

A PROPRIEDADE NO *LAW AND ECONOMICS*: JUSTIFICAÇÃO E CRÍTICA PARA A DOGMÁTICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

JEL classification: K11 e K25

Edgar Gastón Jacobs Flores Filho

Doutor em Direito Privado

Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

E-mail: edgarjacobs@gmail.com

RESUMO

Nos Estados Unidos a doutrina do *Law and Economics* foi responsável por grande parte da produção jurídica da última metade do Século XX. Ponto importante das idéias que unem direito e economia é a discussão sobre a propriedade. No presente artigo temas como a justificação da propriedade e a Tragédia do Anticommons são base para uma proposta de reconstrução do direito de propriedade no Brasil. O “modelo proprietário” adotado também para os direitos reais, destoa da realidade brasileira, onde formas de posse e de direitos pessoais são cada vez mais visíveis e o tema tem de ser tratado numa visão crítica.

Palavras Chave: PROPRIEDADE – DIREITO E ECONOMIA – EFICIÊNCIA – REALIDADE SOCIAL - SOCIOLOGIA DA PROPRIEDADE

ABSTRACT

In the United States the doctrine of the Law and Economics was responsible for great part of the juridical production of the last half of the twentieth century. Important point of the ideas that unite law and economy is the discussion on the property. In the present article themes as the justification of the property and the Tragedy of Anticommons is base for a proposal of reconstruction of the property right in Brazil. The "property model" also adopted for the real rights, it sounds out of tune of the Brazilian reality, where the form of ownership and of personal rights are more and more visible and the theme has to be treated in a critical vision.

Conteúdo

RESUMO	1
1. INTRODUÇÃO	2
2. SISTEMAS DE PROPRIEDADE NO BRASIL	3
2.1. CONCEITO DE PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: BASES PARA A FORMULAÇÃO DE UM SISTEMA.....	3

2.2. CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE: A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA	6
3. A PROPRIEDADE NOS VÁRIOS SEGUMENTOS DO <i>LAW AND ECONOMICS</i>	8
4. ALGUMAS ABORDAGENS ECONÔMICAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE	14
4.1. PROPRIEDADE E CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	14
4.2. PROPRIEDADE PRIVADA <i>VERSUS</i> PROPRIEDADE COLETIVA	17
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: PROPRIEDADE, EFICIÊNCIA E ALIENAÇÃO	19
BIBLIOGRAFIA	22

1. INTRODUÇÃO

Num sistema baseado na autoridade da lei, no qual muitas vezes os juízes simplesmente aplicam as normas, limitando-se a emprestar-lhes uma interpretação gramatical, o direito de propriedade é um “modelo” criado e regulado pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto não é diferente de outras tantas instituições jurídicas postas pelo direito positivo, aliás, não é diferente nem mesmo das instituições do *common law*, que se sedimentam nos julgados tal qual nossas instituições jurídicas decorrem das leis.

Qual seria, então, a diferença entre a propriedade no Brasil e nos Estados Unidos?

Aparentemente as diferenças seriam duas: (1) o *status* constitucional do direito de propriedade no Brasil e (2) a profunda influência da doutrina do *Law and Economics* na definição do direito de propriedade nos Estados Unidos.

Um bom exemplo de discussão aprofundada sobre a diferença entre a propriedade no sistema constitucional do *civil-law* e a propriedade nos EUA é o artigo de Gregory Alexander (Alexander, 2003), em que o autor compara as opções feitas pelo legislador constitucional nos Estados Unidos e na Alemanha.

O presente artigo tem por objeto estudar a segunda diferença mencionada, qual seja, a influência da doutrina do *Law and Economics* na formulação do conceito de propriedade dos Estados Unidos. O *Law and Economics* é uma metodologia de estudo e análise do

direito que se utiliza dos instrumentos da economia para rever conceitos e forjar novos fundamentos para o sistema jurídico, além de contribuir para as interpretações necessárias à sua aplicação. Conhecida no Brasil por análise econômica do direito, direito e economia ou mesmo por direito econômico, a metodologia possui um pano de fundo próprio que pode ser aplicado à diversos institutos jurídicos comuns, dentre os quais a propriedade.

Na primeira parte será exposta brevemente a situação do direito de propriedade no Brasil, com ênfase nas transformações trazidas pelo Código Civil de 2002. No segundo tópico alguns lineamentos da propriedade nas diversas correntes doutrinárias da análise econômica do direito serão apresentados.

Na parte final, algumas teorias, inclusive relacionadas a novas formas e conflitos de propriedade intelectual, demonstrarão os rumos apontados pelo direito econômico para a propriedade no século XXI.

Após tal exposição, as derradeiras considerações vão tratar da crítica aos sistemas de propriedade criados sob modelos rígidos, postos e sustentados pelo direito, tanto no Brasil, quanto na doutrina do *Law and Economics*.

2. SISTEMAS DE PROPRIEDADE NO BRASIL

2.1. CONCEITO DE PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL E NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: BASES PARA A FORMULAÇÃO DE UM SISTEMA

Como nos demais sistemas de *civil-law*, a propriedade, no Brasil, decorre de fórmulas ou “modelos” jurídicos consagradas em leis.

A primeira norma brasileira que cuidou do tema foi o Código Civil de 1916, onde constava uma definição analítica, com o seguinte texto: *A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.*

Já naquela época a propriedade era tratada como um direito acima dos demais direitos reais, um modelo geral de apropriação que trazia a posse como elemento acessório, nos moldes da teoria de Jhering.

O dispositivo legal do início do século recebeu influência do Código Civil Francês e da doutrina econômica liberal. Não foi inovador com relação ao que, no final do Século XIX já se concebia como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Naquela época o direito de propriedade deixou de ser uma realidade baseada nos fatos, nas circunstâncias e na natureza dos bens para se tornar uma abstração legal. A este respeito Paulo Grossi reconhece a existência de uma mentalidade diferenciada, por ele denominada de “primado da efetividade” (2006, p. 53).

