

O DIREITO DE PROPRIEDADE E A TRIBUTAÇÃO SOBRE O PATRIMÔNIO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: DA FUNÇÃO SOCIAL À FUNÇÃO ECONÔMICA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

THE RIGHT OF PROPERTY TAXES AND EQUITY IN THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: THE ROLE OF SOCIAL ECONOMIC FUNCTION OF PROPERTY RIGHTS IN BRAZIL

Resumo: No presente trabalho, “O Direito de propriedade e a tributação sobre o patrimônio sob a perspectiva da análise econômica do direito: da função social à função econômica da propriedade no direito brasileiro”, objetiva-se demonstrar a importância de tentar resgatar institutos anteriormente protegidos e mantidos pelo Direito Privado que estão sofrendo uma publicização. O interesse público tem estado em evidência, fundamentando situações que deveriam proteger eminentemente o interesse individual. Assim, o direito à propriedade, bem como a empresa e o contrato, está sofrendo uma relativização, imposta através de limitações definidas pelo Estado. Ao se tratar de bens imóveis, a função social da propriedade e o Sistema Tributário Nacional estão prestes a excluir o direito à propriedade e transformá-lo em uma relação de Enfitese Pública ou, até mesmo, em um Regime de Sesmarias definido na época da colonização por Portugal. Para que isso não ocorra, analisa-se a possibilidade de transformar a função social em função econômica da propriedade para que, desta forma, haja uma real proteção a este direito.

Palavras-chave: Direito de Propriedade, Função Social da Propriedade, Sistema Tributário Nacional, Análise Econômica do Direito, Função Econômica da Propriedade.

Abstract: In this study, "The right of property taxes and equity in the perspective of economic analysis of law: the role of social economic function of property rights in Brazil", aims to demonstrate the importance of trying to rescue institutions previously protected and maintained by Law private who are suffering a publicity. The public interest has been in evidence, stating the situation would essentially protect the individual interest. The right to property, and the company and the contract is suffering a relative notion, imposed by limitations set by the state. When it comes to real estate, the social function of property and the National Tax System are about to delete the right of property and turn it into a Long lease with respect to public or even in a regime Sesmarias defined at the time of colonization by Portugal. To avoid this, we analyze the possibility of transforming the social function of property due to economic, therefore, there is a real protection of this right.

Keywords: Property Rights, Social Function of Property, National Tax System, Economic Analysis of Law, Economic Function of the Property.

Lorena Sales Silveira¹

Giovani Magalhães²

INTRODUÇÃO

1. Lorena Sales Silveira, Pós-graduanda Latu Sensu em Direito Empresarial pelo convênio Faculdades Obóe/Fesac, Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

2. Giovani Magalhães Martins Filho, Mestre em Direito Constitucional das Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Especialista em Direito e Processo Tributário pelo convênio UVA/Fesac, Especialista em Direito Empresarial pelo convênio UECE/Fesac, Professor de Direito Empresarial, Graduação em Direito e em cursos de Pós-graduação, da UNIFOR, e advogado.

Atualmente, pode ser observado um confronto diário entre princípios e direitos fundamentais na realidade judiciária. Na maioria das vezes, o interesse social prevalece diante dos direitos privados. Institutos como empresa, propriedade e contrato estão sendo relativizados em busca de algo maior que possa trazer um benefício à sociedade. A Constituição Federal pode ser arguida em qualquer situação na tentativa de minimizar os interesses específicos dos indivíduos. Desta forma, nota-se a presença crescente da função social nas relações jurídicas estabelecidas, embasada em diversos doutrinadores que alegam existir uma tendência em constitucionalizar e/ou publicizar o direito privado. Luciano Benetti Tim (2008, p. 26) trata deste assunto em sua obra:

[...] as constituições passaram a definir os princípios básicos da vida social e a proclamação das regras fundamentais da ordem jurídica, comuns aos vários ramos do Direito, o que veio a contrariar toda a história do Direito Moderno, onde coube sempre ao Código Civil a definição dos institutos básicos aplicáveis aos outros ramos jurídicos.

Inicialmente, far-se-á uma análise histórica do surgimento da propriedade e da relevância de tê-la garantida ao indivíduo como um direito fundamental. Ressalta-se a sua importância na busca de um desenvolvimento econômico, mostrando seu conceito e suas peculiaridades. Além disso, será argumentada suas limitações sob a perspectiva da função social, enfatizando-se o prejuízo tido pelo proprietário. Consequentemente, concluir-se-á que não há simplesmente a relativização do direito à propriedade, mas sim o seu possível desaparecimento por completo.

Ainda será traçado um comparativo da situação da extinção do direito de propriedade com o instituto de enfiteuse pública, realçando o Estado como real proprietário dos bens, enquanto somente é negociado o domínio útil do imóvel. Ressalta-se que, neste caso, a função social está aliada à carga tributária pesada imposta aos brasileiros para que esta situação possa ser vislumbrada. Observar-se-á características semelhantes no regime de sesmarias, à época da colonização por Portugal, havendo um retrocesso na garantia do direito à propriedade.

Sob esse prisma, será avaliada a relevância do aparecimento de conceitos específicos da Economia na busca de uma solução para este paradigma entre direito público e privado que, historicamente, está se tornando mais acentuado. Utilizar-se-á pressupostos econômicos para solucionar conflitos jurídicos, ou seja, haverá o auxílio do primeiro para compreender e resolver questões associadas ao direito. À este método hermenêutico-filosófico, dá-se o nome de Análise Econômica do Direito, tendo como principal fonte os estudos de ‘Law and Economics’, sob a perspectiva de vários autores brasileiros; tais como: Robert Cooter &

Thomas Ulen, Juan Torres López, Vasco Rodrigues, dentre outros doutrinadores renomados atuantes em diversas áreas jurídicas.

