

Economic Analysis of Law Review

Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade

Also an Analysis of Economic Property Rights

Antônio José Maristrello Porto¹
FGV/RJ

Paulo Fernando Franco²
FGV/RJ

RESUMO

Os direitos de propriedade têm seu arcabouço jurídico bem definido por regras e princípios que, tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, delineiam o conteúdo axiológico pretendido pelo ordenamento contemporâneo. Ocorre que, da leitura do texto legal à descoberta da norma jurídica, é preciso que recorramos a elementos interdisciplinares. E, com maior ênfase, se destaca o substrato da Análise Econômica do Direito que, além de conferir um novo ponto de vista aos direitos de propriedade, procura contribuir para evidenciar que a sua definição clara e a percepção de externalidades auxiliariam a descoberta acerca de quando o Direito deve interferir ou se retrair no trato de questões de perfil eminentemente econômico, a fim de que, com isto, se busque maior eficiência.

Palavras-chave: Direito de Propriedade; Análise Econômica do Direito; Interferência do Judiciário.

JEL: K0, K4

ABSTRACT

The property rights have their legal framework well defined by rules and principles that, both in the Constitution and in the infra-constitutional legislation, outline the axiological content intended by current legal order. From the legal text reading until the legal norm accomplishment, it is necessary to resort to interdisciplinary elements. The Law and Economics stands out for contributing not only for a new perspective to property rights but also to convey that its clear definition and the perception of externalities help to elucidate when the Law must intervene or hold back from dealing with notably economic issues, in order to achieve maximum efficiency.

Keywords: Property Right; Law and Economics; Legal Intervention.

R: 17/12/15 **A:** 22/05/16 **P:** 30/06/16

1. Introdução

A feição jurídica do direito de propriedade, seja na Constituição da República, seja na legislação infraconstitucional, é, ao menos em termos quantitativos, bem disciplinada pelo ordenamento. A Constituição e a legislação infraconstitucional, que compõem o que chamaremos de *texto legal*, assim como regras, princípios, artigos, incisos, parágrafos e alíneas compartilham o compromisso de atribuir juridicidade à propriedade.

Contudo, a propriedade não se restringe, e nem pode ser restringida, por mera redação do *texto legal*. Ao consultarmos o Direito sobre a propriedade encontraremos, à primeira vista, apenas o texto da Lei. Acreditamos na necessidade de ir além da literalidade do dispositivo

¹ E-mail: antonio.maristrello@fgv.br

² E-mail: pfmfranco@hotmail.com

legal para que, do texto à norma, possamos encontrar o real alcance e sentido do direito de propriedade no Brasil. É justamente essa a pretensão de contribuição do presente estudo: provocar a percepção da insuficiência do texto legal e instigar a investigação da norma que, não necessariamente jurídica, poderá assumir inúmeras feições. Dentre tantas perspectivas analíticas possíveis, optamos pela Análise Econômica dos direitos de propriedade o que se justifica pela riqueza argumentativa que a interdisciplinaridade propicia.

Tendo em vista que o texto legal será o ponto de partida de descoberta da norma, iniciaremos nossa discussão com a apresentação, na seção II, da perspectiva jurídica da propriedade. De modo sucinto, serão apreciados os principais aspectos históricos do direito de propriedade e a sua atual dimensão constitucional. Será dada ênfase à imposição regulatória que, pela via da juridicidade, obriga que a propriedade cumpra sua função social e se torne um feixe de deveres. Abordaremos através de uma sintética revisão da literatura e, uma abordagem do conteúdo econômico dos direitos de propriedade.

Na seção III, procuraremos superar a visão estritamente jurídica da propriedade e começaremos a delinear a configuração interdisciplinar da propriedade a partir de uma Análise Econômica do Direito. Dentre outros instrumentos, usaremos o Teorema de Coase para explicar os custos de transação e em que medida estes interferem na eficiência da alocação dos direitos de propriedade.

Na seção IV, enfrentaremos as modalidades de tutela dos direitos de propriedade presentes em nosso ordenamento jurídico. Assim concentraremos esforços para apresentar as alternativas jurídicas capazes de regular o uso incompatível da propriedade. Para tanto, apreciaremos as regras mandamentais/executivas e as regras de indenização, a fim de que se possa induzir qual, dentre as opções possíveis, será aquela que conduzirá à maior eficiência na alocação dos direitos de propriedade.

2. Conteúdo Jurídico Do Direito de Propriedade

Sob o véu quase absoluto do direito de propriedade como clássico *instituto de índole divina* cabia ao proprietário uma gama de direitos sem que tal correspondesse a quaisquer espécies de deveres³. No entanto, o mais *completo* e *absoluto* entre todos os direitos⁴ sofreu releitura gradual.

Em um primeiro momento, passou a ser destacada a utilidade econômica da propriedade que, sem perder seu caráter absoluto, se traduziria nos direitos de fruir e dispor da coisa. Ocorreu um redirecionamento da compreensão dos direitos de propriedade na sociedade moderna. A centralidade do direito de propriedade experimentou um processo de *relativação*⁵,

³ Art. 544, Código Civil Napoleônico. *La propriété est Le droit de jouir et disposer des choses de la maniere La plus absolue, pour vuqu'on n' enfasse pas unusage prohibé par les lois ou par les règlements.*

⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. v. I, 5 ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 24.

⁵ JOSSERAND, Louis *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.4. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 65.

*socialização*⁶, *repersonalização*⁷ e *despatrimonialização*⁸, passando a obrigar⁹ a propriedade a cumprir algumas funções.

A Constituição de 1988 rompeu com os antigos vetores patriarcais e individualistas e, democraticamente, não hesitou em afirmar a vontade constitucional de assegurar a inviolabilidade do direito à propriedade¹⁰ e a garantia do direito *de* propriedade¹¹ como princípio fundante da ordem econômica¹². E, ao evidenciar seu perfil notadamente compromissório, passou a vincular a posição jurídica proprietária ao atendimento, por exemplo, de sua função social¹³ que também é princípio geral da atividade econômica¹⁴.

Nesse caso haverá a percepção do direito à propriedade como fonte dos deveres *de* propriedade¹⁵. Tanto é assim que, por imposição constitucional de ordenação social, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor¹⁶. Quanto à propriedade rural, cumprem-se suas funções sociais a partir da conformação de seu aproveitamento economicamente racional e em prol da coletividade¹⁷.

A criação da obrigatoriedade de cumprimento de sua(s) função(ões) social(is) ilustra o perfil do Estado Regulador¹⁸ que, enquanto entidade normativa da atividade econômica, im-

⁶MAZEAUD et MAZEAUD. *Leçons de droit civil – tome premier*. Paris: Éditions Montchrestien, 1955 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.4. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 65.

⁷FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. In: *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000

⁸DONISI, Carmine. *Verso La 'depatrimonializzazione' del diritto privato*. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980.

⁹Em clara manifestação jurídica de que o direito de propriedade não é um fim em si mesmo, mas sim meio a fins transcendentais, v.g., afirmaram os arts. 153 da Carta Alemã de 1919 e; 14 da Lei Fundamental, de maneira simples – e, ao mesmo tempo, de ímpar complexidade à época –, que *Eigentum verpflichtet, i.e.*, a propriedade obriga.

¹⁰Art. 5º, caput, CRFB. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹¹Art. 5º, XXII, CRFB. Todos são iguais perante a lei [...]: XXII - é garantido o direito de propriedade.

¹²Art. 170, II, CRFB. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada.

¹³Art. 5º, XXII, CRFB. Todos são iguais perante a lei [...]: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

¹⁴Art. 170, III, CRFB. A ordem econômica [...] observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade.

¹⁵NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007.

¹⁶Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

¹⁷Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

¹⁸Art. 190, CRFB. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

põe¹⁹ o *dever* de propriedade a pretexto de fiscalizar ou incentivar condutas²⁰ ou, ainda, desestimulá-las²¹. No que tange a matéria dominial, podemos citar como exemplo da vocação regulatória estatal a utilização do jaez extrafiscal²² da tributação, a fim de, mediante a estipulação de alíquotas diferenciadas, desestimular a manutenção de propriedades improdutivas como instrumento de ordenação socioeconômica do direito de propriedade.

A feição regulatória dos direitos de propriedade reflete a “*tendência nitidamente intervencionista e solidarista*”²³ contemporânea. O Estado intervirá na propriedade caso não se cumpra a sua função sócio-econômico-ambiental. Também haverá ação estatal diante do descumprimento da proibição da utilização da posição jurídica proprietária com o intento deliberado de prejudicar terceiros²⁴.

É preciso esclarecer, entretanto, que essa visão *paternalista*²⁵ é apenas uma dentre os tantos paradigmas contratuais possíveis correlatos ao modelo de sociedade em que se desenvolvem. E, como ilustraremos adiante, mostra-se muitas vezes equivocada, como mencionado por Luciano Benetti Timm, a pretensão de, “*pela via contratual, fazer justiça social*”²⁶.

A reestruturação da ordem econômica positivada pela CRFB não foi, em um primeiro momento, percebida pela doutrina civilista. No entanto, a timidez da percepção foi inversa-

¹⁹ Art. 182, CRFB. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

²⁰ Art. 174, CRFB. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

²¹ Art. 243, CRFB. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

²² Art. 153, I, CRFB. Compete à União instituir impostos sobre: VI - propriedade territorial rural; § 4º O imposto previsto no inciso VI do caput: I - será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e; Art. 156, CRFB. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; § 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

²³ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 304.

²⁴ Art. 1.228, NCC. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

²⁵ Timm menciona Kronnam, para quem, a par de existirem inúmeros tipos de paternalismos, destacando-se, acerca da atuação regulatória dos direitos de propriedade, a feição que encerra “*proteção da parte mais fraca, contra sua própria vontade, via normas cogentes que visam readequar o desnível de poder entre os contratantes*”. Cf. TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica*. Direito & Economia. 2ª ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 3.

