

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DE PROPRIEDADE BRASILEIRA

Giovanna Lopes dos Anjos¹

Fernanda dos Santos Silva Galan²

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar se o direito de propriedade, na perspectiva jurisdicional brasileira, é eficiente sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Para isso, inicialmente, é indispensável examinar os fundamentos dessa abordagem teórica. O estudo aborda, em primeiro lugar, o desenvolvimento histórico do movimento e suas principais premissas. Em seguida, explora de forma introdutória a relação entre a Análise Econômica do Direito e o Direito de Propriedade, considerando um panorama jurídico mais amplo. Por fim, discute-se a compatibilidade entre os princípios da Análise Econômica do Direito e o direito de propriedade no Brasil, destacando que, conforme definidos atualmente, esses direitos são eficientes dentro dessa teoria. Além disso, reforça-se que eles permanecem assegurados aos titulares que demonstrem o ânimo de dono, respeitando, no entanto, a função social prevista na legislação. Para atingir esse objetivo, o trabalho utilizou o método dedutivo, fundamentado na análise de material bibliográfico.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Direito de Propriedade; Eficiência; Função Social.

Abstract: This work aims to analyze whether property rights, from the Brazilian jurisdictional perspective, are efficient from the perspective of the Economic Analysis of Law. To do this, initially, it is essential to examine the foundations of this theoretical approach. The study addresses, firstly, the historical development of the movement and its main premises. It then explores in an introductory way the relationship between the Economic Analysis of Law and Property Law, considering a broader legal panorama. Finally, the compatibility between the principles of Economic Analysis of Law and property rights in Brazil is discussed,

1 Acadêmica do 10º período do Curso de Direito do Centro Universitário Unibras Rio Verde.

2 Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Unibras Rio Verde e orientadora do trabalho.

highlighting that, as currently defined, these rights are efficient within this theory. Furthermore, it is reinforced that they remain guaranteed to holders who demonstrate the owner's spirit, whilst respecting the social function provided for in the legislation. To achieve this objective, the work used the deductive method, based on the analysis of bibliographic material.

Keywords: Law and Economics. Property Right. Efficiency. Social Function.

Introdução

O direito é uma ciência multidisciplinar, que, para cumprir seu fito de controle social, precisa estar presente em todas as áreas que compõe a sociedade. Entre estas, destaca-se a economia que, assim como o direito, intrinsecamente afeta o comportamento pessoal, devido à sua importância pelo entendimento da alocação de recursos escassos, principalmente o dinheiro.

Para o senso comum, estas duas disciplinas parecem distantes, se analisadas de forma simplória. Aos leigos, pelo fato de a economia possuir forte basilar matemático em apoio às suas teorias, se distancia do direito, que não se ampara de forma direta aos números. No entanto, ambas possuem fortes vínculos estruturais em seus pensamentos, passando pelos campos filosóficos, sociológicos, antropológicos, políticos e comportamentais.

Neste ínterim, no meante do século passado, houve a propagação de estudos que unificaram ambas ciências com, conforme Fischmann (2010), desenvolvimentos teóricos que poderiam iluminar o debate jurídico. Denominada Análise Econômica do Direito (AED) ou "*law and economics*", esta é uma importante doutrina de estudo social com impactos relevantes, mesmo com críticas a alguns pontos, consolidando-se como solene ferramenta no âmbito jurídico internacional, incluindo o Brasil. Nesta esteira segue Nascimento (2011, p. 236):

A economia é uma ferramenta importante para analisar questões importantes que operadores do Direito não conseguem conectar com problemas concretos, e ainda, para analisar as normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente e respondem melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos, mediante sistemas de prêmios e punições.

Neste sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral investigar como a AED (Análise Econômica do Direito) explica a eficiência

no direito de propriedade dentro da perspectiva jurisdicional civil brasileira, sendo norteado em cima do seguinte problema: Como se dá o critério da eficiência no direito de propriedade no Brasil à margem da perspectiva da Análise Econômica do Direito? Para alcançar o objetivo deste trabalho, destaca-se que foi empregado o método de abordagem dedutivo realizado por meio da análise de material bibliográfico.

Se faz necessário, assim, no segundo capítulo deste trabalho, uma análise dos estudos que permitiram o desenvolvimento desta vertente, começando no histórico evolutivo da AED e seus principais pensadores. Em suma, neste capítulo são revisados alguns conceitos que passam desde teorias econômicas específicas até análise retórica do direito, com ênfase ao conceito de eficiência, importante na orientação do texto.

Já o terceiro capítulo do presente trabalho será composto de uma breve conceituação sobre o direito de propriedade, servindo como base para associar este conceito jurídico com a AED. Em linha, no quarto capítulo, a conexão entre AED e direito de propriedade passa aos limites legais do Brasil, mostrando como o Estado interfere na eficiência em busca do cumprimento da função social.

Por fim, serão expostas as conclusões em resposta ao problema proposto, analisando se os direitos de propriedade, tais como disciplinados no Ordenamento Jurídico Brasileiro, estão em conformidade com os preceitos propostos pela AED.

Análise econômica do direito e sua crítica

Desenvolvimento histórico da AED

Em meados da década de 50, novos movimentos intelectuais começaram a surgir no estudo do direito. Estas teorias propunham uma releitura dos estudos com base na interdisciplinaridade com outras ciências, observando de forma empírica os impactos do direito sobre a sociedade.

Destas, pode-se destacar duas de maior importância: a *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED), que propõe a análise do direito sob a perspectiva econômica, com base na teoria microeconômica neoclássica do bem-estar, que tem como principais autores William Stanley Jevons, Léon Walras, Carl Menger, Alfred Marshall e Vilfredo Pareto e a *Critical Legal Studies* (CLS) ou Escola Crítica do Direito sob a perspectiva

da filosofia política e social de Karl Marx, Friedrich Nietzsche, Jürgen Habermas, Michel Foucault e Richard Rorty.

Conforme examina Alvarez (2006), a AED e a CLS possuem particularidades que as unificam em alguns pontos, já que ambas são constituídas, dentro de suas visões, por duas áreas sociais intrinsecamente ligadas: a economia e a política, respectivamente. Assim, para o autor, estes movimentos observam o direito de forma igual em, principalmente, quatro aspectos: (I) o direito possui vínculo com todas as áreas sociais, sendo rejeitada sua autonomia com as demais disciplinas da área; (II) deve-se utilizar ideias e métodos de outras disciplinas e seus impactos na realidade jurídica; (III) desconstrução das ideias clássicas, como exemplo o convencionalismo ou tradicionalismo, aplicando a teoria de que as normas são fatos; (IV) são escolas derivadas da idealização americana de se opor ao formalismo na constituição do direito, acreditando que esta ciência baseia-se na metodologia e contribuições das ciências sociais.