Importante dizer também, que o texto legal de 1916 também remete a situação limítrofe esposada pelo Código Napoleônico, afinal a norma brasileira, como antes fazia a francesa, concede poderes ao proprietário, limitando-os a um rol de situações efetivas. O uso, o gozo e a disposição não deveriam fazer diferença num conceito realmente abstrato de propriedade. Em razão disso, constata-se que a preocupação com a situação concreta do uso e dos demais “poderes” é, na verdade, um reflexo das antigas divisões feudais.

No Código Civil Brasileiro de 2002, pouca coisa mudou no *caput* do artigo que trata da propriedade, mas existem algumas mudanças significativas nos novos parágrafos do dispositivo.

Nos parágrafos do artigo 1228, a função social ganha destaque, tanto no plano conceitual (§§ 1º e 2º), quanto através da descrição de instrumentos para sua efetivação (§§ 3º, 4º e 5º). Além disso, a supressão da expressão “a lei assegura” no início do *caput*, não deixa de ser, também, uma referência indireta a função social, na

medida indica que a propriedade pode ser composta de deveres e não apenas de direitos assegurados por lei.

O legislador nacional positivou uma definição de propriedade que tratava da figura do proprietário e de seus direitos, sem deixar clara a natureza jurídica da instituição. E a modificação de 2002 pouco melhorou aquele conceito. Não é por acaso que grandes obras¹ são dedicadas a discussões sobre a natureza da propriedade, ora afirmando que se trata de um direito subjetivo, ora dizendo que a propriedade é função ou mesmo uma relação jurídica complexa.

Por outro lado, a Constituição da República menciona reiteradamente a expressão “propriedade” como se o direito previsto no atual art. 1228 fosse o único direito sobre coisas que reclamasse defesa pelo Estado e, mais, como se se tratasse do único direito real que necessitasse atender sua função social. Nesse sentido, vejam-se os direitos fundamentais previstos no art. 5º, XXII e XXIII.

A propriedade mencionada no texto constitucional não é equivalente a propriedade do Código Civil. Na Constituição da República há uma referência ao “modelo proprietário”, que abrange as várias formas de direito real e até mesmo situações similares, como a propriedade da empresa. Enquanto isso, no Código Civil Brasileiro existe um conceito limitado, ou seja, cuida-se de um dos tipos de direito que se enquadram no “modelo proprietário”. Todo direito real é propriedade no sentido constitucional e para além dos direitos reais, direitos pessoais (multipropriedade, contratos de shopping center etc.) outras formas de apropriação que garantem a posse.

Os elementos que caracterizam a propriedade constitucional - ou do sistema de direitos semelhantes a propriedade por traz da palavra - não são as “faculdades” previstas no artigo 1228, do Código Civil de 2002. São a autonomia concedida ao titular (art. 5º, XXII, da Constituição da República), que lhe confere o direito de tirar proveito de um bem e excluir os demais deste mesmo proveito e a função atribuída ao direito propriedade voltada ao bem comum (art. 5º, XXIII, da Constituição da República). Trata-

¹ Ver: Loureiro, 2003

se de toda uma categoria de direitos subjetivos que uma pessoa pode exercer sobre os bens para satisfazer o interesse social.

Pode-se dizer que uma parte esta categoria de direitos subjetivos está presente no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Código Civil, e que se mantém relativamente estática em virtude do princípio do *numerus clausus*. Tal princípio é uma forma cautelosa de regular o “modelo proprietário”, descrevendo os demais direitos reais (enfiteuse, direito de superfície, servidão, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador, penhor, anticrese e hipoteca). As demais propriedades integram o ordenamento em áreas diversas e costumam se apresentar como direitos pessoais de exclusividade.

Enfim, o sistema de propriedades é um conjunto de formas de apropriação dos bens que tem em comum o fato de excluí-los do domínio público e garantir sua utilização, fruição, administração, divisão, alienação e até mesmo sua destruição por uma pessoa ou coletividade, sempre atendendo uma função social.

2.2. CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE: A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA

Há uma certa involução no conceito de propriedade no período de 80 anos que separa os dois códigos civis brasileiros. A ampla noção de *bens* permitiu que o primeiro Código Civil Brasileiro de 1916 tratasse também da propriedade dos bens intangíveis, enquanto no Código de 2002 limitou-se a noção de *coisas* (bens tangíveis). Esta mudança é o resultado de um movimento que começou na década de 70 com as Leis 5.772, de 1971 e 5.988, de 1973, que disciplinaram autonomamente a propriedade intelectual e os direitos autorais retirando do antigo Código Civil o capítulo sobre propriedade literária, científica e artística.

Com a modificação, três sistemas passaram a existir em paralelo, aplicando regras diferenciadas. Mais tarde, além da lei de propriedade industrial e da dos direitos autorais, o direito brasileiro acolheu também uma norma específica a respeito dos

direitos sobre softwares, outra para os cultivares e assim, sucessivamente, ampliou-se o rol de novas “propriedades”. Durante estas mudanças, os direitos sobre bens intangíveis evoluíram e se adaptaram a uma nova situação – globalizada, inclusive – deixando para trás o velho direito de propriedade sobre as coisas, que, como visto no texto do Código Civil Brasileiro, pouco evoluiu.

Na Constituição da República de 1988, os direitos sobre bens intangíveis são tratados de forma explícita, tal qual a propriedade. Lê-se no texto constitucional:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

...