Portanto, serão evidenciadas as diversas mudanças que o conceito de direito de propriedade teve e a repercussão para as pessoas individualmente, para a sociedade e para, principalmente, a economia. Ressaltar-se-á a relativização deste direito, que anteriormente era tido como absoluto, em prol do interesse público, aproximando-se a sua extinção, decorrente de limitações impostas pelo Estado. Uma destas é a função social, que está intimamente ligada à concessão do direito de propriedade e é a maior responsável pela intervenção do Estado na forma como se utiliza o bem e por sua publicização. Consequentemente, será analisada a possibilidade de restabelecer a autonomia do direito à propriedade, retornando à concepção de direito privado, reprivatizando-o. Assim, será mostrada a necessidade de alterar a concepção de função social para função econômica da propriedade para que seja evitada a sua extinção.

CONTEXTO HISTÓRICO DA PROPRIEDADE

A concepção que se tem hoje sobre a propriedade não era tida no início da humanidade, de acordo com estudos históricos. O homem tinha características nômades, não se apegando ou fixando a qualquer bem ou lugar. Viviam em locais capazes de lhe proporcionar o que precisava e partia para outros quando os recursos se esgotavam.

A partir do momento em que o mesmo passou a ter noções sobre agricultura, pôde se fixar e desenvolver coletivamente atividades relacionadas à terra. Seus instrumentos de trabalho, tanto os destinados à caça como os de cultivo, deram uma noção primitiva do que seria propriedade privada, sob o prisma de bens móveis.

Já quando se configurou a Roma antiga, a propriedade era um dos poderes garantido ao *pater familias*. Este era assim chamado por ser um cidadão romano livre que poderia ser considerado como sujeito de direitos, tendo tanto os de caráter pessoal como os de real. Desta forma, surgiram conceitos relacionados ao domínio e à propriedade, sendo o último relacionado ao poder sobre as coisas, figurando um caráter individualista.

No período em que a Idade Média foi estabelecida, somente o Rei tinha o poder sobre as coisas, concedendo estritamente a detenção aos seus vassallos. Era da terra que tiravam seu sustento, mas eram obrigados a repassar os frutos ao seu real proprietário, conforme expõe Maria Helena Diniz (2006, p. 114):

Na Idade Média, a propriedade sobre as terras teve papel preponderante, prevalecendo o brocardo *nulle terre sansseigneur*. Inicialmente, os feudos foram dados como usufruto condicional a certos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços, inclusive militares. Com o tempo a propriedade sobre tais feudos passou a ser perpétua e transmissível apenas pela linha masculina. Havia distinção entre os fundos nobres e os do povo, que, por sua vez, deveria contribuir onerosamente em favor daqueles, sendo que os mais humildes eram despojados de sua terra.

Quando o poder da terra começou a ser transferida a particulares, em meados do século XVI na Inglaterra e França, pôde ser percebido um traçado similar ao que se tem atualmente sobre propriedade privada. Porém, somente a partir da Revolução Francesa, houve a sua consolidação. Houve o confisco de várias terras e a ideia do direito de usar, gozar e dispor de bens foi introduzida no Código Napoleônico em 1804.

Aquele que detinha a propriedade poderia usar, gozar e dispor desta da maneira como bem quisesse, com caráter absoluto, sendo respeitadas algumas limitações de Estado. Além disso, havia uma exclusividade, pois admitia a exclusão das outras pessoas na propriedade de um determinado bem que já tivesse um proprietário, assumindo um efeito *erga omnes*. Já em relação ao tempo, pode ser considerado perpétuo, pois este direito não poderia ser revogado, exceto se ocorresse algo que levasse a sua extinção. Desta forma, observa-se que havia um interesse maior em proteger a liberdade individual, advindo da necessidade de proteção à classe burguesa que detinha grande parte do poder econômico da época. Desta forma, Rodrigo Octávio de Godoy (2007, p. 93) trata sobre os direitos adquiridos na época:

Foram-lhe reconhecidos os caracteres de absoluto, exclusivo e perpétuo. Absoluto porque ao titular era permitido usar, gozar e dispor do bem como lhe aprouvesse, desde que respeitadas certas limitações de ordem pública; exclusivo porque a titularidade sobre um bem excluía a dos demais sobre o mesmo bem, residindo aí a propalada característica *erga omnes* do direito de propriedade; e perpétuo porquanto irrevogável, substituindo ainda que não exercitado, desde que não sobrevenha causa legal de sua extinção.

No entanto, iniciou-se uma movimentação em toda a Europa com aspectos reformadores, à época da Revolução Industrial. As condições de trabalho e de vida estavam precárias e havia a necessidade de uma melhora. Consequentemente, o direito à propriedade começou a sofrer uma série de limitações que são ampliadas até hoje.

Com suas peculiaridades, esse processo de conquista do direito à propriedade privada e suas limitações também ocorreu no Brasil. Inicialmente, a propriedade das terras brasileiras era de todos, pois era dominada pelo povo indígena, não havendo qualquer distribuição destas. Já com a colonização de Portugal, a propriedade das terras passou a ter um só dono: a Metrópole. Foram ‘cedidas’ grandes parcelas a colonizadores para que pudesse garantir o

controle de todo o território brasileiro, estabelecendo um regime de sesmarias. Transferia-se o domínio útil do bem enquanto era estabelecida uma série de limitações e condições para que se mantivesse, por exemplo, a incidência de tributos e a colonização da terra.