²⁶ TIMM, Luciano Benetti. *Op. Cit.*, 2008, p. 4.

mente proporcional à grandeza das modificações. É que se para o Código Civil de 1916, caracterizava-se a propriedade pelos poderes que se lhe são inerentes²⁷, a CRFB de 1988 inaugura novos contornos ilustrativos cujos influxos, certamente, amalgamaram-se no – até então – Novo Código Civil²⁸.

Reivindicar, dispor, fruir e usar, não há dúvidas, qualificam e instrumentalizam o direito de propriedade. O fazem, porém, para fins de conformação econômica do proprietário e dos direitos a ele correspondentes.

A funcionalização indaga sobre seu papel econômico que extrapola a esfera negocial e que desafia os limites da não mais absoluta relatividade do contrato e das fronteiras do Código Civil. Tanto é verdade que o Novo Código Civil, apropriadamente constitucionalizado, precogniza em seu art. 1.228, §1º que, além dos direitos clássicos inerentes ao proprietário, a propriedade deve atender às suas finalidades econômicas, ambientais e sociais.

Destaca-se o caráter multifacetário das funções sociais do direito de propriedade. Inicialmente existia o perfil socializado que já estava em vigência desde a vanguardista Constituição de 1946²⁹ e foi reverberado sob a rubrica de função social. Posteriormente surgiu como garantia da ordem econômica pelas Constituições de 1967³⁰ e de 1969³¹. Contudo, a sua fundamentalidade só foi reconhecida em um segundo momento pelo art. 5º da Constituição de 1988.

O conteúdo jurídico do direito de propriedade passou a se traduzir, a nosso ver, em um poder-dever constantemente provocado pela observância dos influxos constitucionais que formatam a noção contemporânea de propriedade. O direito de propriedade encontra-se juridicamente limitado à satisfação das finalidades econômicas e sociais, mas com a visão de que se preserve o meio ambiente³². Mesmo que a propriedade permaneça *privada*³³, ela comporta interesse *público*³⁴ e, mais do que isto, utilidade econômica.

²⁷ Art. 524, Código Civil de 1916. 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.

²⁸ Art. 1.228, NCC. O proprietário tem a **faculdade de** usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

²⁹ Art. 147, Constituição de 1946. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

³⁰ Art. 157, III, Constituição de 1967. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade.

³¹ Art. 160, III, Emenda Constitucional 1 de 1969. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade.

³² Art. 1.228, § 1º, NCC. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

³³ Art. 1.231, NCC. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

³⁴ Art. 1.228, § 3º, NCC. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

Passa-se agora a abordar o binômio propriedade-sociedade sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito.

3. Conteúdo Econômico do Direito de Propriedade

Desde a fase do institucionalismo econômico³⁵, o direito positivo é incapaz de perceber o enfoque econômico notadamente dedutivo que propiciaria, a partir de suposições a respeito da conduta humana, a compreensão de categorias jurídicas implícitas e que não podem ser percebidas pela ótica meramente do texto legal. Para tanto, diante da insuficiência do Direito em resolver todos os problemas do mundo, a perspectiva deverá ser necessariamente interdisciplinar³⁶ e, como via de mão dupla, dará e receberá contribuições. Foi no cerne dessa pretensão de suprir as lacunas jurídicas que surgiu a Análise Econômica do Direito oferecendo novas perspectivas de compreensão da realidade social.

Portanto, a propriedade quando abordada sob a ótica da Análise Econômica do Direito pode ser compreendida em sintonia com a realidade que passa despercebida por argumentos puramente jurídicos. Não por outra razão, se para as ciências jurídicas há apenas um *direito de propriedade*, o campo econômico entende como se fosse um *feixe de direitos de propriedade*, ou seja, vê de uma forma mais ampla.

Os direitos de propriedade de maior abrangência abarcam as relações comportamentais positivas e negativas, *i.e.*, as prescrições e as proscições ensejadoras de sanção pertinente à utilização dos recursos passíveis de escassez. Para fins de universalidade e de obtenção da eficiência da alocação proprietária, todos os recursos escassos devem ser titularizados por alguém³⁷. Tal reflexão é reverberada por Richard Posner que sugere que os recursos valiosos³⁸ têm de observar, cumulativamente, os critérios de *universalidade, exclusividade e transferência*³⁹, o que teria o condão de maximizar seu valor.

Isto se justifica porque, conforme aponta Stephen em sua Teoria Econômica do Direito, a inexistência de direitos de propriedade bem definidos faria com que a propriedade fosse definida com base em critérios de poder, o que geraria o “*caos*”⁴⁰.

Vale dizer, a despeito da relevância do reconhecimento de sua(s) função(ões) social(is), que se mostra oportuna a estipulação de um conteúdo mínimo de direitos da proprieda-

³⁵ V., para maiores informações acerca do institucionalismo, PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics: the economists' New Science of Law, 1830-1930*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

³⁶ “Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação”. BUCCI, M.P.D. O conceito de Política Pública em direito. In *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

³⁷ STEPHEN, Frank H.. *Teoria econômica do direito*. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 11-12.

³⁸ Utilizaremos, para fins metodológicos, os predicativos valioso; escasso e; desejado como sinônimos de uma mesma circunstância econômica.

³⁹ POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Parte I. Cap. I. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 40.

⁴⁰ “Na ausência de direitos de propriedade bem definidos, o destino dos recursos seria determinado na base do ‘chegou primeiro é servido primeiro’ (ou, melhor, o direito está baseado no poder). [...] sem meios para fazer valer os direitos de propriedade, um agricultor poderia se deparar com o gado de outra pessoa solto em seu campo, comendo sua colheita; uma terceira pessoa poderia matar esse gado para obter alimento [...]. O caos”. STEPHEN, Frank H.. *Op. Cit.*, 1993, p. 12.

de, a fim de que, tanto estes quanto aquela(s), se efetivem. Pouco ou nada adiantaria a concepção econômica de uma propriedade que, conquanto funcionalizada, não resguardasse os direitos do proprietário que, por hipótese, não poderia desforçar imediatamente esbulhos tampouco turbações.

A inexistência de salvaguardas jurídicas da garantia da propriedade privada acabaria por desestimular a utilização eficiente⁴¹ dos recursos pelos proprietários porque, essencialmente autointeressados, poderiam não ter incentivos para explorar a propriedade em sua plenitude. Em situações jurídicas precárias, a insegurança impede a utilização eficiente da propriedade.

Em sua *Análise Econômica dos Direitos de Propriedade*, Posner exemplifica a questão da valorização dos direitos de propriedade. Imaginemos que, em um contexto em que não há direitos de propriedade definidos – e, pois, inexitem mecanismos de salvaguarda destes – um determinado fazendeiro cultive milhos. Para tanto, investe em mecanismos de estímulo à produtividade e defesa da produção, adubando a plantação e protegendo-a com espantalhos. Ocorre que, tão logo os milhos se apresentem aptos para serem colhidos, seu vizinho retira, sem a anuência do proprietário, o cultivo em seu próprio benefício. Na hipótese, o fazendeiro que custeou a produção visando à obtenção de lucro posterior e que não pode usufruir de sua colheita, nada poderá fazer – juridicamente – diante da ausência de medidas defensivas de seus direitos de propriedade. Este produtor, então, não perceberá estímulos que justifiquem a manutenção de esforços para conservar sua propriedade. A consequência da ausência de recompensas razoáveis seria, aponta Posner, o abandono da atividade de cultivo da terra⁴² e a transição da sociedade produtora à sociedade incorporadora de métodos de mera subsistência, como a caça, por exemplo, que demandariam menores custos de preparação⁴³.

A construção de Posner permite visualizar que se eventualmente o fazendeiro pudesse afirmar-se como titular específico da terra – que, no caso, é apenas um exemplo, podendo a hipótese ser adaptada a outros bens economicamente mensuráveis – e, portanto, valer-se de instrumentos para fazer com que todos os outros, que não ele, pudessem ser excluídos dela, haveria incentivos para maximizar o valor da terra. Assim, explica Posner, ao garantir-se que a propriedade seja dotada de determinadas características de defesa, seu valor seria, por conseguinte, maximizado.

A discussão parece confluir à percepção de que aos recursos valiosos devam ser conferidas características direcionadas à potencialização do valor inerente à propriedade. Diante da valiosidade, seja pela escassez, seja pelo desejo de apropriação, a terra e a colheita de milho do exemplo mencionado deveriam ser de propriedade de alguém que pudesse, através da mão

⁴¹ Cumpre esclarecer que, ao utilizarmos o vocábulo eficiência e suas derivações, queremos nos referir à pretensão de que se otimizem quaisquer medidas de valor. É dizer, dentre as tantas opções possíveis, enxergamos a eficiência como a vocação para, diante da escassez de recursos, selecionar o meio que consiga satisfazer o maior número de interesses, isto é, que coincida com o bem-estar social que, pensamos, é buscado pela economia e, pois, pela *Análise Econômica do Direito*.

⁴² O fazendeiro também poderia investir em proteção contra o vizinho, mas isso também geraria ineficiente, vez que estaria desperdiçando seu tempo de cultivo com a construção de proteções.

⁴³ Cf. POSNER, Richard. A. *Op. Cit.*, 2007.

coatora do Estado, protegê-los, indicando a *universalidade* dos direitos de propriedade. Além disso, seria imprescindível a possibilidade de exclusão de uso e fruição do recurso por outrem, que não o proprietário, conforme o critério de *exclusividade* da propriedade. E, como consequência dos predicativos anteriores, surge a condição de liberdade de transferência dos direitos de propriedade, a suscitar a regra da *alienabilidade* da propriedade, a fim de que se criassem estímulos para que o proprietário a transfira àqueles que, dispondo de condições de pagamento, tenham maiores condições de valorizá-la e imprimir-lhe maior eficiência. Juntas, universalidade, exclusividade e alienabilidade dos direitos de propriedade, garantiriam, afirma Posner, incentivos para que os recursos fossem utilizados de modo eficiente.