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Sob a forma de “direito exclusivo”, de “privilégio temporário” ou de mera “proteção” de criações e propriedades, funcionalmente dirigidos para a satisfação do interesse social, a apropriação dos bens intangíveis se enquadra no “modelo” proprietário como uma nova estrutura que também se baseia na fórmula de atribuição de autonomia e imposição de função. As características específicas são uma adequação do “modelo” aos bens que são objeto da propriedade.

Ainda no âmbito dos sistemas brasileiros de propriedade vale mencionar a existência de regras gerais e específicas para a propriedade comum, ou condomínio. O Código Civil Brasileiro 2002 tratou do condomínio geral apoiando-se na teoria individualista (GOMES, 2004, p. 241), na qual cada indivíduo é proprietário exclusivo de uma fração ideal, afastando-se da doutrina alemã que vislumbra a co-propriedade como afetação de um bem a um grupo. Numa exceção a essa regra, o condomínio edilício é tratado no Código Civil como um ente despersonalizado que representa uma coletividade.

Presas à dogmática, às vezes dúbia, a propriedade comum no Brasil é instável em sua forma geral e, mesmo sendo estável na forma de condomínio edilício, apresenta graves contradições com relação às parcelas privadas e comuns. Ademais, nos textos

normativos, a co-propriedade é um modelo rígido, que só admite divisão espacial (condomínio *pro diviso*) ou comunhão total (condomínio *pro indiviso*), deixando de lado a possibilidade de divisão econômica ou temporal.

Enfim, os sistemas de propriedades no direito privado brasileiro são resultados de fórmulas prescritas em leis, que nem sempre são atualizadas e não deixam espaço para a livre construção de novas instituições sociais, com estrutura e conteúdo mais adequado à realidade.

3. A PROPRIEDADE NOS VÁRIOS SEGUMENTOS DO *LAW AND ECONOMICS*

Numa classificação simplificada, seguindo Mercurio e Medema (1999), o movimento doutrinário do *Law and Economics* poderia ser subdividido em diversos ramos, dentre os quais:

- A Teoria Clássica, composta por dois ramos, a Escola de Chicago, voltada para análise positiva (da aplicação da lei) e a Escola de New Haven, voltada para análise normativa (qualidade da lei);
- A Teoria da Escola Pública (*Public Choice*);
- A Teoria Institucional e Neoinstitucional; e
- Os Estudos Críticos de Direito;

A primeira teoria tem por base a busca da eficiência econômica. São duas escolas, que partem da noção de eficiência² como princípio de direito, tendente a gerar maior

² As teorias tradicionais basearam seu conceito de eficiência, num primeiro momento, na noção de “superior” e “ótimo” de Vilfredo Pareto, por esta noção Um estado de coisas, X, é superior em termos de Pareto a outro estado, Y, se e somente se ao mudar de X para Y não deixa nenhum indivíduo pior que antes e ao menos um indivíduo esteja em situação melhor Um estado é ótimo se nenhum outro é superior em termos de Pareto. Posteriormente os teóricos do direito-eficiência utilizaram a definição de Kaldor-Hicks, na qual, um estado de coisas é eficiente se, depois de se mudar do estado X para Y os ganhadores podem compensar os perdedores.

“riqueza” para todos. A Escola de Chicago, onde se destaca Richard A. Posner, parte de uma análise positiva e persegue a eficiência na alocação de recursos. A Escola de New Haven (YALE) parte dos estudos de Guido Calabresi sobre o custo dos acidentes e, através de uma análise normativa, busca conciliar eficiência alocativa e distributiva.

Os estudos de direito e economia relacionados a propriedade surgiram, na Universidade de Chicago, através da análise do comportamento dos monopólios naturais, nos quais a propriedade individual é mais eficiente que a concorrência. Além disso, com base nos artigos de Coase e Alchian, houve um aprofundado estudo em relação aos custos de transação e à eficiência do modelo unitário baseado no direito de excluir.

Na atualidade, Richard Epstein reflete a posição de Chicago a respeito da propriedade, relacionando o surgimento da propriedade privada à idéia de eficiência:

... a razão porque não estamos neste estado primitivo é a vantagem enorme da privatização de terra sem a qual ninguém investiria em melhorias permanentes às próprias expensas, pois a coisa poderia ser arrebatada por qualquer outro. A resposta curta para a pergunta de por que a lei confere que propriedade privada destes recursos é que eles representam o trabalho. Isso contribui, a longo prazo, para a vantagem de todo o mundo sob um véu de ignorância, de forma que estas limitações de liberdade se justificam pelos ganhos que elas rendem em relação a titularidade social da propriedade. As perdas que as pessoas sofrem exclusão são pequenas se comparadas aos ganhos que eles obtêm (...) a criação de propriedade privada por aquisição é uma melhoria de Pareto clara em relação a um mundo no qual cada pessoa desfruta (sob as terras comuns) de uma posição de bloqueio contra todos os outros ³

No artigo supramencionado Epstein estuda a relação entre propriedade de bens tangíveis e intangíveis, concluindo que a justificava meramente funcional deste último direito provoca instabilidade. Para o autor “É fácil concluir que as bases da lei de

³ ... the reason we are not still in this primitive state are the enormous advantages from the privatization of land, without which no one would invest in permanent improvements at his own expense that could be snatched away by anyone. The short answer to the question of why the law confers private ownership of these resources is the same as it is for labor. It works to the long-term advantage of everyone behind a veil of ignorance, so that these limitations on liberty are justified by the gains that they yield from the social ownership of property. The losses that people suffer from exclusion are small compared to the gains that they get (...) the creation of private property through acquisition is a clear Pareto improvement over a world in which each person enjoys (as per some commons) a blockade position against everyone else. (EPSTEIN, 2004, p. 22, tradução livre)

propriedade intelectual em geral e *copyright* em particular são instáveis se se assumir que a base para a autonomia individual e a propriedade privada estão seguras em alguma versão simples da teoria da lei natural que se sustenta mais em sua evidência e menos na vantagem funcional.⁴ O aspecto funcional, portanto, não é a justificativa maior da propriedade. Ou seja, apesar de unir propriedade e eficiência a teoria clássica do *Law and Economics* reconhece e reitera as teorias básicas dos países de tradição germânica, aproveitando a justificativa de “direito natural” que os romanos já atribuíam a propriedade.