Ao ser extinta a vigência desse sistema, iniciou-se um período que não havia qualquer legislação que tratasse sobre posses, ocorrendo uma forma desordenada de ocupação de terras. Desta forma, não havia qualquer restrição ao modo que a propriedade era utilizada. Somente quando o Brasil passou pelo imperialismo, surgiu a primeira norma que trazia em seu conteúdo este assunto, sendo responsável por organizar a forma de aquisição de propriedade.

Através da Constituição de 1934, o direito de propriedade foi estabelecido de uma forma diferente, trazendo interesses e ideais da comunidade agrária. Iniciou-se um objetivo maior de limitar a forma como os proprietários se utilizavam de seus bens por interesses de terceiros. Desta forma, Érico Marques de Mello (2009, p.155) esclarece que “Naquela época não havia prescrição taxativa de função social da propriedade, apenas indicação quanto à utilização condizente com direitos e interesses sociais, de forma que se tratava de proteção indireta”. As posteriores normas constitucionais iniciaram um processo de ampliação relativo à proteção destes interesses ambientais e, principalmente, sociais.

Com o surgimento do Estatuto da Terra, em 1964, a função social da propriedade apareceu, visando proteger o bem estar do proprietário, dos trabalhadores e das famílias que se encontravam ligadas à terra. Além disso, tratou de níveis de produtividade, tentando proteger os recursos naturais e trazendo disposições sobre as relações de trabalho.

No entanto, somente com a Constituição Federal de 1988 que a função social da propriedade teve sua forma especificada, sendo estabelecida como direito e garantia fundamental. Desta forma, aquele que detém a propriedade de um determinado bem, terá que respeitar uma série de limitações impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro como um todo, não podendo agir de forma diferente do disposto pelo Estado.

O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Como já mencionado, o direito de propriedade surgiu na época em que se deu a Revolução Francesa, através do Código Napoleônico de 1804: “O direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”. Através de idéias revolucionárias (liberdade, fraternidade e igualdade), ao

Estado não cabia a intromissão na forma pela qual o proprietário se utilizava de seus bens, caberia somente a proteção a este direito.

No desenvolver histórico, vários foram os filósofos e juristas que definiram as formas como esse direito deveria se manifestar. Muitas vezes, dependendo da época, suas características mudavam, demonstrando que não há a imutabilidade, sendo característicos de cada geração. O que há são inúmeros direitos que se originam do direito à propriedade, ou seja, demonstra-se que, juridicamente, a propriedade é um conjunto de direitos. Robert Cooter e Thomas Ullen (2010, p.92) afirmam:

Esses direitos descrevem o que as pessoas podem e não podem fazer com os recursos que possuem: até onde elas podem possuir, usar, desenvolver, melhorar, transformar, consumir, exaurir, destruir, vender, doar, legar, transferir, hipotecar, alugar, emprestar ou excluir outros de sua propriedade.

Assim, esclarece-se que há uma autonomia privada de quem tem a propriedade dealgo, sendo livre para exercê-la da forma melhor que lhe convir. Não deve haver a possibilidade de um terceiro vir a intervir, ao se tratar de outras pessoas privadas e, principalmente, do Estado. Rachel Sztain e Decio Zylbersztajn (2005, p. 85) tratam sobre o tema:

No direito, diz-se que o Direito de Propriedade é como um feixe que engloba os direitos de uso, usufruto e abuso, e que confere o exercício da exclusão sobre a coisa, que permite afastar terceiros que dela pretendam se apropriar, usar ou gozar.

Nota-se que, através do que foi explicitado, ao Estado somente deve interessar que o direito individual propriamente esteja protegido, sendo resguardada a autonomia de vontade de cada indivíduo. Desta forma, o direito à propriedade se apresenta de uma forma absoluta e incontestável.

AS LIMITAÇÕES AO DIREITO DA PROPRIEDADE

No entanto, com o surgimento de ideais de fraternidade, o Estado passou a ter uma preocupação crescente em proteger a sociedade como um todo, não só a pessoa individualizada. Assim, o direito à propriedade passou a ser relativizado, tendo características que iam além dos interesses do proprietário do bem.

Observa-se que a justificativa pode ser dada diante de uma análise econômica, pois, a partir do socialismo proposto por Karl Marx em uma perspectiva inicial, passou-se a ter uma interferência maior do Estado na economia. O interesse social diante das diversas situações começou a ser imposto nas legislações da maioria dos países. Muitos direitos de primeira geração foram limitados, inclusive o direito à propriedade. Maria Helena Diniz (2006, p.258) comenta:

As medidas restritivas ao direito de propriedade, impostas pelo Estado em prol da supremacia do interesse público, vem diminuindo o exercício desse direito. De modo que os princípios gerais do direito como os da igualdade das propriedades e repressão ao abuso do direito foram sendo aplicados tão amplamente que o domínio passou a encontrar neles restrição cada vez mais fortes, acarretando o seu enfraquecimento interno e a consolidação da política de intervenção estatal.

Nesse contexto, aparecem duas formas de limitação: negativa e positiva. A primeira está associada ao fato de o proprietário não adotar uma conduta que possa prejudicar à sociedade. Já a limitação positiva impõe ao titular do direito uma obrigação de sempre proporcionar algo que seja capaz de garantir um resultado mais vantajoso ao interesse público. Ambos os casos devem ter uma previsão legislativa que garanta a sua execução.

Sob uma perspectiva externa ao conceito de propriedade, o Estado pode impor limitações de diversas maneiras que o proprietário deve dar ao seu bem. Porém, com a função social, propõem-se mudanças revolucionárias na forma de lidar com o mencionado direito. Por fazer parte de uma perspectiva interna, seu conceito o incorpora, transformando-se em uma característica inerente a existência da propriedade.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade está associada a bens imóveis e determina a forma como deve haver a sua utilização. Ao adquirir o bem, o proprietário passa a ter uma série de obrigações decorrentes de determinações legais que prescrevem o surgimento consequente de uma relação jurídica. Não bastando o valor econômico empregado para adquirir o bem, há a necessidade de dar uma utilidade social ao mesmo.

