

## REPENSANDO O DIREITO DE PROPRIEDADE

### RE-THINKING PROPERTY RIGHTS

João Luis Nogueira Matias\*

Afonso de Paula Pinheiro Rocha\*\*

#### RESUMO

O artigo apresenta uma revisão crítica do direito de propriedade. Procura-se demonstrar as razões que originaram a idéia de que a propriedade é um direito absoluto do indivíduo. Traça-se um panorama histórico relativo à evolução do direito de propriedade na tradição romano-germânica, na sociedade pós-moderna e no direito brasileiro. Apresenta-se a visão da propriedade através do direito comparado, em particular o direito italiano e americano. Discute-se a relação entre o direito de propriedade, sua função social e os problemas hipotéticos conhecidos como *tragedy of commons* e *tragedy of anti-commons*. O instituto da propriedade deve ser entendido como um sistema de alocação dos recursos econômicos e de coordenação dos custos sociais, sendo o direito de propriedade já em sua gênese uma função social. O artigo conclui no sentido de que a própria existência de um direito de propriedade requer uma eficiência mínima e interesse social na utilização do bem/recurso em questão.

**PALAVRAS CHAVES:** FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE - ALOCAÇÃO DE RECURSOS - EFICIÊNCIA ECONÔMICA.

#### ABSTRACT

The article presents a critical review of property rights. It seeks to show the reasons that originated the idea that property is an individual absolute right. It traces a historical panel relative to the evolution of property rights: beginning in the roman-germanic tradition, through post modern society and in Brazilian law. It presents property rights through comparative law, particularly italian and american law. It discusses the relation among the property rights, its social function and the hypothetical scenarios known as

---

\* Juiz Federal. Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito pela USP. Professor dos cursos de Mestrado em Direito da UFC e da UNIFOR.

\*\* Mestrado em Direito pela UFC. Bolsista CAPES.

tragedy of commons and tragedy of anti-commons. The institute of property must be understood as an economic resources allocation system and as a social costs coordination system, being property rights already a social function. The article concludes that the very existence of a property right must require a minimum of efficiency and community interest on the utilization of the asset / resource in question.

**KEYWORDS:** SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY - ALLOCATION OF RESOURCES - ECONOMIC EFFICIENCY.

## INTRODUÇÃO

Tratar do tema propriedade é estar sujeito à diversos riscos culturais. O termo propriedade é plurívoco, sendo um verdadeiro *locus* retórico que evoca uma miríade de doutrinas, ideologias, concepções e tradições históricas diferentes.

Um primeiro risco cultural é adotar uma visão histórica ligada à tradição da modernidade, limitada a uma concepção individualista e potestativa da relação entre os homens e os bens.

Um segundo risco, decorrente do primeiro é a “absolutização” da idéia de propriedade nos moldes em que foi pensada na modernidade. Nesse viés, a propriedade acaba por ser entendida como uma construção praticamente imutável e estática, o que implica em eliminar a historicidade própria do conceito.

A doutrina jurídica tem sido utilizada para fundamentar esta noção absoluta. Destaque-se, por exemplo, a doutrina do direito natural, que vislumbra a propriedade como anterior ao Estado e como um direito inalienável, intrínseco à própria humanidade.

Nesse sentido, cumpre trazer a lúcida lição de Sérgio Said Staut Jr: “A concepção individualista e potestativa de propriedade é absolutizada e imunizada de qualquer reflexão crítica. A forte propaganda revolucionária burguesa conseguiu naturalizar o que em realidade é histórico”.<sup>1</sup>

---

1 STAUT JR., Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n.42, p.155-170, 2005.

Nessa perspectiva crítica, verifica-se que a construção da propriedade como um direito abstrato, individual, praticamente absoluto de usar, gozar e dispor foi consagrada no movimento de codificação, particularmente no Código Civil Francês. Trata de uma invenção moderna e não um instituto atemporal ou imutável.

Esse movimento de codificação corroborada com uma concepção jusnaturalista serviu para que - num determinado momento histórico marcado pela hegemonia da burguesia em sociedade, pelo desenvolvimento do capitalismo e do liberalismo econômico, pela constituição dos Estados Liberais, entre outros fatores - fosse formatada a atual concepção de propriedade. Corroborando este entendimento temos Raimundo Bezerra Falcão: “*O pensamento jurídico liberalista foi, no entanto, o principal responsável pela elaboração da doutrina da propriedade absoluta – ou quase absoluta? – numa clara mesclagem com as formulações políticas e a doutrina econômica da época*”.<sup>2</sup>

Dentro dessa perspectiva crítica necessária ao jurista moderno, inicialmente abordaremos a evolução histórica do direito de propriedade para, no núcleo central do trabalho, compreender o fenômeno em perspectiva funcionalizada. Ainda será oferecida uma visão econômica do direito de propriedade. Abordaremos os modelos econômicos explicativos do surgimento dos direitos de propriedade. Desta forma, procuraremos trazer essa visão econômica e de direito econômico sobre o direito de propriedade como forma até mesmo de fundamentar a propriedade em termos de eficiência social e do fundamento econômico da função social da propriedade.