Antes de Epstein, Armen Alchian já refletia, em seu artigo *Some economics of property rights*, de 1965, o pensamento anglo-saxônico a respeito da propriedade, visualizando um conjunto de interesses ou uma “cesta de direitos” que poderiam ser atribuídos às pessoas, para que fossem exercidos sobre os bens.

Essa visão tem um antecedente histórico importante. A ontologização das relações com os bens sempre foi regra no Direito Inglês e, como relata David:

Nunca se terá na Inglaterra a propriedade de uma terra; ter-se-á simplesmente sobre uma terra um certo interesse, ou um certo conjunto de interesses. Esse interesse, ou esse grupo de interesses, será denominado *estate*. (...)

A noção de *estate* exprime a idéia do interesse jurídico que pertence a uma pessoa sobre uma coisa. Baseado nessa idéia, o direito inglês repudia a confusão que se estabeleceu na França entre o direito de propriedade e seu objeto. Ele ignora, da mesma forma, nossa distinção entre direitos pessoais e direitos reais... (DAVID, 2000. p. 98)

Esses vários interesses são a base da teoria de Alchian sobre a propriedade. A “cesta de direitos” contém interesses diversos, protegidos por lei em favor do proprietário. E o proprietário, por sua vez, é o sujeito que avalia os custos e benefícios de manter esses interesses protegidos e, caso se sinta satisfeito, os internaliza.

⁴ *It is easy to conclude that the foundations of intellectual property law in general and copyright in particular are shaky if it is assumed that the foundations for individual autonomy and private property are secure on some unadorned version of natural law theory that relies more on self-evidence and less on functional advantage.* (EPSTEIN, 2004, p. 37, tradução livre)

Esse modelo serve para o estudo das situações estáticas, mas vale principalmente para analisar a dinâmica das propriedades. Por exemplo, o comprador de um imóvel analisa se os custos com a apropriação do bem - positivos e negativos, na visão dos economistas, ou custos e benefícios, na versão dos juristas – compensam o valor pago. Enquanto, o vendedor calcula se o saldo dos custos com a propriedade do imóvel (custo positivo menos custo negativo) serão compensados pelo preço oferecido. Nessa análise econômica, os custos e benefícios de cada um dos interesses envolvidos, são sopesados e, eventualmente, a invés de optar pela aquisição da propriedade o comprador poderá optar por satisfazer apenas seu interesse de moradia, alugando o bem.

Ainda no campo da Teoria Clássica, porém sob o enfoque normativo característico da Universidade de Yale, um artigo de Guido Calabresi e A. Douglas Melamed defende a existência de três categorias - não rígidas - de benefícios legais⁵: os benefícios legais inalienáveis, os benefícios legais protegidos pela “regra de responsabilidade” e os protegidos pela “regra de propriedade”.

Esta última categoria, dos benefícios legais protegidos pelas “regras de propriedade” se caracteriza por atribuir o bem desejado a um titular e utilizar regras de veto para proteger o direito desse mesmo titular, enquanto possível vendedor do bem. Ao contrário dos direitos protegidos por “regras de responsabilidade”, que atribuem o pagamento de valores determinados como compensação ao interesse protegido, a propriedade vale enquanto forma de atribuir o “objeto sob o qual originalmente incide a proteção legal” ao titular, permitindo, posteriormente, as livres negociações entre vendedor e comprador (CALABRESI e MELAMED, 1972, p. 1090).

Nos três artigos mencionados observa-se com clareza o esforço em se buscar uma análise mais aprofundada das propriedades, buscando observá-la como um direito posto cuja justificativa ou os efeitos podem ser observados sob a lente da eficiência e como modelos de atribuição de benefícios legais, que podem ser livremente adotados,

⁵ Na tradução utilizamos o termo “benefício legal” para *entitlement*, para diferenciá-lo de “direito subjetivo”, que, neste artigo, será utilizado para apenas traduzir a palavra *right*, no mesmo sentido (MATTOS, 2004, p. 132)

ou não, pela lei. No primeiro caso a análise econômica do direito é positiva⁶, por tratar da aplicação do direito nas circunstâncias já existentes, no segundo a análise é normativa porque discute e compara os sistemas de atribuição de direitos.

Voltadas para o comportamento das pessoas as escolas da Escolha Pública e Institucional enfocam ações coletivas dos indivíduos. A Teoria da Escolha Pública trata da face egoísta das pessoas nas ações coletivas e sua contribuição para o tema em voga é indireta. Além de dar as bases para a justificação da atitude política egoísta⁷ que garantiu e garante a propriedade para os grupos sociais mais fortes, a doutrina apresenta a propriedade como um espaço individual onde o *homo economicus* tem sua plenitude. A Escola Institucional destaca a importância do valor de uso da propriedade em face do seu valor de troca. Os autores desta escola têm foco na maneira como o sistema econômico evolui e como as instituições – boas ou ruins – moldam o comportamento das pessoas.

Afastando-se da noção histórico-descritiva da evolução do sistema econômico, a Escola Neoinstitucional concentra-se na relevância das instituições sociais para a estrutura e performance da economia. A propriedade é a instituição que, bem definida, pode contribuir decisivamente para a redução dos custos de transação, na forma do Teorema de Coase⁸.

