

O DIREITO DE PROPRIEDADE E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA

THE RIGHT OF PROPERTY AND ECONOMIC EFFICIENCY

Henrique Avelino Rodrigues de Paula Lana¹

Eduardo Goulart Pimenta²

Resumo: Neste trabalho serão feitas considerações acerca da imperiosa relação entre os Direitos de Propriedade e a Análise Econômica do Direito (AED). Para que a tal objetivo se alcance, serão empregadas ferramentas metodológicas indispensáveis, tais como as externalidades, eficiência, escolha racional, bem estar, incentivos, custos de transação, maximização das riquezas e dos interesses. Assim, pretende-se refletir acerca da necessidade dos agentes econômicos sentirem-se sempre estimulados a alcançarem a maior eficiência econômica quando da alocação dos bens escassos que lhes são disponíveis. No início do trabalho será realizada uma breve abordagem evolutivo histórica do movimento da Análise Econômica do Direito, incluindo-se a contribuição dada por Harold Demsetz e Armen Alchian em prol da inteiração entre Direitos de Propriedade e Análise Econômica do Direito. Em sequência, tratar-se-á, também, da própria essência dos Direitos de Propriedade e sua importância na estrutura da organização social e humana. Ao final do trabalho, será feita uma reflexão acerca da importância de se definir previamente quem são os proprietários dos bens escassos, delimitando-se a propriedade privada. Nesse sentido, será emanado entendimento em favor da inafastável inter-relação entre os Direitos de Propriedade e a Análise Econômica do Direito, tendo em vista ser notavelmente mais economicamente eficiente se delimitar, previamente, quem é (são), exatamente, o(s) proprietário(s) de determinado bem escasso.

Palavras chaves: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED). DIREITOS DE PROPRIEDADE. PROPRIEDADE PRIVADA. PROPRIEDADE COMUM. EFICIÊNCIA.

Abstract: In this work we will make considerations about the imperious relationship between Property Rights and Economic Analysis of Law (AED). In order to achieve this objective, indispensable methodological tools such as externalities, efficiency, rational choice, well-being, incentives, transaction costs, maximization of wealth and interests will be employed. Thus, it is intended to reflect on the need for economic agents to always feel stimulated to achieve greater economic efficiency when allocating the scarce goods that are available to them. At the outset of the paper, a brief historical evolutionary approach to the Law Economic Analysis movement will be carried out, including the contribution made by Harold Demsetz and Armen Alchian in favor of the understanding between Property Rights and Economic Analysis of Law. In sequence, it will also be the very essence of the Rights of Property and its importance in the structure of social and human organization. At the end of the work, a reflection will be made on the importance of defining previously who are the owners of the scarce goods, delimiting the private property. In this sense, an understanding will be emanated in favor of the unbreakable interrelationship between Property Rights and Economic Analysis of Law, in view of being remarkably more economically efficient if it delimits, in advance, who is, exactly, Owner (s) of certain scarce property.

Key Words: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (AED). PROPERTY RIGHTS. PRIVATE PROPERTY. COMMON PROPERTY. EFFICIENCY.

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.

² Doutor em Direito. Professor de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.

1 – INTRODUÇÃO

É útil que façamos uma reflexão sobre as relações patrimoniais privadas existentes em nosso Estado Democrático de Direito, no intuito de que os agentes econômicos sintam-se estimulados a alcançar maior eficiência quando da alocação dos bens escassos disponíveis.

Nesse contexto, encontram-se as reflexões acerca da necessidade, ou não, de se zelar pelos Direitos à Propriedade privada em relação aos bens escassos.

Afinal, seria melhor e mais eficiente, para todos nós, nos valermos das propriedades privadas e seus proprietários pré-estabelecidos, ou, por outro lado, optarmos em favor do estabelecimento da propriedade comum, na qual existam vários donos distintos, em relação ao mesmo bem?

A todo momento nos deparamos com noticiários da imprensa televisiva ou escrita dando conta de grupos de pessoas que se organizam em prol de uma utilização mais eficiente de determinado bem, como por exemplo, a terra e a moradia.

Por várias vezes verificamos, por exemplo, pleitos que tocam sobre reforma agrária, desapropriação de imóveis e usucapião de terras, essencialmente escassos que, supostamente, não estariam sendo usufruídos de forma eficiente. Daí porque, já por esses motivos, se justifica a importância do presente trabalho.

Nessa seara, oportunamente, pode-se invocar o movimento da Análise Econômica do Direito (AED) haja vista que essa, a nosso sentir, é importante fundamento técnico para tratarmos acerca na necessidade de se zelar pela existência e manutenção dos Direitos de Propriedade.

Portanto, avança-se em nosso trabalho, no qual procura-se, forma construtiva, realizar uma abordagem entre Análise Econômica do Direito e os Direitos de Propriedade.

