

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA DA
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA E SEU USO
SUSTENTÁVEL NO BRASIL**

SIRIO VIEIRA DOS SANTOS FILHO

Itajaí-SC, maio de 2017.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA DA FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA E SEU USO SUSTENTÁVEL NO BRASIL**

SIRIO VIEIRA DOS SANTOS FILHO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI e à Universidade de Alicante – UA/Espanha
-, como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Rafael Padilha dos Santos
Coorientadora: Professora Doutora Maria Mercedes Ortiz Garcia

Itajaí-SC, maio de 2017.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Sirio Vieira dos Santos e Márcia Tânia S. dos Santos, pelos seus ensinamentos e valores.

Ao meu irmão, Guilherme, pelo companheirismo e amizade.

Ao meu orientador, professor Doutor Rafael Padilha dos Santos, que sempre com presteza e atenção, me atendeu e me incentivou para a elaboração deste trabalho.

À minha coorientadora, professora Doutora Maria Mercedes Ortiz Garcia que prontamente se dispôs em me orientar e me auxiliar para a condução desta Dissertação.

Ao coordenador do curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, professor Doutor Paulo Márcio Cruz, assim como à todos os professores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ.

À Sra. Msc. Jaqueline Moretto Quintero, que sempre guiou os alunos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica.

À CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), pelo auxílio no desenvolvimento desta pesquisa.

Ao professor Doutor German Valencia Martin, que recebeu todos os alunos na Universidad de Alicante com acolhimento e simpatia.

Aos meus amigos e mestrandos Daniele Rosa e Orlando Neto pelos momentos inesquecíveis em Alicante.

Por fim, a todos que de certa forma me auxiliaram direta ou indiretamente durante o mestrado.

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Sirio, homem que me ensinou a importância da honestidade e amor. Exemplo de fé e perseverança memoráveis, nunca morrerá enquanto sua lembrança permanecer em nossos corações.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, maio de 2017.

Sirio Vieira dos Santos Filho
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
ALESC	Assembleia Legislativa de Santa Catarina
ART	Artigo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CC/02	Código Civil de 2002
CLS	<i>Critical Legal Studies</i>
EUA	Estados Unidos da América
LAE	<i>Law And Economics</i>
LSE	<i>London School of Economics</i>
MEL	Mínimo Ético Legal
MPSC	Ministério Público de Santa Catarina
NEI	Nova Escola Institucional
OAB/SC	Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina
PEES	Princípio da Eficiência Econômico-Social
STF	Supremo Tribunal Federal
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

ROL DE CATEGORIAS

Análise Econômica do Direito: Pode ser definida 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 legais¹.

Custos de Transação: Custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação². Outro sim, de modo sucinto, Cooter e Ulen³ definem os custos de transação como custos das trocas ou comércio.

Direitos de Propriedade: A definição de direitos de propriedade, tanto em Economia como em Direito, consiste num conjunto de direitos sobre um recurso que o dono está livre para exercer e cujo exercício é assegurado contra a interferência de outros agentes⁴. Porém, os direitos de propriedade devem estar em consonância com a sua função social.

Eficiência: Consiste na possibilidade de se atingir o melhor resultado com o mínimo de erro ou desperdício, estando intimamente relacionada com a maximização da riqueza e do bem-estar social⁵.

Externalidade: Conforme destaca Mankiw, externalidade é o impacto das condutas de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participaram da negociação, o que será positiva ou negativa a externalidade, o que respectivamente, o impacto pode ser positivo ou adverso nas ações dos agentes negociantes⁶.

Função Social da Propriedade: Segundo Cristiano Chaves Farias e Nelson

¹ PORTO, Antônio 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: 13 abr. 2015, p. 10.

² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 4 reimpressão, 2005, p. 75.

³ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105. Título original: *Law and economics*.

⁴ MUELLER, Bernardo. **Direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN Raquel. **Direito & economia**, Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 91.

⁵ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 81.

⁶ MANKIW, Gregory N. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 208.

Rosenvald⁷, função social da propriedade é o comportamento ordenado do proprietário, “exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição”.

Homo Economicus: o agente racional que maximiza seu bem-estar de forma a coordenar suas preferências.

Mercado: Local real ou virtual em que se encontram produtores e consumidores para vender e comprar seus produtos, processo a partir do qual são definidos os preços. Também podem ser vistos como instituições que facilitam as trocas entre os agentes econômicos, reduzindo os custos de busca, informação, negociação e até mesmo de garantia do cumprimento de contrato⁸.

Propriedade Privada: Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a propriedade privada é um direito complexo, que “possibilita ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto”.

Sustentabilidade: Segundo Juarez Freitas⁹, sustentabilidade é o princípio constitucional que determina, de forma direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade “pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo inovador, ético e eficiente”, com o escopo de assegurar o direito ao bem-estar.

Usucapião: Modo de aquisição originária da propriedade em virtude de posse mansa, pacífica, contínua e prolongada no tempo.

Teorema de Coase: Instrumento econômico que permite saber qual o resultado socialmente eficiente diante da ausência de custos de transação e com os direitos de propriedade bem definidos.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**; v. 5. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 261.

⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 76.

⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

SUMÁRIO

RESUMO	p. 11
ABSTRACT	p. 12
RESUMEN	p. 13
 INTRODUÇÃO	 p. 14
 1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	 p. 18
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS	p. 18
1.2 ESCOLAS DE PENSAMENTO E PRINCIPAIS PRECURSORES	p. 30
1.3 CONCEPÇÕES DE EFICIÊNCIA	p. 35
1.4 CRÍTICAS ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	p. 42
 2 A PROPRIEDADE PRIVADA SOB A ÓTICA ECONÔMICA	 p. 51
2.1 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA PROPRIEDADE PRIVADA	p. 51
2.2 PROPRIEDADE PRIVADA	p. 68
2.3 CUSTOS DE TRANSAÇÃO	p. 68
 3 A ANÁLISE ECONÔMICA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE NO BRASIL EM CONSONÂNCIA COM A SUSTENTABILIDADE	 p. 78
3.1 O TEOREMA DE COASE	p. 78
3.2 A ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE PRIVADA	p. 89
3.3 SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES	p. 104
3.4 A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA	p. 112
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 p. 125
 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	 p. 128

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade, como resultado das pesquisas realizadas no curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e no curso de *Máster Universitario en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante (Espanha), enquanto produto do convênio de dupla titulação entre esta e aquela Universidade. Tem por objetivo examinar a viabilidade da Análise Econômica do Direito (AED) ser aplicada ao instituto da propriedade privada no Brasil a fim de alcançar a eficiência ao alocar os bens para as mãos de quem mais os valorize, e ainda, promover a sustentabilidade, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar social nos moldes da sua função social da propriedade. Para isso, o estudo aborda o desenvolvimento e conceito da Análise Econômica do Direito, as diversas Escolas de Pensamento, os instrumentos econômicos que são fundamentos da AED, a Sustentabilidade e suas Dimensões, bem como a relativização da propriedade privada e sua função social à luz da Análise Econômica. Na Fase de Investigação e no presente Relatório de Pesquisa, foi utilizado o Método Indutivo. Foram acionadas, além disso, as técnicas do Referente, da Categoria, dos Conceitos Operacionais e da Pesquisa Bibliográfica. Ao final da pesquisa conclui-se que ao aplicar a Análise Econômica do Direito na propriedade privada no Brasil, a definição clara dos direitos de propriedade faz com que o bem seja alocado para as mãos de quem mais o valorize, promovendo assim, eficiência, crescimento econômico sustentável e bem-estar social nos moldes da função social da propriedade.