Segundo Sztajn e Zilbersztajn, as instituições são importantes pra determinar a alocação do direito de propriedade e contribuem, com isso, para o desenvolvimento

⁶ Apesar de ser mais utilizada a tradução literal: “análise positiva”, à qual aderimos para fins didáticos, o termo que melhor explica essa doutrina na língua portuguesa é “análise descritiva” (MATTOS, 2004, p. 246).

⁷ Segundo Andrés Roemer: “*Em lugar da suposição de que os legisladores votam para promover sua idéia de interesse público, os teóricos da Escolha Pública postulam que os legisladores nos Estados Unidos são motivados somente pelo próprio interesse. Em particular, os legisladores devem maximizar sua probabilidade de reeleição*” (ROEMER, 1994, p. 59, tradução livre).

⁸ O teorema de Coase é um postulado econômico formulado pelo economista Ronald Coase, que diz, em resumo que *quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final de do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se assimilam os direitos de propriedade*. Numa versão mais elaborada: *Se existem custos de transação positivos, o resultado eficiente pode não ocorrer em algumas possíveis alocações dos direitos de propriedade. Nessa circunstância, a regra legal [lei, norma] deve ser utilizada para alocar os direitos de propriedade da forma que minimize os efeitos dos custos de transação sobre as atividades e as decisões dos agentes econômicos* (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 105 e 108).

socioeconômico (2005, p. 85). Num outro sentido, os autores destacam a importância do direito de propriedade para o estudo das organizações, tema presente na obra de Oliver Williamson, pois na análise microinstitucional toma-se o “ambiente institucional como dado” para estudar o comportamento dos agentes na construção dos contratos (2005, p. 86). Esse ambiente, por certo, resulta das atribuições do direito de propriedade já feitas e será tanto melhor, quanto for firme a garantia desse direito.

Por outro lado, ainda para a Escola Neoinstitucional, o direito de propriedade é resultado de um processo de contratação que se insere no âmbito político e sofre pressões de lobbies organizados. Porém, nesse processo os grupos mais fortes, para garantir as mudanças que lhes interessam, compensam aqueles que vão ter perdas e o resultado final traz ganhos “em rede” para a sociedade (MERCURO e MEDEMA, 1999, p. 138).

Os Estudos Críticos de Direito, por fim, confrontam todas as teorias anteriores e buscam demonstrar a importância de uma análise crítica de como são formulados os conceitos legais. Na realidade, numa linha marxista, os membros desta escola discutem a origem dos direitos, negando origens supostamente naturais e atribuindo-os aos interesses das classes dominantes.

Um exemplo dessa forma de pensar, aplicado ao direito de propriedade, pode ser visto na obra de Roberto Magabeira Unger, brasileiro, professor de Harvard, que escreveu:

Qual o problema do sistema estabelecido de direitos legais? Do ponto de vista da crítica e da visão subjacente a todo este programa institucional, o problema pode ser resumido num único fato: a ascendência prática e imaginativa do direito consolidado de propriedade. (...)

O direito unitário de propriedade desenvolve sua influência restritiva mais diretamente por meio de sua relação com uma versão da economia de mercado que se coloca como um obstáculo ao avanço na direção de maior plasticidade econômica e de maior grau de descentralização. O resultado é não apenas circunscrever desnecessariamente a oportunidade de inovação econômica permanente, mas também de reproduzir um conflito permanente entre a prática da democracia e a organização da economia. (...) A autoridade continuada da propriedade unitária também exerce uma influência mais indireta. Ao identificar princípios abstratos de descentralização econômica com uma versão particular de instituições de mercado, ela restringe drasticamente nossas visões de alternativas possíveis aos sistemas atuais de mercado.. (UNGER, 2001, p. 357)

Para Unger, o efeito nocivo da noção de propriedade unitária vai além da contribuição para a estruturação da economia, ou do modelo econômico. Para o autor a propriedade unitária serve de modelo para o que, no direito privado brasileiro, convencionou-se chamar de autonomia privada, pois a propriedade unitária...

Oferece uma forma que, uma vez subtraída de seu conteúdo específico, está reproduzida em quase toda área do pensamento sobre direitos. A parcela absoluta do capital delinea uma zona dentro da qual o proprietário pode agir como bem lhe aprouver, não importando as conseqüências de suas ações, e fora da qual ele está absolutamente desprotegido, independente do quanto suas alegações sejam atraentes. As fronteiras desse direito são definidas no momento de sua criação, primariamente por lei ou contrato; o ambiente relacional em que se exerce o direito é irrelevante para sua definição; (UNGER, 2001, p. 358)

As tais “esferas”, que tanto se menciona quando, no direito privado, observa-se um espaço de ação livre para a pessoa, nada mais são que a reprodução do modelo de propriedade. E nessa situação, tanto a propriedade quanto os demais direitos subjetivos ficam descontextualizados, de forma que sua origem não tem mais relevância para sua aplicação posterior.

Enfim, da exortação à crítica, as diversas teorias do *Law and Economics* abordam o tema da propriedade.

4. ALGUMAS ABORDAGENS ECONÔMICAS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

4.1. PROPRIEDADE E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Dentre os temas referentes à propriedade no *Law and Economics* a questão dos custos de transação é uma das mais comuns. O tema tem por base o Teorema de Coase e os

artigos desse autor que primeiro trataram do assunto: *The Nature of the Firm*, de 1937 e *The Problem of Social Cost*, de 1960.

Em termos simples, o direito de propriedade, quando não está bem definido, cria uma série de custos para o proprietário e para a sociedade. Estes custos, também conhecidos por externalidades, são a base de discussões ambientais e de discussões envolvendo o direito de vizinhança. Aliás, Ronald Coase (*The Problem of Social Cost*, 1998) expõe sua teoria através de um exemplo em que dois vizinhos, um confeitiro e um médico, ilustram as externalidades, ou custos recíprocos do fato de terem propriedades confinantes.