2 – A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Entende-se a Análise Econômica do Direito (AED) como método de se estudar a teoria econômica relativamente à estruturação, formação, impacto e consequências de eventual aplicação de instituições jurídicas e/ou textos normativos.

É certo que nas últimas décadas do século XX, o movimento conhecido como “Análise Econômica do Direito”, ou, simplesmente, como “*Law and Economics*”, deixou de ser um modesto ou alternativo programa de desenvolvimento de pesquisa nas áreas do Direito e da Economia.

Assim, passou a ser relevante escola jurídica dos tempos atuais. Certo é também que seu desenvolvimento, solidificação e aplicabilidade acarretaram profundas mudanças tanto no contexto disciplinar das Faculdades de Direito, bem como nas práticas e atos jurídicos norte-americanos.

Prova disso é que a partir de 1980, em regra, ao menos um economista integrava os corpos docentes das mais conceituadas e importantes escolas do curso de Direito nos Estados Unidos. Passaram a ser publicadas várias revistas especializadas em assuntos atrelados à Análise Econômica do Direito.

Em relação à prática jurídica, a Análise Econômica do Direito contribuiu para que, de modo cada vez mais frequente, fossem aplicadas as teorias econômicas em decisões judiciais por parte de juízes norte-americanos, tais como Guido Calabresi, Ginsburg Breyer, Richard Posner e Easterbrook.

O surgimento da Análise Econômica do Direito (AED) se deu em decorrência do desenvolvimento e proliferação das doutrinas econômicas, bem como da dedicação dos economistas no tocante a assuntos jurídicos, de modo que, posteriormente, também ensejou a atenção dos juristas em prol deste novo enfoque.

Porém, o fato de se adotar apenas um título para este movimento doutrinário, não expressa em perfeita exatidão e fidelidade as diferentes linhas de argumentação pertinentes ao tema.

Nota-se que os estudiosos da Análise Econômica do Direito (AED) reúnem-se em uma mesma classificação, pertencente a uma mesma denominação, pois detêm considerável consenso no tocante aos conceitos e institutos essenciais, apesar de que sejam travados construtivos e pertinentes embates doutrinários sobre o tema e sua aplicabilidade.

Apesar de alguns críticos dizerem que já ao final dos anos 80 a escola da Análise Econômica do Direito apresentava sinais de declínio, com o devido e merecido respeito, uma breve ponderação acerca da situação atual parece-nos demonstrar exatamente o contrário.

Vê-se, na verdade, que as renomadas Faculdades de Direito norte-americanas continuam mantendo seus programas que são inteiramente voltados ao estudo interdisciplinar entre Economia e Direito, mediante oferecimento, inclusive, de várias bolsas de estudos destinadas aos interessados no assunto.

Sabe-se também que novas revistas, tal qual a *Review of Law and Economics* e o *Journal of Empirical Legal Studies* foram publicadas nos Estados Unidos. Em nosso país, no Brasil, verifica-se que as Universidades de São Paulo e Brasília passaram a oferecer, junto com seus programas de pós-graduação em Economia e pós-graduação no curso de Direito, disciplinas específicas à Análise Econômica do Direito.

A história e desenvolvimento da Análise Econômica do Direito é, via de regra, contada sob o enfoque dado a uma sensível separação entre o primeiro período de estudos e pesquisas havido entre

1940 e 1950, e, por outro lado, a fase instaurada após a década de 60, a qual expressa atualmente o núcleo central do movimento *Law and Economics*.

Alguns denominam tal fase anterior de “Velha Escola”. Essa centrava suas atenções em searas do Direito essencialmente atreladas à economia, a exemplo do Direito Comercial, o Direito da Regulação, o Direito Antitruste e o Direito Tributário.

Já a “Nova Escola”, tida a partir de 1960, acaba por cingir tal tradição, valendo-se da análise econômica a fim de criticar e explicar as regras legais que, ao contrário do que muito se pensava, também detinham seu caráter econômico, por exemplo, as regras que vigoravam nas relações contratuais, as normas que definiam a responsabilidade civil, regras de Direito Penal e Direito Processual.

De salutar importância mencionar que eventual separação entre “velha” e a “nova” escola, não significa, de maneira alguma, uma ruptura do instituto. Muito pelo contrário. O que se viu foi, na verdade, um desencadeamento e desenvolvimento lógico da “velha” para a “nova”.

Aaron Director conduzia o Departamento de Economia da Universidade de Chicago, também apoiado por Frank Knight, George Stigler e Milton Friedman. Aaron Director buscou focar as atenções dos juristas em relação aos benefícios de uma interpretação do direito, a partir de interpretações econômicas.

De início, Aaron apoiou-se em estudos referentes à possível existência de benefícios nas hipóteses de ocorrência de intervencionismos por parte do Estado junto aos mercados.

Ademais, Aaron Director focou também seus estudos em assuntos como regulação de bens imobiliários, receitas fiscais, leis trabalhistas, leis das corporações, dentre outros vários temas de cunho essencialmente jurídicos, porém com inevitáveis efeitos econômicos.

