. Em suma, esse trabalho diz que em um jogo com limitação de informações, a melhor escolha é sempre a cooperação entre os jogadores, a fim de mitigar os danos causados pela escassez de dados.

Ronald Coase, com o artigo *The Problem of Social Cost* (1960), traz à tona a importância do Direito na determinação dos custos de transação. Contrapondo-se à Escola Neoclássica de Economia, a consideração dos referidos custos ensina que deve ser levado em conta a realidade fática, sobretudo o arcabouço institucional, na alocação dos recursos. Desta forma, as normas jurídicas e as decisões do Poder Judiciário são vistas como fundamentais na atividade econômica, constituindo-se um conjunto de incentivos positivos e negativos a influenciar na ação dos agentes econômicos.

Por custos transação, entendem-se os gastos além da produção. São os custos que se tem no mercado para, por exemplo, negociar os termos de um contrato e garantir o cumprimento das obrigações acordadas. Conforme preconiza Coase, em citação de Luciano Timm (2005, p. 34), por existirem custos de transação, as regras jurídicas afetam a alocação eficiente dos recursos na sociedade. Nesse contexto, o Direito, ao determinar as regras do jogo e ser o garantidor do cumprimento das obrigações, tem papel fundamental em determinar o montante desses custos. Nessa abordagem da ciência econômica, o Direito é visto como um meio institucional que influencia nas transações de mercado. Ante isso, o Direito pode gerar tanto incentivos positivos quanto negativos, que fariam parte dos custos de transação.

Com os trabalhos de Richard Posner, sobretudo na década de 1970, a AED passa oferecer uma abordagem institucional do Direito, onde o citado autor defende que uma sociedade melhor se desenvolve em um cenário onde o arcabouço jurídico garanta maior liberdade no exercício do direito de propriedade. Ou seja, há mais geração de riquezas onde se negocia de forma mais livre a propriedade, em um ambiente sem coação ou arbitrariedades. O autor se vale, principalmente, da história americana para defender referido postulado.

Atualmente, a AED é estudada, também, na companhia da Análise das Organizações. Essa forma de abordagem é resultado da importância que se deu às firmas, sobretudo a partir dos trabalhos de Ronald Coase. Uma vez que esses agentes tomam decisões considerando os custos de transação, estudar sua estrutura interna acaba por dar um cenário mais completo de como a atividade econômica se estrutura. Assim, amplia-se o interesse da AED sobre alguns ramos do Direito, como o empresarial, o qual dita as regras de criação e estruturação das firmas. Dado esse breve histórico da AED, cabe agora especificar as vertentes da matéria que mais serão utilizados na análise da função social da propriedade.

3.2. A Análise Econômica do Direito de Propriedade

Como já dito, numa perspectiva econômica, a propriedade é uma forma de lidar o problema da escassez dos recursos. Assim, os direitos de propriedade surgem como meio de garantir a manutenção dela. A efetivação do exercício desses direitos, como dito por Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 95), pode ser oferecida pelo Estado, ou, em alguns casos, pela iniciativa privada, quando normas sociais costumeiras atuam de forma a diminuir os custos de transação.

Numa análise histórica da origem da propriedade feita pela teoria econômica, tem-se que ela serviu como forma de evitar a chamada *tragédia dos comuns*. Essa teoria aponta, em suma, que a propriedade privada é o meio mais eficaz para evitar o esgotamento de recursos escassos. Em um ambiente onde os recursos não têm donos, não havendo direitos de propriedade, esses bens tendem a serem consumidos de forma predatória, irracional, o que acarretará na sua extinção. Uma vez instituídos direitos de propriedade, no entanto, o uso racional feito por seus titulares dará melhor uso aos recursos, evitando o seu rápido desaparecimento. Nos dias de hoje, pode-se dizer que isso reflete o chamado uso sustentável. De toda forma, a *tragédia dos comuns* traz à tona a máxima de que o ganho social com a propriedade privada é maior que o cenário onde ela não exista.

Numa perspectiva geral da teoria econômica, os direitos de propriedades servem como mecanismos de alocação de recursos. Com a garantia da propriedade de bens materiais e imateriais, permite-se que esses circulem, alternando-se a titularidade dos direitos, o que nada mais é que o próprio mercado funcionando. Em outras palavras, não há mercado sem propriedade privada. É esse o entendimento de Mises (2010, p. 776, tradução de Donald Stewart Jr.), *ao determinar que propriedade privada dos meios de produção é a instituição fundamental da economia de mercado. É a instituição cuja existência caracteriza a economia de mercado. Onde não há propriedade privada dos meios de produção não há economia de mercado.*

Ainda considerando o autor austríaco (2010, p. 776, tradução de Donald Stewart Jr.), a propriedade significa o poder de desfrutar de todos os serviços que um bem possa possibilitar. Essa noção mercadológica do direito de propriedade não deve ser confundida com a sua definição legal. Ainda segundo Mises, a ideia dos legisladores e dos tribunais foi a de definir o conceito legal de propriedade de tal forma que o proprietário recebesse plena proteção do Estado, sobretudo o aparato coerção e compulsão, de maneira a impedir que os seus direitos fossem usurpados por terceiros.

Ainda numa panorama da tradicional teoria econômica, a propriedade privada é vista por F.A. Hayek (1985, p. 265, tradução de Henry Maksoud) como um sistema que serve tanto ao interesse daqueles que no momento não são proprietários quanto ao daqueles que o são, haja vista que o desenvolvimento de toda a ordem de ações em que se funda a civilização moderna só se tornou possível graças ao estabelecimento da propriedade.

Desta forma, a propriedade privada não é apenas um direito que traz benefícios aos seus titulares, mas a toda a sociedade, haja vista que a ordem evolutiva da vida em comunidade depende da eficiente alocação dos recursos, em um sistema de preços fidedigno, bem como da garantia da manutenção da propriedade privada, que serve para dar confiabilidade ao mercado, possibilitando trocas em um ambiente juridicamente seguro.

Na perspectiva da AED, segundo Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 88), o direito de propriedade representa a coluna de sustentação fundamental para as diferentes vertentes que estudam a Economia do Direito, entre as quais pode-se citar a escola de Chicago, a Teoria da Escolha Pública, a escola Institucionalista e a Nova Economia Institucional, esta última que adiciona a importância das instituições como promotoras do desenvolvimento econômico e será melhor vista em tópico próprio.

Sob os dogmas da AED, a propriedade ganha nova roupagem analítica a partir dos trabalhos de Ronald Coase, sobretudo *The Nature of the Firm* (1937) e *The Problem of Social Cost* (1960). Conforme ensinam Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 88-89), o autor britânico propõe, a partir do conceito de que são negociados não os bens-objeto de direito, mas, sim, direitos de propriedade sobre dimensões de bens, que na ausência de custos de transação, a alocação ou distribuição inicial dos direitos de propriedade sobre as dimensões dos bens não terá importância, pois os agentes negociarão a transferência dos direitos sem custo adicionais, podendo realocá-los de maneira efetiva. Assim, continuam os citados autores, construiu-se boa parte da Análise Econômica do Direito sob a visão da Nova Economia Institucional, que tem atenção voltada para a lógica econômica dos arranjos contratuais relacionados à criação dos direitos.

Sobre essa nova abordagem da propriedade, Coase (2009, p. 38, tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla) explica que ela anteriormente, enquanto fator de produção, era pensada como uma entidade física que o empresário adquire e usa, em vez de o direito de realizar certas ações materiais. Para o citado autor, o que o proprietário de fato possui é o direito de realizar uma definida lista de ações, as quais são limitadas. Ainda sobre esse caráter limitado da propriedade, o autor britânico ensina que se os direitos dos

indivíduos fossem ilimitados, estar-se-ia diante de um sistema onde não haveria direitos a serem adquiridos. Já é possível notar que a visão dada pela AED foge ao dogma dos críticos tradicionais da propriedade, os quais têm como maior crítica ao exercício desses direitos a questão da suposta faculdade de abusar.

Ainda sob a perspectiva de Coase, que refuta o preposto analítico neoclássico da ausência de custos de transação, os direitos de propriedade passam a ser visto segundo a realidade fática, considerando os incentivos institucionais que acabam por definir a alocação dos recursos na sociedade. Nesse ponto, é dada especial atenção à questão dos danos advindos do uso da propriedade. Nessa linha, Coase acaba por refutar, também, o entendimento de que o Estado teria melhores condições de lidar com danos advindos da propriedade. Sobre esse tema, o autor defende (2009, p. 15, tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla) que todas as soluções acarretam custos e não há razão alguma para supor que a regulação estatal seja a mais apropriada quando o problema não for satisfatoriamente resolvido por meio do mercado ou das empresas. Uma visão satisfatória sobre a política mais adequada, continua o autor, somente pode ser atingida por meio de um cuidadoso estudo de como, no mundo real, o mercado, as firmas e os governos lidam com o problema dos danos causados.

Sobre essa visão de Coase, Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 19) apontam que no seu Teorema, em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os indivíduos negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse contexto, as instituições não exercem influência no desempenho econômico. Ocorre que, como asseverou Coase, continuam os autores, esse é o mundo *dablackboardconomics*. Ao afastar a análise econômica ortodoxa, Coase sustentou que, no mundo fático, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que defendiam os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos.

Para Coase, uma vez que os custos de transacionar são reais, a definição de arranjo num cenário em que haja danos causos pelo uso da propriedade será mais bemdefinido se for considerado o ganho geral obtido, sob a ótica da eficiência econômica, que não necessariamente será a mesma estipulada pelo Direito, em seu conceito de justiça. Ademais, as condições estabelecidas pelo legislador são, por vezes, menos eficientes se comparadas com condições que decorrem de acordos entre as pessoas (ULEN; COOTER, 2010, p. 99).

Sob a perspectiva de Richard Posner, como já dito, os direitos de propriedade devem ser analisados segundo a sua liberdade de negociação. Para o juiz norte-americano, o Direito deve garantir um ambiente onde os indivíduos negociem suas propriedades de forma a satisfazer seus próprios interesses, maximizando os ganhos. Desta forma, o ordenamento jurídico deve repreender qualquer tipo de coação ilegal e dar segurança institucional na manutenção da propriedade.