## **1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE**

Pode-se entender que a propriedade é fenômeno espontâneo, decorrente da necessidade de subsistência do ser humano, sendo posteriormente regulado a fim de possibilitar a convivência social pacífica.<sup>3</sup>

Apresentava-se em feição coletiva, dada a prevalência da comunidade sobre o indivíduo nas sociedades primitivas. Com a evolução das sociedades, sendo assegurado maior prestígio aos indivíduos, é possibilitada a apropriação individual,

---

<sup>2</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra, *Tributação e Mudança Social*, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p 236-237.

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

restrita aos bens imóveis em primeiro momento, sendo ampliada para bens móveis em fase posterior. O invento da moeda e a expansão de seu uso consolidou a propriedade individual.

Vinculada ao divino na antiguidade, modernamente tem seu fundamento no reconhecimento pelo Estado, através de lei, na visão positivista. É levada à condição de direito fundamental no ideário liberal, em sintonia com o pensamento católico que a fez decorrer da natureza. Neste prisma, evolui e se consolida em sua dupla função de direito subjetivo e de instituto jurídico.<sup>4 5</sup>

Abstraindo-se das diversas explicações teóricas para o fundamento da propriedade, importa considerar que a mesma se configura como instituto central dos sistemas jurídicos. Na lição de Francesco Galgano, cada sistema jurídico assegura, em suas próprias medidas, a possibilidade de que alguém se aproprie de bens e os utilize em proveito próprio, excluindo a utilização por terceiros; regula os conflitos decorrentes da apropriação de bens, definindo a forma de aquisição de propriedade; estabelece a categoria de bens públicos e põe limites à propriedade, estabelecendo obrigações ao proprietário. Para o autor, baseado no Código Civil Italiano, a propriedade é o direito de gozar e dispor de bens, de forma plena e exclusiva.<sup>6</sup>

Podemos defini-la como posição jurídica em relação a um bem, com forma própria de aquisição, modo de uso, gozo e disposição, assim como deveres e limitações, definidos por lei.

Atualmente, é consenso que é inerente ao indivíduo a apropriação de bens, como forma de realização pessoal, de concretização de interesses individuais. Entretanto, ao longo da história a propriedade foi tratada de forma diversa, passemos a analisá-la.

## **2 ESCORÇO HISTÓRICO DA PROPRIEDADE**

---

<sup>4</sup> Ver Encíclica “Quadragésimo Ano”, de Pio XII. A propriedade é forma (instrumento) para a realização terrena do homem.

<sup>5</sup> Ver Fábio Konder Comparato, em *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, em Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano I, dezembro de 1997, páginas 92-97.

<sup>6</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 6. Padova: CEDAM. 1990. p 100.

A ordem jurídica e econômica romana, na visão de Cretella Júnior, girava em torno da propriedade. Entretanto, não é prevista 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*.<sup>7 8</sup>

Para alguns autores, a sua origem pode decorrer do enfraquecimento e divisão do *mancipium*, poder unitário, amplo, que gozava o *pater familias*, englobando pessoas e coisas, que se desdobrou em diversas formas de poder, como o *manus* (sobre a mulher), *patria potestas* (sobre os filhos), *dominica potestas* (sobre os escravos) e *dominium* (sobre as coisas).<sup>9</sup>

Em sua feição inicial, a propriedade (*proprietas, dominium*) era prevista de forma absoluta, consistindo no direito de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e abusar (*jus abutendi*) das coisas, possibilitando ao proprietário destruir a coisa, caso queira. Possuía caráter personalista, oponível a todos, podendo ser assegurada por ação própria no *jus civile*, que era a *rei vindicatio*.

Dividia-se em propriedade quirritária, pretoriana (*in bonis*), peregrina (*ex jure gentium*) e provincial. A mais ampla era a quirritária, própria dos romanos. A propriedade peregrina era conferida ao estrangeiro, não há *dominium ex jure quirritium*. A propriedade é garantida pelo direito peregrino local ou por autoridades romanas. Após a promulgação do Edito de Caracala, que confere 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 assegura o domínio pleno, mas apenas os direitos correlatos. É equiparada à propriedade plena (quirritária) nos fins do século III.

A propriedade no direito romano sofre lenta e gradual evolução, perdendo a sua conformação absoluta para assumir perfil mais brando, por influência do direito costumeiro e canônico. Passa a ser entendida como direito que acarreta obrigações, deveres morais. É afastado o direito de abusar da propriedade, de destruí-la. Na Lei das XII Tábuas (VI, 3), é assegurada a propriedade de áreas para cultura, com aquisição por usucapião, após dois anos de uso, demonstrando a prioridade à produção.

---

<sup>7</sup> JÚNIOR, J. Cretella. *Curso de direito romano*. 20. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

<sup>8</sup> Sobre a conformação econômica do período romano, ver Pietro Bonfante, em *Lezione di storia del commercio*, vol. I. Milano: Giuffré Editore, 1982.