No intuito de divulgar a existência do movimento, mediante iniciativa de Aaron Director, a Universidade de Chicago criou o “*Journal of Law and Economics*”. Posteriormente, a controladoria da edição foi assumida por Ronald Coase.

Mencione-se que esse jornal é, até os dias atuais, publicado e conta também com versão eletrônica.¹ Aaron Director é considerado como sendo o primeiro a fazer a ligação interdisciplinar entre Direito e Economia na Universidade de Chicago. Em verdade, seu prestígio por ocupar a cadeira de professor do Departamento de Economia contribuiu, em muito, de modo que suas ideias e pensamentos também fossem observados e respeitados na Faculdade de Direito, local em que ministrava a disciplina *Economic Analysis and Public Policy*.

¹ Disponível em ; <<http://journals.uchicago.edu/JLE/home.html>>

Durante a década de 50, Aaron Director fez a implantação do primeiro programa essencialmente voltado ao estudo da Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos.

Em, em 1958, Director, como anteriormente dissemos, fundou o *Journal of Law and Economics*, tendo como objetivo central divulgar sua concepção de que a regulação econômica seria uma função própria do mercado, não do Estado.

De salutar importância para o presente artigo ora elaborado, (relação com os Direitos de Propriedade) mencionarmos que ao final da década de 50, emana-se nova linha de pesquisa no Departamento de Economia da Universidade de Chicago.

Harold Demsetz e Armen Alchian, notavelmente influenciados pela vertente em favor da intervenção estatal trabalhada por Aaron Director, focaram suas atenções em prol de como, mediante uma configuração de mercado, se poderia alocar os Direitos de Propriedade de modo que, efetivamente, fosse recompensado o trabalho dos membros ou componentes de um determinado grupo ou sociedade, tendo em vista a dificuldade de se obter informações adequadas sobre o nível de produtividade acerca de cada um destes.

Pode-se dizer que Harold Demsetz e Armen Alchian constatam que uma primeira tendência natural seria buscar recompensar cada membro, em relação à produtividade média do grupo. Todavia, ressaltam o problema desse cálculo, eis que estimularia uma redução da produtividade do grupo como um todo. Isso, pois, os membros do grupo mais produtivos reduziriam sua atividade de forma a equilibrar seus esforços com o que lhe é pago. Haveria um incentivo negativo ao aumento da produção do grupo.

O problema, por exemplo, de alocação desses Direitos de Propriedade sobre o salário só poderia ser resolvido pelo mercado com a estruturação de uma empresa.

Os estudos, essencialmente, em relação aos Direitos de Propriedade e das organizações industriais dão ensejo às conclusões de Ronald Coase no tocante aos “custos de transação”, divulgados pela primeira vez em 1937 no conhecido *The Nature of the Firm*.

Nesse trabalho, R. Coase argumenta que a principal razão para o estabelecimento / constituição de uma sociedade empresária é o fato de que ela proporciona meios mais eficientes para se organizar a produção, possibilitando-se a celebração de contratos de maior duração, minorando-se, deste modo, os custos provenientes de uma frequente negociação. Assim ressalta Coase:

“The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of ‘organizing’ production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account.

Again, in certain markets, e.g., produce exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one".²

Após estas considerações de cunho eminentemente histórico-evolutivas que, a nosso sentir, são essenciais à compreensão do presente trabalho, avancemos, doravante, portanto, ao cerne de nosso trabalho, qual seja, evidenciar a relevância de se estudar os Direitos de Propriedade, concomitantemente, à Análise Econômica do Direito. Veja-se

3 – A ESSÊNCIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A NECESSIDADE HUMANA

Pretende-se, nesse artigo, aproximar os problemas decorrentes do exercício do Direito de Propriedade e, além disso, refletir acerca de alguns problemas considerados tradicionais, de modo a contribuir para que grande número de indagações socioeconômicos existentes sejam sanadas.

Busca-se fazer considerações acerca da teoria econômica dos Direitos de Propriedade. Daremos enfoque a reflexões sobre os elementos necessários para que tratemos de uma teoria econômica dos Direitos de Propriedade.

O Direito de Propriedade decorre da própria natureza humana. É uma exigência da natureza intelectual do homem. César Fiuza ensina que:

“A propriedade tem como fundamento a própria natureza humana. É natural do ser humano exercer poder, domínio sobre as coisas. Aliás, é natural de muitos animais. E se tem origem na natureza do homem, é perfeitamente legítima a propriedade. (...) Mesmo tratando-se de sociedades em que a propriedade é coletiva, há um sentimento forte de exclusividade quanto a terceiros estranhos. Isso ocorre tanto em comunidades humanas quanto em agrupamentos animais. Assim, os homens defendem seu território, bem como fazem os leões.”³

Os irracionais se contentam com a satisfação de suas necessidades tidas como imediatas, ao passo que o homem pode prever o seu futuro. Logo, para subsistir economicamente hoje e no tempo futuro, o homem precisa tornar-se proprietário de bens naturais, de consumo, fungíveis e de produção. Orlando Gomes⁴, nos salienta que:

² COASE, R. H. **The Nature of the Firm**. In: *Economica*, Vol. 4, novembro, 1937, no. 16, p. 390 e 391.

³ FIÚZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 10ª edição. Belo Horizonte. Del Rey, 2007. p. 762.

⁴ 6

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 11ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 1995. p. 85-86.

“O direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais, - *“plena in re postesta”*. Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem que o injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei. (...) Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível.”

Entende-se ser a propriedade expressão da pessoa humana, eis que é fruto do seu trabalho próprio ou até mesmo de seus antepassados. O indivíduo humano precisa de um local preservado pela privacidade no qual possa ser ele mesmo e ver-se cercado dos símbolos que identificam o seu eu interior.

A propriedade estimula o trabalho e faz com que seja o homem induzido, instigado e atraído a produzir, de forma espontânea e natural, em razão da perspectiva de ter recompensas diretas e pessoais, decorrentes de seus esforços.

Pode-se dizer que a propriedade é inerente à sociedade articulada ou organizada, em contraponto da sociedade meramente coletiva. Nessa última, há uma sociedade massificada, sem diversificação nem liberdade.

Os Direitos de Propriedade protegem os cidadãos em face da concentração de todos os poderes nas mãos do Estado, de modo a garantir as liberdades dos indivíduos em suas relações de caráter civil.

A propriedade privada faz parte das tendências naturais do homem. É manifestação de uma necessidade fundamental do indivíduo. Vê-se pela vivência que uma criança quando quer, toma e guarda o que lhe interessa, ao mesmo tempo em que os homens buscam cada vez mais adquirir e conservar suas fortunas.

O Direito às Propriedades faz parte, inclusive, da própria dignidade da pessoa humana, tendo em vista que para agir com desejável independência, o indivíduo humano tem necessidade de apropriar-se exclusivamente de certos bens para orientar sua atividade segundo suas aspirações e gostos, podendo trabalhar, sem coação, no desenvolvimento de sua personalidade.

No Brasil, os direitos afetos à propriedade possuem seu regramento fundamentado na Constituição, ao se garanti-lo, desde que se atenda a sua função social. Essa a previsão do artigo 5º, incisos XXII e XXIII de nossa Carta da República.

As normas constitucionais evidenciam que a propriedade deve ser apreciada como sendo instituição de ordem e relações econômicas, conforme previsão do artigo 170, incisos II e III da

Constituição, afinal, os princípios gerais que regem a atividade econômica existem para "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (CF, art. 170, *caput*).

Verifica-se também que “A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789) proporcionava o caráter absoluto do Direito de Propriedade, na medida em que estava “sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado” (*Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen, 26 août 1789. Article 17 – La propriété étant un droit inviolable et sacré*).

No mesmo sentido, vale dizermos que a normal evolução doutrinária sobre o tema acarretou a concepção da propriedade sobre um bem, no qual se possua a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa e o direito de reivindicá-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha. É isso o que nos prevê o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.228.

César Fiuza nos expõe que:

“No grande universo do Direito das Coisas, propriedade ou domínio pode ser definida como a situação jurídica consistente em uma relação dinâmica entre uma pessoa, o dono, e a coletividade, em virtude da qual são assegurados àquele os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados os direitos da coletividade. Essa definição se amolda melhor aos ditames da modernidade e do paradigma do Estado Democrático de Direito”⁵

Leia-se “usar” como servir-se dela da maneira como entender mais conveniente. “Gozar” (fruir), como aproveitar economicamente dos seus produtos. “Dispor”, como transferir ou aliená-la a outrem a qualquer título. E “reivindicar”, como sendo a possibilidade de reavê-la das mãos de quem injustamente a esteja possuindo.

Assim, vemos que a propriedade não constitui, *per si*, uma instituição única. A Constituição Federal do Brasil garante o Direito de Propriedade em geral (artigo 5º, inciso XXII), mas garante a propriedade urbana (artigo 182, § 2º) e, também, a propriedade rural (artigos 5º, inciso XXVI e 184 a 186), cada qual mediante seus regimes peculiares.

O artigo 5º, inciso XXVII da Constituição Federal, assegura-nos o Direito Autoral. Confere-se aos autores o direito exclusivo de publicar, utilizar e reproduzir suas obras. Já o artigo 5º, inciso XXIX de nossa Carta Magna, protege os autores quanto a propriedade de seus inventos, marcas e indústrias.

De salutar importância mencionarmos que no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Brasileira, há a previsão de que "A propriedade atenderá a sua função social".