Após elencar as similitudes, o autor dá continuidade à observação, explanando, em dois pontos, o que distingue as teorias e as levam a caminhos diferentes. A primeira distinção está na ideia do direito e da condição humana, onde, para a AED, o homem racional age por estímulos e vê no direito um balizador para a busca da eficiência de seus atos, em contraste com a CLS, que observa motivações ideológicas para a conduta humana (ALVAREZ, 2006, p. 49).

O segundo ponto de divergência, e talvez de maior relevância, está na forma como é visto o ensino da ciência jurídica. Para ambos movimentos, o viés ideológico influencia nos distúrbios sociais, caracterizado principalmente pelas desigualdades, mostrando que a inexistência de uma neutralidade nos atos do direito. Porém, a AED amplia esta visão, submetendo a correção destes distúrbios a análises econômicas, sejam elas teóricas ou econométricas, buscando uma maior eficiência nos impactos das decisões tomadas.

Porto (2013, p. 30) conceitua a AED “como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais”. Mackaay e Rousseau (2015, p. 7) ampliam esta definição, dizendo que a AED “retoma a razão de ser das instituições jurídicas. Postula terem racionalidade subjacente uniforme e propõe ferramentas conceituais para atualizá-las”.

Esta linha de pesquisa foi difundida no meio acadêmico com a aplicação de conceitos econômicos feitos por economistas em outras

áreas. A sua expansão está estritamente ligada ao estudo da economia, que busca esclarecer o comportamento da sociedade, como exposto pelo microeconomista Varian (2006, p. 5), onde “a economia avança no desenvolvimento de modelos de fenômenos sociais”. O direito se enquadra perfeitamente naquilo que a ciência econômica pode fundir, já que é responsável pelo comportamento e organização de toda a sociedade.

Santos Filho (2016) defende que este movimento se sustentava, em sua fundação, nas ideias clássicas disseminadas nos primórdios do estudo econômico. Como exemplo, o autor cita a obra *The wealth of nations*, de Adam Smith, que faz defesa da livre concorrência nos mercados ser a solução para o problema da alocação de recursos, sendo que os preços e produção seriam corrigidos pelo mercado, alcançando o equilíbrio.

O autor ainda faz alusão ao ideal de Jeremy Bentham, que contribuía com seu pensamento, acerca da análise da legislação frente ao comportamento alheio ao mercado. Com isso, Bentham se torna um dos pioneiros em afirmar que os agentes se movem através de incentivos e maximizadoras racionais de seus próprios interesses (SANTOS FILHO, 2016).

Todavia, direito e economia não podem se confundir em uma mesma definição. Isto deve ser claro, pois para o desenvolvimento do estudo da AED, as particularidades de ambas ciências devem ser mantidas e, porventura, complementadas. O Jurista brasileiro Miguel Reale (1995, p. 117-118) identifica essa diferença:

[...] Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é, principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor [...].

Em sequência, intercalar a pesquisa dentro das duas áreas se torna, para alguns, improvável, visto a economia buscar, principalmente, em aparatos matemáticos a solução para seus objetivos. Salama (2010, apud SANTOS FILHO, 2016, p. 212) disserta:

[...] enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela

legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.

Mackaay e Rousseau (2015) identificam que o primeiro artigo deste movimento foi escrito pelo economista Anthony Downs, em 1957, com o nome “*An Economic Theory of Democracy*”. Esta tese é derivada do axioma que os cidadãos são racionais em suas escolhas, implicando em votos direcionados ao partido, ou político, que proverá maiores benefícios.

No mesmo ano, um estudo de maior destaque, mas ainda não diretamente ligado ao movimento AED, foi feito pelo economista estadunidense Gary Becker (1957), denominado “*The Economics of Discrimination*”. O autor, confronta os efeitos econômicos da discriminação no mercado por causa da raça, religião, sexo, cor, classe social, personalidade ou outras considerações não pecuniárias. Demonstra ainda, que a discriminação no mercado por qualquer grupo reduz seus próprios rendimentos reais, bem como os da minoria.

Logo após estas divulgações, mais precisamente em 1958, na Escola de Direito da Universidade de Chicago, é lançada uma revista difusora para as ideias daqueles economistas com investidas no pensamento jurídico. O *Journal of Law and Economics* se torna a principal referência para o tema, tendo como primeiro paper de destaque Ronald Coase publicando “*The problem of Social Cost*”.

Antes do desenrolar histórico em questão, cabe destacar o viés do pensamento em que o *Journal of Law and Economics* foi exposto. A Universidade de Chicago classifica a publicação da seguinte forma:

Established in 1958, the Journal of Law and Economics publishes research on a broad range of topics, including the economic analysis of law, the economic analysis of regulation and the behavior of regulated firms, industrial organization and antitrust policy, the political economy of legislation and legislative processes, law and finance, and corporate finance and governance. The JLE has published some of the most influential and widely cited articles in these areas. It is an invaluable resource for academics and those interested in cutting-edge analysis of current public policy issues³. (CARLTON et al, 2013, n.p.)

3 Estabelecido em 1958, o Journal of Law and Economics publica pesquisas sobre uma ampla gama de tópicos, incluindo a análise econômica do direito, a análise econômica da regulação e o comportamento das empresas reguladas, organização industrial e política anti truste, a economia política da legislação e processos legislativos, leis e finanças, e finanças corporativas e governança. A JLE publicou alguns dos artigos mais influentes e amplamente citados nessas áreas. É um recurso inestimável para acadêmicos e interessados em análises de ponta das atuais questões de política pública (Tradução do autor).

Tradicionalmente, esta universidade é reconhecida pela propagação das ideais neoliberais. Da mesma, saíram nomes de suma importância para a ciência econômica como Milton Friedman e George Stigler, ambos imortalizados com o Prêmio do Banco da Suécia para as Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel, como mostrado por Hunt (2005).

Hunt (2005) ainda cita como característica técnica principal dos pensadores de Chicago a abordagem positiva, com forte base empírica para análise estatística dos dados e conciliando com a prática do *laissez-faire* vista na teoria neoclássica de formação de preços. Esse tipo de tratamento criou um amplo campo a ser explorado, não se limitando ao tradicionalismo econômico, mas, também investigando temas inabituais, como fluxo de pagamento em relações sexuais comuns e prostituição de McKenzie e Tullock (1975).

Assim, essa ampliação do alcance da economia, certamente, foi fator determinante para o desenvolvimento da AED. Dentro deste contexto, com o lançamento do *Journal of Law and Economics*, Ronald Coase emerge seu mais conhecido trabalho: “*The problem of Social Cost*”. Este, avalia a problemática do custo social, observando, em sua essência, o papel da intervenção do governo na economia, baseado no Teorema de Coase, que futuramente se tornaria importante ferramenta, tanto para a economia quanto ao direito.

A expressão custo de transação, segundo Mackaay e Rousseau (2015), se torna um dos pilares de toda Análise Econômica do Direito. Os mesmos autores sintetizam ainda que outros estudiosos continuaram a produzir novos textos, alguns com foco retilíneo no direito, como o papel da propriedade, com Armen Alchian, Harold Demstet, Eiriki Furubotn e Svetozar Pejovich; Henri Manne e sua análise sobre o direito comercial; Steven Cheung e a teoria dos contratos em um mundo caracterizado pelas incertezas e Guido Calabresi com os estudos sobre acidentes e responsabilidade civil, sendo este autor, dentre os demais citados, de maior destaque até então.