<sup>9</sup> JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. Volume III. Coimbra: Coimbra, 1997.

A propriedade no período antigo tinha uma conformação, modificada no período clássico e no período justiniano, onde se apresenta unificada, a demonstrar a constante evolução da matéria.

No período de prevalência dos costumes e legislação bárbara, há grande confusão entre propriedade e posse, muito em razão do instituto germânico da *Gewere*, em que a propriedade não é separada da posse, que a faz presumir. Esta é a tônica na matéria até o redescobrimento do direito romano, no século XIII.

No que se refere aos bens móveis, a posse legítima justifica a aquisição, bastando que o possuidor, em sendo contestado, demonstre que os bens não foram roubados ou perdidos, admissão clara do princípio *mobilia non habent sequelam* (em móveis não há seqüência).

Com a consolidação do direito romano, após o redescobrimento, afasta-se a influência germânica, sendo firmada a separação exata entre propriedade e posse. É suprimido o princípio da móvelia *non habent sequelam*, a posse das coisas móveis deixa de, por si só, acarretar a propriedade, sendo admitida a aquisição através de usucapião.

Nos primórdios do direito português, período de dominação bárbara, assume importância fundamental o sistema de sesmarias, forma de distribuição de terra, que influenciou fortemente as relações de poder, principalmente no Brasil.

De forma geral, era característica desse período a divisão da propriedade, repartida em domínio direto e útil. Passam 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. A propriedade fundiária foi levada a extremo.<sup>10</sup>

Tal realidade foi modificada com a Revolução Burguesa, que aboliu todos os encargos sobre a terra, destacando Francisco Eduardo Loureiro que “*o prestígio da propriedade individual e sua inserção numa sociedade mercantilista não se coadunavam com o fracionamento excessivo nem com privilégios seculares de determinadas classes sociais*”.<sup>11</sup>

A propriedade é concebida como direito de uso, gozo e disponibilidade de bens, de forma absoluta, centro do ideário liberal, concepção que é expressa no *Code Civil* e dele se irradia para as modernas codificações.

---

<sup>10</sup> Censo implicava na obrigação de cultivar a terra, fornecendo prestações em dinheiro e/ou espécie. O feudo tinha caráter militar e político, obrigava à prestação de serviço militar e ajuda financeira.

<sup>11</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Contemporaneamente, o direito de propriedade sofre nova transformação, expande-se para alcançar bens incorpóreos e sofre as restrições da função social.

### **3 PROPRIEDADE NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA**

A idéia de propriedade definida como direito subjetivo, absoluto, baseado apenas nos interesses do proprietário não mais se justifica na ordem jurídica nacional, a teor do previsto nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 170, incisos II e III, da Constituição Federal e do artigo 1228, parágrafo 1º, do Código Civil.

A propriedade é garantida, sendo exigido do proprietário que atenda à sua função social. A previsão específica entre os princípios da ordem econômica impõe ao Estado o dever de respeitar a propriedade dos agentes econômicos, atribuindo-lhes o dever de fazer com que os bens tenham uso adequado à sua função social. A nova realidade é bem definida por Caio Mário:

(...) certo é que a propriedade cada vez mais perde o caráter excessivamente individualista que reinava absoluto. Cada vez mais se acentuará a sua função social, marcando a tendência crescente de subordinar o seu uso a parâmetros condizentes com o respeito aos direitos alheios e às limitações em benefício da coletividade.<sup>12</sup>

É particularmente importante, pelos novos parâmetros que permite fixar, o artigo 1228, do Código Civil pátrio:

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

1º - 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, equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

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

Flagrantes as restrições ao direito de propriedade, o uso dos bens é “condicionado às suas finalidades econômicas e sociais”, sendo defesos ao proprietário

---

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Direito civil – alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: editora Forense, 2001, p. 79.

atos que não lhe tragam qualquer comodidade ou utilidade e que objetivem prejudicar terceiros.

A nova concepção de propriedade se irradia sobre o direito empresarial, não sendo facultado ao proprietário de empresas, sócios ou acionistas, exercer abusivamente o direito que lhe é assegurado constitucionalmente. Os reflexos das novas idéias ao âmbito empresarial configuram a noção de propriedade empresarial, que analisaremos adiante.

Outro fenômeno, também, modifica a idéia de propriedade na sociedade pós-moderna, é o que os autores chamam de propriedade passiva. É possível a divisão da propriedade entre propriedade ativa, propriedade de gestão ou produtiva e passiva, concernente na propriedade de parcela do capital de empresas.

A evolução econômica e social possibilitou à sociedade anônima, elemento indutor da atividade econômica de grande porte, tornar-se proprietária legal do capital que acumula, superando o investimento inicial, tendo poder absoluto sobre ele, seguindo curso econômico próprio. O administrador é responsável por espécie de “truste” que tem o privilégio da acumulação perpétua, sendo o acionista usufrutuário passivo dos investimentos iniciais e acréscimos.<sup>13</sup>

A propriedade evolui, não é mais representada apenas por propriedade real, material (propriedade ativa), pode ser expressa pela representação de direitos e expectativas em relação a uma empresa (propriedade passiva). O proprietário passivo não tem controle nem responsabilidade sobre os bens de produção.