Menciona Stephen⁴⁴, em construção similar a apresentada por Posner, o exemplo daquele que, embora cultive terras, o ordenamento jurídico não oferece quaisquer garantias a seu favor. E, diante do desinteresse legal em tutelar o cultivo e o zelo dispensados à terra, o indivíduo não se preocupará, por exemplo, com o desenvolvimento sustentável e com a conservação do solo a fim de mantê-lo produtivo. Limitar-se-ia a, tanto quanto possível, extrair o proveito econômico, sem quaisquer preocupações conservativas.

O argumento normativo da garantia jurídica de direito de propriedade – mormente os relativos à universalidade, exclusividade e transferência⁴⁵, alternadamente – propulsiona comportamentos compatíveis com a(s) função(ões) social(is) que dele se espera(m) e que, à todo bônus, corresponda ônus como contraponto. Se determinado indivíduo, conquanto ocupe certa porção de terra, não consiga nela enxergar interesse legal que justifique seu zelo, não haverá incentivos à conservação do solo e à sua manutenção produtiva para além do período durante o qual nele permanecer instalado. Ao revés, a consequência deste desinteresse provocado seria alarmante, considerando que o mencionado indivíduo retirará tudo o que lhe convier, reduzirá o solo à escassez e nada ou muito pouco nele investirá.

A partir dessa compreensão, observamos a criação de um sistema de direitos de propriedade que, à luz da teoria econômica, impulsiona as trocas voluntárias a fim de assegurar que tais direitos permaneçam nas mãos dos que mais os valorizem e que tenham capacidade de pagamento. Contudo sem que, para tanto, em situações favoráveis à barganha, o dirigismo contratual deva interferir na alocação eficiente dos direitos proprietários.

É preciso mitigar o impacto dos custos na relação econômica dos direitos de propriedade e, com isto, assegurar a retribuição que, além de compensar o proprietário, possa satisfazê-lo economicamente a fim de justificar e estimular seus esforços. O tempo e o dinheiro gastos, por exemplo, requerem contrapartida motivacional – isto é, estímulo – para assegurar o uso eficiente e economicamente racional da propriedade.

Stephen, cuja abordagem é de perfil prescritivo, vislumbra o direito de propriedade à luz das implicações do efficientismo econômico sem pretender impor que este deva ser o cerne das doutrinas legais. Dirige-se a propor, de modo analítico, comportamentos ótimos à obtenção de metas proprietárias. Embora Stephen, em sua “Teoria Econômica do Direito”, não ne-

⁴⁴ STEPHEN, Frank H.. *Op. Cit.*, 1993, p. 12-15.

⁴⁵ *Idem*, p. 14.

gue a possibilidade de que se extraíam direitos proprietários da propriedade comunitária – ou pública –, destaca o autor a inferioridade destas frente à propriedade privada. A superioridade da propriedade privada se justifica porque os indivíduos têm motivação para maximizar sua utilização⁴⁶.

Sendo assim, diante da ausência de definição ativo-passiva do conteúdo jurídico dos direitos inerentes à propriedade, o “homem econômico” não encontraria estímulos para, por exemplo, defendê-la ou conservá-la, o que, por conseguinte, reduziria o estímulo à utilização melhorada dos recursos postos à sua disposição. Posner, porém, defende que a criação de direitos de propriedade individuais dissociados da coletividade é condição necessária, mas não suficiente para o uso eficiente de recursos⁴⁷.

O raciocínio se reforça com a incorporação na equação econômica dos direitos de propriedade da variável do caráter (in)transferível da propriedade. A possibilidade de ulterior alienação/transferência de sua propriedade será capaz de fomentar que o proprietário se comporte visando a fazer bom uso de seu feixe econômico de direitos da propriedade com vistas à sua capitalização do direito de exclusividade proprietária.

No entanto, ser transferível, *per se*, não trará eficiência aos direitos de propriedade. Mais do que isto, é preciso incentivar o proprietário para que a propriedade tenha seu valor maximizado. Isso porque a mera compensação de custos, a tão-só restituição das grandezas de tempo e valor investidas, ainda assim representaria limitação da atratividade dos esforços a serem realizados na propriedade. Portanto, “*o modo de assegurar o uso eficiente da terra (ou de outra propriedade) é dar a alguém um interesse perpétuo nela, ou seja, torna-la transferível*”⁴⁸. Ser transferível, entende-se, somente quando, através da mão invisível do mercado, alguém com mais interesse e capacidade de pagamento convence o atual proprietário a transferir a propriedade através de uma livre negociação.

Nesse sentido, discerne Yoram Barzel, em sua “Análise Econômica dos direitos de propriedade”, a expressão ‘*direitos de propriedade*’ em dois fragmentos deles extraíveis. Afeioam-se os direitos de propriedade à habilidade de usufruir a propriedade e; ainda, àquilo que o Estado atribui a um indivíduo. Pode-se afirmar que, a partir desta distinção, ao passo que a aptidão para desfrutar dos direitos de propriedade corresponderia à função econômica da propriedade, a atribuição estatal dos direitos de propriedade remeteria à sua função jurídica⁴⁹. Sob o risco de completo esvaziamento, a inexistência da função jurídica dos direitos de propriedade concerniria à limitação de sua função econômica. É dizer, a função jurídica dos direitos de propriedade amplifica a função econômica da propriedade.

A fim de ilustrar a questão, Barzel exemplifica a contraposição entre posseiros e proprietários. Aqueles, a despeito de deterem “*conjunto de direitos que estabelecem o que as*

⁴⁶ Utilizaremos o termo utilidade, para os fins pretendidos pelo presente estudo, como sinônimo de satisfação ou bem-estar econômico.

⁴⁷ Cf. POSNER, Richard. A. *Op. Cit.*, 2007.

⁴⁸ STEPHEN, Frank H.. *Op. Cit.*, 1993, p. 13.

⁴⁹ BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. New York: Cambridge University Press, Second Edition, 1997, p. 3.

*peças podem fazer com os recursos que possuem*⁵⁰, não têm, a seu favor, a autotutela do desforço imediato – invocável, tão somente, mediante registro correlato à aquisição da propriedade.

Nesse cenário, alheios ao suporte da juridicidade e das garantias que dela decorrem – ou seja, dos *direitos legais da propriedade* –, conquanto os *direitos econômicos de propriedade*⁵¹ mantenham seu valor, estes – seus ativos, bem como suas trocas – passam a ser auto-executáveis. Isto significa que os direitos legais de propriedade, nada obstante prescindíveis à conformação dos direitos econômicos desta, potencializam sua estabilidade: a insegurança dos posseiros não decorre da ausência de registro, mas sim, da insindicabilidade de salvaguarda policial⁵². Impõe-se, todavia, o contraponto: apesar de os *direitos legais proprietários* favorecerem os *direitos econômicos de propriedade*, isto não representa a conclusão de que as condicionantes jurídicas devam se inserir, desmesuradamente, na seara econômica⁵³.

As negociações e trocas derivam de acordos que têm, como pano de fundo, interação e cooperação entre indivíduos que, não raro, por imposição exterior, obrigam-se ao cumprimento de cláusulas estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Situações há, porém, em que os baliamentos prescritos pelo Direito geram “*menos eficiência*”⁵⁴ se comparada ao eficientismo porventura decorrente de estipulações motivadas pela livre iniciativa dos próprios negociantes. É preciso, pois, compatibilizar, *in casu*, Direito e Economia.

Os contratos como “*vestimentas jurídicas de uma transação econômica nua*”⁵⁵ e o mercado enquanto “*instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas*”⁵⁶ corroboram a constatação de que os contraentes, que agem de modo estratégico-individualista, tão somente cooperarão entre si se puderem, em alguma medida, desfrutar de benefícios que porventura sobrevirão à celebração negocial.

Ganha destaque, nesse contexto, a teoria dos jogos na perspectiva dos jogos de barganha. Elege-se, para tanto, o corte epistemológico da solução cooperativa de Nash e das hipóteses de não-cooperação. Quando bem-sucedida a barganha, mencionam Cooter e Ulen⁵⁷, o Direito é desnecessário e indesejável à obtenção de uma solução economicamente eficiente.

⁵⁰ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 92.

⁵¹ Os quais, para Barzel, consistem na habilidade de um indivíduo, em termos de expectativa, de consumir o bem diretamente ou por meio de trocas, ou seja, de efetivamente dar uma função econômica, transacional ao direito de propriedade. Cf. BARZEL, Yoram. *Op. Cit.*, 1997, p. 3.

⁵² A delimitação dos direitos de propriedade, portanto, desempenha dupla função, pelo que, a um só tempo, exorta a manutenção da produtividade e desestimula a turbção e o esbulho daqueles, donde se conclui que, quão maior e precisa a delimitação promovida, menor será o custo de defesa – que ficará a cargo, se e quando necessário, do Estado e da jurisdição – que repercutirá na eficiência produtiva.

⁵³ É possível, no entanto, que a incorporação de paradigmas advindos das instâncias jurídicas tenham o condão de estimular a eficiência econômica dos direitos de propriedade. Tratar-se-á doravante desta perspectiva quando da análise dos Teoremas Normativos de Coase e de Hobbes.

⁵⁴ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010, p. 99.

⁵⁵ ROPPO. *Il contratto*. Trad. Português. Coimbra, Almedina, 1988, p. 10-11.

⁵⁶ Cf. COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p.

7.

⁵⁷ *Ibidem*.

Acaso inexitosa a negociação, ao revés, o Direito é necessário e desejável para uma solução eficiente.

Cumprir destacar, todavia, que a (des)necessidade do Direito não quer simbolizar a negação da existência – e, mais do que isto, da relevância – de interesses que extrapolem os limites individuais das transações. O bem-estar social – e, portanto, a perspectiva econômica da função social dos direitos de propriedade – como repercussão coletiva de relações jurídico-contratuais individualizadas merece revisitação.