Ainda sobre Coase, em 1964, é feito sua mudança direta para a Universidade de Chicago, fortalecendo ainda o pensamento e cunhando de vez o termo “*law and economics*”. Em seu testemunho de agradecimento pelo recebimento do Prêmio Nobel e Economia de 1991:

In 1964, I moved to the University of Chicago and became editor of the *Journal of Law and Economics*. I continued as editor until 1982.

Editorship of the journal was a source of great satisfaction. I encouraged economists and lawyers to write about the way in which actual markets operated and about how governments actually perform in regulating or undertaking economic activities. The journal was a major factor in creating the new subject, “law and economics.”⁴ (COASE, 1992, n.p.)

Calabresi, em 1961, redige “*Economic Analysis of Law*”, que, nas palavras de Alvarez (2006, p. 68) “sob a ótica da teoria econômica examina a distribuição de risco como critério de imputação da responsabilidade que informa o direito de dano”. Outro artigo relevante de sua propriedade é “*The cost of accidents*”, de 1970, que tem como escopo a busca por diminuir o custo dos acidentes. A importância deste texto é bem exteriorizada no prefácio de sua edição do ano de 2008, assinado pelo economista Gerald Meier:

[...] Calabresi’s book is most significant for its first-rate combination of modern economic analysis and legal policy. The methodology and underlying principles extend far beyond the particular subject matter of accident law to many other legal areas that could benefit from economic analysis [...]⁵ (MEIER, 2008, n.p.)

Porém, a contribuição do autor não se resume apenas no campo literal, passando também para organização de seminários de verão, durante o fim da década de 60 e início da seguinte, juntamente a Henri Manne para, consoante Mackaay e Rousseau (2015), disseminar as novas ideias. Essa nítida evolução nos estudos, ainda em linha com os autores acima, culminou com a publicação, em 1972, de “*Economic analysis of law*”, do professor de direito Richard A. Posner, se tornando um dos estudos mais influentes na área.

4 Em 1964, mudei-me para a Universidade de Chicago e me tornei editor do Journal of Law and Economics. Continuei como editor até 1982. A editoria da revista foi uma fonte de grande satisfação. Encorajei economistas e advogados a escrever sobre a maneira pela qual os mercados reais operam e sobre como os governos realmente atuam na regulação ou execução de atividades econômicas. A revista foi um fator importante na criação do novo assunto, “direito e economia” (Tradução do autor).

5 [...] O livro de Calabresi é mais significativo por sua combinação de primeira linha de análise econômica moderna e política legal. A metodologia e os princípios subjacentes vão muito além do assunto específico da lei de acidentes para muitas outras áreas legais que poderiam se beneficiar da análise econômica [...]. (Tradução do autor).

Richard Posner e sua Influência para AED

Alvarez (2006) aponta dois principais pontos para a teoria de Posner ser o âmago na consolidação do estudo da AED. Em primeiro lugar, por ser estudo sistemático de grande parte dos setores do sistema jurídico estadunidense, com o basilar voltado à perspectiva econômica. Como segundo ponto, e de importante relevância, Posner dissemina no estudo do direito as principais teses predominantes da Escola de Chicago, consistente na teoria positiva do sistema jurídico desde a perspectiva do paradigma de mercado e da eficiência econômica.

O professor de direito, como mostra David (2013), tinha forte inspiração nos trabalhos do economista austríaco Joseph Schumpeter e sua teoria da democracia, onde mostra a irracionalidade do eleitor nas tomadas decisões políticas. Santos Filho (2016) explica que Posner propunha uma interconexão entre direito e economia, derrubando mitos frente à esfera jurídica, como o de que a economia seria uma ciência voltada apenas à inflação, desemprego ou outras variáveis macroeconômicas. Diz o autor:

Esclarecendo a subversão quanto ao estudo da teoria, Posner explica que o enfoque econômico do sistema jurídico pressupõe uma compreensão e/ou interpretação da legislação para proporcionar ao homem um racional aproveitamento dos recursos vitais a sua sobrevivência. (SANTOS FILHO, 2016, p. 215)

Para Posner, a AED deveria ser disseminada para os estudantes direito, já que isso resultaria em ganhos de eficiência na aplicação judicial. Completa Coelho (2007, p. 7):

Richard Posner, por sua vez, além de contribuir para alargar a aplicação da análise econômica neoclássica aos mais diferentes ramos jurídicos, ocupou-se, especificamente, em disseminar a Análise Econômica entre os estudantes do Direito. Para isso, teve que abordar explicitamente o assunto inevitável sobre qual o motivo e quais as vantagens de se avançar nesse tipo de análise. Posner defendeu, então, que a principal, senão única, função do jurista deveria ser a de garantir que a alocação de direitos entre as partes se desse sempre de maneira eficiente, e, partindo daí, conclui que apenas o estudo interdisciplinar de Economia e Direito capacitaria os juristas para o exercício dessa atividade.

Silveira (2009) denota o ceticismo visto por Posner com o fato do operador do direito buscar soluções judiciais apenas amparadas na teoria legal ou jurídica, sem observar as possibilidades de contribuição de outras

ciências. Os institutos jurídicos seriam explicados pela racionalidade, ou seja, a alocação eficiente de recursos, não devendo se aprisionar ao caráter inflexível da norma.

Assim, de acordo com Silveira (2009), Posner propõe um método racional de análise destes institutos, baseados na compreensão das leis elementares de mercado e da formação de preços. Logo a análise de custos e benefícios funcionaria no direito como uma forma de estímulo ou desencorajamento a determinadas condutas, um instrumento modulador em cada conduta social envolvida, precificando os custos de envolvimento em determinado comportamento.

Somado a isso, o direito seria um instrumento garantidor da performance da econômica, sendo essencial centralizar suas decisões com base no mercado. Essa afirmação é expressada por Posner (2009, p. 10):

O aspecto teórico mais ambicioso da abordagem econômica do direito foi a proposta de uma teoria econômica unificada do direito. Nessa teoria, a função do direito é entendida como sendo a de facilitar o funcionamento de mercados livres e, em áreas nas quais os custos das transações são proibitivos, “imitar o mercado” decretando o resultado que se esperaria que o mercado produzisse se as transações mercadológicas fossem factíveis.

Destarte, Posner (2010, apud NASCIMENTO, 2011) defende o papel do governo e do direito na economia de mercado como sendo, em geral, provedor de medidas compatíveis ao tipo de externalidade apresentada, aplicando políticas de minimização de custos, sejam estes financeiro ou sociais, ou seja, a base da decisão deve ser a relação custo-benefício e de manipular corretamente os incentivos.