Segundo Bruno Meyerhof Salama (2008, p. 06), o postulado de justiça “eficientista” de Posner se resume ao entendimento de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização de riqueza da comunidade. Esta perspectiva possibilitaria, segundo Posner, citado por Salama (2008, p. 04), a reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que usualmente competem entre si. O que Posner propôs, portanto, aduz Salama (2008, p. 04), é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser analisadas em função do ponto de referência da maximização da riqueza.

Nessa mesma linha defendida por Posner, Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 90) sustentam que a condição de poder transferir os direitos de propriedade influi, diretamente, no seu valor econômico. Ademais, tal valor será afetado também pela instituição de sistemas de garantia e coerção, os quais possibilitem o exercício regular dos direitos.

Dado esse contexto geral da AED quanto ao direito de propriedade, passe-se agora ao estudo específico das instituições, o qual dará arcabouço teórica para análise pretendida no último capítulo deste trabalho.

3.3. A Análise Econômica das Instituições

A despeito do ambiente provocado pelo Direito, o qual contém incentivos positivos e negativos para atividade econômica, tem-se no campo da AED que as instituições são preponderantes na forma como os agentes atuarão.

Nessa perspectivava econômica, as instituições são definidas por Douglass North (2010, tradução de Antonio José Maristello Porto, p. 16) como as imposições criadas pelo homem que estruturam a interação social. Elas seriam compostas de limitações formais (regras, leis, constituições), de restrições informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto-impostos) e de suas respectivas características impositivas. Combinadas, elas definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especificamente, dos mercados. As instituições e a tecnologia empregadas determinam os custos de transacionar e de transformação que se somam aos custos de manufatura.

O estabelecimento de instituições limita e regra a ação individual, pondo-se como maneira de guiar a comunidade para um ambiente desejável ainda que restritivo. Sobre esse aspecto das instituições, Mises assevera (2010, p. 214, tradução de Donald Stewart Jr.) que a conduta racional significa enunciar que o homem, diante da imposição de não poder satisfazer todos os seus impulsos, desejos e apetites, renuncia àqueles que considera menos urgentes. Assim, continua o autor, Para não comprometer o funcionamento da cooperação social, o homem é forçado a se abster de realizar os anseios cuja satisfação pudesse perturbar o estabelecimento de instituições sociais, o acaba por levá-lo a um caminho que conduz à civilização, à cooperação social e à prosperidade.

Ainda que essenciais à vida em sociedade, as instituições não podem ser vistas como organismos pensados e elaborados. Pelo contrário, elas são frutos da própria história civilizatória, evoluindo segundo condições aleatórias e imprevistas. Sobre essa negação do racionalismo construtivo, Hayek (1985, p. 54-55, tradução de Henry Maksoud) defende que essa tradição intelectual é falsa tanto nos seus enunciados factuais quanto nos normativos, tendo em vista que as instituições existentes não são todas consequência de criação deliberada, não sendo possível tornar a ordem social totalmente dependente de criação intencional sem, ao mesmo tempo, limitar equivocadamente a utilização do conhecimento disponível. Essa concepção errônea, continua Hayek, está intimamente associada ao entendimento igualmente falso da razão humana como entidade que existiria fora da ordem da natureza e da sociedade, uma vez que ela própria é produto do mesmo processo de evolução ao qual se deve as instituições sociais.

Com o aperfeiçoamento histórico ao longo de milênios, as instituições espontaneamente surgidas podem ser analisadas segundo o sucesso das sociedades onde elas evoluíram. Nesse contexto, considerando o sucesso econômico das grandes potências, tem-se que a propriedade privada é a instituição mais importante que surgiu, a qual possibilitou, por exemplo, a troca dos excedentes de produção de determinados bens, criando, assim, o Mercado, outra instituição fundamental na evolução social.

Sobre essa instituição, Mises (2010, p. 315) sustenta que é o sistema social baseado na divisão do trabalho e na propriedade privada dos meios de produção. Desta forma, continua o autor, os indivíduos agem por conta própria, mas as ações de cada um procuram satisfazer tanto as suas próprias necessidades como também as dos restantes. Ao agir, todos servem seus iguais. Por outro lado, todos são por eles servidos. *Cada um é ao mesmo tempo*

um meio e um fim; um fim último em si mesmo e um meio para que outras pessoas possam atingir seus próprios fins.

Nesse ambiente, a propriedade é instituição base de outras, ao mesmo que é regulada, enquanto direito individual, pelas instituições jurídicas, ganhando *status* de instituto de Direito Privado. Desta forma, torna-se ainda mais importante a análise do direito enquanto instituição e agente influenciador, limitador e gestor de outras tantas instituições.

Numa perspectiva institucional, o Direito, como ensina Hayek (1985, p. 178-179, tradução de Henry Maksoud), é tão antigo quanto a própria sociedade, haja vista que só a observância de normas comuns torna possível a existência pacífica de indivíduos em sociedade. Ainda segundo o mesmo autor (1985, p. 2019), por ser o Direito fruto da ordem espontânea da sociedade, os seus operadores têm que agir com essa consciência na aplicação das normas jurídicas, sob pena de frustrar as expectativas consolidadas pela tradição e gerar o que se conhece hoje como insegurança jurídica.

Uma vez exposta breve introdução sobre AED e demonstrada a importância das instituições, segue-se agora para o cerne do presente trabalho, onde a *função social da propriedade* será analisada à luz dos postulados trazidos à tona, sobretudo os das Escola Institucionalista e da Teoria do Custos de Transação.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A análise econômica da função social da propriedade será feita sob duas perspectivas que se completam. A primeira será da função social enquanto princípio, e a segunda, enquanto aplicação prática. Assim, no decorrer deste capítulo, o direito de propriedade será tratado como instituição, sendo sua análise econômica feita sob o viés institucional.

Num primeiro momento, o aspecto institucional estará focado na consideração da função social como princípio, sendo destacados o seu caráter abstrato e sua indefinição conceitual. Também serão apresentados os conceitos de princípio, os motivos para considerar a propriedade uma instituição, e não apenas um instituto jurídico, e a exposição de casos concretos onde mais se suscita a aplicação da função social, quando ganhará destaque os preceitos da Teoria dos Custos de Transação, onde os exemplos práticos demonstrarão de forma mais clara o impacto do aludido princípio na atividade econômica.

4.1.A Função Social como Princípio

A função social atribuída à propriedade é antes de tudo um princípio, o qual tem como fim nortear o exercício do direito de propriedade, devendo ser observado pelos

particulares, aplicadores do direito e Estado. Deste modo, os efeitos da função social passíveis de análise pela teoria econômica já estão presentes no campo principiológico, sobretudo no arcabouço institucional, como será visto mais à frente.

Antes de se aprofundar na análise econômica, faz-se necessário conceituar o que viria a ser princípio. Em seu Curso de Direito Constitucional, Paulo Bonavides (2013, p. 266-267) elenca seis definições de princípio, todas conceituadas pelo jurista Ricardo Guastini, referindo-se, primeiramente, o vocábulo *princípio* a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade; em segundo lugar, seriam normas providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos; em terceiro lugar, são normas de caráter programático; em quarto, normas cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada; em quinto, normas que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações); por último, seriam normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Considerando esses conceitos elencados por Bonavides, pode-se ter que princípios são preceitos abstratos supralegais, ou seja, acima das leis e que têm como função nortear a aplicação do direito. São imperativos carregados de valor, os quais exprimem, precipuamente, sentimentos de justiça. Ademais, a função social da propriedade posiciona-se como um dos princípios da nova ordem constitucional. Ainda que já citada em outras constituições, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o aludido preceito ganhou *status* de princípio constitucional, sendo peça fundamental na chamada constitucionalização do direito privado. Sobre esse novo ambiente, a Carta Magna passou a ser não apenas um sistema fechado – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de observar e interpretar os demais ramos do Direito. Esse fenômeno demonstra um efeito expansivo das normas constitucionais, que se manifestam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2012, p. 09).

A função social enquanto princípio, portanto, é mecanismo constitucional de interferência na esfera privada. Em uma ‘superação’ do Estado Liberal, a nova ordem

constitucional impõe objetivos sociais a serem alcançados, os quais materializariam os anseios de justiça distributiva da ‘nova’ ideologia estatal. Uma vez considerado como de passado patrimonialista, o Direito Civil é o que mais teve intervenções da Carta Magna, sendo os seus institutos alvos de relativização constitucional. Sobre o tema, Barroso (2012, p. 09-10) sustenta que a constitucionalização do Direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, especificamente, além do estabelecimento na Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas –função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve, também, o impacto considerável do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem vez uma verdadeira *despatrimonialização* e uma *repersonalização* do direito privado, ou seja, a tutela de ramo jurídico deixa de ser de viés exclusivamente econômico e passa a ter ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

Deste modo, a análise da função social da propriedade enquanto princípio deve considerar a abrangência do instituto, o qual é preceito norteador das relações privadas e um guia valorativo na lógica do ordenamento jurídico. Neste ponto, o a propriedade alvo do aludido princípio deve ser vista não apenas como instituto jurídico, mas também como instituição social, haja vista o seu impacto nas definições organizacionais e comerciais de uma comunidade, como vista a seguir.

4.1.2 - A Propriedade Privada como Instituição

Como exposto no primeiro capítulo, a propriedade surge como meio de lidar com a escassez. Primeiro havia a propriedade como elemento comum da sociedade, sob domínio coletivo; posteriormente, a noção de propriedade se tornou elemento familiar, até ganhar o *status* atual de direito individual. Numa perspectiva econômica, a propriedade consolidou-se por ser a melhor forma de garantir a preservação de determinados recursos, evitando a *tragédia dos comuns*, conceito segundo o qual, bens dispostos na natureza, sem direitos de propriedade, ou seja, que não têm donos, tendem a ser usados de forma predatória. Em contrapartida, bens sobre os quais recaem direitos de propriedade são preservados e duram mais, possibilitando uso mais racional. Além disso, tem-se que a propriedade privada é a melhor forma de transacionar os bens (ULEN; COOTER, 2010, p. 92). Nessa ótica, a propriedade sobre bens imóveis também garante a permanência do seu valor, possibilitando que possa ser negociado no mercado a sua titularidade.