A conseqüência da separação entre propriedade e controle produz situação em que os interesses dos proprietários e dos administradores podem divergir, sendo importante que a ordem jurídica fixe critérios de resolução dos conflitos que daí resultam.<sup>14</sup>

Ambos os fatores, a nova concepção de propriedade (funcionalizada), e a admissão da propriedade passiva, refletem no direito societário, produzindo a noção de propriedade empresária, realidade percebida por Salomão Filho:

No Brasil, a idéia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (artigo

---

<sup>13</sup> BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *A moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

<sup>14</sup> Interessante consultar Fábio Konder Comparato, em *Função social da propriedade dos bens de produção*. RDM 62, julho/setembro de 1986, páginas 71-79.



170, III). Estendida à empresa, a idéia de função social da empresa é uma das noções de talvez mais relevante influência prática na transformação do direito empresarial brasileiro. É o princípio norteador da “regulação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental.<sup>15</sup>

#### **4 PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

No histórico constitucional é interessante notar que o inciso XXII do artigo 179 da Constituição Imperial ditava: “*É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude*”.

O artigo 72, §17 da Constituição Republicana de 1891, dispunha que “*propriedade mantém-se em toda a sua plenitude (...) As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.*”

A Constituição de 1946 foi mais objetiva, exigindo que o uso da propriedade estivesse condicionado ao bem-estar social, preconizando, em seus artigos 141, §16, e 147, que se promovesse a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Em 1962, dezesseis anos após a promulgação da Constituição de 1946, foi editada a Lei n.º 4.132, que passou a regular a desapropriação por interesse social, embora de forma insuficiente no que diz respeito aos imóveis rurais para fins agrários.

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional n.º. 1 dotaram a propriedade de uma função social, o que se repetiu com a Constituição brasileira de 1988, que assegura, em seu artigo 5o, inciso XXII, o direito à propriedade e posteriormente, nos princípios da ordem econômica, consagra a função social.

Dentro do contexto brasileiro, já em nível infraconstitucional, podemos apontar por conceito de propriedade o direito que a pessoa, física ou jurídica, tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo – direito de seqüela - de quem injustamente o detenha.

---

<sup>15</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato: primeiras anotações*. Revista de Direito Mercantil, vol. 132. São Paulo: Malheiros, outubro\dezembro de 2003, páginas 07-24.

Assim, a propriedade é na verdade um plexo de faculdades jurídicas. Uma miríade de direitos que assistem a determinado sujeito com relação as mais diversas possibilidades de utilização de um determinado bem.

A propriedade dentro do ordenamento jurídico brasileiro ainda adota feições de absoluta, exclusiva e perpétua. O caráter absoluto se dá devido a oponibilidade *erga omnes*. A exclusividade por sua vez decorre do princípio de que a gama de direitos inerentes pertence exclusivamente ao titular, mesmo que possa haver dois ou mais titulares. Por fim, o caráter perpétuo resulta da constatação de que o direito de propriedade subsiste independentemente de exercício ou do não uso da propriedade. Ressalte-se que a não utilização ou utilização inadequada tem sido hodiernamente vislumbrada como abuso de direito ou violação da função social da propriedade, ensejando a possibilidade de desapropriação.

## **5 A PROPRIEDADE SOB UMA ÓTICA ECONÔMICA:**

Uma das possíveis críticas que podemos fazer as teorias tradicionais da propriedade é que a sua preocupação sempre esteve a serviço de um programa filosófico ou a uma ideologia política.

É seguro dizer que tais teorias surgem de uma concepção prévia dos autores que projetam a justificativa que desejam sobre a noção de propriedade para torná-la útil em seus sistemas filosóficos ou políticos. Mais ainda, na maioria há uma postura de que a propriedade ou o direito de propriedade surge com a própria humanidade, portanto não se fazem necessárias maiores investigações para uma justificação racional ou pragmática da existência da propriedade.

Poucas ou quase nenhuma teoria clássica procura ver a propriedade sobre uma ótica de funcionalidade econômica. A doutrina americana por outro lado elaborou fecundas teorias que abordam exatamente a gênese do que vem a ser chamado propriedade ou direito de propriedade.

As análises da doutrina americana talvez possam trazer contribuições à nossa visão de propriedade, pois se preocupam em estabelecer um modelo explicativo com bases econômicas para que justifiquem o surgimento e a existência de propriedade.

Tal busca pelos fundamentos e pela dinâmica da propriedade na economia são preocupações centrais dos economistas, pois a própria teoria econômica moderna tem como fundamento a noção de propriedade privada. Sem essa noção caem por terra conceitos como mercado, compra, venda, contratos, dentre outros.