Em suma, as ideias primordiais de Posner expostas na obra *Economic Analysis of Law e Economics of Justice*, conceituam-se no fato da lógica dos agentes agirem visando a maximização do uso dos bens escassos, ou seja, eficientista. Besen (2014, p. 25) completa:

Ademais, Posner aduz que a Teoria Econômica pode demonstrar a ineficiência de algumas medidas e decisões, esclarecendo o conflito de valores e o custo de uma opção em detrimento de outra, bem como os meios através dos quais, eficientemente, uma coletividade pode solucionar seus problemas, alcançando-se uma política legislativa e judiciária eficientes.

Seguindo este raciocínio, essa escassez é vista no acúmulo de bens, independentemente de sua liquidez, onde, dado como certo a racionalidade das pessoas em maximizar riqueza, deve o direito ter como escopo normas

jurídicos que proporcionem, ou busquem, tal princípio. Alguns aspectos estão contíguos a tal afirmação.

Primeiro, sua definição parte de uma base monetária. Justiça e aumento da riqueza medida em dinheiro se entrelaçam. Implícitas estão, portanto, as seguintes noções: (i) a de que todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; (ii) a de que cada indivíduo é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas interações econômicas; e (iii) a de que as preferências relevantes são aquelas registradas em mercado. (SALAMA, 2010, apud BESEN, 2014, p. 29).

Alguns pensadores não concordaram com o excesso de busca por eficiência no âmbito jurídico. Para estes, como explica Marrafon (2015, np), a proposta de Posner “é hostil à ideia de utilizar a teoria moral ou qualquer outra teoria considerada ‘abstrata’ para a orientação do processo de tomada de decisão judicial, o que por vezes justifica o rótulo de ‘antiteoria’”.

Entre estes opositores, destaca-se Ronald Dworkin, que escreveu o artigo *Is Wealth a Value*, no qual questiona se a riqueza era um valor em si mesmo. Nitidamente, as críticas foram absorvidas de forma pacífica por Posner, que desde então, passa a adotar uma abordagem mais pragmática, como exemplo de sua difundida obra *Law, Pragmatism and Democracy e The Problems of Jurisprudence*, que conta com o seguinte trecho:

Vou me mostrar favorável [...] ao uso da lógica, por oposição a seu uso construtivo; favorável à ideia de que, nos casos difíceis, o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo; e favorável a uma concepção do juiz como um agente responsável, e não como um canal de decisões tomadas em outras instâncias do sistema político. Além do mais, em minha argumentação serei favorável à objetividade como atributo cultural e político, e não epistemológico, das decisões legais; favorável ao balancear das virtudes do Estado de Direito às considerações equitativas e discricionárias de casos específicos; favorável a que se torne o direito mais receptivo à ciência, mas sem perder de vista o caráter irremediavelmente autoritário do direito; e favorável a uma teoria consequencialista da interpretação. Em resumo, minha argumentação será favorável a uma concepção do processo jurídicos que seja funcional, impregnada de política, não legalista, naturalista e cética, mas decididamente não cínica; em uma palavra (ainda que, receio, inadequada), vou aqui defender uma teoria do direito pragmática. (POSNER, 2007, apud BESEN, 2014, p. 30).

Conquanto, este novo tratamento não significa um aborto do ideal

eficientista, e sim uma mescla de pensamento, por muitos denominada praticalismo ou, *everyday pragmatism*, cuja característica, segundo David (2013, p. 2) “é a prática do dia a dia, sem universalizações, teorizações, generalizações e ponderações filosóficas”. Fernanda Pacheco Telles (2009, p. 27) amplia esta afirmação:

Ao “converter-se” ao pragmatismo jurídico, Posner deu novos contornos à noção de que a eficiência possa ser útil ao Direito. Descartou tanto a noção de que a eficiência seria um critério operativo suficiente para avaliar as questões postas ao Direito, quanto a noção de que a eficiência deveria se sobrepor aos demais valores da sociedade. Em seu lugar, colocou o problema da maximização de riqueza em um contexto mais amplo, o da jusfilosofia pragmática.

Da perspectiva pragmática, o Direito é fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins sociais. Posner rejeita a ideia de que o Direito esteja fundando em princípios permanentes e de que seja posto em prática através da sua manipulação lógica. Postula que o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências. Isso conduz à rejeição de todos os critérios fundamentais que possam de forma absoluta pautar a normatividade do Direito, inclusive o critério de eficiência.

Desta forma, fica claro a nova percepção de Posner, que reconhece a simplicidade do seu pensamento anterior e a necessidade que este deveria ser complementado pelo pragmatismo. Passa a entender que sua teoria não poderia ser voltada apenas a eficiência, pautada apenas sobre princípios econômicos, devendo esta ser incrementada por elementos que alcancem fins sociais.

O critério da eficiência para AED

A teoria econômica fornece instrumentos que avultam esta contribuição do direito no quesito eficiência. Destaca-se entre eles os modelos de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks. Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski (2009, p. 86) explicam de forma sucinta ambos:

Acerca do conceito de eficiência, a teoria econômica apresenta dois modelos mais conhecidos: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Sobre estes dois construtos, Sztajn leciona que o primeiro é mais usual, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que lhes

atribuem maior valor. Portanto, seria a troca em que numa determinada sociedade alguém tivesse sua condição melhorada sem que houvesse a piora na condição de outrem. Outrossim, o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns.

Neste diapasão, Besen (2014) aduz importantes definições sobre estes dois modelos. Para a autora, o ótimo de Pareto mostra que se dá a eficiência quando, dentro de um determinado contexto, não existe possibilidade de melhorar a situação de um indivíduo sem piorar a de outro. Em contrapartida, sobre Kaldor-Hicks, no mesmo cenário, poderá existir perdedor, desde que exista compensação da derrota por quem saiu em vantagem.

Lana e Pimenta (2016) apontam que o modelo de eficiência proposto por Kaldor- Hicks corresponde ao melhor critério para a identificação das opções de ações que geram condutas eficientes quando da alocação de recursos, citando Décio Zylbersztajn e Sztajn:

Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este, parece, ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN apud LANA; PIMENTA, 2016, p. 15).

No entanto, mais relevante para este trabalho está o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES). Para os autores Gonçalves e Stelzer (2014, p. 274) a sua caracterização pode se dar da seguinte forma:

A aproximação entre o Direito e a Teoria Econômica torna-se possível segundo aplicação do PEES, dadas as restrições materiais, segundo

se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos envolvidos no caso concreto, ainda, mediante tratamento equitativo aos iguais e, diferenciado aos desiguais, difundindo-se incentivos para a ação socialmente desejada ou obstáculos para atos condenados pelo acordo social previamente estabelecido em normas e nos costumes. Falhas de mercado distorcem a distribuição ideal de recursos e a alocação eficiente destes restará prejudicada implicando injustiça em função do desperdício e da escassez fazendo urgir a ação do Estado e do Direito para organizar as relações econômico-sociais.