É uma limitação jurídica que passa a existir no momento em que se adquire o bem e faz com que diversas outras limitações venham a surgir, sendo responsável por extrair a característica absoluta tida anteriormente. William Rosa Ferreira (2010, p. 62-63) explicita:

[...] o absolutismo da propriedade privada não mais tem o condão de opor-se à coletividade, ao passo que o bem comum arrematou um sobreprincípio no ordenamento jurídico pátrio que oportuniza a intervenção do Estado quando não se vislumbrar a devida aplicabilidade da função social da propriedade, [...]

Desta forma, o interesse público deve estar protegido em detrimento da limitação de direitos de interesse privado. O livre arbítrio do proprietário se encontra impossibilitado de assumir suas reais características. Observa-se que é falsa a concepção tida como direito à propriedade, pois somente a tem quem está em concordância com sua função social. Pietro Perlingieri (2007, p. 228), neste sentido, ressalta:

A função social assume uma valência de princípio geral. A autonomia não é livre arbítrio: os atos e as atividades não somente não podem perseguir fins anti-sociais ou não-sociais, mas, para terem reconhecimento jurídico, devem ser avaliáveis como conformes à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido.

Aquele que não cumpre a função social passa a não ter mais a proteção do direito pelo Estado, podendo ter seu imóvel desapropriado, sendo cabível a indenização. Mais uma vez, pode ser observado que somente interessa o valor econômico empregado na aquisição da propriedade, pois o ressarcimento pela desapropriação somente será atribuído sobre o valor dele. Desta forma, Érico Marques de Mello (2009, p. 165) afirma:

Ocorre que toda desapropriação tem como contrapartida a indenização de acordo com o patrimônio estabelecido pelo valor econômico do bem, objeto de expropriação. [...] A questão patrimonial estaria relacionada ao não prejuízo econômico por parte do proprietário.

Portanto, a função social da propriedade está associada a como o proprietário utiliza o seu bem, ou seja, à utilidade dada através da destinação do imóvel. Espera-se pelo legislador que haja uma utilização ideal do bem, para que sejam atingidos benefícios para toda a sociedade. Conseqüentemente, seria justificada a existência de propriedade, dando uma legitimidade a ela perante o sistema econômico atual; conforme Gilberto Bercovici (2005, p. 147), para o qual:

A função social é mais que uma limitação. Trata-se de uma concepção que consubstancia-se no fundamento, razão e justificação da propriedade. A função social da propriedade [...] é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção [...]. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a.

Por fim, constatou-se que ao ser adquirida a propriedade de um bem, transfere-se automaticamente a quem compra a obrigação de cumprir com a função social da mesma. Não a cumprindo, seu imóvel pode vir a ser desapropriado pelo Estado, razão pela qual não pode ser dada proteção jurídica; fundamentando-se em todo um ordenamento jurídico em que o legislador teve o cuidado de manter associado à Constituição Federal vigente.

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Aos poucos, o estudo do ordenamento jurídico brasileiro através da Análise Econômica do Direito – AED vem ganhando uma maior relevância. O comportamento das pessoas que compõem uma determinada sociedade tem sido analisado tanto por profissionais do Direito como economistas. Mas indagam-se quais os pontos comuns entre estes que viabilizam tal junção.

O Direito, como ciência, tem a finalidade inicial de prescrever possíveis condutas do ser humano e delimitar suas escolhas, visando proibir atitudes consideradas nocivas à coletividade, como roubar e matar. Já a economia, especificando-se a microeconomia, se preocupa em estudar as escolhas individuais dos agentes econômicos, ou seja, diante de algumas possibilidades qual o comportamento que está sendo adotado, medindo-se quais são os custos e benefícios para que seu objetivo maior seja atingido.

Diante disso, nota-se que as escolhas são o principal objeto de estudo, pois, diariamente, as pessoas são obrigadas a preferir uma coisa à outra. Lidam com recursos que são escassos e aplicam um juízo de valor ao escolher o que é mais benéfico em um contexto individual, definindo-se a lei da escassez. Desta forma, Luiz Carvalho (2000, p.19) esclarece:

O grande problema enfrentado pelos seres humanos é conseguir, tanto quanto possível, satisfazer a necessidades limitadas, empregando recursos escassos. Assim, o problema fundamental da atividade econômica é a escassez. Ela é constante e geral e por isso considerada uma verdadeira lei: **a Lei da Escassez**.

Se todos os recursos estivessem à disposição sem limitações, não haveria conflito, nem problemas econômicos, como a desigualdade social e, conseqüentemente, não haveria necessidade de existir a ciência jurídica. A sociedade se comportaria de uma forma previsível, pois não haveria motivo para se discutir a diferença entre o querer tudo e poder adquirir, como se pode vislumbrar no posicionamento de Ivo Teixeira Gico Jr (2010, p. 19):

O método econômico se baseia em alguns postulados. Primeiro, os recursos da sociedade são escassos. Se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, pois todos poderiam satisfazer suas necessidades – sejam elas quais forem. Curiosamente, a mesma idéia, com outra roupagem, motiva o direito: se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam exmotoproprio. A escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha, não é mesmo?).

Quando se trata do direito à propriedade, a economia traz suas peculiaridades ao direito e proporciona uma análise singular como método extremamente eficiente na busca da compreensão dos fatores ligados a este direito e das alternativas possíveis ao dilema atual da sua relativização. Através desta análise, busca-se o máximo de eficiência econômica possível, objetivando, conforme Bernardo Mueller (2005, p. 96), “a maximização do bem-estar social e, então, busca responder como as leis devem ser escritas e implementadas para que esse objetivo seja alcançado”.