Mas a influência da teoria dos custos de transação é mais fundamental. Autores como Errol Meidinger atribuem à redução dos custos de transação a definição de um direito de propriedade único

... a limitação no número de propriedades reflete necessidades de eficiência. Se não podem ser criados interesses novos é porque os custos sociais de sua atribuição excederiam os benefícios. A suposição geral é que custos de transação (i.e., custos para obter informação, negociar e impor direitos) são o problema primário. Thomas Merrill e Henry Smith desenvolveram uma versão mais específica desta perspectiva que focaliza em custos de informação. O argumento básico deles, como sugerido acima, é que como direitos de propriedade são direitos contra o mundo, a complexidade deles deve ser suficientemente limitada de forma que os custos de obter informação sobre estes direitos não fique alto demais para eles funcionarem efetivamente.⁹

Este mesmo pensamento pode ser estendido à questão do princípio do *numerus clausus*, ou da listagem exaustiva dos direitos reais. A respeito desse princípio, apesar do *common law* não comportar uma lista exaustiva prevista em lei, o comportamento dos juízes nos Estados Unidos criou um rol limitado de direitos, similar ao *numerus clausus*, como relatam Thomas W. Merrill e Henry E. Smith:

⁹ *... the limitation in the number of estates is assumed to reflect efficiency needs. If new interests cannot be created, it is because the social costs of allowing them would exceed the benefits. The general assumption is that transactions costs (i.e., costs of information gathering, negotiation, and enforcement) are the primary problem. Thomas Merrill and Henry Smith have developed a more specific version of this perspective, which focuses on information costs. Their basic argument, as suggested above, is that because property rights are rights against the world, their complexity must be sufficiently limited so that the costs of gathering information on them do not become too high for them to function effectively (MEIDINGER, 2006, tradução livre).*

Todos os sistemas de propriedade modernos limitam as formas de propriedade e unificam propriedade sob várias dimensões. Em jurisdições do civil-law, este princípio é reconhecido explicitamente sob o nome de numerus clausus que significa “número fechado”. Em sistemas da common-law, o princípio não é explicitamente reconhecido e existe em uma forma um pouco debilitada como um não declarado esboço de princípio. Em qualquer de sistema, porém, propriedade entra numa lista fixa e fechada de formas (pense do fixo e altamente padronizado sistema de propriedades em terra), e até mesmo em áreas como propriedade intelectual, os Tribunais são altamente relutantes em inovar.¹⁰

No mesmo artigo, como na doutrina anteriormente exposta, a justificativa para a padronização dos direitos reais e da propriedade intelectual é resumida num problema de custos de transação:

Se a essência dos interesses da propriedade - direitos reais, propriedade privada e propriedade intelectual - são boas contra todo o mundo, então qualquer sistema de direitos de propriedade apresenta um grande problema de coordenação. Para evitar violar direitos de propriedade, uma grande e indefinida quantidade de [dutyholders] tem que saber quais os constrangimentos ao seu comportamento estes direitos impõem. Se o sistema legal permitisse a existência de uma variedade grande de formas dos direitos reais [*in rem*], os sujeitos passivos teriam que adquirir e processar mais informação sempre que eles encontraram algo que fosse protegido por um direito real, se em direitos reais fosse livremente formatados – do mesmo modo que os direitos contratuais/pessoais [*in personam*] - então o fardo do custo de informação ficaria rapidamente intolerável.¹¹

Seja para a aplicação dos direitos de vizinhança ou para justificar o conceito unitário de propriedade, o princípio é sempre o mesmo: os direitos de propriedade devem ser bem definidos para que as partes possam proceder negociações (barganhas) com baixos

¹⁰ *All modern property systems limit the forms of ownership and standardize property along many dimensions. In civil-law jurisdictions, this principle is explicitly recognized under some name such as numerus clausus, which means “closed number.” In common-law systems, the principle is not explicitly recognized and exists in a somewhat weakened form as an unstated design principle. In either system, however, property comes in a fixed and closed menu of forms (think of the fixed and highly standardized system of estates in land), and even in areas such as intellectual property, courts are highly reluctant to innovate. (MERRILL e SMITH, 2001, p. 385-6, tradução livre)*

¹¹ *If core property interests - real estate, personal property, and intellectual property - are good against all the world, then any system of property rights presents a massive coordination problem. To avoid violating property rights, a large and indefinite class of dutyholders must know what constraints on their behavior such rights impose. If the legal system allowed in rem rights to exist in a large variety of forms, then dutyholders would have to acquire and process more information whenever they encountered something that is protected by an in rem right. If in rem rights were freely customizable — in the way in personam contract rights are — then the information-cost burden would quickly become intolerable. (MERRILL e SMITH, 2001, 387)*

custos de (Hardin, 1968) transação. Assim, por exemplo, dois vizinhos poderão chegar a um acordo sobre as questões envolvendo direito de vizinhança, se estes forem bem definidos, sem ter custos de transação (contratação de advogados, custas judiciais ou outras despesas). E a propriedade, como definida no Código Civil Brasileiro, por exemplo, se justificaria em face do alcance de um direito bem definido em face daqueles que estão obrigados a respeitá-lo.

Essa relação entre definição de direito e custos de transação é, portanto, a base da abordagem econômica em face do direito de propriedade.

4.2. PROPRIEDADE PRIVADA *VERSUS* PROPRIEDADE COLETIVA

A eficiência da propriedade privada em face de outras formas de propriedade, como a coletiva, por exemplo, também recebe amplo tratamento do *Law and Economics*.

A maioria das abordagens sobre esta eficiência parte de um problema denominado a Tragédia das Terras Comuns (*Tragedy of the Commons*), exposto por Garret Hardin (1968).

