

HISTORICIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE: A MARCHA RUMO À HUMANIZAÇÃO

João Luis Nogueira Matias¹

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar que o direito de propriedade evolui em marcha que tende à humanização. Tem-se por certo que o direito de propriedade é obra humana, cultural, marcado por uma inegável historicidade. A partir de tal constatação, são analisadas as diversas teorias que objetivavam fundamentar o direito de propriedade, especialmente as justificativas econômicas. Aborda-se, também, a evolução do direito de propriedade, com destaque para a concepção de propriedade que decorre da doutrina social da Igreja em razão da importância que assumiu ao longo da história. Pretende-se apontar o perfil do direito de propriedade atualmente em vigor, assim como, se o mesmo encontra-se em sintonia com os valores hodiernamente prevalentes.

Palavras-chave: Direito de propriedade; Humanização do direito de propriedade. Fundamentação do direito de propriedade.

Abstract: This article argues that the right of property evolves in motion that tends to its humanization. The property right is a human creation, culture, marked by an undeniable historicity. From this point of view, the essay analyzes the different theories that aim to support property right, specially the economic justifications. Covers are also the evolution of property right,

¹ Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor-Doutor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC/Juiz Federal.

especially the conception of property that arises from the social doctrine of the Catholic Church, for the importance it has. It is intended to define the currently profile of property right, as if it is according with the prevalent values.

1. INTRODUÇÃO



fenômeno cultural, a propriedade é fundamental para a realização das necessidades básicas do ser humano, sendo a sua justificação bastante diversificada ao longo da história. Também em relação à sua forma a propriedade se apresenta de maneira ampla, já tendo se manifestado de forma coletiva ou individual; absoluta ou relativa; uniforme ou fracionada, incidindo sobre bens materiais e imateriais, móveis ou imóveis.

O direito de propriedade, por sua vez, é caracterizado por sua historicidade, ou seja, pela sua definição de acordo com o local e o momento histórico em que se situa.² A sua compreensão, necessariamente, passa pela análise de seu contexto.

Ao longo do presente trabalho, procurar-se-á delinear a marcha do direito de propriedade até a sua conformação atual, em que assume feições humanizadas. A proposta é apresentar os fundamentos mais expressivos para a justificativa do direito de propriedade, com a sua análise nos diversos períodos históricos, na doutrina social da Igreja e em algumas abordagens econômicas, concluindo com a delimitação de sua atual caracterização.

2. FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Inúmeras teorias propõem-se a justificar o direito de pro-

² Sobre a historicidade do direito de propriedade, ver MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso. *Repensando o direito de propriedade*. Anais do XV CONPEDI - Manaus. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

priedade, em perspectiva que inclui abordagens tradicionais e inovadoras, de cunho econômico. Passa-se à análise das mesmas.

a) TEORIA NEGATIVISTA

A partir das idéias defendidas por Proudhon, a propriedade é definida como uma ofensa às pessoas mais pobres, um “roubo”, em razão dos detentores dos meios de produção se locupletarem com o resultado do trabalho das camadas mais pobres.³

Formulada em período em que a propriedade era encarada como direito natural, Proudhon a definia como verdadeiro “suicídio” da sociedade em razão dos efeitos nefastos que acarretaria. A posse é que seria justa e jurídica.

b) TEORIA DA ESPECIFICAÇÃO

Tem entre seus adeptos Locke⁴, Mac Culloch, Guyot, Rousseau e Jhering⁵. Defendem que a propriedade resulta do trabalho, sendo incorporada ao patrimônio pela atividade laborativa, é o esforço que transforma a coisa em domínio do sujeito de direito. A adição do trabalho aos recursos naturais cria a propriedade.

Tratam a propriedade como direito natural, a partir da idéia de que na passagem do estado de natureza para o estado civil são conservados os melhores aspectos daqueles, fazendo com o estado civil seja a conservação daquele.⁶

Carrega em si o gérmen da negação da propriedade, além

³ PROUDHON, P. J. *What is property? An inquiry into the principle of right and government*. Nova York: Dover Publications, 1970.

⁴ Second treatise of government, chapter V, part. 26.

⁵ *A Luta pelo direito*. 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

de não explicar a aquisição de propriedade que não deriva do trabalho, como aquela que advém da sorte, como as loterias.

c) TEORIA LEGALISTA

A propriedade advém da ordem jurídica, é concessão do Estado que possui poder para dividir os bens da sociedade. Entre seus adeptos, Hobbes⁷ e Montesquieu⁸.