O conceito atribuído à sociedade pela economia é diferente do usado em doutrinas jurídicas. Este é tido, como já mencionado anteriormente, como sendo um conjunto de direitos. Já Bernardo Mueller (2005, p. 92) aplica uma definição que engloba as duas áreas:

A definição dominante de direitos de propriedade, tanto em Economia como em Direito, é de propriedade como sendo um conjunto de direitos (*bundle of rights*) sobre um recurso, que o dono está livre para exercer e cujo exercício é protegido contra interferência por outros agentes.

No entanto, a abordagem econômica do conceito de propriedade, tida no presente trabalho, é mais ampla. Aplica-se o Teorema de Coase como principal estimulador para a compreensão dos seus elementos. Inicialmente, ressalta-se que se em uma determinada propriedade – bem imóvel não houver produtividade, passa a haver uma grande distância do mercado, não havendo a necessidade de uma proteção maior ao direito de propriedade, sendo baixo o custo destinado a isto.

À medida que há uma maior valorização da terra, havendo uma produtividade maior, a ausência de proteção ao direito de propriedade pode vir a prejudicar à aproximação do mercado, pois os custos crescerão para sua defesa. Consequentemente, haverá uma redução na renda obtida. Observa-se que ocorre desta forma devido à competição pela terra que cresce e por todos os seus atributos. Bernardo Mueller (2005, p.95-96) acrescenta:

O ponto é que quando um recurso não é escasso, não haverá uma demanda por direitos de propriedade. Entretanto, à medida que a economia muda ou cresce, os recursos vão se tornando escassos e, eventualmente, a ausência de direitos de propriedade seguros leva à dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriar dos diversos retornos ao recurso. Essa situação gera incentivos para que eliminem essa dissipação. Essa dinâmica pode acontecer com qualquer recurso que esteja passando por um processo de ser tornar mais escasso.

A partir do momento em que alguém adquire a propriedade de um bem imóvel, as outras pessoas passam a ser excluídas do direito a esta. Assim, o proprietário passa a ter exclusividade sobre o seu bem. Esta característica é tida especificamente como sendo de bens privados, sendo estes rivais. Robert Cooter e Thomas Ullen (2010, p. 120) explicitam estas características:

Os bens que os economistas descrevem como puramente privados têm a característica de que seu uso por uma pessoa impede seu uso por outra; [...] Às vezes, esses fatos são resumidos pela afirmação de que há rivalidade no consumo de bens privados

Ao se fazer referência aos bens públicos, os economistas já possuem uma diferente abordagem. Para eles, não há qualquer rivalidade no seu consumo, pois todos os membros de

uma sociedade podem se utilizar deles com o interesse social, havendo uma igualdade entre eles no momento do consumo. Assim como Ronaldo Fiani (2011, p.45) prevê:

Um bem público apresenta duas peculiaridades. Em primeiro lugar, trata-se de um bem cujo consumo por um agente não reduz a quantidade disponível para os demais agentes da economia. Além disso, uma vez o bem público estando disponível, é impossível impedir alguém que não pagou pelo bem de consumi-lo.

Em relação à forma como deve se dar o controle, aos bens privados será cabível o controle por indivíduos, ou até mesmo grupos pequenos de pessoas, sendo estes seus reais proprietários. Já em relação aos bens públicos, é pertinente o controle por um extenso grupo de pessoas, sistematizado através do Estado. Consequentemente, não é possível vislumbrar a possibilidade de se ter o direito de propriedade tido sob a concepção de bens privados sob o controle do Estado, cabendo ao mesmo somente assegurar que este direito esteja sendo cumprido.

Ressalta-se a importância de proteção ao direito de propriedade, visto que em um *status quo* não há leis regulamentando, por exemplo; aquele que está com o bem terá que se utilizar de seus recursos para protegê-lo. Já outras pessoas irão destinar uma parcela de recursos para furtar este bem. Desta forma, não se tem a melhor condição para ambos, pois gera uma insegurança, não tendo a propriedade a sua destinação mais eficiente por não estar em condições estáveis de aproveitamento. Robert Cooter e Thomas Ullen (2010, p. 98) destacam a importância de uma proteção: “As sociedades criam a propriedade como direito jurídico para incentivar a produção, inibir o furto e reduzir os custos de proteção de bens”. Ainda Bernardo Mueller (2005, p. 93) destaca a relevância de se dar uma destinação que proporcione o bem estar do proprietário: “A ideia central é que direitos de propriedade seguros e bem definidos, incluindo o direito de vender ou transferir a propriedade, farão com que o recurso venha a ser alocado ao uso que gere mais bem-estar.”

No caso em que aparece algum conflito referente ao mencionado instituto, a solução se dará através da negociação entre as partes inicialmente, dependendo da cooperatividade e de custos de transação tidos, poderá ser obtido o êxito da forma mais eficiente. Mas o que seria custos de transação e qual seria a influência do comportamento social cooperativo? Passa-se a analisar tais aspectos.

Ao lidar com agentes econômicos independentes e com interesses extremamente diversos e com um grau de conhecimento variável, não se pode ter a certeza como se dará seu

comportamento. Porém, é de relevante interesse econômico que haja a cooperação entre eles na busca de um desenvolvimento. Desta forma, Ronaldo Fiani (2011, p. 58) argumenta:

Sem cooperação não é possível atingir esse objetivo, pois o progresso exige uma série de mudanças e investimentos que alteram significativamente as atividades econômicas, a renda e a riqueza. Com isso, vários agentes têm de tomar decisões, que, por sua vez, têm de ser consistentes entre si.