As instituições, segundo Douglass North (1993, tradução de Antonio José Maristello Porto, p. 19), evoluem segundo o aprendizado adquirido pelos membros de uma sociedade. Quanto mais complexa essa comunidade se torna, mais se exige das instituições, sobretudo para que essas se modifiquem a fim de adequar as normas de uma comunidade ao seu potencial produtivo, sempre tendo em vista o problema da escassez. Desta forma, uma vez que a propriedade resistiu às épocas e até hoje é vista como melhor meio de lidar com a escassez e evitar a tragédia dos comuns, não há dúvidas de que ela está enquadrada no conceito de instituição. Sobre ela recaem noções refinadas pela História, além de ser a base para a organização dos espaços sociais e do Mercado. Como dito por Coase (2009, tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, p. 12-13), o que de fato se troca no Mercado não são bens materiais, mas, sim, os direitos de propriedade sobre as dimensões desses bens. Como já mencionado neste trabalho, o Mercado é consequência dos direitos de propriedade, é a sua essência e causa de existir.

A propriedade imobiliária, por sua vez, determinou a ocupação dos espaços físicos. O Mercado, determinado pela existência da propriedade, gerou a ocupação de espaços próximos aos locais de comércio, e sobre esses espaços também recaíram direitos de propriedades, o que acabou por gerar os ambientes urbanos modernos (NORTH; THOMAS, 1973, p. 12). A constituição da propriedade imobiliária e a faculdade do seu uso determinaram a organização das cidades e o próprio estilo de vida urbana. Esse processo se deu de forma não planejada, sem uma autoridade central determinando essa ordenação. Conforme conceituou Hayek, a ocupação dos espaços físicos é um dos principais exemplos de ordem espontânea, e tal ordem só foi possível devido à instituição da propriedade privada, a qual conseguiu adaptar um grande número de fatos particulares numa ordenação produtiva, algo impossível de ser conhecido em sua totalidade por um único agente (HAYEK, 1985, p. 121).

O historiador escocês e professor de Havard, Niall Ferguson, em seu livro *The Ascent of Money* (2008), mostra que a definição e a guarda dadas à propriedade privada são a chave do desenvolvimento de outra instituição importante para a história civilizatória, o Mercado Financeiro. Sem a proteção à propriedade privada, defende Ferguson (2008, tradução de Cordelia Magalhães, p. 165), não haveria interesse em investir em mercados de capitais, e, sem esses investimentos, sequer haveria a fase mercantilista do capitalismo, a qual contou como o apoio fundamental de instituições financeiras, as quais socorreram, inclusive, grandes estados-nações em momentos de crise, como em guerras.

Ainda segundo Ferguson (2008, p. 168), a propriedade imobiliária, uma vez transformada em ativo, graças à evolução do sistema financeiro, possibilitou o avanço de um direito que hoje parece basilar, mas que antes era reservado a poucos, o de moradia. A possibilidade de hipotecar uma propriedade privada e torná-la fator de investimento para o setor produtivo impulsionou o mercado imobiliário, aumentando a oferta por residências, o que resultou em menores preços, garantindo o acesso de mais pessoas à casa própria. O dito *sonho americano* nada mais era do que o reflexo da consolidação e aperfeiçoamento histórico dessa instituição chamada propriedade.

Nesse processo institucional, a propriedade, como todas as principais instituições, moldou-se de forma não planejada, fruto da ação, mas não do designio deliberado do homem (IORIO, 1997, p. 54). Para Hayek (1985, p. 115-116), ordem espontânea - ou *kosmos* - é aquela fruto da evolução social, um processo interno, sem induzimento de uma autoridade central ou qualquer outro fator exógeno. A sociedade, deste modo, evolui segundo instituições que são construídas de forma não intencional, segundo as necessidades e possibilidades de cada época. Assim, cada indivíduo tem uma limitação própria para influenciar no desenvolvimento social, mas, se cada um age conforme determinados princípios conhecidos por todos, o fim obtido pela maioria acaba sendo direcionado num mesmo sentido (HAYEK, 1985, p. 174-175). Desta forma, a mão invisível descrita por Adam Smith se justificaria, uma vez que os agentes econômicos atuam conforme o mesmo fundamento, o do interesse próprio, o que resultaria em ganho coletivo, que seria o fornecimento de bens e serviços úteis a todos. É nada mais que o Mercado em uma sociedade definida pela divisão social do trabalho (DURKHEIM, 1999, p. 135).

O homem só consegue perceber a ordem espontânea em ação quando a investiga por meio do intelecto, haja vista não ser perceptível aos sentidos. Os resultados são mais percebidos que o seu funcionamento (HAYEK, 1985, p. 117). O grande exemplo disso é a linguagem, a qual não se percebe de forma explícita como evoluiu, mas todos nós utilizamos algum idioma bem definido, com regras que possibilitam a comunicação em massa e até o intercâmbio entre línguas formadas em circunstâncias distintas. Percebe-se, assim, que a ordem espontânea tem alto grau de aperfeiçoamento prático, com resultados melhores que os impostos por ordens artificiais, ou construtivistas, resultado da ação deliberada do homem (IORIO, 1997, p. 54).

Levando-se em conta a ordem espontânea na formação da propriedade privada, tem-se que a sua evolução se deu de maneira satisfatória, vez que foi a partir da sua

proteção como direito individual que o mundo presenciou ganhos consideráveis na qualidade de vida. Ainda que se denunciem como nunca as mazelas sociais, é perceptível a melhoria de qualidade na vida no Ocidente após a revolução industrial começada no século XVIII. Esta por sua vez, só fora possível graças ao direito de propriedade.

Outrossim, a ordem espontânea é capaz de lidar com realidades complexas, uma vez que o arranjo é ditado dentro de limitações individuais, que dialogam de forma a levar a sociedade sempre a um grau maior de aperfeiçoamento. Diferente disso é a ordem fabricada, imposta, que não tem mecanismos para lidar com cenários mais complexos, haja vista que a autoridade central encarregada disso também é limitada, e, diferente da espontânea, ela não dialoga buscando um aperfeiçoamento que respeite todos os interesses, mas, sim, impõe o seu interesse pré-definido. Deste modo, deve-se entender a evolução social como um processo de tentativas e erros dos milhões de seres humanos que compõem a sociedade, a imensa maioria dos quais não se conhecem uns aos outros, mas que, mediante uma série de ações, voluntárias mas não planejadas, de aproximações graduais e sucessivas, evolui ao longo do tempo, em um ambiente necessariamente marcado por um conhecimento humano que, além de escasso, encontra-se fragmentado e disperso, o que faz necessariamente com que toda a ação humana seja efetuada sob condições dinâmicas e de incerteza (IORIO, 1997, p. 53).

A sociedade evoluída segundo os preceitos da ordem espontânea viu na propriedade privada o meio mais eficaz de garantir a própria continuidade da espécie humana, vez que é o melhor meio de lidar com a escassez dos recursos e garantir a existência do Mercado, outra instituição social. Ademais, a propriedade, enquanto instituição, também garante a liberdade, haja vista que, conforme dito por Locke (1978, tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, p. 42), a primeira propriedade privada é o corpo, e nisso está o fundamento que ajudou a acabar com a escravidão moderna. A sociedade livre que temos hoje e o valor que damos à liberdade não existiriam sem a instituição da propriedade privada. Ante aos preceitos apresentados, de ordem espontânea e evolução social, imprescindível reconhecer o caráter institucional da propriedade, que vai além do conceito de instituto jurídico, vez que este é apenas um reflexo da institucionalização da propriedade, e não sua causa definidora.

4.1.3. Análise Econômica Institucional da Função Social da Propriedade enquanto Princípio

Toda sociedade tem como bases fundamentais as instituições, que são conjuntos de costumes e regras construídos ao longo da história, os quais se consolidaram e

passaram a ser replicados de forma generalizada. São exemplos de instituição, a família, o direito, a imprensa e a propriedade, que também pode ser vista como instituto quando analisada estritamente sob a ótica dos direitos reais. Para Williamson, (1993, p. 21), o ambiente institucional é o conjunto de regras fundamentais de caráter legal, social e político que estabelecem a base para a produção, troca e distribuição, como as regras que regulam eleições, direitos de propriedade e o direito contratual. Desse modo, o campo institucional é considerado um dos principais fatores para o entendimento da evolução social e do desenvolvimento econômico. Os trabalhos do economista americano Douglass North já apontam há décadas para a importância das instituições na produção de riquezas e bem-estar de uma sociedade.

Nobel de Economia de 1993, North defendeu que instituições bem definidas e fortes foram a chave do desenvolvimento das grandes economias ocidentais, principalmente Grã-Bretanha e Estados Unidos. Neste contexto, a propriedade aparece como elemento fundamental na consolidação institucional dessas potências. Os direitos de propriedades, assim, devem ser bem definidos e protegidos pelo Estado, o qual deve garantir a sua eficácia nas relações sociais, sobretudo na esfera contratual. Uma vez considerada instituição, a propriedade - sempre a privada - está na base fundamental da sociedade e revela muito do seu caráter, do seu modo de se organizar e das suas possibilidades de desenvolvimento. Um exemplo clássico do crescimento de complexidade de uma sociedade é a divisão do trabalho, a qual, segundo North (1993, tradução de Antonio José Maristello Porto, p. 22), torna os agentes econômicos interdependentes, o que exige a evolução das instituições no mesmo sentido, devendo possibilitar um novo arranjo social para o melhor aproveitamento dos recursos dessa comunidade.