Implica na supervalorização da lei, desconsiderando inúmeros defeitos que lhe são inerentes. Para os opositores, a propriedade é apenas regulada por lei, sendo realidade que lhe é pré-existente.

d) TEORIA DA OCUPAÇÃO

O seu principal formulador é Grócio, sendo o argumento central o de que a prioridade da ocupação justifica e legitima a propriedade. A propriedade decorreria da ocupação com a finalidade de satisfação das necessidades.⁹

Desconsidera as dificuldades de identificação da ocupação pioneira e refuta o caráter de historicidade de que se reveste.

e) TEORIA PERSONALISTA

Manifestação da personalidade, a propriedade revela-se como a garantia econômica da liberdade. Tem entre seus defensores Freidrich Hegel.

Sustenta que a essência do ser humano é a realização de seus desejos, a qual tem por pressuposto a obtenção de recursos

⁷ *Leviatã*. Os Pensadores. 3ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁸ *The spirit of laws*. Great Books of the Western World. Chicago: University of Chicago, 1952.

⁹ PLANIOL, Marcel. *Cours élémentaire de droit civil*, vol. I.. 3ª edição. Paris: LGDJ, 1906.

materiais. A propriedade privada é fundamental para a manifestação externa dos desejos e para a sua efetiva concretização. A propriedade deve ser entendida como forma de assegurar a esfera externa da liberdade.^{10 11}

f) TEORIA DA NATUREZA HUMANA

Argumentam que a propriedade é condição da existência humana e pressuposto de sua liberdade. O ser humano, como decorrência de sua natureza, exerce poder sobre bens, sejam móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos.¹²

Tratando a propriedade como forma de manifestação da natureza humana, essa teoria não é compatível com a fixação de limites e ponderações ao seu exercício, fundamentando seus excessos.

g) ABORDAGENS ECONÔMICAS

A doutrina econômica da propriedade justifica a propriedade como a melhor forma de utilização dos bens.

Hardin¹³, em artigo que, inicialmente, visava abordar problemas ambientais, parte da idéia de *commons*¹⁴ para justificar a necessidade de propriedade. Por *commons* pode ser tomadas os comuns, terras livres, sem demarcação, cuja superutilização levaria ao desgaste completo e inutilidade econômi-

¹⁰ BELL, Abraham e PARCHOMOVSKY, Gideon. *What property is*. ILE – Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School, Research Paper 04-05, fevereiro de 2004.

¹¹ RADIN, Margaret Jane. *Property and personhood*. Stan Law Review 957 (1982).

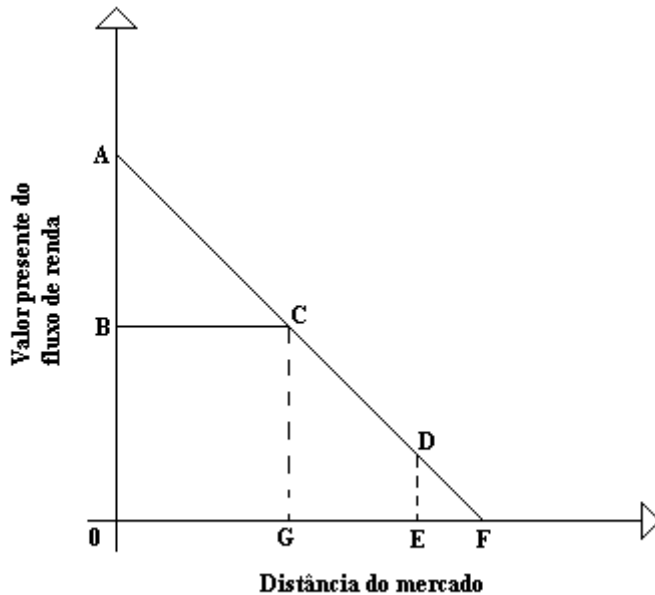
¹² Nas doutrinas socialistas, que predicam a propriedade coletiva dos bens de produção, é reconhecido o direito de propriedade individual no que refere aos bens de consumo.

¹³ HARDIN, Garret. *The tragedy of the commons*. Science Magazine, número 162, 1968, páginas 1243/1248.

¹⁴ Por commons também se pode entender qualquer recurso que disponha de pouca ou nenhuma regulação.

ca. A forma de proteção dos recursos seria a fixação de direitos de propriedade.