Palavras-chave: Análise econômica do direito. Custos de transação. Eficiência. Função social da propriedade. Propriedade privada. Sustentabilidade.

ABSTRACT

This Work is part of the Line of Research Environmental Law, Transnationality and Sustainability. It is the result of research carried out for the Master's Degree in Legal Science of Universidade do Vale do Itajaí, and the Master's Degree in Environmental Law and Sustainability of Universidad de Alicante (Spain), and the product of the double degree agreement between the two Universities. The aim is to investigate the possibility of the Economic Analysis of Law (EAL) being applied in the Brazilian legal system, especially in the Institute of Private Property, to achieve efficiency and allocate the goods to those who will most value them, promoting sustainability, sustainable development and social well-being in the models of its social function of property. The study therefore addresses the development and the concept of Economic Analysis of Law, the different Schools of Thought, the economic instruments that are basic tenants of EAL, Sustainability and its Dimensions, and the relativization of private property and social function based on Economic Analysis. In the Investigation Phase, and in this Research Report, the Inductive Method was used. This was complemented by the techniques of Referent, Category, Operational Concepts and Bibliographic Research. The work concludes that by applying the Economic Analysis of Law in private property in Brazil, the clear definition of property rights causes the property to be allocated to the hands of those who most value it, promoting efficiency, sustainable economic growth and social well-being, based on the social function of property.

Key words: Economic analysis of law. Transaction costs. Efficiency. Social function of property. Private property. Sustainability.

RESUMEN

La presente Disertación está inserta en la línea de investigación Derecho Ambiental, Transnacionalidad y Sostenibilidad, como resultado de las investigaciones realizadas en el curso de Máster del Programa de Postgrado Stricto Sensu en Ciencia Jurídica por la Universidad del Vale del Itajaí y en el curso de Máster Universitario en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad por la Universidad de Alicante (España), convenio de doble titulación entre esta y aquella Universidad. Tiene por objetivo examinar la viabilidad del Análisis Económico del Derecho (AED) de ser aplicada al instituto de la propiedad privada en Brasil a fin de alcanzar la eficiencia al asignar los bienes a quienes más los valoricen, y también promover la sostenibilidad, el desarrollo sostenible y el bienestar social siguiendo el modelo de la función social de la propiedad. Para ello, el estudio aborda el desarrollo y el concepto del Análisis Económico del Derecho, las diversas Escuelas de Pensamiento, los instrumentos económicos que son fundamentos de la AED, la Sostenibilidad y sus dimensiones, así como la relativización de la propiedad privada y su función social a la luz del análisis económico. En la Fase de Investigación y en el presente Informe de Investigación, se utilizó el Método Inductivo. Se accionaron, además, las técnicas del Referente, de la Categoría, de los Conceptos Operacionales y de la Investigación Bibliográfica. Al final de la investigación se concluye que al aplicar el Análisis Económico del Derecho en la propiedad privada en Brasil, la definición clara de los derechos de propiedad logra que el bien sea designado a las manos de quien más lo valore, promoviendo así, eficiencia, crecimiento económico sostenible y bienestar social en los moldes de la función social de la propiedad.

Palabras clave: Análisis económico del derecho. Costos de transacción. Eficiencia. Función social de la propiedad. Propiedad privada. Sostenibilidad.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do Título de Mestre, em dupla titulação, em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e em Direito Ambiental e da Sustentabilidade pelo Curso de *Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* – MADAS, da Universidade de Alicante – Espanha.

Para a obtenção do título de mestre em Dupla Titulação, através de convênio firmado entre as duas instituições, o autor permaneceu na cidade de Alicante (Espanha) nos meses de abril, maio e junho de 2016, nos quais acompanhou as aulas do referido curso e concluiu os créditos acadêmicos obrigatórios.

A presente pesquisa tem por objetivo científico examinar a viabilidade da Análise Econômica do Direito ser aplicada ao instituto da propriedade privada no Brasil a fim de alcançar a eficiência ao alocar os bens para as mãos de quem mais os valorize, e ainda, promover a sustentabilidade, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar social nos moldes da função social da propriedade. Para tanto, baseia-se em interpretar os métodos econométricos na aplicação ao direito de propriedade definido no ordenamento jurídico.

O trabalho fora dividido em três objetivos específicos, de modo a analisar-se, no primeiro objetivo, o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, e, notadamente, suas concepções de Eficiência como critério de justiça, bem como sua relação com o crescimento econômico da sociedade.

O segundo objetivo específico é examinar a Propriedade Privada na concepção econômica e jurídica bem como, os Custos de Transação que recaem sobre o presente instituto, para assim, refletir sobre a possibilidade da Propriedade Privada ser preceito básico das análises que buscam o crescimento econômico.

Por fim, o terceiro objetivo específico busca discorrer sobre o Teorema de Coase, almejando reduzir os custos de transação, bem como a Análise Econômica da Propriedade Privada, que preconiza a clara definição para tornar este recurso

eficiente, e assim, cumprir sua função social e consagrar a sustentabilidade em suas dimensões.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) O movimento da Análise Econômica do Direito é instrumento para analisar as normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como serve como elemento de eficiência na alocação dos recursos escassos, no caso a propriedade privada.

b) Os instrumentos econômicos – concepções de Eficiência, Custos de Transação e Teorema de Coase – ajudam a interpretar as normas vigentes no Brasil a fim de impulsionar o desenvolvimento econômico através da alocação da propriedade privada para as mãos de quem mais a valoriza.

c) A clara definição da propriedade exposta pela Análise Econômica do Direito está em consonância com o instituto da propriedade privada e sua função social – ambas previstas no ordenamento jurídico brasileiro – assegurando assim, a sustentabilidade em suas dimensões ambiental, social e econômica bem como, atendendo sua função social.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada.

Em um primeiro momento, desenvolve-se sobre os aspectos históricos da Análise Econômica do Direito, sua epistemologia e sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Em um segundo momento, apresenta-se as Escolas de Pensamento, que embora cada uma possua suas próprias características, todas buscam alcançar a eficiência. Desse modo, em um terceiro momento, exibe-se as diversas concepções de eficiência que fundamentam a Análise Econômica do Direito e, por fim, expõe-se os principais críticos da teoria.

No Capítulo 2, que possui como título “A Propriedade Privada sob a Ótica Econômica”, discorre-se sobre os fundamentos econômicos e jurídicos do instituto da propriedade e, por fim, os custos de transação. Em um primeiro momento, busca-se

apresentar o conceito econômico da propriedade e seus três elementos para que o uso seja eficiente, visto que os bens são cada vez mais escassos. A seguir, aborda-se a propriedade privada prevista no ordenamento jurídico brasileiro que, à luz da Análise Econômica do Direito, passa a efetivar sua função social. Em um momento seguinte, disserta-se sobre os custos de transação, o qual é fundamento importante para analisar o comportamento dos indivíduos na transação da propriedade.