Como veremos, propriedade sob uma ótica econômica é uma forma de alocação de recursos. Mais ainda, a propriedade encontra fundamento e razão de ser no critério de eficiência de alocação de recursos.

Partindo dessa concepção, voltamos nosso olhar ao estado de natureza da humanidade. Nesse momento, podemos perceber que a abundância dos recursos naturais tornava desnecessário um sistema de limitação ou delimitação de propriedade. Nesse sentido, a lúcida lição de Raimundo Bezerra Falcão: *“Realmente, nos albores da humanidade, a desproporção entre a grandeza dos recursos naturalmente oferecidos e as possibilidades de aproveitamento deles por parte do homem, levava a riqueza a uma situação de inegável indivisão”*<sup>16</sup>.

Porém, sob um prisma econômico, no estado de natureza, mesmo a simples posse não está livre de custos. Aparentemente, ao se apoderar de um recurso, por mais abundante que seja, tal qual uma maçã de um vasto pomar, qualquer indivíduo passa a arcar com determinados custos. Ele tem o custo relativo ao desgaste da colheita, mesmo que seja mínimo e os “custos de exclusão”. Estes custos de exclusão são todos aqueles relativos aos riscos de que outro indivíduo, mesmo frente a abundância do recurso, deseje o que se encontra na posse de outro indivíduo. Assim, são custos de exclusão, por exemplo, uma cerca para proteger um pomar, um muro para proteger o gado, jarros de água guardados em uma caverna, etc.

No estado de natureza, onde não existe a noção de direitos de propriedade, a abundância dos recursos é que torna os custos de exclusão praticamente nulos, pois é mais fácil pegar o recurso da natureza ao invés de combater com outros indivíduos o que inegavelmente gera mais riscos e tem um custo maior.

Porém, à medida que os recursos vão se tornando escassos, torna-se mais interessante esperar que um indivíduo mais fraco arque com todos os custos relativos à obtenção do recurso e um indivíduo mais forte tome-os do primeiro.

---

<sup>16</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1981. p 236-237.

Nesse compasso, verifica-se a que os “custos de exclusão” vão se tornar extremamente elevados, o famoso “estado de guerra de todos contra todos” é economicamente ineficiente. Ele é ineficiente e desinteressante para os indivíduos mais fracos. Estes irão arrecadar cada vez menos recursos a medida que irão gastar suas energias e próprios recursos com mecanismos de defesa e exclusão de terceiros. À medida que os mais fracos irão arrecadar menos, os mais fortes irão tomar menos recursos e a um custo maior, pois os primeiros aumentaram os mecanismos de exclusão.

Este é um primeiro argumento, para que se criasse um consenso sobre o direito de exclusão, um direito com as feições de propriedade serviria para aperfeiçoar as relações e dotar os agentes econômicos de uma maior segurança e certeza sobre a fruição do trabalho realizado, diminuindo os custos de exclusão, pois há uma garantia agora “institucional” de que não há um risco tão elevado de que sejam tomados os recursos que foram arrecadados.

Essa “garantia institucional” adota diversas feições dentre os diversos tipos de grupos humanos. Nas comunidades mais simples, a propriedade se tornou como um tabu, ou uma relação de respeito mútuo entre os membros da tribo, por exemplo. Adota-se até mesmo um caráter divinizante ou místico da propriedade para resguardar essa noção de não interferência nos bens alheios.

Já nas comunidades mais avançadas, faz-se necessário um terceiro pólo que possa garantir a efetividade dos direitos de exclusão – propriedade. Nesse momento o estado toma destaque e desponta como um ente necessário a efetivar e tornar eficientes as relações sociais.

Numa tradução livre temos, *verbis*:

Historicamente, o Estado tem tido um importante papel na proteção da propriedade privada. Realmente, o governo provavelmente veio logo após a emergência dos direitos de propriedade em sua concepção completa, com a “revolução neolítica”, por volta de 10,000 anos atrás. Os humanos se engajaram na agricultura e domesticação de animais. (...) Esta revolução é inimaginável sem o respeito aos direitos de propriedade. Quem cavaria o solo e semearia colheitas, capturaria e criaria animais, se a posse estava constantemente ameaçada e os frutos destes esforços não pudessem ser obtidos. Sem direitos de propriedade efetivos, os custos de exclusão teriam sido tão altos que a agricultura teria sido impossível e as pessoas teriam permanecido caçadores e coletores paleolíticos.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> KASPER, Wolfgang. *Economic Freedom & Development - An essay about property rights, competition, and prosperity*. New Delhi, India: Centre for Civil Society. 2002.

Esta perspectiva dos custos de exclusão e a necessidade de se criar um respeito institucional a esta gama de direitos que é a propriedade fundada na necessidade de tais direitos para o desenvolvimento econômico é apenas uma das muitas teorias econômicas sobre a propriedade.

Outra teoria encontra fundamento para a existência dos direitos de propriedade na escassez dos recursos e, por conseguinte, na forma mais eficiente de alocação. Trata-se de um famoso problema econômico, pouco conhecido pela doutrina jurídica brasileira, mas de fundamental aplicação para o correto entendimento sobre a razão de existência e justificação do direito de propriedade.