Haroldo Demsetz¹⁵, por sua vez, apresenta modelo para justificar o surgimento dos direitos de propriedade, em abordagem de natureza econômica, detalhado pelo gráfico que se segue:



Em que são expressos, verticalmente, valores referentes ao valor presente do fluxo de renda e, horizontalmente, fixados espaços de distância do mercado:

— AF = Gradiente que indica valor a cada distância

— F = Local tão distante que não deriva renda para o proprietário

— E = Local em que valor presente cobre custo de oportu-

¹⁵ *Towards a theory of property rights*. American Economic Review, 57, maio, número 02, 347-359, 1967.

nidade. Fronteira agrícola. Direitos e propriedade mal definidos. Baixa demanda afasta gastos com defesa ou conflitos.

G = Necessidade de direitos de propriedade em razão da concorrência pela terra.

DE = Intervalo que representa o custo de oportunidade.
Fronteira agrícola.

BC = Intervalo que representa o valor obtido, considerando os gastos decorrentes da não regulação precisa dos direitos de propriedade.

— AC = Intervalo que representa o valor obtido sem os custos da não regulação, em razão da regulação dos direitos de propriedade.

Em algum momento entre os pontos GO devem ser firmados os direitos de propriedade, pelo poder político. Os ganhos decorrentes da internalização superam os custos de transação que emanam da regulação do direito. O direito de propriedade é justificado por ser a forma mais eficiente de utilização e manutenção dos bens.

3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Independentemente da justificativa acolhida para o direito de propriedade, o que somente evidencia ainda mais o seu caráter histórico, consensual é a compreensão de que é um direito de extrema importância para a vida social.

Inicialmente moldado em perfil mítico, vinculado a divindades, a propriedade se apresenta ao longo da história com diferenciados perfis.

Nos primórdios, predominantemente era coletiva, pertencente a clãs, tribos ou famílias, tanto no que se refere aos bens móveis como imóveis.

Na antiguidade, em Roma, a propriedade alcançou o status de núcleo central da ordem jurídica, passando a ser individualizada. Inicialmente restrita aos patrícios, passou a ser divi-

dida, em conformidade com separação típica da sociedade de então. Ao longo da predominância romana, deixou de ser absoluta e passou a ser condicionada a interesses sociais.

No período feudal, a propriedade assume nova feição, com a prevalência da dominação bárbara, ausência de estado central forte e influência da Igreja Católica Apostólica Romana. É característica do direito de propriedade feudal a sua fragmentação, permitindo a incidência de direitos de exclusão a mais de um proprietário.

Com a Revolução Burguesa, mais uma vez a propriedade se modifica. É unificada, torna-se sagrada e inviolável, nos moldes descritos no *Code Civil*. Da codificação napoleônica, a feição de propriedade prevalente se expande, sendo repetida nos quatro cantos do mundo.

Entretanto, os abusos do ideário liberal não prevaleceram por muito tempo, ao final do século XIX e início do século XX as manifestações de revolta fermentaram a constituição de nova ordem, predicava-se a limitação dos direitos, não mais exercidos apenas na perspectiva individual, deveriam ser ponderados em face dos interesses da sociedade.

A partir da Constituição Mexicana de 1917 e Alemã de 1919 (Weimar), foram firmados novos parâmetros para o exercício do direito de propriedade, expressão do que se convencionou denominar de estado de direito social.

Contudo, na velocidade típica da contemporaneidade, foi percebido que o formalismo do estado de direito social não atendia as demandas sociais, necessária era a atuação mais incisiva do Estado, através de políticas públicas, para a modificação da realidade social. Consolidava-se o estado democrático de direito, caracterizado no Brasil pela funcionalização dos direitos à criação de uma sociedade livre, justa e solidária.

A propriedade na Constituição de 1988 atende a este perfil, vincula-se à função social, na forma narrada nos artigos 5º, inciso XXIII e 170, III. É expressão da regra constitucional o

artigo 1228, do Código Civil de 2002.

Antes da análise sobre o que significa a humanização da propriedade, convém que se aborde a configuração da propriedade em duas perspectivas, a da doutrina social da Igreja e a análise econômica. Esta abordagem específica ensinará a melhor compreensão da evolução da noção de propriedade.

3.1. A PROPRIEDADE NA DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA

Na doutrina da Igreja Católica, a partir dos padres filósofos do medievo, principalmente Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, pode-se apontar o germen de restrições ao poder dos proprietários.