Em sequência, Gonçalves e Stelzer (2014), com esta nova teoria, acreditam que a regulamentação via estado é um importante elemento para redução do desequilíbrio social, obrigando a compensação daqueles que, em tese, perdem. Dessa forma, seja nas negociações ou na tomada de decisões, os agentes devem maximizar suas expectativas, eliminando externalidades, através da inclusão destas no cálculo econômico como defendido segundo o PEES.

Pode-se afirmar, então, que esta teoria esforça em encontrar a essência econômica da norma que deve ser eficiente no sentido de maximizar os resultados esperados quando da concessão de direitos entre os agentes, considerando, assim cálculos econométricos e variáveis de custo social e temporal, onde, para os autores:

Estas devem ser internalizadas a fim de que a relação custo e benefício evidencie a realidade das utilidades que se auferem, sacrificando determinados bens e serviços de outrem, observado o maior número possível ou a totalidade dos agentes envolvidos na questão e possibilitada a eliminação das externalidades para a sociedade atual e futura (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 274).

Desta forma, o PEES pode ser definido como um novo vínculo do direito com a economia, com o fim específico da eficiência, mas suportado pelos delineados pelo Estado, denominado por Mínimo Ético Legal. Esta abordagem se mostra em linha com o determinado pelo pragmatismo de Posner, observando os critérios sociais que a eficiência deve levar em consideração à sua análise.

Análise econômica do direito e o direito de propriedade

Ter uma propriedade é inerente a natureza humana. Nasceu da convivência em sociedade, em face da necessidade de manutenção da

ordem, muitas vezes ameaçada pelos litígios em torno da utilização de utensílios e da terra. O direito de propriedade é “considerado por muitos o mais importante e o mais sólido dos direitos subjetivos, um direito real por excelência, eixo em torno do qual orbita o direito das coisas” (BESEN, 2014, p. 34).

Desde o direito romano, a questão da propriedade é uma das mais tempestuosas no estudo jurídico. Sua abrangência é tão vasta ao ponto de, como cita Neves (2015), não pertencer apenas ao Direito, como também à economia, à ciência política e à sociologia. As discussões em torno da função e do conceito de propriedade sempre foram amplas, “havendo mesmo quem desejasse explicar a evolução histórico-econômica da sociedade humana como se fosse uma história da propriedade sobre os bens de capital” (NEVES, 2015, p. 10).

Do direito de propriedade

Inicialmente, pode-se afirmar que a propriedade consiste no mais extenso direito real que um determinado ordenamento jurídico confere a um titular. Neves (2015, p. 11) eleva esta definição:

Todo direito subjetivo que consistir, em uma dada ordem, no direito mais amplo que se dá a um titular sobre uma coisa, será esta a propriedade, pois é esta a função que ocupa, a de ser meio de exercício de poder econômico e de atribuição de titularidades. Consideramos também importante referir outro aspecto: o titular da propriedade possui, em relação à coisa, um poder interno e outro externo; interfere no destino da coisa, e impede que terceiros o façam, ou só o façam de acordo com seus desígnios. Portanto, a distribuição das titularidades e da riqueza efetivamente passa pela normatização da propriedade na sociedade.

O art. 1.228 do Código Civil Brasileiro de 2002 constitui os chamados poderes proprietários: usar, gozar, dispor e reivindicar, que permanecem com estrutura semelhante desde as Institutas de Justiniano. É esse o primeiro artigo do capítulo de propriedade, com a seguinte redação:

Art. 1.228. 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.

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

§ 3º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores (BRASIL, 2002, p. 96).

Sobre o texto legal, usar consiste em utilizar-se de um bem da forma que a pessoa convir, ou seja, extrair da coisa todos os benefícios ou vantagens que ela puder prestar, sem alterar sua substância. Para o direito de propriedade, o uso é uma faculdade. Mesmo que o proprietário não use, não se perde a propriedade.

No que condiz gozar, o poder do proprietário de extrair dos bens as suas utilidades econômicas, como, por exemplo, os frutos naturais, industriais e civis, além dos produtos. Já sobre dispor, esta é a faculdade de alienar a coisa, seja onerosa ou gratuitamente. Por fim, reaver seria um direito subjetivo, não sendo facultativo. Concede ao proprietário o direito de propor ação em busca de recuperar a coisa que lhe foi injustamente retirada.

O Código Civil brasileiro possui, ainda, outros artigos que imprimem a ideia do proprietário. A legislação possui texto para aquisição da propriedade imóvel, como, por exemplo a usucapião (art. 1.238 a 1.244) que decorre da posse prolongada através do tempo; por outro lado, o referido diploma legal regula também a perda da propriedade (art. 1.275 a 1.276) que pode acontecer em razão da alienação, pela renúncia, por abandono, pelo perecimento da coisa ou por desapropriação.

De acordo com a Apelação Cível n. 0011241-19.2006.8.06.0001, do Tribunal de Justiça do Ceará⁶, o usucapião, contudo, em qualquer hipótese, não representa um ataque ao direito de propriedade, mas um tributo à posse, pois, para ser possível o usucapião exige-se do possuidor posse por longo período, exercendo-se esse direito contra quem, embora tendo título de propriedade, abandonou o imóvel, deixando que outrem o ocupasse e lhe conferisse função social e econômica mais relevante.

Diante de tais dispositivos, mostra-se claro que o direito de propriedade, em resumo, é visto como um conjunto de obrigações do proprietário perante a sociedade em que vive, para, então, ter seus direitos de forma plena. A propriedade não pode ser usada de forma ilimitada, contendo circunstâncias que devem ser respeitadas.

O Direito de Propriedade sob o olhar da Análise Econômica do Direito

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 ambiente. Mesmo que a propriedade permaneça privada, ela comporta interesse público e, mais do que isto, utilidade econômica. Porém, para alguns economistas e estudiosos da AED, esta faculdade se tornou absoluta, visto que, em suas conclusões, “direitos bem definidos da propriedade privada seriam ‘superiores’ aos direitos da propriedade comunitária ou pública” (BESEN, 2014, p. 52).

Assim, em linha com o exposto por Besen (2014), cabe a seguinte reflexão: normatizar o direito de propriedade de forma que garanta ao indivíduo a exclusividade sobre um bem é instrumento de garantia para que o proprietário possa dispor daquilo que lhe pertence. Para Stephen (1993), o direito de propriedade ainda impede que o dono seja aquele que chegou primeiro, ou seja o direito baseado no poder.

A propriedade, sob abordagem da AED, pode ser compreendida em sintonia com a realidade que oculta aos argumentos puramente jurídicos. Porto e Franco (2016, p. 212) reiteram que “não por outra razão, se para as ciências jurídicas há apenas um direito de propriedade, o campo

6 CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0011241-19.2006.8.06.0001. Apelante: Banco Bradesco S/A. Apelado: Eliene Sales Costa, Relator: Des. Durval Aires Filho. Fortaleza, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1744409854?origin=serp>. Acesso em: 25 nov. 2024.

econômico entende como se fosse um feixe de direitos de propriedade, ou seja, vê de uma forma mais ampla”.