Portanto, a utilização, gozo e desfrute de um bem deve se dar em consonância com a conveniência social da utilização da coisa. Deve ajustar-se aos interesses da sociedade, sendo que,

⁵ FIÚZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 10ª edição. Belo Horizonte. Del Rey, 2007. p. 757

em caso de conflito, o interesse social pode prevalecer sobre o interesse individualizado, tal como nas hipóteses em que há a desapropriação para fins de reforma agrária e usucapião.

No mesmo contexto que ora explanamos, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.228, parágrafos 1º e 2º, nos prevê que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" ao passo que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem"

Feita essa breve abordagem acerca do que entendemos ser um Direito de Propriedade, passemos a uma análise do mesmo em concomitância à Análise Econômica do Direito (AED) ou "*Law and Economics*".

4 - ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) E AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE

É objeto principal deste trabalho, ressaltar importante tema abordado pela Análise Econômica do Direito qual seja, os Direitos de Propriedade.

Pretende-se refletir como e por que se concederam os Direitos de Propriedade; o quê seria objeto de propriedade privada; quais providências a serem tomadas em defesa dos Direitos de Propriedade; quais ações podem ser tomadas pelos proprietários, dentre outros.

Por ora, podemos adiantar que a Análise Econômica do Direito (AED) justifica tais questionamentos sob a égide da eficiência maximizada. Há necessidade de se criar exclusividade sobre determinados bens que são realmente escassos, determinando-se e definindo-se os respectivos proprietários, para que estes possam invocar seus direitos sobre o bem, para que não resulte na inutilização do bem como um todo, gerando prejuízos para a coletividade.

Almeja-se, sempre, a maior eficiência na alocação do bem objeto do Direito de Propriedade. Márcia Carla Pereira e Irineu Galeski muito bem explicam o sentido de eficiência em que nos calcamos:

“Acerca do conceito de eficiência, a teoria econômica apresenta dois modelos mais conhecidos: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Sobre estes dois construtos, Sztajn leciona que o primeiro é mais usual, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que lhes atribuem maior valor. Portanto, seria a troca em que numa determinada sociedade alguém tivesse sua condição melhorada sem que houvesse a piora na condição de outrem. Outrossim, o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior

número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns.”⁶

Quer-se dizer que nas hipóteses em que um bem é comum e pode ser livremente usufruído por vários indivíduos, geralmente, não ocorre a utilização mais eficiente do mesmo.

Sendo o bem escasso de uso comum para todos, sem que haja proprietário específico e pré-determinado, ocasiona-se um efeito negativo recíproco, pois as atuações de cada agente geram maiores custos e exaurimento do bem escasso, em prejuízo maior para todos.

Os Direitos de Propriedade contribuem para que se elucide de que modo as pessoas podem se beneficiar ou se prejudicar, bem como quem deve pagar a quem em decorrência de atos praticados por outras pessoas. Há estreita relação entre Direitos de Propriedade e fatores externos (externalidades). MANKIW, acerca do conceito de externalidade nos expõe que:

“Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo.”⁷

Ao se falar de externalidades, somos levados a também refletir acerca da possibilidade de se internalizar as externalidades.

Assim, entendemos que a “internalização” dos efeitos relaciona-se ao processo de trocas dos Direitos de Propriedade, de modo a permitir que os efeitos de uma externalidade gravitem sobre todas as pessoas que se interagem.

Uma função primária dos direitos de propriedade é promover incentivos para se alcançar maior internalização das externalidades.

Entende-se que os Direitos de Propriedade se desenvolvem quando se mostra economicamente interessante em prol daqueles que são influenciados por externalidades, sendo-lhes possível e/ou viável internalizar os benefícios e os custos.

⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 86.

⁷ MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia** (tradução Allan Vidigal Hastings). São Paulo: Cengage Learning, 2009. P. 204.

Nossa opinião é corroborada por Harold Demsetz, em seu artigo “*Hacia una teoria de los Derechos de Propiedad*”¹¹. Naquele trabalho, Demsetz bem nos lembra que “*He argumentado que los derechos de propiedad se desarrollan cuando se hace económico, para quienes se ven afectados por externalidades, internalizar los costos y los beneficios.*”⁸

Um bom exemplo seria o da exploração de um terreno pastoril por inúmeros criadores de animais. Caso não haja limites a serem impostos por um criador aos demais criadores dos animais, naturalmente, todos envidariam seus esforços para aumentar seus ganhos, criando cada vez mais um maior número de animais. Obviamente, tal panorama levaria ao fim e exaurimento do bem escasso (pasto) e consequente prejuízo de todos.

Ou seja, nesse exemplo objetivo e simplório, caso não existisse o Direito de Propriedade, todos os interessados em auferir lucro explorariam o pasto de forma desenfreada, sem limites, sem racionalidade, sem especificação dos animais próprios, sem respeitar os intervalos de tempo, meses, ou anos, necessários à recuperação do pasto, etc.