Santo Tomás de Aquino, em pensamento de base aristotélica, sustenta que Deus é o proprietário supremo do universo, devendo as suas criaturas compartilhar de seu poder, utilizando-se das coisas para manter a vida, sendo este seu fundamento maior.

A evolução da compreensão do direito de propriedade foi exposta nas encíclicas *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891); *Quadragesimo Anno* de Pio XI (1931) e *Mater et Magistra*, de João XXIII (1961), base da doutrina social da Igreja.

Com a *Rerum Novarum*, editada em 15 de maio de 1891, por Leão XIII, foi exposta a síntese dos princípios que norteiam a atuação da Igreja na área social, o que levou João XXIII a defini-la como o “resumo do catolicismo no campo econômico-social”.¹⁶

Afasta-se a coletivização da propriedade, a partir da idéia de que a finalidade do trabalho é adquirir bens, o que seria impossibilitado sem a garantia da propriedade privada, tida como

¹⁶ *Mater et Magistra - Carta Encíclica de sua Santidade o Papa João XXIII sobre a evolução da questão social à luz da doutrina católica*. 12ª. Edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2004, à página 08.

direito natural: “o que em nós se avantajá, o que nos faz homens e nos distingue essencialmente do animal é a razão ou a inteligência, e em virtude desta prerrogativa deve reconhecer-se ao homem não só a faculdade geral de usar coisas exteriores, mas ainda o direito estável e perpétuo de as possuir, tanto as que se consomem pelo uso, como as que permanecem depois de nos terem servido.”¹⁷

A propriedade é direito natural, que deve ser conciliado com o bem comum e protegido pelo Estado: “...*não é das leis humanas, mas da natureza, que emana o direito de propriedade individual; a autoridade pública não o pode, pois, abolir; o que ela pode é regular-lhe o uso e conciliá-lo com o bem comum*”.¹⁸

Na *Quadragesimo Anno*, anunciada 40 anos após edição da *Rerum Novarum*, em 15 de maio de 1931, o Papa Pio XI, em contexto em que os excessos liberais já despontavam, propõe a subordinação da economia a um princípio diretivo seguro e eficaz, defendendo que a economia é moral e social, não podendo atuar com inteira liberdade.

É reafirmada a subordinação da propriedade a interesses não apenas dos proprietários: “*Efetivamente, que deva o homem atender não só ao próprio interesse, mas também ao bem comum, deduz-se da própria índole, a um tempo individual e social, do domínio a que nos referimos. Definir, porém, estes deveres nos seus pormenores e segundo as circunstâncias compete, já que a lei natural de ordinário não o faz, aos que estão á frente do Estado*”.¹⁹

Pio XII, em razão do transcurso do 50º ano da *Rerum*

¹⁷ *Rerum Novarum – Carta Encíclica de sua Santidade o Papa Leão XIII sobre a condição dos empregados*. Tradução de Manuel Alves da Silva. 15ª. Edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2005, página 13.

¹⁸ Obra citada, página 46.

¹⁹ *Quadragesimo Anno – Carta Encíclica de sua Santidade o Papa Pio XI sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social em conformidade com a lei evangélica*. 5ª. Edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2004, página 31.

Novarum, no dia 1º de julho de 1941, na festa de Pentecostes, transmitiu radiomensagem, em que reafirma o direito natural de propriedade dos bens, mas em caráter limitado, porque subordinado à exigência dos bens estarem disponíveis a todos, de forma equitativa.

Com a *Mater et Magistra*, anunciada em 15 de maio de 1961, no transcurso 70º ano da *Rerum Novarum*, João XXIII explicita a visão de Leão XIII sobre propriedade, destacando seu caráter natural, mas a vincula a uma função social.²⁰

A propriedade é considerada garantia da liberdade essencial do ser humano e elemento insubstituível da ordem social, devendo ocorrer a sua difusão efetiva: “*Não basta afirmar que o caráter natural do direito de propriedade privada se aplica também aos bens produtivos. É necessário ainda insistir para que ela se difunda, efetivamente, em todas as classes sociais*”.²¹

Na Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*²², do Concílio Vaticano II e na Encíclica *Populorum Progressio*, do Papa Paulo VI, os valores antes expressos foram reafirmados²³, assim como na Encíclica *Laborem Exercens*, de João Paulo II, anunciada no transcurso do 90º ano da Encíclica *Rerum Novarum*, em que é sedimentado o pensamento católico sobre a

²⁰ Obra citada, página 38: “Outro ponto de doutrina, proposto constantemente por nossos predecessores, é que o direito de propriedade privada sobre os bens possui, intrinsecamente, uma função social.”