Aplicando AED e o critério da eficiência na economia, como explanado anteriormente, é visto que os indivíduos têm como objetivos maximizar seu bem-estar e ao adquirir ou se apossar de um bem, há um interesse em utilizá-lo visando sua valorização ou satisfação pessoal. Lado contrário, se alguém utiliza de um bem sem ânimo de dono, entende-se que cuidará do mesmo apenas pelo período que usufruir, pouco importando com o seu futuro.

Cabe fazer analogia a uma propriedade rural, onde alguém não a possui, apenas utilizando-a. Para este, certamente não convém fazer todos os anos corretivos no solo, visto que essa é uma medida de perpetuação do cultivo, que não é seu interesse. “Ao contrário, tirará da terra o que puder e, em troca, aplicará o menos possível” (STEPHEN, 1993, apud BESEN, 2014, p. 52-53).

Se faz oportuno manter o exemplo de uma área agrícola pelos fatores da possibilidade de sua dimensão geográfica ser maior que de outras propriedades, atividade econômica ligada e forte relação com o papel da função social. Também, é exemplo de diversos autores que já contribuíram com este tipo de análise. Lana e Pimenta (2013, p. 13) são felizes ao colocar o seguinte caso:

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

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

Isso, certamente, ocasionaria um prejuízo maior a todos, pois, rapidamente o bem escasso (pasto) seria exaurido, impedindo a maximização de riquezas e interesses, do bem-estar. O recurso (pasto) teria sido alocado de forma ineficiente.

Este modelo já havia sido utilizado em 1968 por Garrett Hardin, não direcionado a temática AED, mas mesmo assim de suma relevância.

Sua conclusão, semelhante à vista na citação anterior é que “a maioria dos indivíduos ao usufruírem de um bem comum, farão o mínimo de esforço para preservá-lo e, concomitantemente, tentaram auferir o máximo de vantagem daquele bem” (BESEN, 2014, p. 53).

O preço desta ineficiência vista nos exemplos pastoris seria arcado não apenas por quem sofresse diretamente com o caos apresentado, mas também por gerações futuras, que teriam um elevado custo de reparação do desgastado solo, fora outros danos, como ambientais e sociais. Destarte, a afirmação de Cooter e Ulen (2010, p. 59) é certa onde “o acesso aberto funciona bem quando o recurso não está congestionado, mas o congestionamento causa um trágico uso excessivo”.

Fator relevante para análise está no custo de produção e expectativa de lucro. À medida que o aferimento de ganhos é cada vez menor, devido ao desgaste do solo, há uma necessidade de alto investimento em sua recuperação. Se a pessoa não se sente dona, não existe motivo que a faça despendar qualquer quantia, já que, para ela, não se tem caráter perpétuo de propriedade, não podendo vender ou transferir para herdeiros. Assim, nunca realizará um uso eficiente desta propriedade.

Destaca-se também o fato de que um proprietário, dentro da racionalidade esperada, é capaz de tomar decisões mais eficientes sobre o seu bem do que várias pessoas. Indivíduos em uma sociedade pensam e possuem objetivos distintos, e isto, implementado em uma única área, não atenderia a todos. Uma remota ideia de acordo entre todos, para exploração do recurso escasso, poderia ainda ser inviável, também por questão de custos. Compartilham dessa mesma opinião Lana e Pimenta (2016, p. 13):

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

Nessa hipótese, o bem escasso deverá estar sob controle de quem tem mais zelo e almeja maior valorização. Assim, Posner (2005, apud LANA, PIMENTA, 2016, p. 13) completa:

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

propiedad a los usuarios que más los valoren.⁷

Em uma propriedade com vários donos, descentralizada, não se pode medir com exatidão os efeitos sobre os vizinhos ou gerações futuras. Há ocorrência de relevantes “externalidades”. Quando se define previamente quem é, exatamente, o proprietário do quê, acaba-se por diminuir os “custos de transação” nas negociações chegando-se a uma utilização mais eficiente do bem escasso.

Pode-se chamar de crua a teoria eficientista do direito de propriedade, como maximização do uso dos bens escassos. Este é apenas o basilar, cabendo a cada jurisdição interpretar e aplicar a legislação vigente. Isso mostra que Ronald Dworkin apresenta estar correto em relação aos primórdios da teoria de Posner, e que este acertou em revolucionar seu pensamento, não abandonando os critérios econômicos, mas tendo estreita relação com o pragmatismo.

Análise econômica do direito aplicada no direito de propriedade brasileiro

Cada país possui particularidades em suas normas que afeta diretamente o direito de propriedade, fazendo com que qualquer formação não seja única, sendo cabível profunda análise para uma melhor tomada de decisão, desde formação das leis até funcionamento do mercado.

Tradicionalmente a AED tem aplicação sólida em países de preceito da *common law*, podendo ser explicado pelo maior desempenho econômico destes, como também pela origem dos pensadores que a proliferam, em sua maioria advindos dos Estados Unidos da América e Reino Unido. Gorga (2005, apud GUIMARÃES 2009) sustenta que este fato está ligado ao maior grau de liberdade e independência dos juízes, também visto por Kornhauser (2000, apud GUIMARÃES 2009) que identifica a ocorrência em países com tradição histórica de proteção ao direito de propriedade.

Não obstante, Guimarães (2009) enfraquece a tese de que a AED tem menor afinidade intelectual com a *civil law*, aplicada no Brasil. O autor defende que a tradição constitucional brasileira intenta pela função social da propriedade, importante exemplo de eficiência, e ainda amplia o

7 O segundo corolário da abordagem econômica do direito que estou apresentando é que quando, apesar dos melhores esforços da lei, os custos de transação do mercado ainda são altos, o direito deveria simular a alocação de recursos de mercado alocando direitos de propriedade para os usuários que os valorizam mais (Tradução do autor).

debate dizendo:

Algumas críticas podem ser feitas quanto à tese de maior eficiência do *common law*, quando comparado ao *civil law*. Érica Gorga traz em seu artigo diversos autores que questionam tal assertiva, cuja base fundamental é a de que, sendo as normas feitas a partir de decisões judiciais, assumir-se-ia que neste ambiente as regras são mais eficientes que aquelas criadas pelo processo legislativo, pois os casos levados ao Judiciário e as decisões deles decorrentes tenderiam, com o tempo, a criar normas cada vez mais eficientes. A divergência dentro deste entendimento estaria apenas em saber quem é o responsável por tornar as normas eficientes, se os próprios juízes ou as partes. Deste modo, vê-se afirmações de que “juízes tendem a basear suas decisões em intuições econômica” (Posner) ou “o resultado do processo seria dado não pelas ações dos juízes, mas pela ação das partes privadas que o originaram” (Rubin, Priest, Goodman) (GUIMARÃES, 2009, p. 1004).