Nessa perspectiva econômica, as instituições, para Douglass North (1993, p. 15), formam a estrutura de incentivos de uma sociedade, e as instituições políticas e econômicas, em contrapartida, são os definidores subjacentes do desempenho econômico. Williamson (1985, p. 15) entende instituições, de forma mais prática, como firmas, mercados e relações contratuais. Esse autor aceita o conceito da transação como unidade básica de análise, adotando a ideia de custos de transação de Coase no âmbito da teoria da firma, bem como os conceitos de racionalidade limitada, desenvolvido por Simon (já falado no capítulo 3), e de oportunismo, entendido como *uma profunda condição de busca pelo auto interesse que inclui a malícia* (Williamson, 1993, p. 92).

Conforme sustentou Coase (1960, p. 25-26), em um ambiente onde não há custos de transação, ou seja, onde não existem gastos a mais para fornecer e adquirir bens no mercado, o arranjo institucional não teria importância e a alocação dos recursos se daria de forma a maximizar os ganhos, nos mais elevado grau de eficiência. No entanto, como sustentou aquele economista britânico, o mundo real não é assim, os custos para transacionar existem e o arcabouço institucional tem fundamental importância nas suas definições.

Partindo desse ponto, deve-se analisar o impacto da função social ao relativizar uma instituição basilar na evolução da sociedade. O primeiro enfoque analítico deve levar em conta a vagueza do termo função social. Como já exposto no primeiro capítulo deste trabalho, função social é conceituado de cima para baixo, ou seja, do Estado para a sociedade. Não se considera o que a sociedade espera da propriedade, mas, sim, o que o Estado espera desse direito real, segundo sua ideologia momentânea, que pode ser refletida na atuação dos três poderes. Assim, o conceito de função social pode variar nos governos e nas casas legislativas dos diversos entes federativos, ou nos tribunais, da mesma forma que varia na doutrina do direito. É um conceito com poderes demais para precisão de menos. Essa incerteza já tem impacto institucional, vez que tornam incertos e indefinidos direitos que deveriam ser certos e bem definidos (POSNER, 2010, p. 135). O efeito negativo disso está na insegurança jurídica causada, que gera um ambiente desfavorável ao desenvolvimento, afastando investidores e tornando caro e sem qualidade as atividades econômicas já existentes.

Sobre a necessidade de se ter regras claras e bem definidas, destaca Douglass North (2008, tradução de Antonio José Maristello Porto, p. 16-17) que os requisitos informativos e institucionais necessários para alcançar mercados eficientes são rigorosos. Os jogadores não devem ter apenas objetivos, mas devem saber a maneira correta de alcançá-los. Para tanto, o sistema institucional deve corrigir as imperfeições de agentes isolados, garantido que as regras gerais respeitadas pela maioria sejam impostas e consertem o comportamento desviante. Um requisito implícito ainda mais rigoroso do modelo de mercado competitivo, continua North, é que quando existem custos de transação elevados, as instituições consequentes do mercado serão projetadas para induzir os agentes a adquirirem a informação essencial que irá levá-los a corrigir seus modelos.

A ausência de certeza sobre as regras do jogo gera mercados que impossibilitam a atuação racional dos agentes econômicos, tendo em vista que só é possível agir dessa maneira quando se tem a posse de informações confiáveis, que passem a realidade dos arranjos produtivos (NORTH, 2008, p. 16-17). Ainda que o conceito de função social

fosse bem definido, continuar-se-ia diante de princípio que gera insegurança jurídica, haja vista a possibilidade de se relativizar um direito essencial à organização da sociedade, que também tem caráter de instituição. Essa possibilidade de relativização estatal tem o condão de refletir no Mercado, vez que a propriedade é sua base, o que pode gerar distorções na alocação de recursos e nos seus preços. Não que se defenda o absolutismo do direito de propriedade, mas os mecanismos de relativização não podem ser impostos, conceitualmente, do Estado para a sociedade, haja vista ser resultado de uma ordem não planejada.

As instituições são constituídas de forma espontânea, historicamente definidas e aperfeiçoadas, sendo o tempo, portanto, fator fundamental (HAYEK, 1985, tradução de HENRY MAKSOUD, p. 55). A propriedade, uma vez vista como instituição, também se entende como construção histórica, de forma espontânea, e aperfeiçoada de forma não planejada, correspondendo aos arranjos sociais de cada época, o que torna a pretensão estatal de relativizá-la, para fins de melhoramento, perigosa e, até mesmo, inalcançável. Os direitos de propriedade, num contexto institucional de mercado, acabam sendo o principal objeto de negociação. As regras que definirão esse cenário, são as próprias instituições, as quais determinarão o espectro produtivo de uma economia.

Para North (1993, p. 19), as atividades produtivas de uma economia são geradas de acordo com as possibilidades permitidas pelas instituições daquele ambiente. Exemplificando, se num determinado local impera uma cultura libertina, onde as famílias não são conservadoras e o Direito não impõe restrições a jogos de azar, fatalmente as organizações produtivas, ou firmas, procurariam capitalizar conforme as possibilidades desse cenário, o que resultaria, em termos práticos, no estabelecimento de casas de jogos, que são, sabidamente, mercados lucrativos. Como exposto por Williamson (1985, p. 15), o mercado não está dissociado da sociedade, mas é resultado e parte dela. Desta forma, os agentes econômicos estão sujeitos às oportunidades institucionalmente permitidas, o que torna imperioso descobrir como elas são formadas. Num ambiente de estado de direito, onde há democracia, a barganha que mais definirá as normas institucionais serão a com a classe política (NORTH, 2008, p. 17).

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a imposição constitucional da função social da propriedade é fruto de barganha política. Se voltarmos ao ambiente da constituinte de 1988, perceber-se-ia o engajamento de setores da sociedade para efetivar mecanismos de relativização da propriedade privada. Notadamente, havia movimentos da Igreja Católica, ligas camponesas, partidos políticos de centro, esquerda e extrema esquerda, todos sobre o lema da reforma agrária e do direito à moradia. De outro lado, havia os partidos de centro-

direita e a bancada ruralista que defenderam os próprios interesses, mas aceitando a culpa que só mitigou a função social da propriedade, quando o ideal seria extingui-la. A verdade é que a narrativa da necessidade social quanto ao direito de propriedade tinha e ainda tem imposição moral. Até os que defendem o referido instituto no *mainstream* fazem com certo constrangimento, aceitando todo tipo de ressalva. Se antes se tinha a função social como influência da doutrina estrangeira, desde a Constituição de 1988 ela se tornou uma bandeira ideológica nacional de determinado seguimento da sociedade. Esse ambiente político hostil à propriedade privada influi negativamente no desenvolvimento econômico, pois, como defendido por North (2008, p. 25), as instituições do Livre Mercado, que são as que geram desenvolvimento, devem ser garantidas por instituições políticas fortes e estáveis, principalmente na consolidação do estado de direito.

Nenhum direito é ilimitado e a própria existência do Direito, enquanto instituição, depende disso (COASE, 1960, p. 38). Não fosse assim, todo direito seria ao mesmo tempo absoluto e passível de relativização por outros direitos também absolutos, o que constituiria contradição insanável, tornando impossível a aplicação de qualquer direito em uma situação de conflito. Desse modo, a propriedade não é e nem deve ser vista como direito absoluto. Mas a sua limitação não pode ser genérica nem imposta por conceitos irreais, que fogem à coerência de um ambiente estável. As principais limitações da propriedade deveriam ser os demais direitos individuais, entre eles a própria propriedade, no caso de uma situação conflituosa que envolva mais de um direito dessa espécie. A teoria do abuso de poder também é limitação aceitável da propriedade, vez que envolve o interesse de particulares e somente é provocada quando se está diante de conflitos reais, e não de políticas governamentais abstratas, que a qualquer momento podem determinar a imposição da função social em prol de suposto interesse coletivo.

Voltando à análise econômica propriamente dita, a função social enquanto princípio também possibilita a orientação estatal sempre num sentido de justiça social distributiva, onde se leva mais em conta a intenção de suas ações que os seus reais efeitos. Deste modo, o Estado estará voltado a criar leis e políticas públicas que consolidem a relativização dos direitos de propriedade, enfraquecendo continuamente o ambiente institucional, até que a propriedade deixe de ser instituição e passe a ser um mal necessário que se vai destruindo aos poucos. O resultado disso para a atividade econômica seria, como demonstra a História, indesejado. Relativizar de forma impositiva a propriedade tem efeito contraditório contra a própria natureza do instituto, o qual existe como exigência da lei da

escassez. Só se tem propriedade de algo pela escassez inerente a todo recurso. Se se impõe a relativização da propriedade, estar-se-ia também relativizando a própria escassez. Mantendo-se esta como imposição natural, espera-se dos direitos de propriedade um meio eficaz e racional de se alocar recursos limitados. Essa alocação se dá pelo Mercado, mediante trocas livres entre indivíduos, que obedecem às leis básicas da economia, como a da oferta e da demanda. É isso que se espera de um ambiente institucional seguro, que propicia a geração de riquezas e o desenvolvimento social.

Todo mecanismo alheio ao natural funcionamento do mercado pode gerar desequilíbrios e distorções na alocação de recursos, o que geralmente ocasionam bolhas e crises. Dada a importância da propriedade para a economia, a função social deve ser vista como mais uma intervenção do Estado na atividade econômica. Como dito por Mises ao longo de todo o seu livro *Ação Humana* (1949), um mercado que tenha frequente intervenção do Estado perde as suas características essenciais, podendo ver perdido até mesmo o *status* de mercado.

Em uma economia livre, os agentes tomam decisões baseando-se nos signos passados pelo próprio mercado. Este signos seriam os preços, os quais determinariam a oferta e a demanda de cada bem existente à disposição para trocas. Os agentes esperam que esses signos correspondam à realidade das coisas, passando um panorama da estrutura produtiva existente em determinado momento. Se fatores alheios assim às leis básicas da economia determinam a alocação de recursos, estar-se-ia diante de um cenário artificial, propício a bolhas e crises. Enquanto princípio, a função social da propriedade guiará, por exemplo, os planos diretores das cidades. Esses planos, por sua, determinarão como uma cidade se estruturará, ou seja, como o seu espaço físico será ocupado. O próprio plano diretor já é uma interferência indesejada, pois a ocupação do espaço físico deveria se dar conforme as regras às leis da economia, e não de acordo com as conveniências políticas que influenciam na criação de referidos planos. Se esse plano por si só já é causador de artificialidade na atividade econômica, imagine tendo como base principiológica um relativizador controverso da propriedade.