²¹ Obra citada, página 36.

²² *Gaudium et Spes – Constituição Pastoral do Concílio Vaticano II*. Edições Paulinas. São Paulo, 1976.

²³ A Encíclica *Populorum Progressio*, do Papa Paulo VI, pode ser considerada o “documento de aplicação dos ensinamentos do Concílio Vaticano II”, como exposto por João Paulo II, na Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, 6ª Edição, Edições Paulinas. São Paulo: 2003, página 10. Na Encíclica de Paulo VI sobre o desenvolvimento dos povos, a restrição ao direito de propriedade era claramente exposta: “...quer dizer que a propriedade privada não constitui para ninguém um direito incondicional e absoluto. Ninguém tem direito de reservar para seu uso exclusivo aquilo que é supérfluo, quando a outros falta o necessário.” *Populorum Progressio*, Carta Encíclica do Papa Paulo VI sobre o desenvolvimento dos povos. 13ª Edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2003, página 22.

propriedade: “A tradição cristã nunca defendeu tal direito como algo absoluto e intocável; pelo contrário, sempre o entendeu no contexto mais vasto do direito comum de todos utilizarem os bens da criação inteira: o direito à propriedade privada está subordinado ao uso comum, subordinado à destinação universal dos bens”.²⁴

Na Encíclica *Centesimus Annus*, de João Paulo II, editada no centenário da Encíclica *Rerum Novarum*, após a constatação das “modificações radicais verificadas no campo político, econômico e social”, é disposta a natureza e finalidade do direito de propriedade, no mesmo sentido expresso nos documentos anteriores: “*A origem primeira de tudo o que é bem é o próprio ato de Deus que criou a terra e o homem, e ao homem deu a terra para que a domine com seu trabalho e goze dos seus frutos (cf. Gn 1,28-29). Deus deu a terra a todo o gênero humano, para que ela sustente todos os seus membros sem excluir nem privilegiar ninguém. Está aqui a raiz do destino universal dos bens da terra. Esta, pela sua própria fecundidade e capacidade de satisfazer as necessidades do homem, constitui o primeiro dom de Deus para o sustento da vida humana*”.²⁵

No atual Papado, sob a regência do Papa Bento XVI, a Igreja não se afasta dos princípios conceituais anteriores, entretanto, em evidente demonstração de postura mais conservadora, é estabelecida, de forma clara, a impossibilidade do próprio clero tornar efetiva a elaboração teórica da Igreja: “*A Igreja não pode nem deve tomar nas suas próprias mãos a batalha política para realizar a sociedade mais justa possível. Não pode, nem deve colocar-se no lugar do Estado. Mas também não pode, nem deve ficar à margem na luta pela justiça. Deve inserir-se nela pela via da argumentação racional e deve despertar as forças espirituais, sem as quais, a justiça, que sempre*

²⁴ Encíclica *Laborem Exercens*. Edições Paulinas. São Paulo: 2001, Página 51.

²⁵ *Centesimus Annus*. 5ª edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2002, página 59.

*requer renúncias também, não poderá afirmar-se, nem prosperar. A sociedade justa não pode ser obra da Igreja; deve ser realizada pela política. Mas toca à Igreja, e profundamente, o empenhar-se pela justiça trabalhando para a abertura da inteligência e da vontade às exigências do bem”.*²⁶

Em suma, apesar de postulados vinculados à sua peculiar concepção de mundo, a doutrina social da Igreja exerceu forte influência na evolução da concepção de propriedade.

3.2 ECONOMIA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE

A apropriação de bens de forma exclusiva vem sendo analisada sob aspectos econômicos, tendo a propriedade sido elemento central na construção teórica dos postulados da análise econômica do direito.²⁷

Em perspectiva macro-institucional, a análise se direciona sobre dois aspectos centrais: (i) a constatação de que os custos de transação são afetados pelo sistema legal e por normas não positivadas que recaem sobre a alocação dos direitos de propriedade e (ii) a importância das instituições para o controle dos custos de transação e na alocação do direito de propriedade. No plano micro-institucional, são estudados: (i) os impactos da alocação do direito de propriedade sobre a eficiência e desempenho das organizações e (ii) como a especificação dos direitos de propriedade afeta comportamentos dos agentes econômicos.²⁸

Para Coloma, quando se estudam os direitos de proprie-

²⁶ *Deus Caritas Est - Carta Encíclica do Sumo Pontífice Bento XVI*. Edições Paulinas: São Paulo, 2006, páginas 49/50.