Ao se dar uma negociação, deve haver a preocupação em reduzir as chances de que ocorra um conflito, através da cooperação mútua para que tudo dê certo e que não seja gasto mais do que previsto. Há casos em que o desenvolvimento da transação se dá por um período mais extenso, devendo permanecer a cooperação enquanto durar. Além disso, devem ser previstos possíveis conflitos que possam vir a ocorrer em um momento posterior.

Com a existência de um conflito não tão fácil de ser resolvido, a sociedade não se sente estimulada a cooperar, impossibilitando um consequente desenvolvimento. Ainda quando os agentes econômicos estejam dispostos a assumir o risco e permaneçam na negociação, surge a necessidade de maiores garantias, tornando a transação cada vez mais dispendiosa. Ronaldo Fiani (2011, p. 60) traduz:

Mas há dois efeitos que dizem respeito ao risco de conflito que também são importantes. O primeiro é o fato de que a simples ameaça de conflitos graves pode bastar para reduzir a produção e o consumo por inibir a cooperação da sociedade. [...] O segundo efeito importante do risco de conflitos é que se os agentes decidirem levar a transação adiante assim mesmo, com todo o risco envolvido, vão exigir maiores garantias.

Desta forma, passa-se a analisar os custos de transação. Ronaldo Fiani (2011, p. 63) fala que “Qualquer formação de organização social da produção – exceto formas muito primitivas em que a divisão do trabalho ainda é incipiente – envolve custos para a sua organização e operação, seja ela ou não baseada em mercados”. Como não poderia ser diferente, a propriedade assume os custos mencionados, sendo estes referentes ao que se gasta para ser possível o estabelecimento e manutenção do direito de propriedade.

Observa-se que, a partir de um direito de propriedade bem definido, os custos de transação seriam reduzidos. A forma como isso pode ser executado é através de normas institucionais que estejam de acordo com estes interesses. Obviamente, nem todas as situações estarão previstas, sendo possível o surgimento de novos fatos que tornem necessários o investimento de novos recursos. Ronaldo Fiani (2011, p.71) argui sob esta perspectiva:

O mundo onde há custos de transação é um mundo onde o custo de elaborar contratos que antevejam todas as possibilidades futuras é muito elevado ou simplesmente proibitivo. Assim, nem todas as circunstâncias futuras estarão

previstas. Com isso, qualquer um dos agentes envolvidos – agricultor, ferrovia, proprietários atuais ou passados dos terrenos etc – pode ser surpreendido com o surgimento de novos direitos que não tenham sido antecipados no documento, e assim surgirem transferências de renda e riqueza que não sejam compensadas.

De forma semelhante, Bernardo Mueller (2005, p. 99) trata sobre o assunto em pauta, traçando um paralelo entre custos de transação baixos e altos e qual a melhor forma de lidar com as mais diversas situações para que seja haja o mínimo de custos possível:

Quando os custos de transação são baixos, a recomendação dessa literatura é que a lei deve ser estruturada de forma a remover os obstáculos à negociação privada. [...] Já quando os custos de transação forem altos, os ganhos de trocas decorrentes da negociação direta entre as partes podem não ocorrer. Nesse caso, o resultado da invariância da alocação final à dotação dos direitos de propriedade tenderá a não se realizar. [...] a lei deve dar incentivos para que os agentes ajam da forma que resulte na mesma alocação de recursos que resultaria caso custos de transação fossem baixos.

Ainda é oportuno ser dito que o direito à propriedade deve ser pleno para que haja a sua correta utilização. Se o complexo de direitos for limitado ou se houver incerteza sobre o real proprietário, diz-se que, respectivamente, é parcial/ incompleto ou mal definido. Já no caso em que o proprietário pode perder seu bem de forma arbitrária, sem qualquer fundamentação satisfatória, pode ser dito que há a causa de uma insegurança. Como consequência, não haverá investimentos o bastante para que possam impulsionar a economia. Conforme Ronaldo Fiani (2011, p. 74) “ninguém irá investir em um recurso caso acredite haver uma boa chance de ter a sua riqueza expropriada, ou que sua valorização não seja adequada”.

Mesmo havendo um arcabouço jurídico que minimize os custos de transação, aproximando-o à zero, não é suficiente para que se garanta o direito à propriedade, pois sempre há a possibilidade de que este seja desrespeitado. Esta situação é constantemente encontrada no Brasil. Ronaldo Fiani (2011, p. 78) especifica:

[...] ao questionarmos a importância dos direitos de propriedade bem definidos e garantidos para o desenvolvimento, não estaria sendo deixado de lado um problema importante das economias menos desenvolvidas, que é o fato de que nessas economias frequentemente os direitos de propriedade são desrespeitados.

Nota-se que não há o interesse de investimento em propriedade privada, visto que a insegurança consequente de uma proteção mínima a este direito desestabiliza e enfraquece as relações jurídicas que podem acarretar até mesmo a sua expropriação em casos extremos. A aplicação de recursos passa a ser desestimulada, não levando a economia local a crescer, pois fica em uma condição de estagnação, tendo seu capital destinado somente a cobrir os custos

de transação obtidos. Quando há a comparação com países que já se encontram em uma fase de desenvolvimento, pode ser constatada a fragilidade deste direito.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMÓVEL NO BRASIL: UM CASO DE ENFITEUSE PÚBLICA OU O RETORNO AO REGIME DE SESMARIAS?

Com tamanha restrição dada ao direito de propriedade, não se pode mais falar em somente relativização deste, mas sim na sua extinção; principalmente quando há a associação da função social da propriedade com o sistema tributário brasileiro. Conforme já exposto, a autonomia do proprietário de um determinado bem imóvel sofre uma série de limitações por parte do Estado, sendo este determinante para a forma que se deve dar o seu uso.