Os planos diretores que atendem à função social da propriedade tendem a dar maior custo ao exercício desse direito. A alocação de recursos não se dará de forma natural, conforme as necessidades de mercado, mas, sim, de acordo com o entendimento de uma autoridade central, que, por mais esforçada e bem-intencionada que seja, jamais terá todas as informações necessárias para tomar a melhor decisão, considerando que foi

mercado que orientou o desenvolvimento das cidades de forma eficiente, embora imperfeita, e que maioria das propostas para aprimoramento desse processo, pelo pela superposição de um sistema de dirigismo central, demonstra precária noção de quanto este sistema teria de realizar, ainda que fosse apenas para igualar o mercado em termos de eficiência (HAYEK, 1960, p. 334).

O governo municipal, ao elaborar o plano diretor, pode achar que a proibição de fábricas em zonas centrais é do interesse dos moradores daquela região, pelo incômodo gerado pela fumaça, por exemplo. Diante disso, ele proíbe a instalação industrial naquela região. O resultado disso para quem mora lá pode ser bom, a qualidade de vida pode aumentar, mas o governo não conseguiu enxergar os efeitos disso para moradores de outras regiões que trabalham no centro, onde outrora as fábricas eram permitidas. Agora, essas pessoas que moram geralmente em subúrbios, terão maior dificuldade para chegar ao trabalho, tendo em vista que o transporte público geralmente é mais direcionado aos centros das grandes cidades. O Estado também não viu que a produção ficará mais cara, pois a logística do transporte de cargas era mais fácil quando as instalações fabris estavam na região central. Ainda haverá o aumento dos custos de produção, a diminuição da qualidade de trabalho, a perda de horas de descanso para o trabalhador, que agora gastará mais tempo indo ao emprego, o que o deixará menos produtivo, causando perdas para o empresário na relação salário/produktividade. Com tudo isso, os próprios moradores do centro, outrora beneficiados, sentirão os feitos negativos do aludido plano diretor, haja vista que também são consumidores dos produtos fabricados, que agora ficarão mais caros.

Em um arranjo espontâneo, sem intervenção do Estado, o cenário acima exposto provavelmente se resolveria com a mudança dos moradores para regiões mais propícias à moradia, ficando a região central reservada, naturalmente, à atividade fabril. Essa organização pode ser vista nas cidades americanas, que contam com pouca imposição estatal no que diz respeito à ocupação dos espaços urbanos. Nesse tipo de arranjo, todos saem ganhando, haja vista que o aumento da produtividade gera benefícios coletivos, como a maior oferta de bens, menores preços e maior geração de empregos e de tributos. Economias complexas evoluem e se mantêm graças ao dinamismo do mercado, e jamais com o centralismo estatal, que pode até sustentar certo grau de desenvolvimento por determinado tempo, mas que logo chega à ruína, como o ocorrido na União Soviética.

Enquanto princípio, a função social da propriedade também norteará os julgados do Poder Judiciário. Nesse contexto, os juízes e tribunais decidirão conforme o

paradigma de justiça distributiva imposto pela função social. O risco disso está na insegurança causada, haja vista que contratos que envolvam propriedade podem ser decididos de forma inesperada, considerando-se a vagueza já exposto do referido princípio. A despeito disso, deve-se ressaltar que, passados quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda não houve decisão pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca do que viria a ser função social. Diante disso, imagine-se a situação em que um terreno é comprado, mas logo o comprador descobre que o bem está sob *judice* devido a um processo de desapropriação, pois ficou muito tempo inutilizado (outro conceito vago, pois mesmo vago ainda há sua utilidade como reserva de valor), aguardando ser vendido. Por não ser produtivo e, assim, não cumprir sua função social, o juízo concede a desapropriação e o negócio de compra e venda é anulado. Com qual segurança jurídica outros compradores irão atrás de adquirir terrenos? Apesar do exemplo esdrúxulo, tal hipótese está compreendida dentro da vagueza do que se entende por função social.

É certo que um princípio tão incerto e com tanto poder não pode ficar vagando no ordenamento jurídico. Ainda que os tribunais superiores o definam e estipulem os seus limites, como fez a Suprema Corte da Alemanha (MENDES; GONET, 2017, p. 275), estar-se-ia diante de mecanismo de relativização artificial, que foge à realidade do mercado e dos arranjos sociais, que têm a sua própria noção de função da propriedade, a qual é distinta da imposição estatal. Deste modo, a função social da propriedade enquanto princípio fere a ordem espontânea - que é gerador da noção de propriedade -, tem impacto negativo na evolução das instituições, as quais devem, sim, mudar, mas de acordo com a realidade fática, e não com a imposição de autoridades centrais. Qualquer mudança nesse sentido gerará distorções e terá consequências negativas. Nos exemplos exposto, a função social da propriedade enquanto princípio tem o condão de influenciar decisões errôneas dos três poderes da República, com impacto consideráveis na atividade econômica de um país que ainda é miserável.

Nesse contexto, a função social da propriedade é mais um princípio oriundo de uma constituição direcionada por uma agenda social, que até o momento serviu para aumentar as despesas estatais e atrasar o desenvolvimento econômico (ALMEIDA JR; LISBOA; PESSOA, 2015, p. 01). O Brasil, com a Carta Magna de 1988, tentou pular etapas, saindo do estado de subdesenvolvimento e indo direto para o de bem-estar social, desconsiderando a fase essencial onde se acumula riquezas e se estabelece as instituições mantenedoras da prosperidade, dentre as quais está a propriedade privada. Não é uma verdade

tão alarmante a de que a propriedade privada no Brasil era usada de forma abusiva, haja vista que desde a Constituição do Império (1824) há limitação ao seu uso, sobretudo mediante interesse do Estado. Ademais, a propriedade imóvel para boa parte dos brasileiros ainda é apenas uma mera posse sobre um espaço físico, dada a ausência de títulos de propriedade. Muitos não podem usar seus bens imobiliários para conseguir empréstimos e abrir um negócio, por exemplo, pois, para o mundo jurídico, a situação de proprietário é inexistente.

Constatou-se, pois, que a função social da propriedade enquanto princípio é obstáculo para o fortalecimento das instituições e tem efeitos contrários aos pretendidos. Num contexto econômico com custos de transação, o Direito tem o papel de torna-los menos onerosos, e não impor novos custos. Esses efeitos negativos ficam mais claros quando se analisa a aplicação desse princípio em situações práticas, mostrados a seguir.

4.2. A Análise Econômica da Função Social da Propriedade enquanto Aplicação Prática

A função social da propriedade tem reflexo em todo o ordenamento jurídico e serve para se guiar o exercício do respectivo direito em toda sua extensão. A intenção do legislador constituinte não foi apenas limitar o uso da propriedade, mas, também, direcionar esse uso de acordo com suas diretrizes, sobretudo na ordem da agenda social inaugurada com a Constituição de 1988. Nesse sentido, a propriedade privada ganha um terceiro interessado, presente em todos os negócios jurídicos que a envolvam. Essa figura oculta é a coletividade.

Sob a justificativa dos interesses coletivos, o Estado atua e usa para tanto a função social da propriedade. O ente público, como soberano e detentor do monopólio da força, sempre teve a faculdade de intervir nas propriedades privadas. Até mesmo quando do estado liberal, a possibilidade da aludida intervenção era garantida. Só que nesse caso, o Estado atuava em nome próprio, ainda que sob a alegação do bem comum. Com a função social da propriedade, o Estado age em nome dos interesses coletivos, visando não só aos seus objetivos imediatos, mas, pelo menos em tese, o bem geral da sociedade.

Nessa nova ordem constitucional, a função social não está presente apenas na propriedade, mas, também, nos contratos. Sobre o aludido princípio nessa esfera do Direito Civil, Luciano Timm (2006, p. 14) expõe que o objetivo é impedir que a parte mais fraca do acordo seja oprimida pela mais forte. Nesse contexto, o Estado entraria como terceira parte para intervir em favor da mais fraca, impedindo cláusulas abusivas. Desta forma, protegendo a parte vulnerável, o Estado agiria em prol de toda a sociedade. Com a função social da propriedade, a parte vulnerável seria também a coletividade, enquanto o proprietário seria a parte opositora.

Essa vulnerabilidade da sociedade em face do proprietário pode ser levantada em todos os casos que envolvam os direitos de propriedade, mas elas são mais comentadas em casos específicos, os quais já se tornaram exemplo padrão para a doutrina, quais sejam, a ocupação do espaço urbano, a especulação imobiliária e o patrimônio histórico e a desapropriação estatal. Esses exemplos clássicos de incidência da função social da propriedade serão analisados a seguir.

4.2.1. A Ocupação do Espaço Urbano – Planos Diretores

O plano diretor é uma lei, que deve ser aprovada pela Câmara Municipal e diz respeito à organização do solo urbano. Conforme leciona Maria Di Pietro (2017, P. 238), o plano diretor é obrigatório para as cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; em consonância com o artigo 42 do mesmo Estatuto, o plano diretor deverá conter, entre outras medidas, a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsória, considerando, para esses fins, a existência de infraestrutura e de demanda para utilização. Quanto à propriedade imobiliária urbana, o plano diretor é a principal referência para se verificar se a propriedade está cumprindo sua função social. Conforme artigo 183 da CF/88, a propriedade cumpre sua função social quando se adequa ao plano diretor da cidade. Nesse tópico, será analisada a função social enquanto norteadora do plano diretor das grandes cidades, sobretudo quanto à organização do solo urbano.