Numa versão resumida, pode-se descrever este problema da seguinte maneira: Numa cidade medieval a principal atividade econômica é a criação de ovelhas. Muitas famílias tiram seu sustento da venda das lãs destes animais. No início as ovelhas pastam pelas terras que cercam a cidade (terras comuns, ou *commons*). Nenhuma família é dona dos *commons*, qualquer um pode deixar seu rebanho pastando por estas terras livremente. Tudo vai bem enquanto as terras são abundantes. Quando a população da cidade cresce, o número de rebanhos também cresce, porém a quantidade de terras permanece fixa. A intensa utilização dos *commons* impede que as terras se recuperem e levam o solo a ficar estéril. Por fim, torna-se impossível criar as ovelhas sem as pastagens e as famílias perdem seu sustento. Daí surge a chamada “tragédia das terras comuns”.

Essa “tragédia” mostra que a propriedade privada seria mais eficiente que o uso comum, pois se cada família tivesse sua própria terra, cuidaria para que o uso não levasse ao sal exaustão. Não se trata de uma interpretação nova. Santo Tomás de Aquino, John Locke e diversos outros pensadores já haviam enfatizado a importância da posse exclusiva, sempre contrapondo a ineficiência da propriedade comunal.

Apesar de não ser novidade o estudo de Garrett despertou o interesse dos estudiosos do *common-law*, que perceberam na Tragédia das Terras Comuns, mais uma boa justificativa para a manutenção do “modelo proprietário” baseado do direito de excluir.

Mas nem todos os estudos do *Law and Economics* indicam a eficiência do direito de excluir em face da possibilidade de uso comum. Numa série de artigos¹² Michael Heller, elaborou a discussão sobre um outro dilema, que já havia sido mencionado por Frank Michelman (1968), ao qual deu o sugestivo título de *Tragedy of Anti-Commons*. Nas palavras de Heller essa tragédia de excesso de propriedades individual ocorre quando: *múltiplos proprietários têm direito de excluir uns aos outros de um recurso escasso e ninguém tem um privilégio efetivo de uso* (HELLER, 1998)¹³.

O problema seria oposto à tragédia das terras comuns. Para Heller, em algumas situações, um número muito grande de propriedades privadas concorrendo em um mesmo bem poderia gerar mais ineficiências que uma propriedade comum, ou coletiva.

Fácil imaginar o problema de se criar novos produtos de tecnologia a partir de um *chip* ou um *software* de computador, no qual, por exemplo, podem incidir mais de cem patentes. Um dos proprietários das patentes, pode, sozinho, impedir a evolução tecnológica. Da mesma maneira, novas drogas deixam de ser criadas pela indústria farmacêutica em virtude de patentes que impedem amplas pesquisas biomédicas.

¹² Ver especialmente: *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, de 1998; *The Boundaries of Private Property*, de 1999 e *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, de 1998.

¹³ *multiple owners are each endowed with the right to exclude others from a scarce resource, and no one has an effective privilege of use.*

A possibilidade de quebra de patentes farmacêuticas e os *softwares* abertos decorrem da observação concreta dessa “tragédia” do *Anti-Commons*. E os resultados da mitigação do direito de excluir são, em ambos os casos, mais eficientes do que a manutenção dos direitos de propriedade individual, com redução de custos nas duas situações e vertiginosa evolução tecnológica no caso dos *softwares* abertos.

No campo da propriedade imóvel cite-se o tema originalmente tratado por Heller, das lojas num dos mercados da Rússia, que após a divisão da antiga União Soviética, passaram a ser dominadas por várias pessoas e grupos, com poderes de excluir uns aos outros do uso daqueles espaços comerciais. O resultado foi um mercado deserto, ou, numa linguagem própria ao presente estudo, a utilização ineficiente de um recurso. Também nessa situação a utilização em comum do bem, no caso através da propriedade estatal, mostrou-se mais eficiente que a propriedade privada.

Como visto, para o Direito Econômico a propriedade privada resolve o problema da utilização ineficiente das terras comuns, mas em excesso provoca ineficiências ainda mais prejudiciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: PROPRIEDADE, EFICIÊNCIA E ALIENAÇÃO

No tópico anterior as aplicações do *Law and Economics* na seara do direito de propriedade indicam que o modelo de propriedade privada, baseado na exclusão da posse de outras pessoas é eficiente porque reduz os custos de transação, em especial os custos de informação.

Essa redução de custos vale para a propriedade de bens tangíveis e de intangíveis, prevalecendo também quanto aos outros direitos reais. Por este motivo, o princípio do

numerus clausus é aplicado nos países que adotam a *civil-law* e um sistema semelhante é imposto pelos Tribunais dos países de *common-law*.

Confirmando a eficiência do “modelo proprietário” a aplicação da propriedade privada em terras comuns, torna-as mais produtivas e até mesmo garante uma maior preservação dos recursos.

Mas se é certo que a propriedade privada é mais eficiente, em regra, também é evidente que nalgumas situações impõe resultados ineficientes. É o que acontece no caso da Tragédia do *Anti-Commons*, uma situação onde o excesso de propriedade privada torna difícil ou mesmo impossível a utilização de um recurso.

Nas áreas de patentes, direitos autorais e direitos reais, por outro lado, a limitação do *numerus clausus* gera, no Brasil, mais eficiência do que as parcelas da “cesta de direitos” indefinida e amplamente utilizada para todas as formas de propriedade nos países de *commons law*.

Mas em sentido oposto, o “modelo proprietário” é utilizado como forma de manutenção de *status quo* e o próprio Estado se beneficia do poder excludente desse modelo, apossando-se de grandes extensões de terra que trata como suas sem dar qualquer utilização eficiente.

E esse apossamento se faz, muitas das vezes, por estados e municípios ao mesmo tempo e, ainda, ocorre em locais onde indivíduos têm posse e se julgam proprietários, o que cria uma situação de excesso de propriedades ou *Anti-commons*. Todos têm uma suposta posse, mas ninguém tem uma relação com o bem que permita retirar dele os benefícios de uma propriedade bem definida e perene.