No terceiro e último Capítulo, cujo título é “A Análise Econômica do Direito de Propriedade Privada no Brasil em consonância com a Sustentabilidade” é apresentado em um primeiro momento, o Teorema de Coase, que almeja reduzir os custos de transação através da definição clara dos direitos de propriedade. Ademais, o presente fundamento demonstra que é necessária a intervenção mínima das instituições para internalizar as externalidades previstas numa transação. Em um segundo momento, reunindo as noções trabalhadas nas passagens anteriores e direcionando-as ao problema central da Dissertação, discorre-se sobre a Análise Econômica da Propriedade Privada, que está em consonância com a propriedade e sua função social prevista no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir, discorre-se sobre a sustentabilidade e seu alcance através do movimento delineado. Por fim, explicita-se a relativização da propriedade privada à luz da Análise Econômica do Direito e da Sustentabilidade Econômica.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se, com Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e/ou no relato, e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao Tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Análise Econômica da Propriedade Privada como instrumento para o crescimento sustentável no Brasil.

O Método utilizado, tanto na fase de Investigação como na fase de Tratamento de Dados, foi o Indutivo¹⁰. No que concerne às técnicas de investigação,

¹⁰ O método indutivo, segundo de Cesar Luiz Pasold, consiste em "pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-la de modo a ter uma percepção ou conclusão geral". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

utilizaram-se aquelas atinentes à Categoria¹¹, ao Conceito Operacional¹² e ao Referente¹³, além da Pesquisa Bibliográfica¹⁴ pertinente ao assunto reluzido na pesquisa.

Nesta Dissertação, os trechos em língua estrangeira constam no corpo do texto com sua redação original, com a tradução livre do autor em nota de rodapé. Por fim, destaca-se o uso de citações indiretas, com indicação das referências em nota de rodapé, quando as ideias dos autores citados foram incorporadas ao texto, sem prejuízo à construção original do trecho citado. Destaca-se ainda a utilização de citações diretas para aqueles trechos em que se quis conservar a ideia original do autor citado em todos os seus detalhes.

¹¹ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12 Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 97.

¹² “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática, 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.

¹³ “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 209.

¹⁴ “técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.

CAPÍTULO 1

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO¹⁵

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Antes de adentrar ao conceito da teoria da Análise Econômica do Direito, deve-se analisar, em primeiro plano, as duas disciplinas - Direito e Economia - que são a essência da teoria a ser estudada.

Com efeito, à luz dos ensinamentos de Miguel Reale¹⁶ e sua teoria tridimensional do Direito, há inegável dissensão entre o conceito de Direito e Economia, visto que:

[...] 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 [...].

Por outro lado, a definição de Economia como método de investigação, exposta por Lionel Robbins¹⁷, traduz-se como "[...] é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos".

Não obstante os conceitos de Direito e Economia sejam distintos, eles comunicam-se entre si, a fim de expandir a compreensão e o alcance do direito, bem como aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas,

¹⁵ Parte do presente capítulo faz parte de artigo científico de minha autoria publicado na Revista Justiça do Direito – UPF, inscrita no ISSN n. 1413-7038, volume 30, edição n. 2 (2016).

¹⁶ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito** - situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 117/118.

¹⁷ Economia é "the science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses". ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. 2. ed. rev. and ext. London: Macmillan, 1945. Disponível em: <http://mises.org/sites/default/files/qjae12_4_5.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015, p. 81.

principalmente com relação às consequências¹⁸.

Ademais, a integração entre as duas disciplinas exige uma análise flexibilizada e também, que o Direito aceite a análise dos efeitos das normas jurídicas, visto que é importante para a própria dogmática da Ciência Jurídica¹⁹.

No tocante à relação entre as duas disciplinas, Bruno Meyerhof Salama²⁰ afirma que tanto o Direito quanto a Economia lidam com diversos problemas como: coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Porém, a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples, pois as suas metodologias diferem de modo bastante profundo.

Ademais, Salama²¹ sintetiza a diferença entre as disciplinas, posto que:

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.

São vários obstáculos que têm dificultado um diálogo proveitoso entre juristas e economistas como: a) o mal-entendido que para os juristas, a justiça nada preocupa os economistas enquanto que para estes, os juristas não atribuem valor à eficiência; b) a ignorância de compreender inglês e matemática como ferramentas básicas da AED, que causam medo aos juristas de ver corroída a autonomia do direito²².

¹⁸ GICO JR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

¹⁹ ESTEVES, Heloisa Borges Bastos Esteves. **Economia e Direito: um diálogo possível**. [Dissertação]. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, p. 32.

²⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Apresentação**. *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 09.

²¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Apresentação**. *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 09.

²² VÁZQUEZ, Rodolfo. **Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho**. Texto lido no Primer Congreso Anual sobre “Justicia y Eficiencia”, organizado por la Asociación Mexicana de Derecho y Economía y el Instituto Tecnológico Autónoma de México, México

Portanto, aliar o direito à economia é uma tarefa que segundo os defensores dessa teoria, pode auxiliar os governantes, não só para lhes explicar os efeitos de uma política sobre a eficiência do uso dos recursos disponíveis, senão também no que se refere à identificação dos efeitos sobre a distribuição dos gastos e da riqueza.

Cumprir citar a conclusão do ex-presidente da *Asociación Española de Derecho y Economía - AEDE*, professor Roger Van den Bergh²³:

El movimiento del derecho y la economía representa el mayor reto intelectual dentro del saber jurídico en las últimas décadas. Los conceptos económicos se aplican para explicar y esclarecer los asuntos legales, no sólo respecto al derecho mercantil, a la ley antimonopólica y al derecho fiscal, en los que el vínculo entre las disciplinas jurídicas y económica es obvia, sino también respecto a una amplia gama de actividades de no mercado que van desde los asuntos de responsabilidad civil hasta los asuntos familiares y penales.

Diversos doutrinadores, em especial Richard A. Posner²⁴, relatam que uma das bases do movimento da Análise Econômica do Direito veio dos economistas da Escola Clássica, mormente, Adam Smith.

Na obra “*The wealth of nations*”²⁵ publicada em 1776, Smith defende que a liberdade de concorrência é a melhor solução para a alocação dos recursos, sendo

D. F., 16 de fevereiro de 1996, p. 143. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/comentarios-sobre-algunos-supuestos-filosoficos-del-analisis-econmico-del-derecho-0/>> Acesso em: 25 fev. 2017.

²³ “O movimento do direito e da economia representa o maior desafio intelectual dentro do saber jurídico nas últimas décadas. Os conceitos econômicos são aplicados para explicar e esclarecer os assuntos legais, não só no que diz respeito ao direito comercial, direito da concorrência e direito tributário, em que a ligação entre as disciplinas jurídica e econômica é óbvio, mas também em uma ampla gama de atividades não mercantis que vão desde questões de responsabilidade civil até assuntos de direito de família e de direito penal”. (Tradução do autor). BERGH, Roger Van den *apud* VÁZQUEZ, Rodolfo. **Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho**. Texto lido no Primer Congreso Anual sobre “Justicia y Eficiencia”, organizado por la Asociación Mexicana de Derecho y Economía y el Instituto Tecnológico Autónoma de México, México D. F., 16 de fevereiro de 1996, p. 143. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/comentarios-sobre-algunos-supuestos-filosoficos-del-analisis-econmico-del-derecho-0/>> Acesso em: 25 fev. 2017.