A organização das grandes cidades sempre foi algo almejado pelos governantes. As grandes metrópoles são vistas como caóticas e todo político que se preze sempre tem propostas para dar fim a essa situação. Mas será que de fato é assim? Conforme já dito neste trabalho, a sociedade evolui segundo uma ordem espontânea, sem determinação central. Não que seja indesejada a organização arquitetada, mas ela simplesmente é impossível, pelo menos para situações de grande complexidade. Organizar o mercado, por exemplo, é algo impossível e as tentativas para tanto só trouxeram mais problemas. O mesmo parece acontecer com as grandes cidades.

A primeira coisa que se deve ter em mente, é que a cidade não é, em sua essência, um grande espaço público. Uma cidade é antes de tudo um aglomerado de

propriedades privadas, entre as quais surgiram espaços administrados pelo Estado. A propriedade privada é anterior ao Estado e, portanto, anterior às cidades. Nesse contexto, planejar a organização das cidades, é planejar como propriedades privadas devem ser alocadas. Nada mais é, portanto, que interferência estatal. De certo, essa interferência não é de todo mal. Muitas vezes, ela visa a melhorar a dinâmica da cidade, quando, por exemplo, desapropria-se para a ampliação de uma via, ou, quando se proíbe prédios altos próximos a aeroportos. É certo que o Estado tem um papel importante na organização das cidades e isso não pode ser negado, mas essa faculdade de intervir deve ser bastante limitada, ainda que sobre o pretexto social.

No Brasil, com exceção de Brasília, Teresina e uma parte de Belo Horizonte, nenhuma outra grande cidade fora planejada antes de ser fundada. Elas nasceram como fruto da ordem espontânea. Dentro desse contexto, elas encontraram a melhor forma de se organizar e serem produtivas. A cidade que aparenta mais caos é, ao mesmo tempo, a mais rica: São Paulo. Assim, o grande problema dos planos diretores é que eles mexem com uma ordem existente há séculos - quando se trata de grandes cidades -, o que acaba influenciando na atividade econômica daquele local. Dentro de uma ordem espontânea, como dito por Hayek (1985, p. 253), os agentes buscam se organizar de modo a satisfazer os seus próprios interesses, o que acaba gerando benefícios a toda sociedade. Numa ordem planejada pelo Estado, os interesses considerados serão de quem pode barganhar com o ente público, ou, pior, serão os interesses do próprio Estado segundo princípios duvidosos, como o da função social da propriedade.

Se o Estado tem como fundamento um princípio equivocado, onde ele mesmo o define e joga de volta à sociedade, é de se esperar o seu planejamento baseado nisso traga mais prejuízos que benefícios. Ao impor um limite dúbio à ocupação dos espaços, o ente público pode tirar de determinado local as possibilidades de desenvolvimento. A grande cidade é uma realidade complexa e, como tal, qualquer tentativa de organização segundo algo planejada é de difícil e talvez impossível concretização. Conforme preceitua Hayek (1985, p. 249), as ordens espontâneas não são necessariamente complexas, mas, ao contrário das produzidas intencionalmente, podem alcançar qualquer grau de complexidade. No entanto, ordens muito complexas, abrangendo maior número de fatos particulares do que qualquer cérebro poderia apurar ou manipular, só podem ser produzidas por intermédio de forças que induzam a formação de aludida ordem.

A grande cidade, como fruto da ordem espontânea, tem indivíduos que encontraram meios de satisfazer seus próprios interesses e desenvolver, de forma não intencional, todo o município. O dono da fábrica não tinha a intenção de gerar um comércio alimentício quando a criou, mas, dado o movimento de funcionários e clientes, outros indivíduos resolveram criar restaurantes e lanchonetes próximos àquele local. O vendedor de bijuterias, por sua vez, viu que naquele lugar havia movimento dos trabalhadores da fábrica e dos restaurantes, então resolveu abrir sua loja perto. Assim, organiza-se uma cidade/mercado, todos buscando os próprios interesses e se beneficiados dos interesses de terceiros. Essa dinâmica se aperfeiçoa com o tempo, tornando-se mais produtiva, o que acaba gerando mais riquezas. A vantagem é que os organizadores, indivíduos unitários, só têm que pensar nos seus interesses, dando-se o arranjo geral conforme negociação interpessoal, com poucos agentes por vez.

Já quando a organização parte do Estado, ela é centralizada, cabendo ao ente centralizador pensar em soluções para todos os possíveis conflitos de arranjo. Ademais, quando ela se baseia na função social da propriedade, a solução para os conflitos tende sempre a favorecer um lado em detrimento de outro. Considerando a função social da propriedade, esse favorecimento coletivo se daria com a relativização do direito de propriedade. Isso, de fato, favorece a todos? Imagine o mesmo exemplo já exposto, onde o município determine em seu plano diretor que fábricas não poderão mais ser instaladas em regiões onde haja residências, por uma questão de saúde pública. As residências não estão perto das fábricas por coincidência, mas, sim, porque lá moram os trabalhadores daquelas empresas. Morar próximo ao trabalho faz com que as empresas não gastem com o transporte dos empregados, nem com refeições dentro da fábrica, pois todos podem comer em casa. Toda essa facilidade diminui os custos de produção da fábrica, o que a possibilita ter menores preços, fato que beneficia todos os seus consumidores, que pagam menos. Esse arranjo fora construído de forma espontânea e funciona bem. A questão da saúde é pessoal, e cabe a cada morador decidir se quer ou não morar perto da fábrica. Ademais, se a poluição da fábrica representasse grandes riscos à saúde pública, ela sequer poderia funcionar, uma vez que sempre estará com alguém próximo às suas instalações. No entanto, o Estado decide impor tal restrição e a fábrica terá que mudar de local. Por se tratar de uma grande cidade, todas as áreas têm, pelo menos, algumas residências. Diante disso, só resta à empresa sair da cidade, o que acarretará em desemprego e queda na arrecadação de tributos, fora o prejuízo a atividades econômicas que tinham existiam graças à fábrica, como a alimentícia. Coisas assim já podem

ser vistas nas grandes cidades, que restringem as áreas para instalações de fábricas. Cada vez mais as empresas buscam cidades do interior, onde não há restrição e são oferecidos incentivos fiscais.

Como já dito por Coase (1960, p. 35), não há motivos para achar que o Estado tem as melhores soluções para os dilemas sociais que envolvem os direitos de propriedade. Pelo contrário, muitas vezes é ele o causador dos maiores problemas. Ademais, além da utopia da organização central, ainda há de se falar nas consequências de quem não a segue. Como exposto por Di Pietro (2017, p. 167), não se adequar ao plano diretor é a principal previsão de desapropriação da propriedade urbana. A visão dúbia estatal pode levar a verdadeiros absurdos jurídicos. Diante desse cenário, onde o Estado cria regulações que fogem à dinâmica das cidades e ainda pune que não as cumpre, não pode haver ambiente favorável ao desenvolvimento econômico.

Ao definir a ocupação do solo segundo o próprio seu planejamento, o Estado também influi na dinâmica de transferência dos direitos de propriedade. Ao estipular regras que não respeitam as leis do mercado, o ente público tira a liberdade nas trocas, o que torna mais oneroso transacionar. Isso, conforme lecionou Posner (197, p. 85), é um dos fatores que impedem a geração de riquezas, haja vista que quanto maior liberdade nas transferências dos direitos de propriedades, mais rica se torna uma nação. Posner põe isso como fator indispensável para o desenvolvimento das grandes potências, sobre tudo quando se observa a história americana.

Num cenário onde o Estado define a ocupação do solo, os agentes econômicos seriam meros seguidores de ordem, o que seria prejudicial a todo o sistema. Como agentes unitários, os empresários têm condições de tomar as melhores decisões possíveis, pois conhecem melhor as suas estruturas e negociam num ambiente limitado, com outros poucos agentes. Enquanto isso, o Estado, também agente unitário, não tem capacidade para decidir de forma geral, vez que não tem acesso às todas as informações de um sistema complexo e com vários outros agentes em diversas negociações simultâneas. Configurar-se-ia, assim, um cenário de intervenção, que, segundo Mises (2010, p. 817), acontece quando o governo não limita suas atividades à preservação da propriedade privada dos meios de produção e à proteção contra as tentativas de violência ou fraude, mas quando interfere na atividade econômica através de ordens e proibições.

Ainda que a intenção estatal seja de melhor organizar as cidades, a intervenção na forma como a propriedade preenche os espaços urbanos não pode partir do

ponto de que tudo que está feito é errado e deve ser melhorado. Muito do que existe funciona da melhor maneira dentro dos arranjos possíveis, e o ente centralizador não tem capacidade de medir esse grau de eficiência, vez que foge a ele e a qualquer ente unitário todas as informações necessárias para tomar a melhor decisão em termos de eficiência. Diante de um cenário assim, que é o das grandes cidades, caberia ao Estado apenas corrigir casos específicos, trazidos a ele pelas partes envolvidas, por meio do Judiciário, e não planejar todo o ordenamento de uma realidade já posta e que funciona. Ademais, visando progresso, a única coisa que caberia ao Estado, não sendo provocado, seria a retirada de mecanismos que limitam a liberdade de transacionar. Em outras palavras, cabe ao Estado sair da frente dos indivíduos e fazer com que a liberdade aumente.

4.2.2. A especulação Imobiliária

Outro exemplo clássico onde se invoca a função social da propriedade, é no que diz respeito ao mercado imobiliário, sobretudo na especulação. Segundo definição clássica, especulação imobiliária é a compra de propriedades com o fim único de esperar a sua valorização, para posterior lucro com sua venda ou locação.

Em termos econômicos, especular é investir. Como dito pelos teóricos da teoria dos juros, o tempo também é um recurso e deve ser remunerado. Nessa perspectiva, os defensores da função social da propriedade usam-na como forma de impedir a especulação. Segundo esses apologistas da função da social, especular gera preços artificiais e impede o acesso a imóveis por pessoas com menor poder aquisitivo, as quais teriam fins mais nobres, como apenas morar ou ter uma atividade econômica qualquer.