Com efeito, a propriedade clássica, de índole, como observamos outrora, quase absoluta, passa a ser flexibilizada pela noção dúctil dos direitos de propriedade que, sob os influxos da Análise Econômica do Direito, possibilita que constatemos que, como afirma Coase, os “direitos do proprietário não são ilimitados”⁵⁸. Alicerçadas essas premissas, consubstancia-se o Teorema de Coase para a apreciação econômica dos direitos de propriedade. Imagine-se determinada situação instaurada entre dois indivíduos que envolva a depredação da propriedade de um pela conduta do outro. Esboçada a hipótese, é preciso que se estabeleçam duas matrizes para melhor compreender o Teorema de Coase, uma de índole jurídica e outra, econômica.

Índole jurídica - faz-se necessário investigar, em termos jurídicos, se a nocividade da atuação depredatória dos direitos de propriedade é legitimada pelo ordenamento jurídico e, concomitantemente, se à parte lesada assiste à posição jurídica subjetiva de defender-se da agressão. Por um critério material de justiça, o responsável pelo ato ilícito deve, inexistindo excludentes de responsabilização, indenizar a parte que suportou os prejuízos ou interromper as interferências indevidas. Para a racionalidade econômica, porém, a recíproca não é verdadeira.

Índole econômica - para fins de eficiência, o que se impõe ao caso concreto corresponderá àquilo que promova a alocação eficiente do direito de propriedade. Pode ser que aquele proprietário que sofreu o dano esteja na melhor posição para internalizar este dano, ou seja, a um custo mais baixo consegue absorver o dano causado pelo gerador do ato do que o gerador conseguiria evitá-lo⁵⁹. Do ponto de vista social, assumindo que tentamos maximizar a riqueza social total, não interessa quem gera e quem sofre o dano, mas sim quem consegue absorvê-lo a um custo mais baixo, permitindo que a somatória do resultado positivo seja a maior possível⁶⁰.

Assim sendo, à luz da formatação trazida por Barzel, com as partes se comportando de modo não cooperativo – ou seja, em cenário de alto custo de transação, sendo certo que o nos-

⁵⁸ COASE, Ronald H. *The problem of social cost*. The Journal of Law and Economics, v. 3, 1960, p. 44.

⁵⁹ Posner trata situações similares a esta e nomeia aquele que absorve o dano a um menor custo como “*the least cost avoider*”.

⁶⁰ Imaginemos, parafraseando Coase e Calabresi, o exemplo da fábrica poluidora. A poluição ilustra, por evidente, uma utilização indevida dos direitos de propriedade. Quem, diante disto, pode suportar os prejuízos decorrentes dos poluentes com menor onerosidade? Se, de um lado, a instalação de filtros na fábrica, v.g., é menos custosa que a obrigação de que “os incomodados que se mudem”, a fábrica será o mencionado “*least cost avoider*” de nossa nota de rodapé nº 59; Se, por outro lado, é economicamente mais interessante que os moradores próximos à emissora de poluição se afastem do incômodo, serão estes os que podem evitar o prejuízo com menor custo.

so mundo, na grande maioria das vezes, apresenta custo de transação positivo –, a alocação inicial de direitos afetará sobremaneira a eficiência. Diante da não possibilidade de cooperação, a atribuição do direito gerar o dano ou de sofrer o dano àquele que consegue absorvê-lo a um menor custo será primordial para a prevalência do resultado eficiente. Se o direito proíbe a geração do dano e se o que sofre o dano é aquele que deveria internalizá-lo, pois consegue suportar o dano a um custo mais baixo do que o gerador conseguiria evitar sua geração, do ponto de vista econômico, existiria uma ineficiência⁶¹. Por outro lado, presumindo-se o sucesso da barganha – *i.e.*, baixo custo de transação –, o uso dos recursos é notadamente eficiente, independentemente da norma legal aplicada. Não por outra razão, Martín Krause, acerca do Teorema de Coase e do problema da definição formal dos direitos de propriedade, pontua o embate que se transfere ao intérprete dos direitos de propriedade – o juiz –, qual seja o de resolver os conflitos segundo critérios de eficiência ou de justiça^{62 63}. A definição do efficientismo proprietário, bem como a (i)rrelevância dos direitos legais de propriedade, dependerá, portanto, à luz do Teorema de Coase, do nível dos custos de transação.

A temática dos custos de transação incorpora, ainda, a questão das externalidades que, podendo apresentar-se como negativas ou positivas, impactarão sobremaneira os direitos de propriedade⁶⁴. Como esclarece Mankiw, externalidade é, por assim dizer, o impacto das condutas de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participaram da negociação, pelo que será positiva ou negativa a externalidade se, respectivamente, representar impacto positivo ou adverso nas ações dos negociantes⁶⁵.

As externalidades, compreendidas como elementos exógenos aos direitos legais de propriedade, podem ser mais facilmente verificadas a partir da percepção de eventos que, embora corriqueiros, denotam sua importância⁶⁶. Barulho, poluição e repercussões de direitos de vizinhança são exemplos comumente trazidos pela doutrina de AED e, a este respeito, Steven Shavell destaca parâmetros ótimos de resolução destas exemplificadas externalidades.

⁶¹ Se os custos de transação fossem baixo o suficiente para a barganha esta alocação ineficiente de direitos seria sanada pela própria barganha.

⁶² KRAUSE, Martín. *Derechos de propiedad, el teorema de Coase y la informalidad*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2013, p. 5. O aludido autor correlaciona, ainda, à luz do Teorema de Coase, os direitos de propriedade com o sistema judicial peruano que, a respeito da aplicação da racionalidade econômica quando da interpretação judicante, se utiliza de mecanismos extralegais para resolver disputas entre proprietário, a partir do estímulo a solução pela mediação não jurisdicional promovida, informalmente, pelos próprios líderes locais. Assim, a evidenciar a autorregulação negocial como contrapartida à (des)necessidade do Direito, "Resulta importante destacar que las organizaciones informales que administran justicia sobre cuestiones de propiedad se encuentran en un entorno competitivo: sus líderes son removidos si no cumplen con las expectativas de los ocupantes tanto sea en cuanto a vínculos con las autoridades formales como la provisión de bienes públicos o la administración de justicia". Cf. *Idem*, p. 11.

⁶³ V., para uma leitura mais pormenorizada sobre o tema, HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2002.

⁶⁴ Tudo que de algum modo interfira nos proveitos e custos negociais – e, no nosso ver, não provenha das mãos invisíveis dos preços do mercado – configurará externalidade.

⁶⁵ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 208.

⁶⁶ Neste ponto, precisamos destacar a presença de elevados custos de informação, *i.e.*, a dificuldade de mensuração, por terceiros não participantes da relação negocial, das externalidades, como é o caso das decisões judiciais que visam a aplicar mecanismos de defesa dos direitos de propriedade.

Afirma Shavell que a eliminação de incômodos aos direitos de propriedade é socialmente desejável quando os custos da remoção das interferências forem menores do que os prejuízos por elas ocasionados⁶⁷. Explica-se: no que toca a poluição, por exemplo, do ponto de vista econômico, será socialmente vantajoso reduzir a emissão de poluentes se o custo correspondente para o fazer se mostrar menor do que o dano produzido pela poluição. Shavell aponta que é possível que os custos de solução para as externalidades superem os proveitos gerados pela eliminação das mesmas, hipótese em que as externalidades deveriam continuar existindo⁶⁸.

Cabe ressaltar que, se o fechamento de fábricas, *v.g.*, responsáveis diretas pela poluição, acabar gerando um número de efeitos deletérios superior aos proveitos advindos da melhoria com o término da emissão de poluentes, não se recomendará sua interdição⁶⁹. Nestes casos, a racionalidade econômica deve dialogar com a regra da razão e ilegalidades *per se* porventura devem ceder espaço à ponderação^{70 71}.

De todo modo, a busca do aspecto ótimo do comportamento dos titulares de direitos de propriedade deve ser a perquirição da eficiência que, a depender do caso, demandará maior ou menor esforço de concretização e de estímulos.

Retoma-se o Teorema de Coase para tratar especificamente de suas duas variações interpretativas extraíveis: a hipótese de invariabilidade, através da qual se percebe que, “*se os custos de transação são zero*”⁷², a estrutura das leis não importará, porque eficiência resultará em todos os casos”⁷³ e; com maior destaque, a hipótese de eficiência propicia a constata-

⁶⁷ SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Property Law*. In *Discussion Paper No. 399*, Harvard, 2002. Chapter 10, Conflict and Cooperation in the use of property: the problem of externalities.

⁶⁸ Cumpre pontuarmos, pelo exposto, que sempre que os custos de transação forem expressivos o bastante para impedirem a negociação privada, se destacará a intervenção do sistema legal para fins de alocação eficiente do direito de propriedade. Dito de outro modo, quando os custos de transação forem nulos – hipótese em que os negociantes têm plenas condições de negociação –, não será preciso invocar os *direitos legais de propriedade* para uma solução eficiente. A intromissão do Direito, quando expressivos os custos de transação, insere regramento heterônomo às condições econômicas de negociação cuja cooperação restou frustrada, pelo que os parâmetros negociais internos não serão por si só suficientes à consagração da eficiência econômica.

⁶⁹ “*But unless the courts act very foolishly, the ordinary law of nuisance would seem likely to give economically more satisfactory results than adopting a rigid rule*”. Cf. COASE, Ronald. *Op. Cit.*, 1960, p. 38.

⁷⁰ Confirma-se, a este respeito, para maior detalhamento acerca da aplicabilidade da regra da razão com ênfase no direito concorrencial SCHUARTZ, Luis F. *Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes*. In POSSAS, Mário L. (org.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

⁷¹ Em construção análoga, Shavell comenta a questão do barulho, em que pode ser economicamente recomendável que, como menciona o adágio, os incomodados que se mudem. Novamente, aqui, a razoabilidade exsurge como parâmetro possível de aferição de condutas que tendem a ser economicamente eficientes.