²⁴ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 25. Título original: *Economic analysis of law*.

²⁵ Título em português: “Riqueza das Nações”.

que os preços seriam formados pelo próprio mercado e, por conseguinte, alcançaria o equilíbrio desejado²⁶.

Também, Francesco Parisi e Charles K. Rowley mencionam que Adam Smith teria contribuído sinuosamente para o surgimento da Análise Econômica do Direito, em razão do seu entendimento sobre os fatores que poderiam levar eficiência ao sistema administrativo de justiça com a criação de normas contrárias aos monopólios²⁷.

Neste diapasão, é citado o utilitarista Jeremy Bentham²⁸ (1748-1832), tendo por objeto as leis que regulam comportamento alheio ao mercado. Um dos poucos filósofos que adotou a ideia de que as pessoas agiam como maximizadoras racionais de seu próprio interesse em qualquer aspecto da vida.

Partindo deste pressuposto, o problema do controle penal se restringiria a estabelecer um conjunto de preços pelo delito, manipulando o custo do castigo para o suspeito, quais sejam o rigor do castigo e a probabilidade de que este será aplicado²⁹. Sua proposta central é pesar custos e benefícios a fim de maximizar a felicidade da comunidade em geral, sendo este o mais elevado objetivo da moral.

Outro autor que serviu como base à Teoria do Direito e Economia foi o jurista e economista italiano Cesare Beccaria, com a obra “Dos Delitos e das Penas”³⁰, publicada no ano de 1764.

Ao passar do tempo - mais precisamente no século XX - diversos doutrinadores constatarem o entrelaçamento entre o Direito e a Economia, buscando

²⁶ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*.

²⁷ PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The origins of law and economics**: essays by the founding fathers. Massachusetts: Edward Elgar, 2005.

²⁸ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974. Título original: *An introduction to the principles of morals and legislation*.

²⁹ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 07.

³⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: CD – Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2006. Título original: *Dei delitti e delle pene*.

respostas de como os direitos de propriedade seriam determinados junto às sociedades, eis que até àquela época não haviam esclarecido o ponto de vista econômico, visto que se invocava o argumento baseado no jusnaturalismo³¹.

Em meados do século XX, os principais precursores teóricos como Arthur Cecil Pigou³², Aaron Director³³, Ronald Coase³⁴, Guido Calabresi³⁵, Gary Stanley Becker³⁶, Richard Allen Posner³⁷ concretizaram o domínio da Análise Econômica do Direito, conhecida também pelo termo “*Law and Economics*”, após diversos artigos publicados e trabalhos desenvolvidos nas universidades norte-americanas, especialmente em Chicago, Yale e Berkeley.

No ano de 1920, Arthur Cecil Pigou publicou a obra “*The Economics of*

³¹ PIMENTA, Eduardo Goulart; R.P. LANA, Henrique Avelino. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>> Acesso em: 11 fev. 2016. p. 89.

³² Foi aluno e professor na cátedra de Economia Política da Universidade de Cambridge nos anos de 1908 a 1943, onde desafiou doutrinas econômicas vigentes e a tradição neoclássica sobre a substituição da ação industrial privada pelo Estado. Um dos seus principais trabalhos foi o desenvolvimento da taxa de Pigou, apresentada na obra “*The Economics of Welfare*”.

³³ Foi um célebre professor e fundador do campo *Law and Economics* na Universidade de Chicago bem como fundador do *Journal of Law and Economics*, onde diversos artigos publicados foram importantes para o desenvolvimento da disciplina.

³⁴ Graduou-se pela Universidade de Londres e na Escola de Economia e Ciência Política de Londres. Ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1991. Possui como principais obras: “*The Firm, the Market, and the Law*”; “*The Nature of the Firm*”; e “*The Lighthouse in Economics*”.

³⁵ Juiz da Corte de Apelação no Segundo Circuito dos Estados Unidos desde 1994. Antes de sua nomeação, Calabresi era professor na Universidade de Yale Law School, onde começou a lecionar sobre Direito e Economia em 1959 e até o momento configura-se como professor Emérito. Foi premiado com cerca de cinquenta graus honorários de universidades nos Estados Unidos e no exterior bem como é autor de seis livros e mais de cem artigos sobre direito e assuntos relacionados. Possui como principal obra: “*The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*”.

³⁶ Graduou-se na Universidade de Princeton em 1951, tornou-se doutor pela Universidade de Chicago em 1955. Foi professor na Universidade de Columbia de 1957 a 1968, quando retornou para Universidade de Chicago a fim de lecionar sobre a teoria dos preços na graduação. Economista pioneiro em estudar sobre o comportamento e interação humana, mais especificamente sobre a economia da discriminação. Ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1992. Possui como principais obras: “*Crime and Punishment: an economic approach*” e; “*Uncommon Sense: economic insights, from marriage to terrorism*”.

³⁷ Richard Allen Posner, um dos criadores do movimento em prol do enfoque econômico do direito, nasceu em Nova Iorque em 1939, estudou Direito em Harvard e atualmente é professor em Stanford na Universidade de Chicago, da qual é catedrático emérito. Doutor *honoris causa* por várias Universidades, entre elas Yale. É juiz-presidente do Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito da justiça federal norte-americana. Possui como principais obras: “*Economic Analysis of Law*”; “*The Economics of Justice*”; “*Law, Pragmatism and Democracy*”; “*Overcoming Law*”; “*Frontiers of Legal Theory*”; entre outros.

*Welfare*³⁸, na qual analisa o problema das externalidades negativas. Como forma de ilustração, o economista britânico exemplifica o caso de uma empresa poluente instalada num bairro residencial e que, por consequência, prejudica o bem-estar da vizinhança. A solução apresentada pelo autor seria a responsabilidade da fábrica pelos danos causados ou a tributação proporcional aos gases emitidos.

Em 1937, o economista britânico Ronald Coase publicou o trabalho inovador "*The Nature of the Firm*"³⁹, em que o autor explica o conceito dos custos da transação bem como, a explicação sobre os limites e características das empresas.

Entre os anos de 1940 e 1950, o economista Aaron Director teve grande influência na Universidade de Chicago ao fundar o campo da "*Law and Economics*" bem como ser um notável estudioso em métodos científicos da economia - como estatísticas e teoria do preço - e sua aplicação no pensamento jurídico dos Estados Unidos⁴⁰.

O economista Coase, em 1960, ganhou notoriedade com a publicação do artigo "*The Problem of Social Cost*"⁴¹, no qual apresenta o Teorema de Coase, que afirma que os direitos de propriedade devem ser bem definidos para superar as externalidades, ou seja, os impactos previstos no mercado. Para melhor elucidação, o autor apresenta o exemplo da fábrica cuja fumaça causa efeitos prejudiciais aos proprietários de imóveis vizinhos.