Isso, certamente, ocasionaria um prejuízo maior a todos, pois, rapidamente o bem escasso (pasto) seria exaurido, impedindo a maximização de riquezas e interesses, do bem estar. O recurso (pasto) teria sido alocado de forma ineficiente. Neste ponto, acerca da “eficiência” e Análise Econômica do Direito, afiguram-se adequadas as palavras de Bruno Salama:

“A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de *New Haven* buscou é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem comum.”⁹

Assim, em um território de propriedade comum, no qual cada pessoa possua o direito livre de caçar e explorar o solo, economicamente, não se mostraria interessante tal hipótese.

Afinal, o indivíduo que pretendesse maximizar seus direitos comuns (e lucrar) caçará à mais, ou explorará ainda mais a terra, o que diminuiria muito o estoque de animais e a própria capacidade de se explorar a terra ao longo do tempo.

⁸ DEMSETZ, Harold. **Hacia Una Teoría de Los Derechos de Propiedad**. Disponível em: http://www.eumed.net/cursecon/textos/Demsetz_teoría-derechos-propiedad.pdf

⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, p. 24, 2008.

Nesse caso, o “custo” de tal comportamento seria arcado por outros indivíduos, que talvez, nem pertençam àquela geração.

Ainda nessa hipótese, por outro lado, poderiam os indivíduos acordar em quanto e como explorar os recursos, mas os “custos” para realizar este acordo de limitação de direitos poderiam ser inviáveis. Os “custos de negociação” poderiam ser muito altos para se chegar em um consenso. Bem nos frisa Demsetz:

“Pero tenemos que lidiar aún con las externalidades. Bajo el sistema de propiedad comunal, la maximización del valor de los derechos de propiedad comunal se llevará a cabo sin dar importancia a muchos costos porque el propietario de un derecho comunal o puede excluir a otros de disfrutar los beneficios de su propio esfuerzo y porque los costos de negociación son demasiado altos para que todos se pongan de acuerdo conjuntamente acerca de cuál es la mejor conducta. El desarrollo de derechos privados permite al propietario economizar el uso de aquellos recursos de los cuales él tiene el derecho de excluir a otros.”

Na propriedade comum, não se pode medir com exatidão os efeitos sobre os vizinhos ou gerações futuras. Há ocorrência de relevantes “externalidades” e nesse sentido bem assevera Harold Demsetz:

“Lo mejor para empezar es considerar un ejemplo particularmente útil que dirige nuestra atención hacia los problemas de la propiedad de la tierra. Supongamos que la tierra es de propiedad comunal. Cada persona tiene el derecho de cazar, trabajar o explorar el suelo en busca de minerales. Esta forma de propiedad falla en la posibilidad de concentrar en una persona el costo asociado con el ejercicio del derecho comunal por parte de esa persona en particular. Si alguien procura maximizar el valor de sus derechos comunales, tenderá a cazar en exceso o trabajar de más la tierra porque algunos de sus costos serán compartidos por otros. El stock de animales de caza, así como la riqueza del suelo, disminuirán con demasiada rapidez. Es concebible que los poseedores de tales derechos, o sea cada miembro de la comunidad, puedan acordar un límite hasta el cuál trabajar La tierra si los costos de negociación y de instrumentación de las políticas necesarias son iguales a cero. Cada uno puede estar conforme con limitar sus derechos, pero es obvio que los costos para alcanzar tal acuerdo no serán iguales a cero. Lo que no es obvio es cuán elevados serán dichos costos. Los costos de negociación serán altos porque resulta difícil para muchas personas alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio, en especial cuando cada uno de los involucrados tiene el derecho de trabajar la tierra tan rápido como lo desee.”

E, especificamente, advertindo-nos acerca da desvantagem econômica quanto as gerações futuras, referente à “propriedade comum” que, como dissemos, é aquela em que o mesmo bem não possui um dono pré-determinado, naquele mesmo texto, salienta Harold Demsetz:

“El ejemplo de la propiedad de la tierra nos pone de inmediato ante una gran desventaja de la propiedad comunal. El efecto de las actividades de una persona sobre sus vecinos y sobre las generaciones futuras no se puede tomar en cuenta totalmente. La propiedad comunal resulta así en grandes externalidades.”

Na hipótese de que sejam distribuídas, previamente, as propriedades privadas entre diferentes indivíduos, em diferentes porções, para cada um, estará se proporcionando mais “incentivos” para se utilizar de forma mais “eficiente” os recursos (como por exemplo, o pasto), pois serão “internalizados” os custos externos de ter que se excluir, por exemplo, outros proprietários e controlar a caça ou a fertilidade da terra. Também nesse ponto, nos orienta Harold Demsetz:

“La “internalización” de tales efectos está ligada a un proceso – usualmente un cambio em los derechos de propiedad - que permite a dichos efectos gravitar sobre todas las personas interactuantes. Una función primaria de los derechos de propiedad es la de promover incentivos para alcanzar una mayor internalización de las externalidades. Cada costo y beneficio asociado con interdependencias sociales es una externalidad potencial.”