⁷² Conjectura esta que, anos mais tarde, seria revisitada pelo próprio Coase que, de modo diverso, passaria a admitir a infactibilidade de que se tenha custo de transação igual a zero. Ainda assim, vale a teorização para corroborar que, em sendo diminutos os custos de transação, a barganha deverá preponderar.

⁷³ POLINSKY, A. Michell. *Economic Analysis as a Potentially Defective Product*. Harvard Law Review, p. 1655-1681.

ção de que, diante da inexistência de custos de transação e da ausência de obstáculos legais, à alocação eficiente de recursos bastaria o êxito dos jogos de barganha cooperativa⁷⁴.

Em sua ótica normativa, o Teorema de Coase pontua que os custos de transação seriam exógenos à esfera jurídica, pelo que seriam determinados e determináveis por variáveis extrínsecas. Agora, porém, é possível vislumbrá-los, ao menos alguns deles, como elementos intrínsecos ao ordenamento jurídico a qual incumbe, para fins de manutenção da eficiência econômica pretendida, arrefecer os custos de transação e, pois, favorecer o âmbito negocial privado. Nesta vertente do Teorema de Coase assume-se que o Direito pode, no que tange aos direitos de propriedade, aguçar a negociação privada a partir da definição clara de seu conteúdo, desobstruindo a paisagem dos acordos *privados*. Mostra-se indispensável a definição clara dos direitos de propriedade tendo em vista, como sugerido por Cooter e Ulen, a dupla funcionalidade que lhe é inerente: a de estruturar a alocação ótima de recursos e, com isto, promover a distribuição eficiente de recursos⁷⁵.

Destaca-se, por conseguinte, a proximidade entre a afirmação do protagonismo do Direito na demarcação e as teorias contratualistas de Estado. A correlação entre Estado e defesa de direitos de propriedade se motiva pela concepção contratual de que o ente estatal é, desde Thomas Hobbes, construção autorestritiva. Surge o Estado como instrumento garantidor de sua própria manutenção na medida em que é responsável por impor valores naturais de, por exemplo, justiça e equidade. A imposição destes valores, porém, somente se torna possível diante da figura do Estado, tendo em vista que, no cenário do estado de natureza hobbesiano, há apenas a possibilidade de detenção, e não de propriedade. Optou-se, pois, quando da construção do modelo de Estado, por estabilidade, pelo que se concebeu a alocação inicial de direitos de propriedade, mediante o Direito, como mecanismo de segurança jurídica.

O Direito, como mecanismo proveniente do Estado, tem, à semelhança deste, a pretensão de que se confira segurança aos homens. E, a partir da garantia de segurança jurídica inerente ao Estado de Direito, é mandatório que o conteúdo jurídico dos direitos de propriedade seja bem definido. Evitam-se desacordos, negociações insinceras e a ausência de barganha. Reduzem-se os custos de transação e os prejuízos negociais. Eis, neste aspecto, o ponto de contato entre o contratualismo e o Teorema Normativo de Coase e, mais do que isto, como aponta Barzel⁷⁶, entre direitos de propriedade e os evolucionismos por que passou o Estado⁷⁷.

⁷⁴ CALABRESI, Guido. *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules*. Journal of Law and Economics, 1968, p. 67-73.

⁷⁵ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 2010.

⁷⁶ Apontam Monteiro¹ e Zylberzstajn que “Barzel (1994) destaca que a palavra-chave na definição de direito econômico de propriedade é capacidade. A definição preocupa-se não com o que os agentes podem legalmente fazer, mas com o que acreditam poder fazer, ou seja, o que acreditam de fato controlar, sugerindo que direitos econômicos definem o padrão de incentivos dos agentes. Na visão do autor, portanto, direitos legais não são per se condição necessária ou suficiente para a existência de direitos econômicos (Barzel, 1997: 4)”. Continuam, ademais, afirmando em sua nota de rodapé nº 13 que “Barzel (1994: 394) observa que o indivíduo que possui um carro é seu proprietário legal, todavia um ladrão também detém direitos sobre o veículo uma vez que pode dirigi-lo, obter renda do ativo ou mesmo vendê-lo”. Cf. MONTEIRO, Guilherme Fowler de Ávila; ZYLBBERZSTAJN, Decio. Direitos de Propriedade, Custos de Transação e Concorrência: O Modelo de Barzel. *In Economic Analysis of Law Review* 2.1, (Jan-Jun 2011), p. 95-114.

⁷⁷ Cf. BARZEL, Yoram. *Op. Cit.*, 2000.

A interdependência entre direito e economia, quando salutar, sob os auspícios da Análise Econômica do Direito é capaz de, inclusive, incrementar o fluxo de investimentos atraídos e, pois, fomentar a desenvoltura econômica da área circunscrita pela *Law & Economics*, tendo em vista o alto custo gerado pelo congestionamento dos tribunais em razão dos eventuais desrespeitos à propriedade⁷⁸.

Passa-se a contemplar soluções de tutela dos direitos de propriedade.

4. Os Mecanismos Jurídicos de Salvaguarda Dos Direitos de Propriedade

Espera-se que da autorregulação negocial advenha a cooperação e, com ela, a eficiência. Há, no entanto, situações em que a negociação e a convergência de esforços falham, quando então se invoca o Direito para agir em garantia da razão econômica ou, a depender de como serão aplicados os dispositivos jurídicos, da justiça.

Pelo que até aqui foi exposto, o que juridicamente se concebe sob o rótulo de direito de propriedade é, para fins econômicos, um conglomerado de direitos proprietários. Incluem-se nestes direitos exercíveis pelo titular de garantias de propriedade a vedação de interferência em seu exercício.

Diante dessa constatação, emerge a necessidade de, ao lado da delimitação jurídica clara dos direitos de propriedade, conceber as modalidades de tutela dos direitos de propriedade que se farão necessárias caso a iniciativa negocial falhe. Mais precisamente, quais seriam os remédios jurídicos disponíveis para as violações dos direitos de propriedade e em que situação devemos usar cada um deles, quando o objetivo a ser alcançado for a eficiência econômica?

A primeira possibilidade que se mostra viável é o remédio jurídico de cunho indenizatório - ressarcitório, através do qual, tão logo ocorra lesão à esfera jurídico-subjetiva do proprietário, eclode, *ex post*, a tutela indenizatória como medida positiva de reparação do dano suportado⁷⁹. A segunda possibilidade de proteção dos direitos de propriedade disponível possui o cunho inibitório. O remédio jurídico da tutela inibitória permite que o decisor determine a cessação da interferência nos direitos de propriedade de alguém. De todo modo, a opção por uma ou outra iniciativa protetiva, seja pela tutela inibitória, seja pela iniciativa ressarcitória, influirá na distribuição dos valores dos direitos de propriedade, assim como, na alocação eficiente destes direitos.

⁷⁸ Pinheiro e Saddi parecem identificar que a definição clara de direitos de propriedade consegue atrair investimentos, pelo que “[...] justiça e desenvolvimento econômico estão ligados umbilicalmente, ainda mais depois das reformas liberalizantes levadas a cabo na década de 1990. Como observado por Summers e Thomas, ‘o estabelecimento de um sistema legal e judiciário que funcione adequadamente e que garanta direitos de propriedade é essencial como complemento às reformas econômicas’. De acordo com Willig, após as privatizações, os países que a adotaram ficaram mais dependentes de bons sistemas legais e judiciais para viabilizar níveis adequados de investimento”. Cf. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. Cit.*, 2005, p. 14-15.

⁷⁹ Pode-se também conceber mecanismos *ex ante* concernentes à tutela preventiva dos direitos de propriedade, os quais, de perfil equitativo, procurarão obstar eventuais danos futuros. BEBCHUK, L. A.. *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral*, Michigan Law Review n. 601, 2001.

Em regra, para a AED, em sendo elevados os custos de transação, o remédio jurídico ressarcitório mostra-se como a alternativa que mais se afeiçoa aos parâmetros de eficiência; ao passo que, em se tratando de custos de transação diminutos, a cessação das interferências indevidas conduzirá à maior eficiência. Mas como identificamos as situações de alto ou baixo custo de transação? Didaticamente, a partir das teorizações de Coase, vislumbramos os custos de transação exógenos ao direito em três estágios – custo de localização, de negociação e de supervisão – cada um deles com características distintas⁸⁰.

A prescrição normativa de aplicação do remédio da indenização, quando da existência de altos custos de transação, e da cessação das interferências, quando os custos de transação são baixos, deve ainda enfrentar o seguinte argumento: se uma determinada contenda chega ao judiciário, não seria a judicialização do caso uma indicação de que o caso em debate envolve alto custo de transação? Afinal, pode-se argumentar que caso os custos de transação fossem baixos o suficiente as partes já teriam barganhado e chegado a uma alocação eficiente dos direitos antes da judicialização. No entanto, este argumento é falacioso. Muitos dos custos de transação podem ser endógenos ao direito, ou seja, por motivos de imprecisão ou mesmo políticos, o direito cria custos de transação através de normas e princípios pobremente definidos. A “obscuridade” do direito eleva o custo de transação, induzindo as partes a divergirem quanto a quem pertence o direito em disputa, ou seja, quanto a quem pertence o direito de propriedade demandado. Em situações como esta, a decisão judicial tem como uma de suas funções elucidar a titulação do direito em questão. Diferente do que para muitos parece, a sentença encerra apenas o processo judicial e não o debate sobre o direito em disputa, deixando aberta uma nova fase de negociação. Portanto, quando o decisor faz uma análise dos custos de transação exógenos e identifica que estes são baixos, o remédio da cessação da interferência seria o mais eficiente, pois abriria para as partes a possibilidade de privadamente decidirem quem ficará com o direito. Já no caso de uma análise que apresente alto custo de transação, o remédio da indenização dos danos seria o mais eficiente.