Desta forma, é certo que, por mais que haja maior disseminação da literatura da AED em países da *commom law*, em nada impede seu desenvolvimento aonde prevalece a *civil law*. Assim, o Brasil ainda possui um vasto campo a ser explorado dentro deste pensamento jurídico. Destacase, entre as searas jurídicas possíveis de aplicação, o direito de propriedade brasileiro, estreitamente ligado ao papel das escolhas e funcionamento do mercado, como cita Lana e Pimenta (2010).

Sabe-se que o estado brasileiro privilegia, através do instituto do Estado Democrático de Direito, a proteção à propriedade privada. Em termos de norma, segundo o artigo 170 da Constituição Federal de 1988:

Art. 170. 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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade; [...] (BRASIL,1988, p. 95).

Frisa-se, porém, que esta garantia não é plena, visto que, na manutenção da ordem econômica é necessário observar preceitos para sua validade, como a soberania nacional e, principalmente, a sua função social. Além disso, há o fato da propriedade ser um recurso escasso, onde determinadamente é eficaz o uso dos conceitos da AED para análise.

Consolidam esta afirmação Lana e Pimenta (2016), alinhando a existência de demandas judiciais existentes sobre usucapião, desapropriação de imóveis e reforma agrária de bens, essencialmente escassos, que não cumprem a sua função social (ou não são eficientes). Em suma, ainda levantam importante questão que norteia o trabalho:

[...] seria melhor e mais eficiente, para todos nós, nos valermos das propriedades privadas e seus proprietários pré-estabelecidos, ou, por outro lado, optarmos em favor do estabelecimento da propriedade comum, na qual existam vários donos distintos, em relação ao mesmo bem? (LANA; PIMENTA, 2016, p. 2).

Estes autores, de forma oportuna, apontam características e objetivos que ombream direito e economia ao mostrar direito de propriedade. O primeiro ponto relevante está na proteção ao cidadão ante ao vasto poder estatal, “de modo a garantir as liberdades dos indivíduos em suas relações de caráter civil” (LANA; PIMENTA, 2010, p. 118). Em segundo posto, há o aspecto da dignidade da pessoa humana, estreitamente ligada à sua liberdade em gerir suas atividades, sendo necessário a apropriação de bens.

Dentre as obrigações com a propriedade, ressalta-se a sua função social. Esta é fruto da ideia de que, ao existir uma sociedade, o homem deve contribuir com o seu trabalho para o bem-estar da comunidade, não apenas focado em seus objetivos pessoais. Neste contexto, é instituída a teoria da função social, segundo a qual “todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira” (FIGUEIREDO, 2008, p. 83).

Evangelista (2013) evidencia três princípios da função social, dentro da ordem constitucional brasileira, que podem muito bem ser usados para AED e o direito de propriedade, sendo eles de ordem econômica, política urbana e política agrícola e fundiária.

Em relação à função social como princípio de ordem econômica, é visto que a propriedade está ligada à satisfação das necessidades humanas primárias, também citado por Lana e Pimenta (2010). Por se tratar de bens garantidores da manutenção do homem como ser sociável, e, até a vida, entende-se que a propriedade deve ter seu acesso facilitado a todos, evitando as barreiras, “o que justifica até a intervenção do Estado no domínio da sua distribuição de modo a propiciar a realização ampla de sua função social” (SILVA, 2002, p. 789, apud EVANGELISTA, 2013).

Sobre o princípio da política urbana, Evangelista (2013) recorre aos artigos 21, XX, e 182 da Constituição Federal de 1988. O autor cita que o misto destes artigos acarreta na política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público, associada a leis federais específicas, como a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), tem por fito a função social das propriedades urbanas, que é o bem-estar dos habitantes.

A título de exemplo, têm-se um empresário do ramo de construção civil, que mesmo tendo uma área com o objetivo de construir um edifício, deve respeitar o plano diretor das cidades. Caso o município proíba a execução de obras, observando impactos no trânsito ou arquitetura, resta o empresário mudar o seu projeto para atender as exigências ou buscar outra localidade para tal fim.

Já a função social da propriedade rural está expressa no artigo 186 da Magna Carta, que dispõe:

Artigo. 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. (BRASIL, 1988, p. 99)

Desta forma, nota-se que quando se trata de propriedade rural, esta fica estritamente ligada ao cumprimento da função social, necessitando o exercício ser proveitoso a toda comunidade. Não basta aproveitar apenas, mas aproveitar de forma racional e adequada. Evangelista (2013) conclui que se busca o aproveitamento da terra com grau máximo de eficiência, porém devem ser respeitados os limites da exploração, para que esta não se dê de forma a esgotar o potencial produtivo do bem.

Este descumprimento da função social da propriedade rural tem como consequências a desapropriação prevista no artigo 184 da Constituição Federal, realizada para fins de interesse público (reforma agrária), mediante o pagamento de indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos.

Ainda mostrando estas limitações, sabe-se que deve ser atendido o critério da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e

preservação do meio ambiente. A crescente preocupação com o clima, faz com que a exigências ambientais sejam cada vez maiores, afetando diretamente o uso de uma propriedade. Evangelista enfatiza:

Este critério relaciona-se com o instituto da função ambiental, enquanto dever genérico de preservar e defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como forma de promover a sadia qualidade de vida, na esteira do princípio da dignidade da pessoa humana, para as presentes e futuras gerações (EVANGELISTA, 2013, n.p.)

No cenário estritamente econômico, esta interferência é prejudicial, já que a obrigação de preservar acarreta em uma menor área para produção, não sendo eficiente o uso dos recursos. Porém, Besen é feliz ao dizer que, “a proteção ao meio ambiente por meio da instituição da reserva legal, por exemplo, pode ser, inclusive, uma decisão eficiente no médio e longo prazo, eis que salvaguarda recursos naturais para as gerações futuras” (2014, p. 63).

Outro evidente preceito está no cumprimento de normas trabalhistas, garantindo o bem-estar dos trabalhadores. O art. 243 da Carta Maior dispõe que as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, nos termos da lei, devem ser 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 da mesma Constituição.

Dessa forma, entende-se que a garantia ao direito de propriedade privada prevista no Ordenamento Jurídico do Brasil é eficiente, de modo geral, com a AED, respeitado os princípios, em especial, do PEES, que melhor se adapta à realidade do país. O fato de existir limitadores do livre-arbítrio no uso de um bem não significa que isso o deixe menos eficiente, apenas sendo um regulador para que toda a sociedade em questão possa ser beneficiada.

O forte viés social visto na Constituição de 1988 do Brasil, e em consequência, em quase toda esfera legal, mostra que, em matéria de direito de propriedade, ao se aplicar qualquer análise, não se deve fazer de forma individual, sempre pensando em toda sociedade. Para aplicação da AED no direito brasileiro, e principalmente no direito de propriedade, se mostram fundamentais alguns preceitos vistos nos critérios de Kaldor-Hicks e PEES, que, em suas definições mostram estar mais próximos da

realidade.