Nessa hipótese, o bem escasso estará na mão de quem mais o valoriza e terá mais cuidado ao usufruir do mesmo. Neste ponto, mostram-se adequadas as ponderações do professor da Universidade de Chicago, Richard Posner:

“El segundo corolario del enfoque económico del Derecho que estoy exponiendo es que cuando, a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren.”¹⁰

Quando se define previamente quem é, exatamente, o proprietário do quê, acaba-se por diminuir os “custos de transação” nas negociações chegando-se a uma utilização mais eficiente do bem escasso.

Afinal, é muito menos trabalhoso e menos custoso que um proprietário decida algo, do que várias pessoas que se entendem “donas” chegarem a um consenso sobre a melhor forma de se utilizar um determinado bem (colheita de várias opiniões, análise de todas as opiniões, fundamentação para acatamento ou não, etc.), por se mostrar mais difícil atender aos interesses de todos.

Sobre esse aspecto, Harold Demsetz, salienta que:

“Si una sola persona posee una determinada cantidad de tierra, intentará aumentar su valor actual tomando en cuenta posibles evoluciones futuras de costos y beneficios y seleccionar aquellos que, en su opinión, podrán maximizar el actual valor de sus derechos de propiedad privada de dichas tierras. Como sabemos, esto significa que intentará tomar en cuenta las condiciones de oferta y demanda que, según cree, existirán después de su muerte. Es muy difícil imaginar en qué forma los propietarios comunales podrían alcanzar un acuerdo que tomara en cuenta tales costos.”

¹⁰ POSNER. Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el *Common Law*, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 9

Percebe-se que ao se dar oportunidade para que os proprietários invoquem seus direitos, economicamente, haverá melhor relação custo / benefício em favor da propriedade privada quando a compararmos com a propriedade comum. Há maior eficiência na utilização do bem escasso. Nesse aspecto, oportunas e pertinentes, novamente, são as afirmações de Harold Demsetz:

“La propiedad privada resultante internalizará muchos de los costos externos asociados con la propiedad comunal, puesto que ahora el propietario, en virtud de su poder para excluir a otros, puede contar generalmente con la retribución emergente del control de la caza o del aumento en la fertilidad de la tierra. Esta concentración de costos y beneficios en los propietarios crea incentivos para utilizar más eficientemente los recursos.”

Deste modo, ao se pré-instituírem os proprietários dos bens, há utilização mais eficiente, mais racional e mais duradoura do recurso. Eis a essência, para a AED, dos Direitos de Propriedade.

Sabe-se que a alocação mais eficiente de recursos, em consonância com o ótimo de Pareto, significa aquela em que não existiriam qualquer conflito envolvendo os Direitos de Propriedade nos quais alguém pudesse ser prejudicado. Caso existam, faz-se necessário apreciar os custos necessários às transações.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi explicam que uma alocação de recursos será, de acordo com Pareto, eficiente quando “não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente”¹¹.

Portanto, conforme ponderam os mencionados autores, não será eficiente uma dada situação, de acordo com o critério de Pareto, caso seja possível beneficiar alguém, sem implicar em prejuízos para outras pessoas.

Assim, é necessário que se analisem o montante de recursos gastos para que os indivíduos cheguem a um resultado eficiente, também de acordo com o critério de Kaldor-Hicks. Consequentemente, quanto mais nítidos e hialinos os Direitos de Propriedade, há menos custos nas transações.

Entendemos que, caso sejam pré-definidos os proprietários e seus direitos, haverá maior bem estar em relação ao maior número de indivíduos, pois em geral o ganho e benefício alcançado será maior do que os prejuízos. Haverá menos conflitos. Sobre isso, asseveram Marcia Carla e Irineu Galeski:

“(…) o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo bem-estar para o maior número de pessoas, de

¹¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª reimpressão. p. 120.

modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica as eventuais perdas sofridas por alguns.”¹²

Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn destacam que o modelo de eficiência proposto por Kaldor-Hicks corresponde ao melhor critério para a identificação das opções de ações que geram condutas eficientes quando da alocação de recursos:

“Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este, parece, ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal.”¹³

Pois bem. Dando-se sequência ao nosso raciocínio, a nosso ver, após se definir quem é exatamente o proprietário do quê, há maior maximização das riquezas e bem estar, uma vez que o bem escasso estará sendo utilizado de forma mais rentável, racional¹⁴ e, portanto, eficiente. Sobre esse ponto, oportunas são as palavras de Richard Posner:

“Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no-económicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un nodueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo – cualquiera de los sea mayor. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” e “no-económicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida em que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables.”¹⁵

Relevante ponderação e reflexão também podemos fazer no tocante aos Direitos de Propriedade Autoral e das Patentes. Afinal, caso o ordenamento jurídico não preveja proteção ou

¹² RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009. p. 86.