Como agravante, princípios “socializantes” afetam a propriedade privada em geral, a partir da Constituição e no Código Civil, e o efeito também é a perda de eficiência da instituição. Propriedade dividida, especialmente propriedade dividida em interesses diversos, de pessoas diversas, dificilmente será eficiente.

Enfim, num país que deveria usufruir das qualidades – eficiências - da propriedade privada, os fenômenos do excesso de poder de excluir e da indefinição dos direitos de propriedade ainda provocam prejuízos.

O problema, talvez, seja uma certa falta de sintonia entre o restrito conceito de propriedade e a ampla realidade social, nos dizeres de Unger:

A negação obstinada da existência, até mesmo da possibilidade, de diversidade, sob a forma e substância de direitos legais é uma versão da idolatria do real. Mostra a incapacidade de entender o grau a que os modelos de associação humana já aceitos em partes menos práticas da vida social (o exercício da cidadania democrática, amizade e a vida em família) oferecem pontos imaginativos de partida para a reconstrução de instituições práticas. (UNGER, 2001, p. 359)

Nos mais diversos sistemas legais a “instituição prática da propriedade” tem servido aos interesses daqueles que se beneficiam do predomínio de um “modelo proprietário”, definido como direito subjetivo. Eficiente ou não, a propriedade privada, especialmente a propriedade imóvel, é direito de poucos que se impõe à necessidade objetiva de muitos excluídos desse benefício.

Nessas circunstâncias, de todas as contribuições que o *Law and Economics* traz a mais importante é sua análise fria da instituição social temperada por uma aguçada crítica ao sistema legal, aproveitando-se desse antagonismo teórico o direito brasileiro poderá evoluir e deixar de lado o formalismo para aprofundar a discussão da propriedade como direito e como instituição.

BIBLIOGRAFIA

ALCHIAN, Armen. "**How should prices be set?**" *Il Politico* 32 (1967): 369-362.

ALCHIAN, Armen. "**Some economics of property rights.**" *Il Politico* 30 (1965): 816-829.

ALEXANDER, G. **Property As a Fundamental Right? The German Example.** *Cornell Law Review*, 73 (3), mar. 2003.

ALVIM, Arruda. **Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais.** In: CAHALI, Yussef Said. *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987

BAUMAN, Z. **Modernidade líquida.** Trd. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001

BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights.** 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

BRASIL. **Código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 2006.

BASCHET, Jérôme. **A civilização feudal: do ano 1000 à colonização da América.** São Paulo: Globo, 2006.

CALABRESI, G., e MELAMED, A. D. **Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral.** *Harvard Law Review*. p. 1089-1128. 1972.

COASE, R. H. **The Nature of the Firm.** *Economica*(4), p. 386-405. 1937.

_____. *The Problem of Social Cost* (1960). In A. W. Katz, **Foundations of Economic Approach to Law.** New York: Oxford University Press. P. 63-72. 1998.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Derecho y Economía.** México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

COULANGES, F. **A Cidade Antiga.** Trad. J. Melville. São Paulo: Martin Claret. 2002

- DAVID, R. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- DE SOTO, H. **O Mistério do Capital**. Rio de Janeiro: Record. 2001
- DUGUIT, L. **Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)**. Editorial Heliasta: Buenos Aires. 1975
- EPSTEIN, R. **Liberty versus Property? Cracks in the Foundations of Copyright Law**. University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper (204), Abr. 2004.
- FIUZA, C. **Direito Civil: Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.
- GOMES, O. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense. 2005
- HANSMANN, H. e KRAAKMAN, R. **Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights**. Journal of Legal Studies 31: S373-S420. 2002.
- HARDIN, G. **The Tragedy of the Commons**. Science, 162, pp. p. 1243-1248. 1968.
- HELLER, M. A. **The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets**. Harvard Law Review, 111, p. 621. 1998.
- _____. **The Boundaries of Private Property**, 108 Yale Law Review, 1163-1223. 1999.
- _____ and EISENBERG, R. **Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research**, 280 Science. 93-97. 1998.
- JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**, trad., Buenos Aires, Bosch, 1951. Vol. I. Buenos Aires: Bosch, 1951.
- LOUREIRO, F. E. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- MACPHERSON, C. B. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo: de Hobbes a Locke**. Tradução Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1979
- _____. **The Meaning of Property**. In Macpherson, ed., **Property: Mainstream and Critical Approaches**. Toronto: University of Toronto Press, 1978
- MATTOS, P. (org.). **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano**. São Paulo: Editora 34. 2004.

MEIDINGER, Errol E., **Property Law for Development Policy and Institutional Theory: Problems of Structure, Choice, and Change**. Buffalo Legal Studies Research Paper No. 2006-01 Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=876467>. Acesso em Jan. 2006.

MERCURO, N., e MEDEMA, G. S. **Economics and the law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press. 1999.

MERRILL, W. T., e SMITH, H. A. **What happened to property in law and economics?** The Yale Law Journal. Nov. 2001

_____. **Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle**. Yale Law Journal, 110:1-70. 2000.

MICHELMAN, F. I. **Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law**. Harvard Law Review, p. 1165-1258. 1968

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**, 2.^aed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, A. C. e SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005

PIPES, R. **Propriedade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 2001

ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. México: ITAM; Sociedade Mexicana de Geografia y Estadística; Fondo de Cultura Económica. 1994.

UNGER, R. M. **Política: os textos centrais, a teoria contra o destino**. São Paulo: Biotempo. 2001.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIAL, S. R. **Propriedade da Terra: análise sociojurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003

ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. **Direito e Economia**, Rio de Janeiro: Ed.Campus. 2005