Para Luiz Guilherme Marinoni⁸¹, a ação inibitória lida com a probabilidade do ilícito ainda que o caso em questão verse de uma repetição ou continuação. Assim, é uma ação volvida para o futuro e não para o passado. Não trata do ressarcimento do dano já ocorrido e,

⁸⁰ Custos de localização – são aqueles envolvidos em encontrar o bem ou o direito a ser negociado, ou aquele que detém o bem ou direito a ser negociado. É muito fácil encontrar uma lata de Coca-Cola para comprar, mas é difícil encontrar um fusca 68, verde, com faixas brancas nos pneus para comprar. A especificidade do ativo ou do direito vai influenciar no custo de localização.

Custos de negociação – são aqueles que permeiam a negociação do bem ou do direito. O número de indivíduos envolvidos em uma negociação, assim como a animosidade entre estes indivíduos são os fatores mais importantes na determinação dos custos de negociação. A negociação entre dois indivíduos, tudo mais igual, é mais fácil do que entre vinte indivíduos. A negociação entre dois indivíduos que não se odeiam é mais fácil do que entre inimigos.

Custos de supervisão – são aqueles relacionados com a verificação do acordo feito. Neste campo, o tempo é um fator importante. Quando fazemos acordos de cumprimento imediato, o custo de supervisionar o acordo é baixo. Já quando fazemos acordos diferidos no tempo, o custo tende a se elevar. A venda de um objeto com a permuta imediata do bem pelo dinheiro tem um custo de supervisão mais baixo do que uma venda onde uma primeira parcela do pagamento é efetuada no ato da venda. A entrega do bem ocorre em trinta dias e a quitação em sessenta dias. Neste caso existe a necessidade de supervisão recíproca entre o comprador e o vendedor.

⁸¹ MARINONI, Luiz G. Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf)

portanto, dos elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo. A ação inibitória pode agir de três modos distintos: visando impedir a prática de ilícito, inibindo a repetição do ilícito e a continuação do ilícito. A tutela inibitória, em essência, é um mecanismo de caráter estritamente preventivo do ilícito ⁸².

A ação inibitória como remédio jurídico mais eficiente - Comparativamente, o remédio jurídico da cessação da interferência é mais eficiente do que o de cunho ressarcitório quando os custos exógenos de transação forem baixos. Isto porque a regra de indenização impõe risco à eficiência pretendida: afinal, incumbirá ao juiz, não participante direto da relação negocial, a quantificação dos males causados e suportados. A regra ressarcitória, ficará a cargo do Judiciário, enquanto terceiro de observação diferida, cabendo-lhe a pacificação do conflito deflagrado, o que, em essência, o submeterá a superação do que oportunamente se denomina de custos de informação, a fim de que se determine a troca supervisionada que se mostre apta a tutelar os direitos de propriedade e a *realocar*⁸³ recursos. Para Cooter e Ulen⁸⁴, a condição de baixos custos de transação propicia e, mais do que isto, estimula a negociação interna e a solução eficiente, portanto, quando o judiciário retira, através de uma decisão judicial, os custos endógenos do direito, os entraves à cooperação desaparecem e as partes podem chegar ao resultado mais eficiente ⁸⁵.

A eficiência na ação mandamental de cessação de interferência ocorre por alguns caminhos distintos e que não se sobrepõem. Primeiro, o judiciário não incorre no custo de ter que investigar⁸⁶ qual o valor da indenização a ser paga para uma das partes. Quando da determinação de cessação de interferência, as partes negociarão o valor que a parte afetada estaria disposta a receber para ser indiferente a interferência em sua propriedade, portanto o judiciário não incorreria nesse custo. Segundo, o judiciário pode incorrer em erro ao tentar fazer inferências sobre o valor a ser pago para a parte afetada. Basta lembrarmos a utilização do valor de mercado do bem como referência para a indenização, neste caso todo o valor subjetivo da parte afetada estaria fora destes cálculos ⁸⁷.

Sob condições de baixos custos de transação, as ações mandamentais de cessação de interferência são, da perspectiva da AED, incentivadoras de trocas voluntárias e modelização de maior condição de personificar eficiência. Já sob o ambiente de alto custo de transação, a mesma inferência não se mantém. Deste modo, quando inviáveis os propósitos auto regulató-

⁸² Quanto à forma de requerimento, a tutela inibitória pode ser requerida através de uma ação de fazer ou de não fazer.

⁸³ “When a new cost arises, resources will tend to be reallocated in a manner that minimizes the fall in the value of output that results from this cost”. Cf. MANNE, Henry G. *The Economics of Legal Relationships. Readings in the theory of property rights*, West Publishing Company, 1975, p. 194.

⁸⁴ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 2010, p. 118

⁸⁵ Credita-se a Guido Calabresi e Douglas Melamed o oferecimento de teorizações seminais que, a par dos instrumentos de tutela jurídica dos direitos proprietários, intentaram promover a eficiência. CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral*. Harvard Law Review, volume 85, número 6, 1972, p. 1089-1128.

⁸⁶ Nesta investigação o judiciário pode ser obrigado a recorrer a peritos.

⁸⁷ Se alguém valorizasse o direito em discussão apenas por seu valor de mercado, este alguém já teria vendido este direito.

rios, *i.e.*, hipóteses em que a voluntariedade negocial se mostra incapaz de alocar eficientemente direitos de propriedade, desafia-se a formulação de alternativas à garantia da eficiência dos direitos de propriedade e, nesta condição, o remédio legal ressarcitório é a solução mais eficiente.

A ação ressarcitória - As regras de indenização podem ser ilustradas em 3 partes. Primeiramente pela situação onde uma das partes suporta a integralidade da reparação do prejuízo. Depois pela classificação segundo comparativos de negligência, quando os custos de reparação serão sopesados a partir do cotejo de parcela de responsabilidade dos indivíduos, podendo ser pulverizados entre dois ou mais indivíduos. E por fim, pela incorporação da feição punitiva, largamente conhecida pelo ordenamento jurídico pátrio sob a rubrica da teoria das *punitive damages*⁸⁸, através da qual, para além do vetor da reparação integral – intitulada *res-titutio in integro* –, as partes causadoras ou responsáveis pelos danos provocados arcarão com mais de 100% do *quantum* dos agravos cometidos, à título de reprimenda e desestímulo⁸⁹.

A ação ressarcitória como remédio jurídico mais eficiente⁹⁰ trata-se de uma troca supervisionada. Ainda que o judiciário incorra no custo de ter que determinar o valor da indenização que faria a parte lesada tão bem quanto se o dano não tivesse ocorrido, portanto, incorrendo também nos males da assimetria de informação, mesmo assim, comparativamente, o remédio ressarcitório é mais eficiente, vez que evita o custo de negociação, de negociação e supervisão, assim como, o problema de *holdouts*. O outro remédio jurídico disponível, a cessação da interferência, não permite, sob alto custo de transação, a negociação, fazendo com que o direito de propriedade pudesse ser alocado ineficientemente.

⁸⁸ A indenização punitiva é aquela que transcende o princípio da reparação integral e, condenando o ofensor em quantia maior que a correspondente ao valor do dano, visa a desestimular a reiteração da conduta lesiva e, mais do que isto, realocar o *quantum debeat* em prol da sociedade que, em última análise, também foi prejudicada pela atuação antijurídica daquele que gerou dano a outrem. No entanto, afirma-se, recorrentemente, que as *punitive damages* não têm aplicação no ordenamento jurídico brasileiro por faltar-lhes previsão legal. Veja-se, por exemplo, o REsp 1.301.989-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12/3/2014. DIREITO CIVIL E AMBIENTAL. CARÁTER DA RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE AMBIENTAL CAUSADO POR SUBSIDIÁRIA DA PETROBRAS. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ). [...] é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo. [...] foi consignado ser patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, sendo devida compensação por dano moral, fixada, por equidade. A doutrina realça que, no caso da compensação de danos morais decorrentes de dano ambiental, a função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis, visto que a função punitiva cabe ao direito penal e administrativo, propugnando que os principais critérios para arbitramento da compensação devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível, sendo relevante analisar o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado. Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro – que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) –, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).

⁸⁹ FELDMAN, Allan M.; FROST, John M.. *A Simple Model of Efficient Tort Liability Rules*. Brown University, Department of Economics, Working Paper n. 96-12, 1996.

⁹⁰ Comparativamente o remédio jurídico da indenização do dano causado é mais eficiente do que o da ação mandamental de cessação da interferência quando os custos exógenos de transação forem altos. Caberá ao juiz, através da determinação do pagamento da indenização do dano, imitar o resultado que seria alcançado caso tivesse ocorrido uma negociação sob baixo custo de negociação.

A princípio, verificamos que as regras mandamentais de cessação de interferência têm aplicação recomendada diante de situações em que os custos de transação sejam baixos, ao passo que, em se tratando de custos de transação elevados, serão as regras de indenização a solução mais eficiente. Esta fórmula, no entanto, merece temperamentos.

Imaginemos o seguinte exemplo: dois indivíduos que são proprietários de terrenos contíguos há muito tempo se conhecem e são bons amigos. Todos os dias, ao abrirem suas janelas, têm plena visão da propriedade adjacente. Ocorre que, em certo dia, um dos proprietários – A – resolve realizar o sonho de suas filhas e construir uma casa de bonecas naquele que imaginava ser seu terreno. Contudo, embora a construção alegue a sua família, acaba por invadir uma parcela do terreno de seu amigo vizinho – B –, que estava viajando de férias e que ao retornar deparou com a casa já construída, fato este que certamente não o agradou. B, então, tenta convencer A de que a casa de bonecas construída invadiu um metro de seu terreno. No entanto, A não se convence, afirmando que a construção está exatamente sobre a linha limítrofe dos dois terrenos. Não chegando a um acordo, B então decide acionar judicialmente seu vizinho A em razão da invasão de seu direito de propriedade.