Assim, constata-se que há a predominância de uma relação de enfiteuse e não de concessão de direito de propriedade. O real proprietário é o Estado brasileiro, tendo este o domínio direto, enquanto são transferidos todos os poderes de propriedade do bem imóvel, sendo, porém, este uma coisa alheia para o enfiteuta, que possui apenas o domínio útil.

Observa-se que, na enfiteuse, há a transferência de toda a estrutura relacionada à propriedade, sendo um instituto do direito privado que mais se assemelha ao direito de propriedade. Maria Helena Diniz (2006, p. 375) expõe esta característica:

A enfiteuse é o mais amplo dos *jus in re aliena*, transferindo ao enfiteuta o *jus utendi, fruendi* e até o *disponendi*, pois este pode alienar seus direitos sem que haja anuência do senhorio, podendo ainda reivindicar a coisa de quem quer que seja.

Na relação de enfiteuse, o enfiteuta deve prestar um pagamento anual – *foro*, mesmo que já tenha transferido o bem sem comunicação ao senhorio direto, por estar sob a relação de enfiteuse. Além deste, deve haver a prestação pecuniária no caso em que haja a alienação do bem; ou seja, toda vez em que haja o interesse em transferir o bem, deve ser feito um pagamento ao real proprietário, denominado *laudêmio*.

Nesse interim, é pertinente verificar a tributação sobre o patrimônio, enquanto tal encontrada no Código Tributário Nacional, através da imposição do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), do ITR (Imposto Territorial Rural) e do ITBI (Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis). A cobrança dos dois primeiros tributos se torna cabível quando há um proprietário em um determinado ano, ocupando um imóvel, urbano ou rural. A depender da localização do imóvel, incide um determinado tributo. Basta isso para que o Estado possa cobrar o pagamento da instalação da pessoa em um imóvel com *animus domini*, podendo ser considerado como fato gerador do imposto. Pode ser observada previsão legal

sobre o responsável pelo pagamento, no que diz respeito ao IPTU, no art. 34 do Código Tributário Nacional - CTN. Já para o ITR, o contribuinte está definido no art. 31, do CTN, cuja redação de ambos os artigos é a mesma: “Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”

Já em relação ao ITBI, o fato gerador é outro. Haverá a incidência de tributação sob este aspecto quando houver a transferência de um bem imóvel, ou seja, quando o proprietário quiser vir a negociar o seu bem, deve uma prestação ao Estado para que possa formalizar a transmissão do bem para um terceiro. No artigo 42 do CTN, mostra a quem cabe a obrigação de pagar: “Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei”. Em ambos os casos, o pagamento será recolhido pelo Estado.

Diante do que foi exposto, é cabível a comparação entre os institutos da enfiteuse e do direito à propriedade, na condição em que se encontra o sistema brasileiro atual, em face do ideário da função social da propriedade e da tributação sobre o patrimônio. Inicialmente, mostra-se que o senhorio direto transfere o domínio útil do seu bem ao enfiteuta, assim como o Estado o faz, pois com a limitação tida pela função social da propriedade, somente pode ser tida a concessão do domínio útil do bem pelo Estado. Afinal, é este que define o que deve ou não ser feito pelo titular do bem. Ressalta-se que a análise é pertinente aos bens imóveis. Além disso, faz-se uma relação entre os impostos cobrados por este, já mencionados, com o que deve o enfiteuta. Ao IPTU ou ITR, equipara-se o foro. Ao ITBI, equipara-se o laudêmio.

Demonstra-se, portanto, que é mais oportuno conceituar a relação tida entre o ‘proprietário’ do bem com o Estado como sendo uma relação de enfiteuse, sendo o primeiro enfiteuta e o Estado o senhorio direto. Consequentemente, constata-se que o direito de propriedade foi extinto no Brasil ao se somar a função social da propriedade com a carga tributária que é imposta pelo sistema.

A mesma situação era encontrada à época da colonização tida por Portugal depois do descobrimento do Brasil. Como exposto no referencial histórico, Portugal detinha a propriedade das terras do Brasil. Depois de dividi-las, concedia apenas o seu domínio útil para aqueles que quisessem vir para sua colônia para cultivá-la, caracterizando o regime de sesmarias. Observa-se que havia a necessidade de dar produtividade à terra, cumprindo uma imatura função social da propriedade através de diversas limitações, e havia a necessidade de pagamento de tributos exigidos pela Metrópole.

Desta forma, com o quase desaparecimento do direito de propriedade somente restam duas alternativas para definir a situação do direito privado brasileiro, referente à propriedade: pode ser caracterizado pela enfiteuse pública, ou através do regime de sesmarias. Em ambos os casos o Estado que detém a propriedade dos bens imóveis, conduzindo a ordem jurídica brasileira há um retrocesso no tempo e nos direitos concedidos ao indivíduo. Ressalte-se, que a limitação que a função social da propriedade e a carga tributária nacional faz com o direito à propriedade – a relativização de tal direito – passa a ser mero eufemismo para que seja acobertada a sua extinção, pelo menos no que tange à propriedade imóvel.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho, percebeu-se que o direito de propriedade sobre bens imóveis foi relativizado a ponto de ser válido ressaltar o seu provável desaparecimento, na atual conjuntura brasileira. A função social da propriedade aliada à carga tributária nacional sobre o patrimônio são seus principais responsáveis. O Estado assume a responsabilidade por impor tais condições para a manutenção da propriedade, ou seja, as limitações ao mencionado direito são determinadas por ele. Caso não sejam cumpridas, há a possibilidade de desapropriação do bem e, em determinados casos, não há, nem mesmo, a justa indenização pelo valor econômico pago inicialmente, causando enorme insegurança nas relações jurídicas. Vale dizer, com o argumento de não cumprir uma pretensa função social da propriedade, o estado quer ter por legítimo o roubo (sim, o roubo, em razão da violência ou grave ameaça) que faz ou pode fazer à propriedade privada.