²⁷ Ver ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel (organizadores). *Direito e economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005 e MERRIL, Thomas e Smith, Henry. *What Happened to property in law and economics?* Yale Law Journal, 111, 357, 2001.

²⁸ ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *A economia e o direito de propriedade*. RDM 132/7-24, ano XLII (Nova Série). São Paulo, Malheiros editores, outubro/dezembro de 2002.

dade na perspectiva da análise econômica do direito, o que se busca é principalmente explicar (análise positiva) e avaliar (análise normativa) os critérios de reconhecimento de tais direitos às pessoas e as limitações ao exercício dos mesmos.²⁹

De uma forma geral, as teorias econômicas da propriedade de partem do pressuposto dos mecanismos de mercado como meio de alocação de bens.³⁰

Abraham Bell e Gideon Parchomovsky defendem que a motivação para a existência dos direitos de propriedade é a necessidade de criar e defender o valor inerente à propriedade estável. Um sistema de propriedades com regras de reconhecimento estáveis favorece a vida social, acarretando vantagens para os proprietários e para a sociedade como um todo.³¹

A partir da simulação de um mundo sem propriedades, sustentam que as pessoas tem necessidades que devem ser atendidas através do acesso a bens, sendo a decisão de manter consigo determinado bem definida pela equação da utilidade esperada do mesmo:

$$U = P + (SP - D) - C$$

onde:

U = utilidade esperada do bem;

P = probabilidade de retenção do bem;

SP = valor de uso;

D = custo de manutenção

²⁹ COLOMA, German. *Análisis económico del derecho – privado e regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, páginas 62/63. No original: “Pero cuando se estudiam los derechos de propiedad desde La perspectiva del análisis económico del derecho, lo que se busca principalmente es explicar (economía positiva) y evaluar (economía normativa) los criterios de asignación de tales derechos a las personas y las limitaciones al ejercicio de los mismos”.

³⁰ DAPHNA, Lewinsohn-Zamin. *The objectivity of well-being and the objectives of property*. NYU Law Review, 78, 1669 (2003); HANOCH, Dagan. *The craft of property*. California Law Review 1517 (2003); MOSSOFFI, Adam. *What is property? Putting the pieces back together*. Arizona Law Review, 371, 374 (2003).

³¹ BELL, Abraham e PARCHOMOVSKY, Gideon. *What property is*. ILE – Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School, Research Paper 04-05, fevereiro de 2004, páginas 20/35.

$$C = \text{custo do objeto}$$

As quatro variáveis apontadas na equação são afetadas positivamente pela definição precisa de direitos de propriedade, o que justificaria a sua precisa definição legal. A probabilidade de retenção e o valor de uso do bem são alterados para valores superiores, enquanto que o custo de manutenção e o custo do objeto são modificados para valores inferiores.

Yoram Barzel defende que os direitos de propriedade devem ser divididos em propriedade econômica e propriedade legal. A propriedade econômica seria a condição individual de consumir bens, direta ou indiretamente, através de trocas, independentemente do reconhecimento estatal. Idéia ampla, que enquadra os direitos de qualquer pessoa consumir qualquer bem, com qualquer fundamento. A propriedade legal seria a propriedade econômica reconhecida e protegida pelo Estado.³²

Baseia-se o autor na primazia dos contratos sobre a propriedade, que possuiria caráter puramente residual, considerando que a contratação privada falha na proteção de específicos bens e direitos, hipóteses em que seria necessário o estabelecimento de direitos de propriedade pelo Estado.

Permite a constatação de que o estabelecimento de direitos de propriedade é valioso não apenas para o proprietário, mas a qualquer pessoa que possa, mesmo que de forma ilegítima, fazer uso (consumir) do bem.

Sob outra perspectiva, Radin defende que o mercado tem limitações, o que impõe que certos bens tenham a regência de seu domínio guiada por lógica distinta.³³

Diferencia o autor a propriedade pessoal da propriedade fungível, cuja proteção deve ser específica. A percepção de utilidade pessoal ou de fungibilidade é individual, variando de indivíduo para indivíduo, conforme tempo e espaço em que se

³² *Economic analysis of property rights.*

³³ RADIN, Margaret Jane. *Property and personhood.* Stanford Law Review 957 (1982) e *Market inalienability.* Harvard Law Review, 100, 1849 (1987).

situem.