Além disso, o economista Gary Becker publicou um ensaio⁴² sobre criminalidade no ano de 1968, no qual revisitou as ideias do filósofo Bentham. Nesse

³⁸ PIGOU, Arthur Cecil. **The economics of welfare**. 4 ed. London: Macmillan, 1932. Disponível em: <https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/users/jcalhoun/Courses/History_of_Economic_Ideas/Readings/Pigou-The_Economic_of_Welfare.pdf> Acesso em: 14 fev. 2017.

³⁹ COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. Economic, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937. p. 386-405. Publicado por Wiley on behalf of London School of Economics and Political Science and Suntory and Toyota International Craters of Economics and Related Disciplines. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2626876>> Acesso em: 11 dez. 2015.

⁴⁰ Artigo sobre Aaron Director publicado no sítio eletrônico da Universidade de Chicago. Título: *Aaron Director, Founder of the field of Law and Economics*. Disponível em: <<http://www-news.uchicago.edu/releases/04/040913.director.shtml>> Acesso em: 15 dez. 2015.

⁴¹ COASE, Ronald H. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **O problema do custo social**. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59-112. Título original: *The problem of social cost*.

⁴² BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. New York: Columbia University, 1968. Disponível em: <<http://www.wu.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>> Acesso em 16 dez. 2015.

ensaio, o economista insistiu que todos os campos do direito poderiam ser estudados e iluminados pelas lentes da economia. Destaca-se, outrossim, que vários estudos que vincularam direito e economia, especialmente a partir da década de 1970, eram focados em temas de competição de monopólio.

Após a apresentação de sua tese de doutorado, Becker juntamente com seus alunos e discípulos da Universidade de Chicago, conduziu a ciência econômica pelos mais diversos assuntos: “educação, fertilidade, utilização do tempo nas tarefas domésticas, comportamento dos criminosos e dos promotores públicos, caridade, caça na pré-história, escravidão, suicídio, adultério e até mesmo o comportamento de ratos e pombos”⁴³.

Inclusive, na obra “*The Economic Approach to Human Behavior*”, Becker argumenta que o modo de Lionel Robbins olhar para a economia não precisava ser numa forma tão restritiva, devendo ser aplicada de modo mais geral por toda a gama das ciências sociais⁴⁴. Para melhor elucidação, Becker sustenta que o modelo microeconômico auxilia a compreender o motivo dos indivíduos cometerem ou não crimes, posto que os agentes criminosos são racionais e, portanto, calculam o seu benefício de atuar ou não no setor ilícito⁴⁵.

Ainda em 1970, Guido Calabresi publicou o artigo “*The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*”⁴⁶, em que sob a ótica da teoria econômica examina a distribuição do risco como critério de imputação de responsabilidade que informa o direito de danos, posto que o custo acidental total de qualquer atividade econômica inclui tanto o custo esperado dos acidentes que ocorrem quanto os custos esperados

⁴³ BECKER, Gary S. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

⁴⁴ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 2. Título original: *The firm, the market and the law*.

⁴⁵ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; DO AMARAL, Thiago Bottino. **Análise econômica do crime**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 304.

⁴⁶ CALABRESI, Guido. **The costs of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven and London: Yale University Press, 1970.

pela sociedade a fim de evitar o acontecimento desses incidentes.

Nessa conjectura, denota-se que a análise econômica do direito, que até meados de 1960 era destinada à averiguação econômica do direito antimonopólio, passou a ampliar seu campo de investigação, ganhando mais notoriedade no campo acadêmico, apesar da temática ainda não obter um nome a que possa ser chamada⁴⁷.

Somente em 1973, com a publicação do “*Economic Analysis of Law*”⁴⁸, do precursor Richard A. Posner, que foi consolidado o movimento da Análise Econômica do Direito.

Com efeito, Posner, objetivando advertir o campo de análise resultado desta interconexão entre o Direito e a Economia, constata que muitos advogados creem que a economia é o estudo da inflação, do desemprego, dos ciclos econômicos de outros fenômenos macroeconômicos alheios às preocupações diárias do sistema legal, o que, como se verá, não é o mais acertado⁴⁹.

Para Javier Ibáñez Jiménez⁵⁰, a AED implica “*el estudio de cómo el derecho conformado por modelizaciones, opciones y restricciones económicas así públicas como privadas*”, no sentido de que a teoria econômica passa a completar e reconfigurar o exame autônomo do direito, graças a ideia de mercado como espaço de recurso otimizador e intercâmbio econômico como forma de atribuição de riqueza.

Ademais, outra confusão muito comum é entre a “Teoria Econômica do Direito” e a “Teoria da Eficiência do Direito Comum”, o que há que se tomar cuidado, uma vez que “*la primera trata de explicar el mayor número posible de fenómenos legales mediante el uso de la economía*”, enquanto que a segunda, ainda que faça parte da primeira, “*postula una meta económica específica para un subconjunto*

⁴⁷ POSNER, Richard A. **El análisis económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 55. Título original: *Economic analysis of law*.

⁴⁸ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007. Título original: *Economic analysis of law*.

⁴⁹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 25. Título original: *Economic analysis of law*.

⁵⁰ “estudar como o direito formado pela modelagem, opções e restrições econômicas, tanto públicas quanto privadas”. (Tradução do Autor). IBÁÑEZ, Javier Jiménez. **Análisis económico del derecho**. Método, investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch, 2011, p. 25-26.

limitado de reglas e instituciones legales"⁵¹.

Esclarecendo a subversão quanto ao estudo da teoria, Posner explica que os enfoques econômicos do sistema jurídico pressupõem uma compreensão e/ou interpretação da legislação para proporcionar ao homem um racional aproveitamento dos recursos vitais à sua sobrevivência⁵².

Robert Cooter e Thomas Ulen⁵³ asseveram que a Ciência Econômica fornece ao Direito uma teoria que permite prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento dos agentes econômicos.

Já o autor Nicholas Mercurio⁵⁴ propõe que a finalidade da Análise Econômica do Direito é a definição das *"variables instrumentales y las cuestiones y procesos que son fundamentales para el funcionamiento de las instituciones jurídicas que gozan de importancia económica"*.

Ademais, Ivo Gico Jr.⁵⁵ leciona que a juseconomia pode ajudar a reduzir a ocorrência de determinados crimes e a compreender o consentimento da sociedade perante algumas leis, bem como assimilar o processo legislativo.

⁵¹ "a primeira trata de explicar o maior número possível de fenômenos legais mediante o uso da economia". "postula uma meta econômica específica para um subconjunto limitado de regras e instituições legais". (Tradução do Autor) POSNER, Richard A. **El análisis económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. Mexico: FCE, 2007, p. 59-60. Título original: *Economic analysis of law*.

⁵² Ainda sobre a importância da economia para o Direito, ver: COOTER, Robert.; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Título Original: *Law and Economics*, em especial p. 33: "A análise econômica do direito é um assunto interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo e facilita uma maior compreensão de ambos. A economia nos ajuda a perceber o direito de uma maneira nova, que é extremamente útil para os advogados e para qualquer pessoa interessada em questões de políticas públicas". Ainda, ROSE-ACKERMAN, Susan. **Análise Econômica Progressista do Direito – e o novo Direito Administrativo**. In: MATTOS, Paulo. Regulação econômica e democrática: o debate norte-americano. Paulo Mattos (coord.); Mariana Mota Prado; Jean Paul Cabral Veiga da Rocha; Diogo R. Coutinho e Rafael Oliva, organizadores. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 243-280.