Ante a situação hipotética apresentada, cabe-nos raciocinar acerca de algumas variáveis jurídicas e econômicas pertinentes. O custo de transação entre as partes é alto ou baixo? Havia dificuldades de localização, negociação ou supervisão do acordado? Se o custo de transação é baixo o suficiente, por que a barganha não ocorreu? Qual o remédio jurídico mais eficiente para solucionar a disputa entre A e B?

Começemos pela questão dos custos de transação. Tendo em vista que os proprietários eram vizinhos, a detecção da construção da casa de bonecas seria – como de fato foi – de fácil percepção. Afinal, bastaria que B abrisse sua janela, como fazia todos os dias, e verificasse a edificação indevida. Assim, não há elevados custos de localização. Tampouco expressivos são os custos de supervisão da implementação do julgamento decisório ou do acordo, pela proximidade geográfica entre A e B e pela fácil visibilidade da casa de bonecas, os custos de supervisão seriam reduzidíssimos. Os custos de negociação, embora demandem maior ônus argumentativo, também seriam diminutos, tendo em vista que, além de vizinhos, A e B se conhecem há bastante tempo e são bons amigos, o que, pelo somatório das condicionantes apresentadas, remeteria, a nosso ver, a baixos custos de transação.

Dois questionamentos surgem dessas constatações: se os custos de transação eram baixos – como, de fato, aparentam ser –, por que razão B, um dos proprietários, precisou demandar A em juízo? Se, em tese, os custos de transação eram baixos, a negociação entre as partes ocorreria e a solução mais eficiente seria alcançada e as partes não precisariam recorrer ao judiciário. Uma vez ajuizada a ação, qual seria a solução jurídica mais eficiente para a demanda? A tutela inibitória ou a ressarcitória?

Passamos a responder.

Se os custos de transação eram baixos – como, de fato, aparentam ser –, por que razão B, um dos proprietários, precisou demandar A em juízo? Quando os custos de transação são

baixos o suficiente a negociação sempre vai ocorrer e o bem, o serviço ou direito em disputa sempre será eficientemente realocado. Em um cenário de custos de transação baixos o suficiente para permitir a barganha, um acordo seria facilmente alcançado, o que conduziria à desnecessidade de intervenção do judiciário. No entanto, se houve requerimento à intervenção judicial, resta provada a incapacidade de negociação e isto nos remete a um cenário de alto custo de transação. Por que razão? Muito embora, aparentemente, os custos de transação indicassem serem baixos – baixo custo de localização, negociação e supervisão – os direitos de propriedade poderiam não ser claramente definidos. Pode ser que A e B tivessem dúvidas quanto ao direito, por exemplo, quanto à posição correta da divisa entre os terrenos. Neste caso, o aumento do custo de transação se deu por uma “obscuridade” do direito, tendo em vista que as partes, verdadeiramente, divergiam quanto ao direito, ou seja, quanto à localização correta da linha divisória de seus terrenos. O aumento dos custos de transação se deu, portanto, por uma indefinição do direito⁹¹.

O Direito, portanto, adquire, nesses casos, o papel de protagonista na incumbência de reduzir os custos de transação e propiciar – e, mais do que isto, incentivar – a negociação privada. Afinal, através da definição clara dos direitos de propriedade, a esfera privada negocial restaria impulsionada. E o que acabamos de afirmar se relaciona diretamente com o próximo questionamento que enfrentaremos.

A segunda indagação que propusemos anteriormente se vincula a qual instrumento de tutela jurídica se mostra mais eficiente para alocar os direitos de propriedade nesse caso. Uma vez ajuizada a ação, qual seria a solução jurídica mais eficiente para a demanda: a tutela inibitória ou a ressarcitória? Como já exposto, diante de hipóteses de baixos custos de transação, a proteção dos direitos de propriedade melhor se dará, via de regra, mediante a utilização da tutela inibitória.

Dito isoo, reflitamos agora como o remédio da cessão da interferência seria a solução mais eficiente. Digamos que o julgador, após consultar os documentos de propriedade de A e B e com a ajuda de um topógrafo, chegou à decisão que A construiu a casa de bonecas um metro dentro do terreno de B e por isso determinou a demolição da mesma. O fato é que, tão logo prolatada a sentença, A e B passam a enxergar a clara definição dos direitos de propriedade e, em razão disto, podem, finalmente, iniciar a negociação privada, afinal, todos os outros custos – localização, negociação e supervisão – são baixos o suficiente para permitir a barganha. Neste ponto, a conclusão anterior se conecta, como oportunamente afirmamos, com a conclusão que agora fizemos: a partir da definição clara dos direitos de propriedade – que, na hipótese, se deu pela própria interferência judicante –, a negociação se tornou possível.

Resta lembrar que apesar da determinação mandamental, a demolição da casa de bonecas não necessariamente ocorrerá. Com a redução dos custos de transação pela sentença judicial, A pode tentar convencer B em vender seu direito de propriedade – um metro do ter-

⁹¹ Esta situação remonta ao que já mencionamos anteriormente, quando apreciamos o Teorema Normativo de Coase, oportunidade em que afirmamos que, conquanto, em regra, os custos de transação sejam exógenos ao ordenamento jurídico, há obstáculos aos direitos de propriedade que podem decorrer do próprio sistema jurídico. Isto indica que a definição clara dos direitos de propriedade pode enfraquecer eventuais obstáculos, reduzindo o custo de transação, que impedem a negociação entre os proprietários.

reno. Digamos que A oferte R\$10.000,00 pelo metro de terreno de B e que esse se negue a vender. Neste caso, A teria que demolir a casa e o bem – o metro de terreno – ficaria com aquele que mais o valoriza e tem capacidade de pagamento. Outra possibilidade é que A oferte R\$20.000,00 pelo metro de terreno de A, que agora aceita a proposta. Em ambos os casos a barganha aloca o bem de forma eficiente.

O outro remédio jurídico possível para a lide entre A e B seria a determinação de indenização do dano sofrido por B. Neste caso o judiciário incorreria no custo de simular uma transação ocorrida no mercado e teria que saber o valor exato que faria B ser indiferente quanto ao metro de terreno ou o valor da indenização para que o remédio fosse eficiente. Ocorre que os custos para determinar essa indenização, bem como a grande margem de erro quanto ao valor, tornam a determinação de indenização menos eficiente do que a determinação mandamental neste caso, onde os custos de transação são baixos. Ilustremos com outro exemplo uma situação onde a indenização é mais eficiente do que a tutela inibitória.

Imaginemos uma sociedade empresária que é demandada em juízo. A requerida empresa fabricante de cimento é acusada de produzir interferências nocivas (externalidade negativa na forma de vibração) aos vizinhos (muitos vizinhos), requerentes. Uma tutela inibitória determinando que a fábrica cesse a interferência obrigaria o seu fechamento ou uma negociação entre a fábrica e todos os vizinhos. Não existem meios tecnológicos para a solução das interferências, sendo um problema de ordem mundial, portanto, o que resta para a fábrica é a negociação com todos os vizinhos, que versaria sobre o valor a ser pago a cada um deles pelo distúrbio causado pela vibração da fábrica. Ocorre que, por conta do grande número de partes, a negociação provavelmente restaria infrutífera. Quando o judiciário determina a indenização dos danos sofridos pelos vizinhos, sua atuação elimina a necessidade de negociação entre as partes e, neste caso, em sendo muitas as partes, imita/substitui o mercado. Claro que o judiciário pode errar nos valores determinados, mas o custo da livre negociação superaria a margem de erro do judiciário.

A culpa - ocorre que nem todo dano causado a propriedade alheia é passível do dever de reparação. Em questões de responsabilidade subjetiva, deve-se discutir a culpa do agente que causou o dano, em não havendo culpa, não haverá a necessidade de reparação do dano. Invoca-se, como parâmetro para delimitar a existência da culpa e, portanto, a obrigação de indenização das violações dos direitos de propriedade, a fórmula de Hand, que foi elaborada pelo juiz Learned Hand no célebre caso *United States vs. Carroll Towing Co.*, com o objetivo de estabelecer um parâmetro para a caracterização das condutas culposas. [*United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947)]⁹².

⁹² É preciso deixar claro que visualizaremos a Regra de Hand no cerne do debate acerca da regra de indenização como aplicável às hipóteses em que o uso indevido dos direitos de propriedade recaia em situações em que se façam presentes os elementos da culpa, pelo que de dolo não cuidaremos. Advertimos ainda que, embora não estejamos falando de dolo, isso não quer significar que tenhamos afastado a aplicação da Regra de Hand à responsabilidade objetiva, ainda que excepcionalmente. É que, mesmo diante de responsabilidade de caráter objetivo, é possível aferir a culpa da vítima nas situações em que, por culpa exclusiva desta, não será o ofensor mas sim o próprio ofendido que arcará com o dado, o que poderá requerer a aplicação da Regra.

Em certas circunstâncias⁹³, ainda que determinada medida de precaução possa reduzir a probabilidade de ocorrência de um evento danoso, sua adoção pode não ser eficiente. A análise econômica ressalta a necessidade de sopesamento do dano de um lado, e dos custos de precaução do outro, para se obter uma decisão eficiente quanto a existência da culpa⁹⁴.

A fórmula advinda da jurisprudência norte-americana consiste num parâmetro para a caracterização das condutas culposas⁹⁵. Segundo Hand, o potencial causador *A* de um dano terá agido com culpa se não houver adotado determinada medida de precaução cujos custos marginais de adoção sejam menores que a consequente redução do dano marginal esperado⁹⁶.