Sustenta maior importância e participação do Estado no reconhecimento e proteção dos direitos de propriedade, devendo ser assegurado o acesso de todos à propriedade pessoal, enquanto que a propriedade fungível de alguns não pode ser empecilho ao reconhecimento da propriedade pessoal de outros.

Para Robert Cooter e Thomas Ulen, a propriedade é, no aspecto jurídico, um conjunto de direitos, o qual descreve o que os indivíduos podem ou não fazer com os bens que lhes pertencem, estabelecendo mecanismos para usar, transformar, transferir ou excluir outros de sua propriedade. Tais direitos não seriam imutáveis, modificando-se de geração a geração, entretanto, sempre teriam por objetivo ofertar resposta detalhada a quatro questionamentos básicos, quais sejam: como se estabelecem os direitos de propriedade? O que pode ser objeto de propriedade privada? O que podem fazer os donos com sua propriedade? Que remédios existem para a violação dos direitos de propriedade?³⁴

No plano econômico, a propriedade é tratada pelos autores como um instrumento para facilitar a negociação privada, minimizando os danos decorrentes da incapacidade de estabelecimento de acordo privados. O direito de propriedade cria, protege e fortalece a estrutura transaccional dos intercâmbios voluntários, os quais possibilitam a transferência de direitos de propriedade de uma pessoa para outra.³⁵

Um outro aspecto importante para o objeto do presente trabalho é a discussão sobre a propriedade das firmas. Para

³⁴ *Derecho y economia*. 2ª edição. Tradução de Eduardo L. Suarez. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2002, páginas 102/103.

³⁵ Obra citada, página 152. No original: “Examinamos El derecho de la propiedad como un instrumento para facilitar la negociación privada y minimizar el daño resultante de la incapacidad para llegar a acuerdos privados. El derecho de la propiedad crea, protege y fortalece la estructura transaccional de los intercambios voluntarios. El intercambio voluntario transfiere derechos de propiedad de una persona a outra”.

Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, nas relações entre direito e economia, assume importância a análise dos efeitos das diferentes formas de propriedade de firmas sobre os resultados econômicos.³⁶

A abordagem teórica parte da constatação de que não apenas a estrutura externa das firmas é importante, mas reconhece que as relações internas definidas pela organização que decorre da repartição dos direitos de propriedade são fundamentais para o sucesso dos empreendimentos. A quem compete a tomada de decisões? Qual o destino dos resíduos gerados? Pode a gestão ser realizada por pessoas alheias ao quadro de sócios? qual o controle a ser exercido sobre a administração para evitar conflitos de agências? Quais os demais interesses a serem preservados no ambiente da firma? Todas são questões que devem ser ponderadas na análise da propriedade da firma.

4. HUMANIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Humanizar o direito de propriedade é concebê-lo em perspectiva não individual, não absoluta, mas sim como instrumento para o alcance do interesse social, exatamente como descreve a Constituição Federal de 1988, ao estipular a sua vinculação à função social. Funcionalizar o direito de propriedade é vinculá-lo à realização dos valores previstos na Constituição, especialmente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Neste paradigma, o direito de propriedade implica na imposição de deveres ao proprietário, deveres que restringem o seu exercício, que não pode ser ofensivo ao interesse social, ao interesse dos demais indivíduos e ao do meio ambiente.

Enquanto vigente o Código Civil de 1916, cujo ideário era expressão dos valores liberais, a função social da proprie-

³⁶ Direito e economia – Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

dade, embora prevista na Constituição, não se tornou efetiva, mantendo-se no patamar de norma meramente propositiva, não se irradiando para as relações entre particulares.

No Código Civil de 2002, no artigo 1228³⁷, a nova feição do direito de propriedade foi explicitada, possibilitando a superação das dificuldades hermenêuticas que impediam a sua aplicação.

Desta forma, o direito de propriedade no direito nacional tem por pressuposto que o seu exercício seja efetivado em harmonia com as suas finalidades econômicas e sociais, ou seja, a sua concretização deve ocorrer em harmonia com o direito dos demais indivíduos, da comunidade, do meio ambiente etc. Trata-se da humanização do direito de propriedade.

5. CONCLUSÃO

O caráter mais marcante do direito de propriedade é a sua historicidade, que leva à sua concepção de acordo com os as-

³⁷ Artigo 1228, do Código Civil – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Parágrafo 1 - 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.

Parágrafo 2 - São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Parágrafo 3 - O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo iminente.