## **6 “TRAGEDY OF COMMONS” E “ANTI-COMMONS”:**

Um exemplo prático utilizado para se justificar a necessidade de uma tutela ampla dos direitos de exclusividade (propriedade) é a chamada “Tragédia dos Baldios” (*Tragedy of the Commons*), apresentada pela primeira vez como um problema ambiental em 1968 por Garrett Hardin na revista *Science*, sendo também conhecida como um problema econômico desde 1833. Por “*commons*”, deve-se interpretar qualquer recurso econômico que disponha de pouca ou nenhuma limitação ou regulamentação. Os *commons* tradicionais são uma referência as paragens comunais da Inglaterra, que posteriormente foram objeto de delimitação e demarcação.

A tragédia é que os terrenos baldios vêm a sofrer é a sobre-pastagem. Segundo Hardin, tal deve-se a que, enquanto que os benefícios provenientes de cada cabeça de gado adicional a pastar num terreno baldio vão na sua totalidade para o dono da cabeça de gado (internalização dos benefícios), os custos provenientes do esforço adicional que esta cabeça de gado coloca no pasto são partilhados por todos os utilizadores do baldio, tendo em vista que o alimento do pasto não poderá ser comida pelos animais dos outros utilizadores (externalização dos custos).

O resultado lógico dessa dinâmica seria a utilização excessiva do pasto comunal, por cada proprietário de gado, em virtude da assimetria entre a “internalização dos benefícios” e “externalização dos custos”. Assim, deixados sem qualquer gestão, os terrenos baldios tenderão a ser destruídos.

---

Dentro dessa lógica, faz-se necessário delimitar o uso dos recursos, que são naturalmente comuns a todos, de modo a garantir uma maior eficiência da distribuição, cultivo e produção.

Os direitos de exclusividade/propriedade são necessários e surgiram exatamente para delimitar o uso desses recursos. Retornando ao exemplo dos terrenos baldios, se os criadores de gado delimitarem as áreas, irão internalizar os benefícios referentes ao seu terreno sem onerar os terrenos designados para os outros.

Nesse ponto, esta teoria funde-se com a teoria dos custos de exclusão. Pois, a maneira como a eficiência é atingida dentro do problema dos terrenos baldios está diretamente ligada à necessidade de um sistema institucional que confira eficiência a delimitação de propriedades. Os criadores de gado poderiam estabelecer as cercas, porém sem um ente como o Estado para garantir a propriedade os custos de exclusão seriam elevados a ponto de inviabilizar o progresso da criação do gado e a acumulação eficiente dos recursos.

O critério inicial de divisão dos terrenos é múltiplo e depende de cada grupo social, seguindo fatores como, por exemplo: o primeiro a chegar ao terreno, o mais forte impôs sua propriedade em determinado momento, o núcleo familiar tem determinada relação com aquelas terras, etc.

O mais interessante, porém é a dinâmica que se estabelece após a delimitação inicial e havendo um respeito mínimo aos direitos de propriedade. Cada agente econômico (criador, por exemplo) irá utilizar o recurso segundo sua habilidade. Aqueles mais eficientes irão acumular um número maior de recursos que poderão ser utilizados na aquisição de novos meios de produzir mais recursos (mais terreno) daqueles que não utilizam os recursos eficientemente. Essa transação (compra e venda de terra, por exemplo) só é imaginável num sistema onde exista o direito de propriedade.

Como os mais eficientes irão progressivamente concentrar maiores meios o resultado final de produção do sistema será cada vez maior. Nesse momento, verificamos que tal dinâmica é exatamente uma dinâmica de mercado. Isso explica o grande aumento mundial de produção que a humanidade experimentou sob os auspícios de uma noção tradicional e liberalista de propriedade.

Toda essa macro-estrutura econômica e a noção de mercado têm por um de seus fundamentos mais importantes o conceito de propriedade enquanto uma miríade de direitos de exclusão da utilização de terceiros sobre determinado recurso.

Porém, não podemos incorrer no mesmo erro de divinização da propriedade e “absolutizar” o conceito liberal de propriedade. Como a história já mostrou são diversos os casos de *market failure*.

Essa útil concepção de propriedade em moldes absolutos se firmou e efetivou em muito devido às teorias que vislumbram o instituto como um direito natural ou como uma dádiva divina.

Porém essa forma de justificação com elementos metafísicos proporcionou o próprio desvirtuamento do instituto. Saímos da tragédia dos baldios para a tragédia dos anti-baldios (*tragedy of the anti-commons*), problema tratado pelo professor Michael Heller em 1997.<sup>18</sup>

A tragédia ocorre quando vários indivíduos agindo separadamente, porém num contexto coletivo, desperdiçam um recurso natural não o sobre-utilizando, mas sim o sub-utilizando.