¹³ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.), **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, 2ª reimpressão. p.76.

¹⁴ “La racionalidad implica toma de decisiones y, generalmente, la gente tiene que tomar decisiones bajo condiciones de profunda incertidumbre.” (POSNER. Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía. 2005. p. 11)

¹⁵ POSNER. Richard A. **Maximización de la Riqueza y Tor Law**. Una Investigación Filosófica.

benefícios ao proprietário e responsável por determinada autoria científica de um objeto ou ideia específica, não haverá incentivos para que novas criações sejam feitas.

Não haverá incentivo ao progresso intelectual. Todos os não-criadores se sentirão proprietários de determinada ideia ou objeto e usufruirão livremente e comumente da mesma. Também sobre isso, aduz Demsetz:

“Consideremos los problemas de derechos de reproducción (copyright) y las patentes. Si todos pueden apropiarse libremente una nueva idea, o si existen derechos comunales para nuevas ideas, no habrá incentivos para desarrollar nuevas ideas. Los beneficios que derivan de ellas no se concentrarán en quienes les dieron origen. Si hacemos extensivo a ellos cierto grado de derechos de propiedad privada estas ideas se desarrollarán con más rapidez. Pero la existencia de derechos privados no significa que se tomen en cuenta directamente sus efectos sobre la propiedad de otros. Una nueva idea transforma a una vieja en obsoleta y a otra vieja en una más valiosa. Estos efectos no serán directamente tomados en cuenta pero pueden llamar la atención de quien ha dado origen a la idea a través de negociaciones en el mercado. Todos los problemas de las externalidades son estrechamente análogos a los que se desarrollan con el ejemplo de la propiedad de la tierra. Las variables pertinentes son idénticas.”

Razões pelas quais, eis os principais motivos pelos quais se justifica a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito (AED) ou “*Law and Economics*” também em relação aos Direitos de Propriedade, tendo em vista que, tal como procuramos evidenciar, de forma construtiva, mostra-se ideal a conduta de se definir previamente quem é o titular de um determinado bem escasso, pois assim a utilização deste se dará de forma mais eficiente.

Permite-se dizer que é mais eficiente a existência de uma propriedade privada com proprietário(s) pré definido(s), do que a existência de uma propriedade comum, sem que sejam prédelimitados os donos.

5 – CONCLUSÃO

Após se abordar o caráter evolutivo-histórico da Análise Econômica do Direito (AED) ou “*Law and Economics*”, os Direitos de Propriedade e sua essência, conclui-se pela sua inter-relação, bem como ser mais economicamente eficiente se delimitar quem é (são) exatamente o(s) proprietário(s) de determinado bem escasso.

Isso, pois, ao serem invocados os Direitos de Propriedade, resulta-se na melhor e mais eficiente utilização do bem escasso.

Portanto, nas hipóteses em que não existem os Direitos de Propriedade, o bem é comum e pode ser livremente usufruído por vários indivíduos e, geralmente, não ocorre a sua utilização mais eficiente, gerando prejuízo para a coletividade e também gerações futuras.

Logo, sendo o bem escasso de uso comum para todos, sem que haja proprietário específico e pré-determinado, ocasiona-se um efeito negativo recíproco, pois as atuações de cada agente geram maiores custos e exaurimento do bem escasso, em prejuízo maior para todos.

REFERÊNCIAS

COASE, R. H. **The Nature of the Firm**. in: *Economica*, vol. 4, novembro, 1937.

DEMSETZ, Harold. **Hacia Una Teoria de Los Derechos de Propriedad**. Disponível em: http://www.eumed.net/cursecon/textos/Demsetz_teor%C3%ADa-derechos-propiedad.pdf

DEMSETZ, Harold. **Control empresarial, riqueza e desarrollo economic**. Disponível em: <http://66.102.1.104/scholar?q=cache:s3ahCKgQdikJ:scholar.google.com/+DEMSETZ,+Harold++desarrollo+&hl=pt-BR>.

FILÓ, José Luiz. **O Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Fleming, 2002.

FIÚZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 10ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 11ª edição. Rio de Janeiro. Forense: 1995.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia** (tradução Allan Vidigal Hastings). São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steve G. **Economics and the law – from Posner to post-modernism**. Princeton/New Jersey: Princeton University Press, 1999.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia**. Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG), v. 11, p. 97-120, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. , 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho en el *Common Law*, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo**. Revista de Economía, 2005.

POSNER, Richard A. **Maximización de la Riqueza y Tor Law**. Una Investigación Filosófica. Disponível em: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf> REINALDO FILHO, Demócrito. **A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões**. Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas póspositivistas. Jus Navigandi. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13707>.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** v. 5. Cadernos Direito GV: 2008.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo, Atlas, 2004. _____. Externalidades e custos de transação a redistribuição de direitos no novo código civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.6, n.22, p.250-276, abr./jun.2005.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.), **Direito e Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, 2ª reimpressão.