⁵³ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25. Título original: *Law and economics*.

⁵⁴ "variáveis instrumentais e questões e processos que são fundamentais para o funcionamento das instituições jurídicas que gozam de importância econômica". (Tradução do Autor). MERCURIO, Nicholas. **Derecho y Economía**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991, p. 13.

⁵⁵ GICO JR, Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

Márcia Ribeiro e Irineu Galeski Júnior acrescentam que esse movimento interdisciplinar busca aplicar os elementos de valor, utilidade e eficiência a todas as searas do direito de forma dinâmica⁵⁶.

Portanto, a Análise Econômica do Direito defende que é essencial a aplicação da microeconomia e a economia do bem-estar para explicar, compreender e prever os fatos no ordenamento jurídico⁵⁷.

Outrossim, o sistema legal é essencial para resolver suas contendas e estruturar suas transações econômicas, conforme Hay, Shleifer e Vishny citados por Pinheiro e Saddi⁵⁸, ressaltam:

[...] o primado do Direito significa em parte que as pessoas usam o sistema legal para estruturarem suas atividades econômicas e resolverem suas contendas. Isso significa, entre outras coisas, que os indivíduos devem aprender o que dizem as regras legais, estruturar suas respectivas transações econômicas utilizando essas regras, procurar punir ou obter compensações daqueles que quebram as regras e voltar-se a instâncias públicas, como os tribunais e a polícia, para a aplicação dessas mesmas regras.

Desse modo, o conceito da Análise Econômica de Direito pode ser resumido 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 legais⁵⁹ para uma maior eficiência alocativa, a fim de alcançar o bem-estar dentro da moral⁶⁰.

Para melhor compreensão, Posner⁶¹ divide a teoria em três aspectos: a)

⁵⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 69.

⁵⁷ PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho** - una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 25.

⁵⁸ HAY, Jonathan; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Toward a theory of legal reform. *European Economic Review*, v. 40, n. 3-5, 1996, p. 559. *Apud*, PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Curso de law & economics**. Disponível em: <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2015, p. 12.

⁵⁹ PORTO, Antônio 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: 13 abr. 2015, p. 10.

⁶⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 89.

⁶¹ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva,

heurístico, por exibir unidades subjacentes em doutrinas e instituições jurídicas; b) descritivo, por buscar identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas, instituições e as causas econômicas das transformações jurídicas; c) normativo, no sentido de orientar os juízes e outras autoridades políticas sobre os métodos mais eficientes de conduta regular através do direito⁶².

Ainda a respeito da epistemologia da Análise Econômica do Direito, Posner⁶³ apresenta a AED Descritiva (o que é) e a AED Normativa (o que deve ser)⁶⁴:

A análise econômica do direito possui tanto aspectos positivos (isto é, descritivos) quanto aspectos normativos. Seu objetivo é tentar explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema. Mas também busca aperfeiçoar o direito, ao assinalar as consequências involuntárias ou indesejáveis das leis vigentes ou dos projetos de lei e propor reformas práticas.

Logo, a Análise Econômica do Direito visa examinar o sistema legal em seu conjunto, destinando-se a campos comuns do direito - como por exemplo: os quase delitos (contravenções penais), os contratos, as restituições e a propriedade; a teoria e prática da aplicação das penas; ao processo civil, penal e administrativo; a teoria jurídica, na aplicação da lei e na administração judicial, e, inclusive ao direito constitucional -, evidenciado, assim, seu caráter polissêmico e, acima de tudo,

Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. XII. Título original: *Frontiers of legal theory*,

⁶² POSNER, Richard A. **Direito e economia no common law, civil law e nações em desenvolvimento**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) V. 1, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/54>> Acesso em: 25 fev. 2017.

⁶³ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. Título original: *Frontiers of legal theory*, 2011, p. 8.

⁶⁴ Exemplo apresentado pelo professor Ivo Gico Jr. Para compreender as diferenças epistemológicas é no seguinte sentido: “[...] enquanto um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão”. GICO JR, Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

imprescindível à seara jurídica⁶⁵.

Embora planejada originalmente em países da *Common Law*, a AED não impossibilita sua aplicação nos países da *Civil Law*, como é o caso do Brasil, conforme assevera Posner⁶⁶:

Já afirmei, e repito, que isso se aplica também aos sistemas jurídicos de *civil law*. Esses sistemas se baseiam numa legislação mais detalhada do que as que geralmente vigoram nas jurisdições anglo- americanas. Mas nenhuma legislação é detalhada a ponto de esgotar todas as possibilidades de disputa judicial que podem ocorrer numa sociedade dinâmica. Todas elas deixam grande espaço para o exercício da discricionariedade por parte dos juízes.

Não obstante, no prefácio à edição brasileira do seu livro “A Economia da Justiça”, Richard Posner⁶⁷ acentua a importância do estudo da Análise Econômica do Direito no Brasil:

Para concluir, devo fazer duas considerações relacionadas com a aceitação da abordagem econômica pela comunidade jurídica brasileira. A primeira diz respeito à formação dos juízes; a segunda, ao caráter do Brasil como país em desenvolvimento, e não ainda plenamente desenvolvido. Nos sistemas de civil law, a formação de advogados e juízes tende a ser estritamente profissional e portanto, metodologicamente conservadora. Uma concepção de direito que o entenda como um fator político, dando ênfase à discricionariedade judicial e à permeabilidade do processo judicial às influências de outras disciplinas, como a economia, não é um modo espontâneo de pensar para advogados e juízes formados na tradição do civil Law. Por isso todo esforço para introduzir a análise econômica do direito no sistema jurídico brasileiro deve começar nas universidades e faculdades de direito. Em segundo lugar, num país em desenvolvimento como é o Brasil, a análise econômica do direito deve ter uma ênfase diferente da que tem em países plenamente desenvolvidos, como Estados Unidos, Reino Unido, França, Alemanha e Japão. Nestes últimos, a importância dos direitos de propriedade, da liberdade contratual, da independência do

⁶⁵ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. Mexico: FCE. Título original: *Economic analysis of law*, 2007, p. 55.

⁶⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 22. Título original: *Law, pragmatism and democracy*.

⁶⁷ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XVII-XVIII.

judiciário, da discricionariedade judicial bem orientada e das limitações ao poder do Estado é tomada como ponto pacífico. Nos países em desenvolvimento, por outro lado, esses valores tendem a ser postos em questão e só se efetivam de modo incompleto. Nesses países, a proteção dos direitos de propriedade, a garantia de liberdade contratual, a prevenção da corrupção e do favoritismo político e a limitação do poder regulador do Estado sobre a economia têm ou devem ter um relevo muito maior do que é necessário em sociedades plenamente desenvolvidas. [...] Isso é ótimo e ajuda a confirmar os valores que o movimento direito e economia tem a oferecer ao sistema jurídico brasileiro.