Essa caracterização mostra que a teoria eficientista, em sua forma primária exposta por Posner, não cabe em uma análise mais ampla do direito de propriedade. Porém, com a sistemática da AED voltada às questões sociais, é certo afirmar a eficiência da jurisdição nacional ao objetivar a função social. O bem privado é estabelecido, de forma intrínseca, apenas servindo ao seu dono, onde cabe ao Estado equilibrar, apontando soluções para que toda a sociedade ganhe com a exploração da mesma.

Conclusão

Para cumprir o objetivo deste trabalho de investigar a relação da Análise Econômica do direito e o direito de propriedade dentro da perspectiva jurisdicional civil brasileira, de início foram estudados os aspectos fundamentais da AED e sua formação no mundo acadêmico. Em sequência, sua aplicação no direito de propriedade, com postulados que mostram total relação entre ambas doutrinas.

Com esta base, a primeira conclusão alcançada foi a completa interconexão entre AED e direito de propriedade, sendo este um dos mais importantes objetos de estudo dos pesquisadores do movimento. Ao observar este instituto jurídico, a AED foi capaz de prever as consequências advindas das normas relacionadas a tais direito, sobretudo as implicações destas normas sob o aspecto da eficiência.

Após analisar os aspectos evolutivos e históricos a AED, os Direitos de Propriedade e suas essências, conclui-se, de início, pela sua inter-relação, bem como ser economicamente mais eficiente delimitando quem é exatamente o proprietário de determinado bem escasso. Percebe-se que ao garantir que este proprietário invoque seus direitos, economicamente, haverá maior eficiência e racionalidade na utilização deste bem.

Assim, a AED tem como escopo a organização de direitos de propriedade que sejam bem definidos, possibilitando as trocas voluntárias e garantindo a exclusividade com aqueles que arquem com os custos e, conseqüentemente a valorizem mais. Desse modo, a inversão do direito sobre determinada propriedade seria permitida desde que o novo titular fizesse um uso mais eficiente dela.

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

exaurimento do bem escasso, em prejuízo maior para todos.

Observando a legislação vigente no Brasil, nota-se que a garantia à propriedade está alçada ao patamar de direito fundamental do cidadão. Entretanto, esse direito não é concedido de modo absoluto, eis que o proprietário possui uma série de obrigações para com a coletividade, entre elas a de exercer seu direito de propriedade observando-se a sua função social, em outras palavras, só haverá direito de propriedade se este for exercido de acordo com a sua função social, cabendo, caso contrário, as interferências do Estado.

Assim, fica clara a grande conexão entre os princípios da Análise Econômica do Direito e as normas do ordenamento jurídico brasileiro no tocante do direito de propriedade. A Constituição Federal de 1988 privilegia a propriedade, resguardando seus direitos, mesmo que para isso, estes sejam condicionados à interferência estatal e ao exercício da função social. Na literatura analisada sobre AED, é visto que a teoria que melhor encaixa à realidade brasileira é o Princípio da Eficiência Econômico-Social, que busca viabilizar o equilíbrio nas relações entre os indivíduos, observando os anseios individuais e o bem comum.

Sendo assim, em resposta ao problema proposto por este trabalho, pode-se concluir que, aplicando os pressupostos de eficiência de Kaldor-Hicks e, principalmente, PEES, o ordenamento jurídico brasileiro, no que diz o direito de propriedade se mostra eficiente.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Direito, Estado e Sociedade, v.9, n.29, p 49 a 68, julho de 2006.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 de Setembro de 2024.

BRASIL. Presidência da República. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em 30 de Setembro de 2024.

BESEN, Fabiana. **Análise econômica do direito de propriedade no**

Brasil. 2014. 75f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. **Apelação cível nº 0011241-19.2006.8.06.0001.** Fortelaza, 24 de março de 2023 .Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ce/1744409854>>. Acesso em: 25 nov.2024.

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost.** Journal of Law and Economics. 3(1), 1. 1960.

COASE, Ronald. **The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1991.** Disponível em: < https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-bio.html>.

COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. **Direito & Economia.** Porto Alegre: Bookman, 5a. ed., 2010. Acesso em 01 de Novembro de 2024.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico.** Disponível em:<<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050107-10>>. Acesso em 08 de Setembro de 2024.

DAVID, Raphaela Borges. **A abordagem pragmática de Richard Posner sob a análise crítica da teoria da integridade.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=46ba59a699480234>>. Acesso em 08 de Setembro de 2024.

EVANGELISTA, Eduardo Rodrigues. **A função social da propriedade e o conceito de princípio jurídico.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/função-social-da-propriedade-e-o-conceito-de-princ%C3%ADpio-jur%C3%ADdico>>. Acesso em 15 de Agosto de 2024.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FISCHMANN, Filipe. **Direito e Economia: um estudo propedêutico de suas fronteiras.** 2010, 154 f. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial** in Sequencia. V. 35, N 68, Universidade

Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. **Common Law, Civil Law e a análise econômica do direito**. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2109.pdf>. Acesso em 30 de Agosto de 2024.

HUNT, Emery Kay. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. 2. ed. 12ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2015.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Dworkin contra o pragmatismo de Posner na decisão judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial>>. Acesso em 20 de Setembro de 2024.

MCKENZIE, Richard; TULLOCK, Gordon. **New World Economics**. 1. Ed. Homewood, IL, Richar D. Irwin, Inc., 1975.

MEIER, Gerald. In: COASE, Ronald. **The Cost of Accidents**. Nova Iorque, Yale University Press, 2008.

NASCIMENTO, Fábio Severiano do. **A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito**. Revista de Direito da Cidade. Rio de Janeiro, Revista de Direito da Cidade, vol.03, nº1. p. 232-260. Maio de 2011.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. **Direito de propriedade**. Disponível em: < https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_de_propriedade_2015-1.pdf>. Acesso em 20 de Julho de 2024.

PIMENTA, Eduardo Goulart e LANA, Henrique Avelino R.P. **Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

PIMENTA, Eduardo Goulart e LANA, Henrique Avelino R.P. **O direito de propriedade e a eficiência econômica**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 19, n. 37, p. 1-18, mai-jun. 2016.

PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise econômica do direito (AED)**. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em 20 de

Julho de 2024

PORTO, Antônio José Maristrello. ; FRANCO, Paulo Fernando. **Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro. EALR, V. 7, no 1, p. 207 - 232, Jan-Jun, 2016.

POSNER, R. **Economic Analysis of Law**. 4th Edition, Little Brown, 1992.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** - situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994, 5.a ed.

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

SANTANA, Paulo Victor Pinheiro de. **Análise econômica no direito brasileiro: limites e possibilidades**. Lex Humana, Petrópolis, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 156-179, maio de 2014.

SANTOS FILHO, Sírio Vieira dos. **A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito**. Revista Justiça do Direito, Passo Fundo, v. 30, n.2, p. 210-226, maio de 2016.

STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução Neusa Vitale; Revisão técnica Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993.

TELES, Fernanda Pacheco. **Análise Econômica da Função Social da Empresa**. [Dissertação]. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos; 2009.

VARIAN, Hal. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2006.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In:

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