Parágrafo 4 - O proprietário também pode ser privado da coisa se 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 nele houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Parágrafo 5 - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

pectos sociais e econômicos do tempo e lugar em que exercido.

Em perspectiva histórica, muito influenciou a construção do atual perfil do direito de propriedade a concepção que decorre da doutrina social da Igreja, marcada por sua forte humanização. Em perspectiva futura, os estudos da economia dos direitos de propriedade demonstram que é contínua a sua evolução e que novas formas de propriedade podem ser projetadas.

No direito brasileiro, a evolução do direito de propriedade segue marcha que tende à fixação de perfil do direito de propriedade em sintonia com os valores narrados na Constituição Federal. Tal como decore da Carta Maior e do Código Civil de 2002, o direito de propriedade é funcionalizado, ou seja, o seu exercício é direcionado à concretização dos valores narrados no texto constitucional, valores eleitos democraticamente, especialmente à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, o direito de propriedade se configura como um direito de personalidade, que se irradia sobre as relações privadas nos moldes antes narrados



6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELL, Abraham e PARCHOMOVSKY, Gideon. *What property is*. ILE – Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania Law School, Research Paper 04-05, fevereiro de 2004.

COLOMA, German. *Analisis económico del derecho – privado e regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

COOTER, Robert . *Derecho y economia*. 2ª edição. Tradução de Eduardo L. Suarez. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002.

- DAPHNA, Lewinsohn-Zamin. *The objectivity of well-being and the objectives of property*. NYU Law Review, 78, 1669 (2003).
- DEMSETZ, Harold. *Towards a theory of property rights*. American Economic Review, 57, maio, número 02, 347-359, 1967.
- HANOCH, Dagan. *The craft of property*. California Law Review 1517 (2003).
- HOBBS, T. *Leviatã*. Os Pensadores. 3ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- JHERING, A *Luta pelo direito*. 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- LOCKE, John. *Second treatise of government*, chapter V, part. 26.
- MERRIL, Thomas e Smith, Henry. *What Happened to property in law and economics?* Yale Law Journal, 111, 357, 2001.
- MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso. *Repensando o direito de propriedade*. Anais do XV CONPEDI - Manaus. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- MONTESQUIEU. *The spirit of laws*. Great Books of the Western World. Chicago: University of Chicago, 1952.
- MOSSOFFI, Adam. *What is property? Putting the pieces back together*. Arizona Law Review, 371, 374 (2003).
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- PLANIOL, Marcel. *Cours élémentaire de droit civil*, vol. I. 3ª edição. Paris: LGDJ, 1906.
- PROUDHON, P. J. *What is property? Na inquiry into the principle of right and governemt*. Nova York: Dover Publications, 1970.
- RADIN, Margaret Jane. *Property and personhood*. Stan Law Review 957 (1982).

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel (organizadores). *Direito e economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *A economia e o direito de propriedade*. RDM 132/7-24, ano XLII (Nova Série). São Paulo, Malheiros editores, outubro/dezembro de 2002.

DOCUMENTOS

Mater et Magistra - Carta Encíclica de sua Santidade o Papa João XXIII sobre a evolução da questão social à luz da doutrina católica. 12ª. Edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2004.

Rerum Novarum – Carta Encíclica de sua Santidade o Papa Leão XIII sobre a condição dos empregados. Tradução de Manuel Alves da Silva. 15ª. Edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2005.

Quadragesimo Anno – Carta Encíclica de sua Santidade o Papa Pio XI sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social em conformidade com a lei evangélica. 5ª. Edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2004.

Mater et Magistra - Carta Encíclica de sua Santidade o Papa João XXIII sobre a evolução da questão social à luz da doutrina católica. 12ª. Edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2004.

Gaudium et Spes – Constituição Pastoral do Concílio Vaticano II. Edições Paulinas. São Paulo, 1976.

Sollicitudo Rei Socialis – Carta Encíclica de sua santidade o Papa João Paulo II, 6ª Edição, Edições Paulinas. São Paulo: 2003.

Populorum Progressio, Carta Encíclica do Papa Paulo VI sobre o desenvolvimento dos povos. 13ª Edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2003.

Encíclica *Laborem Exercens*. Edições Paulinas. São Paulo: 2001.

Centesimus Annus. 5ª edição. Edições Paulinas. São Paulo: 2002.

Deus Caritas Est - Carta Encíclica do Sumo Pontífice Bento XVI. Edições Paulinas: São Paulo, 2006