Essa situação acontece quando diversos agentes econômicos detêm direitos de exclusão/propriedade sobre um determinado bem. Retornando ao exemplo dos terrenos baldios/pastagens, vemos que se os criadores de gado tiverem, cada um, excessivos direitos de propriedade sobre uma determinada parte da terra, por exemplo, pode ocorrer que as limitações de terreno sejam insuficientes para uma utilização com eficiência máxima da pastagem.

O exemplo torna-se mais claro com um exemplo brasileiro: os latifúndios. Os grandes proprietários possuem propriedade sobre uma vasta gama de recursos, enquanto os pequenos produtores muitas vezes detêm áreas inexpressivas para um desenvolvimento da produção que supere as necessidades de sobrevivência. Dessa forma, um pequeno produtor que poderia ser mais eficiente que um grande latifundiário, fica impossibilitado ampliar sua utilização sobre os recursos naturais e o resultado sistêmico total é uma grande perda de eficiência e sub-utilização.

A razão para tal ineficiência e decréscimo da riqueza é exatamente a “absolutização” da propriedade.

---

<sup>18</sup> HELLER, Michael. *The Tragedy of the Anti-Commons: Property in the transition from Marx to Markets*. Harvard Law Review n 111. Junho/1997.

Chegamos a conclusão de que o direito de propriedade, nada mais é do que uma miríade de direitos de exclusão que surgem para permitir uma relação mais eficiente dentro da sociedade e que se destinam a permitir a alocação de riquezas.

Nesse particular é interessante notar que a Suprema Corte Americana reconheceu em vários julgados que o direito de exclusão é o direito essencial desse conjunto de direitos (*bundle of rights*) que é a propriedade.<sup>19</sup> Além dessa chancela jurisprudencial, a teoria de que a propriedade é em seu núcleo básico um conjunto de direitos e dentre estes essencialmente o direito de exclusão deita raízes na filosofia de Grotius, Pufendorf e Locke.<sup>20</sup>

Tal direito de propriedade deve prestar-se a um equilíbrio dinâmico levando em conta a característica de cada recurso natural que se pretende apropriável. O direito de propriedade é um mecanismo lógico de alocação de riquezas que tende a equilibrar os recursos entre duas tragédias (*tragedy of commons* e *tragedy of anti-commons*).

O papel fundamental da regulamentação e do próprio direito é estabelecer um conjunto de limitações de utilização de modo à “internalizar” pela via jurídica estas “externalidades” fáticas que recairiam preponderantemente sobre o grupo social, permitindo assim o progresso da humanidade.

Desta forma, sob uma ótica econômica, a propriedade tem sua gênese numa gama de direitos que surgiram para permitir uma organização social mais eficiente.

Assim, em verdade, não há uma função social da propriedade no sentido de que a propriedade (a clássica liberal) deve ser posta à uma função social. A propriedade já se origina e é uma função social. Uma forma de alocação de recursos e riquezas de forma a maximizar a eficiência de geração de riquezas e desenvolvimento humano.

Todo o malabarismo que a doutrina jurídica opera para contornar a visão tradicional de propriedade, procurando apoio em princípios de ordem constitucional, buscando harmonizações com a necessidade social e apelando para justificações retóricas sobre o bem-comum são desnecessárias.

Sob um prisma econômico, função social da propriedade é uma redundância. A propriedade só pode ser pensada em termos de aplicação social numa

---

<sup>19</sup> Casos onde se afirma o fundamento de exclusão, como também uma compatibilização de direitos e atendimento da função social da propriedade: *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419, 433 (1982); *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374, 394 (1994).

<sup>20</sup> MOSSOFF, Adam. *What is Property? Putting the Pieces Back Together*. *Arizona Law Review*, Vol. 45, p. 371, 2003.



eficiente distribuição e produção de riquezas, desta forma tanto a concepção clássica como as concepções modernas de função social, nada mais são do que formas dinâmicas de aplicação dos direitos de exclusão/propriedade.

Desconstituída esta noção de direito absoluto de propriedade, qualquer utilização do instituto que implique numa falta de eficiência social ou que não promova de forma otimizada a situação de todos os agentes envolvidos não será uma utilização correta do instituto. Todas as questões relativas a função social da propriedade se resolvem sob a perspectiva de um estudo econômico do instituto de propriedade.

O professor Raimundo Bezerra Falcão corrobora esta visão, *verbis*:

Lembra Orlando Gomes a oposição que se levantou à inserção da noção de função social da propriedade. Apontava-se, então, uma insanável contradição. Não se imaginava que, poucos anos depois, se chegaria à convicção, hoje generalizada, porque inclusive aceita em várias Constituições, de que a propriedade é uma função especial, de que a utilização dos bens, para o exercício de uma atividade produtiva, não pode mais ser admitida como um direito natural, que se exerce em proveito próprio, para tirar vantagens, porque se assume os riscos desse exercício. Hoje, a idéia de função social está substituindo a de propriedade como direito subjetivo, ilimitado.