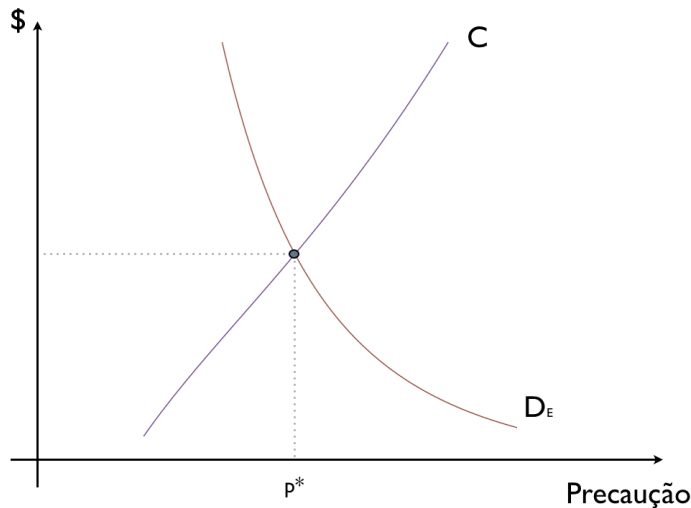
Tais intuições sugerem a seguinte representação gráfica do modelo estabelecido pela fórmula de Hand:

⁹³ A elaboração mais detalhada da fórmula de Hand, assim como, o exemplo ilustrativo que segue são baseados e se apoiam no capítulo do livro - PORTO, Antonio José Maristrello. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 183-184.

⁹⁴ Considere o seguinte exemplo. As chances de um motorista *A*, ao realizar uma curva, bater no carro de *B*, que se encontra estacionado na rua, são reduzidas pela metade caso *A* diminua em 20 km/h a velocidade com a qual conduz seu veículo ao passar pela curva. A uma dada velocidade inicial, a probabilidade do motorista *A* causar um dano de R\$ 20.000,00 a *B* é de 0,1%. Caso *A* reduza a velocidade, a probabilidade de ocorrência do dano cai para 0,05%. Desta forma, o dano esperado inicial é de R\$ 20,00 (R\$ 20.000 x 0.1%), e é reduzido para R\$ 10,00 (R\$ 20.000 x 0.05%) com a adoção desta medida de precaução, o que gera um benefício marginal de R\$ 10,00 para *B*. Caso o custo em que *A* incorre para adotar esta medida (reduzir a velocidade) seja inferior a R\$ 10,00, digamos R\$ 5,00, a medida será eficiente. Ao adotar uma medida que lhe custa apenas R\$ 5,00, *A* gera um benefício de R\$ 10,00 para *B*. O exemplo dos motoristas sugere ainda a possibilidade de uma negociação eficiente entre *A* e *B*. Num cenário de custo de transação igual a zero, *A* e *B* poderiam negociar um valor entre R\$ 5,00 e R\$ 10,00 para que *A* passasse a dirigir mais devagar. Assim como no âmbito do direito dos contratos, o cenário de custos de transação zero levará, aqui também, à adoção da medida mais eficiente. Entretanto, a área de aplicação das regras da responsabilidade civil pode ser definida em termos econômicos precisamente pela existência de custos de transação proibitivos, que impedem uma solução contratual. Com efeito, *A* jamais atingiria sua destinação caso se visse forçado a negociar a velocidade com a qual conduz seu veículo com cada proprietário de carros estacionado na rua.

⁹⁵ A fórmula é usualmente apresentada pela expressão $C < DE$, em que *C* denota o custo marginal de precaução, e *DE* o montante do dano esperado. O agente terá agido com culpa quando os custos marginais de precaução que deixou de adotar forem inferiores à redução marginal do dano esperado.

⁹⁶ No exemplo dado, se *A* deixar de reduzir a velocidade estará agindo de forma culposa, e violando um dever de precaução, uma vez que os custos em que incorreria para adotar semelhante medida (R\$ 5,00) são inferiores aos benefícios marginais advindos de sua adoção (redução do dano esperado em R\$ 10,00). Ou seja, ao deixar de adotar uma medida que lhe custaria apenas R\$ 5,00, *A* gera uma perda esperada de R\$ 10,00 para *B*, e, portanto, age com culpa. Continuemos com este exemplo. Suponha agora que, caso *A* reduzisse a velocidade de seu veículo em 40 km/h ao passar pela mesma curva, a probabilidade de causar um dano de R\$ 20.000,00 a *B* caia para 0,04%. Suponha também que esta redução de velocidade custe R\$ 13,00 para *A*. Neste caso, o benefício marginal não compensa os custos impostos a *A*. Note que o benefício marginal é de apenas R\$ 12,00, e, portanto inferior ao custo marginal de precaução de R\$ 13,00. O custo marginal de adoção desta medida de precaução supera seus benefícios marginais, portanto *A* não age de forma culposa ao deixar de adotar a medida. Neste exemplo, um parâmetro de velocidade eficiente seria aquele que estipula uma redução de 20 km/h ao passar pela curva, e não de 40 km/h.



$$C < DE$$

C = custo marginal de precaução

DE = dano esperado marginal = pd

p = probabilidade marginal de ocorrência de dano

d = dano marginal

Assim, temos no eixo vertical uma medida de custo expressa em dinheiro; e no eixo horizontal, uma medida do nível de precaução. A curva C descreve uma função dos custos de precaução. A medida que exercemos maior precaução, os custos de precaução (C) aumentam. A curva DE descreve a função do dano esperado. À medida que exercemos menos precaução, os danos decorrentes de acidentes (DE) diminuem. Temos a solução eficiente no nível de precaução p^* , em que a curva de custo marginal de precaução se encontra com a curva do dano marginal esperado. No ponto em que estas variáveis se igualam, atingimos o nível ótimo de precaução. Qualquer nível de precaução inferior a p^* constituirá uma conduta culposa, como podemos aferir da fórmula de Hand. Qualquer nível superior de precaução será excessivo, ineficiente⁹⁷.

5. Considerações Finais

As contribuições da Análise Econômica do Direito propiciam que o direito de propriedade possa ser reconhecido, para fins econômicos, como feixe de direitos e, pois, igualmente de deveres. Diante da finitude de recursos e da perenidade de interesses, faz-se necessário (re)alocar direitos de propriedade a fim de que estes permaneçam nas mãos dos que têm me-

⁹⁷ É importante também notar que as variáveis adotadas são todas marginais, e portanto não representam valores absolutos. Segundo Posner, na prática, a visão dos juízes está adstrita a considerações sobre mudanças de caráter marginal. Desta forma, o autor considera a fórmula de Hand é particularmente adequada ao tipo de informação acessível aos juízes na análise de casos concretos. POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. p.169, 170. 6th edition. Aspen Publishers: New York, 2003.

lhores condições de valorizá-los – e, por evidente, condição de pagamento – para que, com isto, se construa a eficiência perquirida.

Assim, expressões como “definição clara de direitos de propriedade”; “Teorema de Coase”; “Teorema Normativo de Coase”, “custos de transação” e; o “estudo das externalidades” compartilham entre si o fato de comporem um campo de variáveis que interferem na dimensão de eficiência dos direitos de propriedade e têm, ainda em comum, a vocação para, como visto, gerar debates em torno da presença regulatória do Direito.

Sempre que a assimetria de informação representar circunstância irremissível à capacidade de negociação entre as partes e, por conseguinte, atrair elevados custos de transação, o direito será acionado na expectativa de tutela dos direitos de propriedade com fins de buscar a eficiência. Que tal se dê, porém, a título de exceção, não como regra.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. New York: Cambridge University Press, Second Edition, 1997.

BEBCHUK, L. A.. *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral*, Michigan Law Review n. 601, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007.

BROMLEY, D. W. *Property rules, liability rules and environmental economics*. Journal of Economic Issues, 1978.

CALABRESI, Guido. *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules*. Journal of Law and Economics, 1968.

_____; MELAMED, Douglas. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral*. Harvard Law Review, volume 85, número 6, 1972.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. The Journal of Law and Economics, v. 3, 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no. 7, p. 73-88, 1998.

DONISI, Carmine. Verso La ‘depatrimonializzazione’ del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile*, 80, 1980.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. In: *Revista trimestral de direito civil*, 4:243, 2000.

- FELDMAN, Allan M.; FROST, John M.. *A Simple Model of Efficient Tort Liability Rules*. Brown University, Department of Economics, Working Paper n. 96-12, 1996.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company, New York. London, 2000.
- KRAUSE, Martín. *Derechos de propiedad, el teorema de Coase y La informalidad*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2013.
- KRAUSS, Michael. Property Rules vs. Liability Rules, In Bouckaert, Boudewijn, De Geest, Gerrit (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume II: Civil Law and Economics, Edward Elgar, 2000.
- MATTIETTO, Leonardo. Função social e diversificação do direito de propriedade. In *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 155-168, jun. 2005.
- MONTEIRO, Guilherme Fowler de Ávila; ZYLBERZSTAJN, Decio. Direitos de Propriedade, Custos de Transação e Concorrência: O Modelo de Barzel. In *Economic Analysis of Law Review* 2.1, (Jan-Jun 2011), p. 95-114.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007.
- NASCIMENTO, Fabiano Severiano do. Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação. In *Revista de Direito da Cidade*, vol.03, nº 01, 2011.
- NICITA, Antonio; RIZZOLLI, Matteo. *Property Rules, Liability Rules and Externalities*. Journal of Public Finance and Public Choice, Forthcoming.
- OTT, Claus; SCHAFER, H-B., The Dichotomy between Property Rules and Liability Rules: Experiences from German Law. In *Erasmus Law Review*, Vol. 1, No. 4, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 4. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. v. I, 5 ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POLINSKY, A. Michell. *Economic Analysis as a Potentially Defective Product*. Harvard Law Review.
- POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Parte I. Cap. I. New York: Aspen Publishers, 2007.

SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Property Law. Chapter 10, Conflict and Cooperation in the use of property: the problem of externalities. *In Discussion Paper*, n. 399, Harvard, 2002.

STEPHEN, Frank H.. *Teoria econômica do direito*. São Paulo: Makron Books, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. *Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica*. Direito & Economia. 2ª ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5ª Ed., 2010.