Percebe-se que há certo rechaço moral quanto à atividade de especular, algo parecido com o que ocorria nos primórdios do capitalismo com os empréstimos a juros. Isso se deve à desconsideração, por parte dos detratores da especulação, quanto à importância do tempo. Como expôs Mises (2010, p. 146), há três formas de lidar com o futuro, o jogo, a engenharia e a especulação. No mundo real, o ser humano lida com o fato de que seu semelhante age por conta própria (MISES, 2010, p. 147). A necessidade de ajustar suas ações às dos outros faz dele um especulador, para quem sucesso e fracasso dependem de sua maior ou menor habilidade em compreender o futuro. Toda ação é uma especulação. No curso da vida humana não há estabilidade e, conseqüentemente, não há segurança. Em que pese a imagem de vilão que se tem do especulador, ele não passa de um investidor, e, como tal, corre riscos pelos quais deve ser recompensado. Ao comprar um imóvel e esperar sua valorização, o especulador corre o risco de ver seu dinheiro jogado fora, caso haja desvalorização, algo

totalmente possível, ainda mais em economias instáveis. Além disso, usar da função social contra a especulação é agir em desfavor da própria sociedade.

Primeiro, cabe afastar a alegação de que a valorização dos demais imóveis resultante da compra especulativa seja artificial. Há artificialidade de mercado quando demanda e oferta não têm correspondência. No caso da especulação, a compra de imóveis para esse fim é uma demanda real, que gera oferta igualmente real. O especulador busca imóvel para investir da mesma forma que um outro investidor buscará ouro ou ações. São bens que tem o condão de reservar valor. O fato de não utilizá-los para um fim imediato, como moradia ou locação, não torna a demanda por ele artificial, muito menos o resultado disso para os demais imóveis. Ora, como parte de um mesmo recurso escasso – imóveis, o aumento por sua procura acarretará a sua valorização dos demais bens desse tipo. Estaríamos diante de um cenário artificial se essa demanda fosse gerada por injeção de crédito no mercado, ou outra forma de incentivo estatal.

Outra hipótese de cenário artificial, seria a proibição da especulação imobiliária com o fim de se impor a utilização do imóvel de forma imediata, baseando-se na função social da propriedade. Assim, o dono do imóvel não poderia vendê-lo para quem tivesse o fim de especular, nem ele mesmo poderia praticar essa atividade. Desta forma, o proprietário só teria a opção de vender para quem fosse utilizá-lo de imediato, para moradia ou outro fim. Diante disso, o preço do imóvel cairia, pois a sua utilização fora restrita, e a venda para os compradores de maior porte, que geralmente são especuladores, está vetada. Nesse caso, o mercado teria um excesso de oferta, que baixaria o preço dos demais. Isso, ao primeiro olhar, parece ótimo, pois mais pessoas teriam acesso a imóveis. No entanto, pense no caso de uma pessoa simples que fez uma hipoteca e viu o preço da sua residência cair. Essa pessoa teria um prejuízo altíssimo, aumentaria o montante da sua dívida e ainda veria a garantia dela ir para o espaço. Imaginem, agora, a construtora que tinha terrenos parados como garantia de empréstimos para fim de construir um condomínio residencial em outro imóvel. Assim como o exemplo anterior, a garantia do empréstimo perderia valor e o empreendimento seria cancelado por falta de recursos, o que deixaria no prejuízo as pessoas que compram os imóveis na planta.

De um modo geral, a intervenção na atividade especulativa traria mais perdas que ganhos à sociedade. A própria oferta de imóveis para moradia e locação perderia força, pois as instituições bancárias não financiaram a compra de bens desvalorizados. A especulação imobiliária, longe de ser esse monstro pintado pela doutrina, é apenas um reflexo

do mercado. Se esses imóveis estão parados esperando valorização, é porque o arranjo mercadológico assim permite, sendo a melhor opção dentro de uma lógica de escassez permanente. Interferir nisso geraria distorções nos preços naturais, os quais têm influência, também natural, da especulação. Como dito por Hayek (1960), os preços são signos que dizem aos agentes econômicos como agir. Se esses signos são distorcidos por artificialidades, toda a corrente produtiva estará suscetíveis a bolhas e crises.

Desta forma, ao agir em nome da função social, visando garantir a produtividade dos imóveis ou a sua destinação à moradia, o Estado acabaria por ter efeito diverso, distorcendo todo o setor e ainda retirando de pessoas simples a possibilidade de acesso a esse direito social, a própria moradia.

A especulação é uma atividade financeira que gera riquezas. Muitos dos especuladores são construtores que têm empreendimentos que visam à moradia e a outras atividades produtivas, sendo a especulação parte da sua receita e um modo de agir do mercado imobiliário que de forma alguma pode ser visto como improdutivo. Ademais, o próprio Estado é um especulador. Segundos dados da Advocacia-Geral da União, o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) é um dos maiores latifundiários do país, como diversos imóveis rurais e urbanos sem destinação imediata.

4.2.3. O Patrimônio Histórico

A função social da propriedade também é usada como pretexto para tomar edificações consideradas patrimônio histórico. Primeiro, cabe esclarecer que tomar não é desapropriar. Ao decretar que um imóvel tem relevância histórica, e, portanto, deve ser preservado, o Estado restringe o exercício do direito de propriedade, ou seja, a faculdade de usar, gozar e dispor.

Segundo Di Pietro (2017, P. 215), na Constituição de 1988, há a preocupação do constituinte com a tutela do patrimônio cultural brasileiro, constituído pelos “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” (art. 216). O artigo 23, inciso III, da CF/88, inclui entre as funções de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a

proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. E o artigo 24, inciso VII, conferiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, o que significa que a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, exercendo os Estados a competência suplementar, na forma dos §§ 1º a 4º do artigo 24.

Nesse contexto, preservar determinadas edificações devido ao seu valor histórico faz parte da função social atribuída à propriedade. O tombamento poderia ser visto como mais uma restrição à propriedade, estando, assim, ao lado da função social. Todavia, como já exposto neste trabalho, a função vai além de uma mera restrição e tem *status* de princípio constitucional, e, como tal, guia toda a aplicação do direito, o que inclui o tombamento.

Uma vez tendo relevância histórica e/ou cultura, uma edificação pode vir a ser tombada, o que configura restrição estatal no uso do imóvel pelo seu titular. Referidas restrições impedem o titular do direito de propriedade de modificar as características essenciais do imóvel e lhe dão a obrigação de preservá-lo, cabendo ao Estado tal ônus se o proprietário não tiver condições.

A questão econômica a ser analisada diz respeito ao próprio fim almejado por referida restrição, que é a preservação histórica de uma localidade. Permitir que o Estado restrinja o direito de propriedade já é algo que gera custos de transação e afeta a ordem econômica. Dar essa opção com base em quesitos subjetivos, como já expostos, piora a situação e prejudica o próprio fim desejado.

Imaginem o exemplo de um proprietário que tem imóvel numa região valorizada de uma cidade, sendo este bem uma ótima reserva de valor. No entanto, a prefeitura resolver tombá-lo, haja vista sua arquitetura ser do começo do século passado. Por ser uma região bem localizada, o preço do imóvel está mais centrado no seu terreno que na construção em si. Uma vez tombado, a construção deverá ser mantida e qualquer outra não poderá mais ser erguida naquele terreno. Por lógico, todo o valor advindo da localização está perdido e o proprietário tem como único fim, agora, vender a construção a alguém que esteja disposto a arcar com o ônus do tombamento. Lógico que os possíveis compradores serão poucos e o valor será menor que antes, devido à restrição, se é que alguém vai querer comprar. De toda forma, resta a opção de vender para o Estado, para que cuide da manutenção, mas tal venda costuma ser em valores ainda mais baixos. Percebe-se, desde já, um efeito negativo que

pode gerar insegurança em todo o setor imobiliário, pois uma intervenção feita em um indivíduo pode gerar a desconfiança de todo o setor. Ademais, imaginem agora os proprietários de outros imóveis naquela região, os quais têm arquitetura do mesmo período que o já tombado. Por óbvio, eles pensarão ser os próximos a terem a restrição. O que farão esses sujeitos se quiseram manter o valor do terreno? Demolir a construção histórica, claro, antes que seja tombada. Veja que a intenção do Estado de preservar o patrimônio histórico pode acelerar a sua destruição. É mais um caso onde a função social tem fim diverso do pretendido.

Ademais, imaginem agora uma cidade qualquer daqui a duzentos anos. Todo prédio existente hoje nessa cidade, decorrido esse tempo, será histórico. Então, teremos uma cidade toda tombada? O efeito disso é ainda pior quando se analisa a questão da escassez. A propriedade sob restrição histórica perde o seu valor de mercado e deixa de ser usada como moradia, devido a sua estrutura precária, o que aumenta a escassez de imóveis, fazendo com que o preço de todo o setor inflacione. Mais uma vez, uma ação estatal com fins sociais teria impactos negativos contra a sociedade.

Não que o patrimônio histórico deva ser desprotegido, mas essa atitude deve partir dos seus proprietários, caso queiram - e muitos vão querer -, e não ser imposta pelo Estado. A própria sociedade, em sua unidade essencial, que é o indivíduo, deve decidir os rumos do seu patrimônio histórico. Se a edificação vir a ser destruída, não cabe ao Estado lamentar, haja vista que foi decisão possibilitada pela própria sociedade em seus valores individuais. O Estado agindo para restringir, causaria maiores danos e não estaria, de fato, atuando em nome do coletivo, mas apenas considerando interesse de autoridades centrais, que, não necessariamente, refletem a opinião pública.

Toda distorção na dinâmica do mercado é perigosa e deve ser evitada, ainda mais quando o pretexto é a coletividade. Os interesses coletivos são protegidos quando o Estado respeita a dinâmica natural da sociedade e suas instituições, as quais são compostas por mecanismos de autocorreção que permitem maior eficiência na alocação de recursos, diferente de uma autoridade central, por mais bem-intencionada que seja. Agindo assim, como bem defendeu Coase (1960), o Estado apenas aumenta os custos de transação e prejudica a atividade econômica.