Hodiernamente, a Análise Econômica do Direito se apresenta como um fenômeno complexo em que há diversas tendências e posturas enfrentadas, porém é primordial observar qual é a contribuição fundamental que o instituto faz para a teoria jurídica contemporânea. Desse modo, passa-se a analisar, no item a seguir, as diversas escolas de pensamento.

1.2 ESCOLAS DE PENSAMENTO E PRINCIPAIS PRECURSORES

Segundo Pedro Mercado Pacheco⁶⁸, a Análise Econômica do Direito não se trata de uma corrente de pensamento homogênea. Pelo contrário, a teoria se apresenta como um movimento intelectual complexo, embasado em diversas tendências e enfoques que subsistem em seu seio.

À vista disso, houve diversos marcos teóricos para a construção e desenvolvimento da teoria Análise Econômica do Direito, entre eles, pode-se mencionar: a Escola de Chicago, a Nova Escola Institucional, a Escola da *Public Choice* e por fim a Escola dos Estudos Jurídicos Críticos.

A primeira escola de pensamento surgiu na Universidade de Chicago, por intermédio de diversos artigos publicados no "*Journal of Law and Economics*", bem como pela relevante obra "*Economic Analysis of Law*⁶⁹" do autor Richard Allen Posner.

⁶⁸ PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del derecho**: una reconstruccion teorica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 25.

⁶⁹ Sua primeira edição foi publicada no ano de 1973.

Aaron Director e Henry Simons foram os responsáveis pelo início dos estudos sobre matérias relacionadas à Direito e Economia, tais como o Direito Comercial, Direito Tributário, Direito Antitruste e Direito Regulatório.

O início dessa história se dá em 1939, momento em que o primeiro professor de Economia da Universidade de Chicago, Henry Simons, e seu sucessor também economista Aaron Director, estudam a proposta de estabelecer um núcleo de estudos no comando de Director, a fim de desenvolver pesquisas e propagar ideias acerca da liberdade de mercado⁷⁰.

Todavia, o teórico que impulsionou o desenvolvimento da disciplina "*Law & Economics*" foi Richard Posner, que passou a fazer relação da ideia utilitarista com a maximização da riqueza, a partir da qual o homem busca permanentemente a potencialização de seus interesses e da livre escolha⁷¹.

Nesta senda, o professor Everton das Neves Gonçalves⁷² esclarece sobre a "old" e "new *Law and Economics*" difundido pela Escola de Chicago:

Assim, o velho ramo da *Law and Economics* está ligado ao surgimento da Economia como ciência distinta e com os estudos de Adam Smith sobre a regulação normativa de mercados; enquanto a nova *Law and Economics* tem sua raiz científica na Teoria Microeconômica; filosófica, no utilitarismo benthamniano, no pragmatismo norte-americano e no pensamento economicista; já se preocupando com atividades outras que não a única regulação de mercados.

Por outro turno, surge a Nova Escola Institucional⁷³ - ou também conhecida

⁷⁰ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Prefácio: Teori Zavascki. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 60.

⁷¹ Pode-se observar mais sobre a maximização de riqueza e potencializado de seus interesses nas obras "*Economic Analysis of Law*", "Problemas de filosofia do direito" e "A Economia da Justiça" de Richard Posner.

⁷² GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, 1997, p. 114.

⁷³ Entre os anos de 1950 e 1960.

como "*Property Rights*" -, pelos principais teóricos Ronald Coase⁷⁴, Harold Demsetz⁷⁵, Henry Manne⁷⁶, Douglass North⁷⁷, Eirik G. Furubotn e Svetozar Pejovich⁷⁸ e Yoram Barzel⁷⁹, os quais tratam os direitos de propriedade sob os parâmetros econômicos.

Essa escola teórica tem como principal característica a generalização do rigorismo e o uso de técnicas analíticas, a fim de prever as consequências das normas relacionadas ao direito de propriedade, bem como buscar a eficiência no seu uso⁸⁰.

Ademais, o objetivo desta vertente é ampliar o alcance da aplicabilidade da perspectiva eficientista da escola tradicional para a estrutura dos direitos de propriedade como "*elementos que también afectan y fomenten el comportamiento de sujetos económicos*"⁸¹.

No ensinamento de Alston⁸², a Nova Escola Institucional observa também o impacto gerado pelas instituições no desenvolvimento econômico, através dos direitos de propriedade e dos custos de transação, os quais afetam a habilidade de os sujeitos obterem ganho com as trocas.

⁷⁴ Possui como principal obra: COASE, Ronald H. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **O problema do custo social**. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59-112.

⁷⁵ Possui como principal obra: DEMSETZ, Harold. **Toward a theory of property rights**, The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, 1967.

⁷⁶ Possui como principal obra: MANNE, Henry. **The economics of legal relationships: readings in the theory of property rights**, West Group, 1975.

⁷⁷ Possui como principal obra: NORTH, Douglass C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

⁷⁸ Possuem como principal obra: FURUBOTN, Eirik G; PEJOVICH, Svetozar. **The economics of property rights**. Universidade de Michigan: Ballinger Pub. Co., 1974.

⁷⁹ Possui como principal obra: BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

⁸⁰ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O direito e a law and economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito**. Revista da Faculdade de Direito Juris. V. 11 (2005). Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/595/138>> Acesso em 12 fev. 2016, p. 206

⁸¹ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 42.

⁸² ALSTON, L. J. **New institutional economics**. The New Palgrave Dictionary of Economics Online. 2 ed. Editado por Steven N. Durlauf e Lawrence E. Blume. London: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/New%20Institutional%20Economics.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2017.

Para Everton Gonçalves das Neves⁸³, os Neoinstitucionalistas pregam que a forma que os direitos de propriedade são distribuídos, bem como os custos de transação, interferem no desempenho econômico, ou seja, pode-se incentivar ou prejudicar o uso racional da propriedade.

Ademais, tendo em vista a escassez de recursos e de ilimitadas necessidades, a propriedade deve ser distribuída de forma eficiente, seja na forma privada ou coletiva⁸⁴.

Desse modo, denota-se que a Nova Escola Institucional almeja a criação de um sistema de direitos de propriedade bem definidos, na qual possibilitará trocas voluntárias e garantirá que referidos direitos permaneçam com aqueles que valorizam mais. Destarte, a alocação de recursos e a inversão do direito sobre determinada propriedade sejam permitidas para aquele que fizer o uso mais eficiente dela⁸⁵.

Por sua vez, a terceira Escola de Pensamento, denominada de "*Public Choice*"⁸⁶, relaciona a Ciência Política com diversos temas de caráter político como, por exemplo, a atuação do Poder Legislativo, a reeleição do legislador e a sua popularidade com o povo, a defesa dos interesses do país, a defesa dos direitos sociais, a defesa de bens públicos, o estudo da burocracia, entre outros.

Nesse sentido, pode ser considerada uma perspectiva econômica sobre a política e a tomada coletiva de decisões através de processos não sujeitos diretamente à dinâmica do processo⁸⁷.

Nessa lógica, as bases epistemológicas da "*Public Choice*" são: a) sistema

⁸³ GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, 1997, p. 115.