Mas não é apenas isso que deve ser levado em conta. Cabe ressaltar, ademais, ser menos improvável que a propriedade seja uma função social do que tenha uma função social. Isso eliminaria toda a pretendida contradição, considerando-se que a propriedade já nasceria como função e não como *facultas agendi*.<sup>21</sup>

Conclui-se neste capítulo inicial sobre propriedade que esta é na verdade uma gama de direitos. Tais direitos podem ser explicados por modelos econômicos de evolução da sociedade humana, que tanto justificam como delineiam a origem dessa gama de direitos que é identificada pelo rótulo de propriedade.

O fundamento dessa gama de direitos é vista na doutrina americana como a pragmática de uma alocação eficiente dos recursos econômicos. Sob esta perspectiva a própria noção de propriedade já existe para atender uma função social de alocação eficiente de recursos e promoção do desenvolvimento humano.

Qualquer forma de absolutização da propriedade que termine por impactar negativamente no seio social ou venha a desperdiçar os recursos econômicos para o bem do coletivo já está em descompasso com a própria razão de ser da propriedade.

---

<sup>21</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1981. p. 236-237.

Nesse sentido, cumpre fechar o tema com a lição de Gustavo Tepedino, que esclarece a derivação de existência da propriedade de sua função social:

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu perfil interno e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*.

A função social é, antes, capaz de moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina, o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular.<sup>22</sup>

## CONCLUSÃO

A reconstrução do direito de propriedade é o primeiro passo para uma revisão do direito privado. O direito de propriedade, assim como também os demais institutos jurídicos, devem ser percebidos e ponderados sob a ótica econômica, tendo em vista a alocação e fluxo dos recursos econômicos, sem desprezo, entretanto, dos valores éticos fundamentais.

Os contratos passam a ser vistos como um mecanismo de fluxo da riqueza e dos recursos econômicos necessários para a evolução da sociedade. O mercado não é mais somente um conjunto de agentes econômicos, mas deve ser um ambiente de trocas onde haja um mínimo de eficiência social e distribuição útil dos recursos naturais.

Não só institutos, mas instituições e entidades, o próprio judiciário deve estar atento ao fato de que cada decisão sobre a propriedade ou sobre o uso da propriedade, deve coadunar-se com um princípio de eficiência econômica e social. Essa eficiência passa a ser um critério formador da proporcionalidade e razoabilidade da decisão.

Assim, longe de uma realidade divina ou de domínio absoluto e irresponsável, a existência da propriedade só se justifica se utilizada na efetivação da dignidade humana num plano individual, harmonizada com a utilidade social dos diversos bens e recursos econômicos existentes.

---

<sup>22</sup> TEPEDINO Gustavo; SCHREIBER Anderson. *A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n.º 6 - Junho de 2005.

O bem-comum, objetivo da ordenação social, passa a se traduzir num comando de otimização e eficiência das relações sociais, do fluxo e utilização das riquezas da sociedade. Numa época onde se afirmam a eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais, importante a noção de que a propriedade, para sua existência, requer um mínimo de compromisso e responsabilidade, seja do particular, seja do poder público, para com uma utilização eficiente e socialmente útil dos recursos existentes.

## REFERÊNCIAS

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

BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *A moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Coimbra: Almedina, 1993.

CHAVES, José Vander Tomaz. *Da função social dos contratos no direito brasileiro ante a disciplina jurídica da propriedade funcionalizada*. Dissertação de Mestrado. Fortaleza: UFC, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e Deveres Fundamentais em matéria de propriedade*. Brasília: Revista CJF nº. 3, dezembro/1997.

\_\_\_\_\_. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. São Paulo: RT, RDM 63.

DERANI, Cristiane. *A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo de da sua Função Social*. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 34. São Paulo: Malheiros 2001.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. São Paulo: Atlas, 2004.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. Rio de Janeiro: Forense 1981.

GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 6. Padova: CEDAM. 1990.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. São Paulo: Malheiros, 2006.

HELLER, Michael. *The Tragedy of the Anti-Commons: Property in the transition from Marx to Markets*. Harvard Law Review. n 111. Junho/1997.

KASPER, Wolfgang. *Economic Freedom & Development - An essay about property rights, competition, and prosperity*. New Delhi, India: Centre for Civil Society. 2002.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 6. São Paulo: Saraiva, 1992.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 20. São Paulo: Saraiva, 1981.

MOSSOFF, Adam. *What is Property? Putting the Pieces Back Together*. Arizona Law Review, Vol. 45, p. 371, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. 19. São Paulo: Saraiva, 1991.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato: primeiras anotações*. Revista de Direito Mercantil, vol. 132. São Paulo: Malheiros, outubro\dezembro de 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. RT 845. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Rafael Egídio Leal. *Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo.,v. 37, ano 9, out./dez. 2001.

STAUT JR., Sérgio Said. *Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n.42, p.155-170, 2005.

TEPEDINO Gustavo; SCHREIBER Anderson. *A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 6 - Junho de 2005.

WEST, Edwin G. *Property Rights in the History of Economic Thought*. Carleton Economic Papers. Carleton University. 2001.