4.2.4.A Desapropriação Estatal

O Estado pode desapropriar, para cumprimento da função social, tanto a propriedade urbana quanto a rural. Como a urbana já foi tratada em tópico anterior, este analisará apenas a desapropriação da propriedade rural, para fins de reforma agrária.

Em relação à propriedade rural, o artigo 186 da CF/88 estabelece que a sua função social “é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, os seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.” Não cumprindo a aludida função social, o proprietário fica sujeito à desapropriação para fins de reforma agrária, prevista no artigo 184; se tornar produtiva a sua propriedade – assegurando-lhe, pois, função social – o seu titular escapa à possibilidade de desapropriação sob essa modalidade (art. 185, II). A matéria está hoje regrada pela Lei nº 8.629, de 25-2-93 (regulamentada pelo Decreto nº 8.738, de 3-5-16) e pela Lei Complementar nº 76, de 6-7-93.

Segundo Di Pietro (2017, p. 207), o cumprimento da função social da propriedade agrária corresponde à *correta utilização econômica da terra e sua justa distribuição, de modo a atender ao bem-estar social da coletividade, mediante o aumento da produtividade e da promoção da justiça sócia.*

Mais uma vez, trata-se de intervenção estatal na atividade econômica, desta vez impondo o aumento da produção à propriedade. O impacto disso pode ser inferido de tudo que já foi dito até agora. Essa intervenção gera distorções de mercados, as quais passam informações erradas aos agentes econômicos. Ademais, também tem a possibilidade de gerar incerteza institucional e enfraquecimento de instituições geradoras de desenvolvimento.

Determinadas terras podem ser improdutivas por questões temporárias, ou mera especulação, que também é algo válido e gera riquezas. A imposição dessas medidas ocasiona desinteresse de investidores sérios, deixando o mercado imobiliário rural nas mãos de grileiros, exploradores do trabalho escravo e demais empresários sem tanto apreço ao estado de direito.

Outrossim, a análise econômica dessa possibilidade de desapropriação ganha destaque por uma questão principiológica quanto ao seu fim. Como já dito, a propriedade rural que não cumpre sua função social será desapropriada para fins de reforma agrária. Aqui, encontra-se uma das maiores contradições da agenda social brasileira. Ao

mesmo tempo em que se almeja a distribuição equitativa da propriedade, o próprio instituto objeto da redistribuição é enfraquecido.

A necessidade da reforma agrária é real e sua justiça não se questiona neste trabalho. Todavia, uma reforma agrária só se justifica e só será eficaz se o seu objetivo for transmitir propriedade, e não uma mera posse sob condições. Ora, ao estipular preceitos subjetivos para o exercício do direito de propriedade, o legislador enfraqueceu o instituto e tirou valor da essência da propriedade. O que o beneficiário da reforma agrária terá não é a propriedade almejada, mas apenas ônus de tornar algo outrora improdutivo em produtivo. E se a propriedade fosse improdutiva por questões climáticas ou de estrutura? Continuará improdutiva, e, assim sendo, qual a segurança que o beneficiário terá de não ser ele o próximo desapropriado?

Como já exposto por Posner (2007, p. 87), a propriedade sem garantia perde o seu valor e não exerce o seu potencial gerador de desenvolvimento. Que se faça a reforma agrária, mas como repasse de propriedade de fato, e não uma mera política de vingança social que não mantém a essência da propriedade enquanto instituto e, sobretudo, instituição.

CONCLUSÃO

Analisar se a função social da propriedade imóvel cumpre os seus objetivos pretendidos e verificar seus impactos na atividade econômica eram os principais problemas levantados no presente trabalho. Após o estudo feito, pode-se concluir que os objetivos principais da função social da propriedade só podem ser alcançados satisfatoriamente se considerados as suas influências econômicas, uma vez que o Estado interferindo em favor da função social acaba impedindo a própria concretização de seus fins.

O estudo não negou a existência da função social da propriedade, mas pontuou que ela não deve ser conceituada pelo Estado. Uma vez que a propriedade é uma construção histórica, a qual consolidou-se como instituição, a sua função social deve ser apreendida da observação de como os agentes econômicos atuam com ela, conforme as leis do mercado e da dinâmica espontânea da sociedade e suas instituições.

Deste modo, numa perspectiva histórica, a propriedade cumpre sua função social quando impede a tragédia dos comuns e serve como base para a troca de bens, sendo a essência fundadora do Mercado. A função social imposta pelo Estado, todavia, evidencia seu caráter artificial e alheio aos processos da ordem impulsionadora das instituições, o que tem efeitos negativos consideráveis, haja vista ser interferência estatal no Mercado e na

organização institucional da sociedade. Enquanto princípio, essa função social impregna toda a atuação dos agentes públicos, gerando incertezas e impedindo a liberdade necessária para o direito de propriedade exercer todo seu potencial de geração de riquezas e desenvolvimento.

Os prejuízos da função social estatal foram demonstrados nos casos práticos onde o aludido princípio é mais invocado. Neles, ficaram expostos os aumentos nos custos de transação, tornando o Direito um maximizador desses gastos, quando a sua função, considerando os preceitos da Análise Econômica do Direito, seria a de torná-los menos onerosos. Desta forma, os principais objetivos da função social, quais sejam, o aumento da produtividade das propriedades, maior acesso à moradia, proteção do patrimônio histórico e organização do espaço urbano ficam prejudicados pela própria incidência do aludido princípio. Isso se dá, pois:

- 1) a produtividade de um ambiente instável não tende a aumentar, haja vista os custos de transação aumentarem pela incerteza, e a instabilidade institucional gerar menos investimentos, e, portanto, menos produtividade;
- 2) com menor grau de investimento, de geração de riquezas e desincentivos à construção civil, com o combate à especulação imobiliária, por exemplo, menos habitações são construídas, o que gera aumento do preços e influi negativamente no acesso a moradias;
- 3) a imposição de tombamentos acaba gerando desinteresse por esses imóveis, o que lhes impõe a destruição antes de se tornarem patrimônio histórico, ou a tutela do Estado, que terá o ônus de manter propriedades que não geram riquezas, além de aumentar a escassez de bens imóveis, inflacionando os seus preços;
- 4) por ser artificial, não leva em conta a evolução natural das cidades, o que acaba gerando distorções na sua organização e capacidade produtiva.

Ante a isso, considerando que a função social da propriedade imóvel é um princípio constitucional que não pode ser afastado, propõe-se uma nova interpretação dele, de modo a considerá-lo como apreensão da propriedade em seus benefícios históricos para a sociedade. Deste modo, os operadores do Direito não aplicariam a função social conceituada

pelo Estado, mas, sim, a função social garantidora da continuidade da propriedade como fenômeno social espontâneo, que tem seu aperfeiçoamento por meio das relações interpessoais e institucionais. Caberia ao direito, somente, a aplicação desses costumes e o combate aos obstáculos à liberdade do exercício de referido direito, o que teria impacto positivo nos custos de transação e geraria a estabilidade necessária para um cenário de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JR., Mansueto; LISBOA, Marcos; PESSOA, Samuel. O Ajuste Inevitável: ou o país que ficou velho antes de se tornar desenvolvido. 2015. Disponível em: https://mansueto.files.wordpress.com/2015/07/o-ajuste-inevitc3a1vel-vf_2.pdf

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr/jun 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. III, 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo: Método.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Constituição (1824). Constituição do Império do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1824.

_____. Constituição (1891). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, DF, Senado, 1891.

_____. Constituição (1934). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, DF, Senado, 1934.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1934.

_____. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, DF, Senado, 1916.

_____. Código Civil da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 2002.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. The Journal of Law & Economics, v. 3. 1960.

COASE, Ronald. O Problema do Custo Social. Tradução: Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & economia. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. ed. Rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho Social. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERGUSON, Niall. A Ascensão do Dinheiro. Tradução: Cordelia Magalhães. São Paulo: Editora Planeta, 2008.

FERREIRA, Simone Nunes. Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito das Coisas – 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HAYEK, Friedrich August von. Direito, Legislação e Liberdade. Tradução: Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985.

HAYEK, Friedrich August von. Fundamentos da Liberdade. Tradução: Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983

HEGEL, Georg Wilíelm Friedrich, 1770-1831. Princípios da filosofia do direito / G.W.F. Hegel; tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

IORIO, Ubiratan Jorge. Economia e Liberdade: a Escola Austríaca e a Economia Brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: ForenseUniversitária 1997.

JUNQUEIRA, Eduardo. O Código Civil de 1916. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

Disponível em:

<http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeirarepublica/C%C3%93DIGO%20CIVIL%20DE%201916.pdf>.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes, 2002.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito das Coisas. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS, José Diniz de. A Função Social da Propriedade na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999.

NORTH, Douglass. Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico. Ensaios & Artigos. Elizabete Hart (trad.). Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1992

NORTH, Douglass. Desempenho econômico através do tempo. Tradução: Antônio José Maristello Porto. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. IV. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. introdução ao direito civil constitucional, tradução. M. C. de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 2ª reimpressão.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. introdução ao direito civil constitucional, tradução. M. C. de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POLIDO, Fabrício B. P.A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da »função social« dos direitos proprietários. Revista Trimestral de Direito Civil , v. 27, p. 3-47, 2006.

POSNER, Richard A. Economic analysis of law. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

ROCHA, A. P. P. ; MATIAS, J. L. N. Repensando o Direito de Propriedade. In: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

SOUSA, José Marnoco e. Direito Romano, Peninsular e Português. 3ª ed. Coimbra: França Amado, 1910.

TEIZEN JR., Augusto Geraldo. A Função Social no Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THOMAS, Robert P. The Rise of the Western World: a new economic history. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. 2006. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf>

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direitos Reais. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

von MISES, Ludwig. Ação Humana. São Paulo: Instituto Ludwig vonMises Brasil, 2010.

THOMAS, Robert P. The Rise of the Western World: a new economic history. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

WILLIAMSON, Oliver. (1993). “Transaction Cost Economics and Organization Theory”, Industrial and Corporate Change, Vol. 2, nº 2, pp 107.156.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.).Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005. 2ª reimpressão.