Consequentemente, somente ao Estado cabe determinar quem poderá exercer direitos referentes à propriedade, visto que é responsável pela integralidade da arrecadação dos tributos, assumindo seu caráter fiscal e pela determinação do cumprimento da função social, estabelecendo critérios para averiguação de a propriedade estar cumprindo, ou não, a sua função social. Assim, vislumbra-se a possibilidade de caracterização de uma enfiteuse pública, tratando o Estado como senhorio direto e o detentor do domínio real um mero enfiteuta. Ressalte-se: não há mais a previsão da enfiteuse privada no ordenamento jurídico brasileiro – o art. 2038 do Código Civil de 2002 proibiu a constituição de novas enfiteuses “privadas”. Numa via alternativa, caso se entenda que o mencionado art. 2038, do Código Civil vedaria até uma “enfiteuse pública”, há a possibilidade de o sistema da propriedade imobiliária no Brasil ser caracterizado como o regime de sesmarias utilizado à época da

colonização do Brasil por Portugal. Em ambos os casos, há o controle pelo Estado de como e por quem devem ser exercidos tais direitos.

No entanto, esta técnica não é a mais apropriada sob o ponto de vista econômico. À propriedade, deveria ser dada a máxima utilidade possível; sendo o proprietário o maior responsável por aproveitá-la da melhor forma, em maior quantidade e qualidade. O poder de decisão sobre como se daria a utilização caberia àquele que detém a propriedade do bem imóvel. Ao Estado somente restaria garantir que este direito fosse garantido e resguardado, não cabendo limitações de qualquer natureza. Afinal de contas, o direito deve passar a ser visto e entendido enquanto uma estrutura de incentivos e não como um sistema fomentador ou solucionador de conflitos.

Agindo desta forma, seria dada uma maior segurança jurídica nas posteriores relações estabelecidas decorrentes da detenção da propriedade. Não haveria a possibilidade de que, se não agir conforme o Estado dita, seus direitos sejam abolidos. O proprietário poderia fazer investimentos mais promissores e se tornaria um real agente econômico na busca de uma melhoria do desempenho da economia sob o âmbito regional, bem como, sob o âmbito nacional. Ainda haveria a possibilidade de desenvolver um crescimento sustentado.

Ao Estado, somente caberia instituir formas de proteger o mencionado direito, para que não fosse capaz de produzir algum vício que provocasse qualquer prejuízo a sua definição e segurança. Visto sob um aspecto mais amplo, haveria a possibilidade de serem determinados, no ordenamento jurídico, incentivos para que o proprietário-agente econômico seguisse todas as regras impostas. Partindo da noção pela qual todos os agentes econômicos são dotados de racionalidade limitada e de oportunismo, o incentivo cogitada necessita ser eficiente ao ponto de que a única conduta oportunista seria o cumprimento da lei.

Portanto, é de extrema importância que seja atribuída à propriedade sua função econômica, não mais sendo relevante sua função social. O argumento em evidência não mais será o da busca por justiça social. Restará como característica principal a busca pela eficiência que este instituto deve ser capaz de chegar, demonstrando ser primordial a garantia e proteção ampla do direito de propriedade.

Mesmo porque não há sentido em exigir que a iniciativa privada cumpra uma malsinada função social ao se adquirir uma propriedade imóvel em local a esmo, onde o estado ainda não chegou com a sua missão de promover o bem comum e de efetivação de

políticas públicas definidas na Constituição Federal. Neste contexto, há apenas duas possibilidades, à primeira vista alternativas, mas que podem ser complementares, no caso concreto: ou o estado vem a abolir a tributação sobre o patrimônio ou, antes de tudo, cumpre o seu papel constitucional, visando legitimar a sua imposição aos “proprietários de imóveis” deste país do cumprimento daquilo que se convencionou chamar de *função social*.

Desse modo, em face da ineficiência crônica e evidente do estado, o alerta é o de que se torna necessário pensar numa reprivatização ou numa desconstitucionalização do direito privado. A função social da propriedade, pelo menos em matéria de imóveis, acabou por, juridicamente, extinguir o direito de propriedade no Brasil. É preciso dar um passo além, em direção à função econômica da propriedade. A base de tal função econômica é encontrada no utilitarismo, na medida em que deve ser considerado econômico tudo aquilo que sirva para atender a uma necessidade. É, pois, com o binômio utilidade-necessidade na utilização da propriedade que a mesma atenderá, em toda a sua plenitude, a aqui defendida função econômica.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: reais. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Luiz Carlos P. **Microeconomia introdutória**: para cursos de administração e contabilidade. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, William Rosa. O Estado brasileiro e a função social da propriedade. **Revistajurídica: Consulex**, Brasília, v. 14, n. 332, p. 62-63, Nov, 2010.

GICO Jr., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 47, p. 25-65, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPEZ, Juan Torres. **Análisis económico del derecho: panorama doctrinal**. Madrid: Tecnos, 1987.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010

MELLO, Érico Marques de. Função social da propriedade como expectativa social. **Revista forense**, v. 105, n. 404, JUL/AGO , p. 144-167, 2009.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional. **Revista dos tribunais**, v. 96, n. 860, JUN, p. 91-136, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos reais**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; MUELLER, Bernardo. Economia dos Direitos de Propriedade. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.