⁸⁴ GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, 1997, p. 122.

⁸⁵ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014.

⁸⁶ Surgiu entre os anos de 1950 e 1960, com diversos trabalhos de Anthony Downs, Duncan Black e James Buchanan.

⁸⁷ MOREIRA, José Manuel; ALVES, André Azevedo. **O que é a escolha pública?** Paredes: Principia, 2004, p. 27.

fechado indicando as ações das pessoas e suas habilidades no mercado de eleição pública; b) individualismo voltado ao guia da eleição; c) critério do consenso unânime no sentido de que os valores sociais não existem fora dos individuais⁸⁸.

Assim, no momento em que o agente político toma as decisões governamentais para prover o bem-estar social, além de maximizar seu interesse pessoal, ele maximiza o bem-estar de seus representados, observando os custos variados em relação aos benefícios apresentados ou almejados⁸⁹.

Finalmente, apresenta-se a Escola dos Estudos Jurídicos Críticos - também conhecida como *Critical Legal Studies* -, surgida em 1977 pelo professor Tushnet e os pensadores Heller, Macaulay, Morton Horowitz, Duncan Kennedy, dentre outros⁹⁰.

Destaca-se como posicionamento desta Escola, “o ataque a todo tipo de formalismo e a retomada das ideias marxistas dentro de uma perspectiva utópico-teórica que contraria as perspectivas de um Direito e um Estado dominante”⁹¹.

Apesar de serem movimentos interdisciplinares, a Análise Econômica do Direito e a Escola dos Estudos Jurídicos Críticos possuem referências teóricas distintas, enquanto a primeira utiliza os preceitos da Ciência Econômica, a segunda emprega os métodos fundamentados na filosofia social e política, como o Feminismo, o Estruturalismo e o Marxismo, delineando a reformulação do Direito com o propósito de democratizar a tomada de decisões⁹².

Portanto, por intermédio da apresentação superficial das Escolas de

⁸⁸ ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 65-66 *apud* GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, 2016, p. 124.

⁸⁹ BUCHANAN, James M. **Custo e escolha**: uma indagação em teoria econômica. Tradução de Luiz Antonio Pedrosa Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993. Título original: Cost and choice: an inquiry in economic theory.

⁹⁰ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **A análise econômica do direito e sua crítica**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc5e676f4e53d229>> Acesso em: 13 fev. 2016, p. 10.

⁹¹ GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, 1997, p. 127.

⁹² GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, 1997, p. 127.

Pensamento, conclui-se que há a possibilidade de redirecionar a Ciência Jurídica para a realidade concreta dos conteúdos, conforme os pressupostos metodológicos e instrumentos da Ciência Econômica.

Embora cada Escola tenha suas próprias características, todas as doutrinas buscam alcançar o mesmo objetivo – a eficiência – seja na maximização da riqueza pelo “*homo economicus*”; seja na previsão de consequências relacionadas ao direito de propriedade; seja na análise das decisões tomadas pelos agentes políticos; seja até mesmo nas críticas formuladas sobre a Análise Econômica do Direito.

Sendo assim, incumbe-se apontar as diferentes concepções de Eficiência à luz da Análise Econômica do Direito.

1.3 CONCEPÇÕES DE EFICIÊNCIA

Com o objetivo de apresentar as diversas concepções de eficiência, faz-se necessário apontar o conceito geral exposto pelos economistas Robert Cooter e Thomas Ulen, no qual “diz-se que um processo de produção é eficiente quando não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando determinada combinação de insumos de custo menor ou quando não é possível obter mais produção utilizando a mesma combinação de insumos”⁹³.

Partindo desta definição, denota-se que eficiência está relacionada com a possibilidade de se atingir o melhor resultado com o mínimo de erro ou desperdício, estando intimamente relacionada com a maximização da riqueza e do bem-estar social⁹⁴.

Para tanto, cumpre-se apresentar as diferentes definições de eficiência, estudadas dentro da Microeconomia e fundamentadas pela *Law & Economics* -

⁹³ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38. Título original: *Law and economics*.

⁹⁴ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 81.

Eficiência de Pareto e Eficiência de Kaldor-Hicks - e por conseguinte, apontar a Teoria Eficientista de Richard Posner.

Wilfredo Pareto⁹⁵ apresenta sua metodologia de eficiência - também conhecida como eficiência alocativa - sob o prisma de uma alteração para melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro⁹⁶.

Outrossim, a otimalidade de Pareto se configura quando a alocação não realizar novas melhorias. Por sua vez, Bruno Salama⁹⁷ diferencia a otimalidade de forte e fraca de Pareto:

A otimalidade forte define um critério rígido segundo o qual qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação ou mudança). Já a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando, portanto, indiferentes).

Dessarte, pode-se concluir que será eficiente quando não houver outra alternativa preferível por todos os envolvidos, considerando-se suas preferências individuais. Ademais, implicará em ótimo social, posto que os bens transferidos para as mãos daqueles que mais os valorizam seria a maior possível⁹⁸, no sentido de maximizar a riqueza entre os agentes que transacionam e assim, obter a eficiência à luz de Pareto.

Entretanto, Alexandre Morais da Rosa⁹⁹ pontifica que o ótimo paretiano

⁹⁵ Wilfredo Frederico Damaso Pareto foi engenheiro, advogado e economista franco-italiano que escreveu por volta de 1900 o livro “Curso de Economia Política”, no qual expôs o Ótimo de Pareto.

⁹⁶ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 105. Título original: *Frontiers of legal theory*.

⁹⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Apresentação**. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

⁹⁸ SZTAJN, Rachel. Law & economics. In: Stajn, Rachel; Zylberstajn, Décio (Org.) **Direito & economia: análise econômica do direito e das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76.

⁹⁹ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 73.

nada mais é do que uma metáfora ideal de impossível cumprimento prático pois não há a possibilidade de coordenar todas as ações, obter-se de todas as informações, realizar-se transações de custo zero ou sem externalidades e ainda controlar as decisões dos empresários.

À vista disso, aponta-se a segunda concepção de eficiência, apresentada por Nicholas Kaldor¹⁰⁰ e John Richard Hicks¹⁰¹, os quais desenvolveram a ideia de compensação potencial para fazer frente ao problema do critério de Pareto, permitindo comparar os estados das coisas que envolvem tanto os perdedores quanto os ganhadores.

Pode-se dizer, portanto, que o critério Kaldor-Hicks apresenta situações eficientes mesmo com a presença de alguns prejuízos para alguns dos envolvidos, desde que o indivíduo cujo bem-estar sofreu redução possa ser compensado para manter o seu nível de satisfação¹⁰². Por exemplo: Na construção de um aeroporto, é verificado se o conjunto de benefícios (valorização da área urbana, geração de empregos, etc.), superam os custos (desapropriação de terras, trânsito, poluição sonora, etc.).

O principal problema deste critério de compensação reside no fato de levar em conta apenas o nível de riqueza, deixando de lado o problema da sua distribuição. Outrossim, a comparação do ganho de um grupo para com o outro se torna impossível, visto que o valor substancial de bens é distinto para cada grupo¹⁰³. Por fim, a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, e o que hoje é eficiente pode deixar de sê-lo amanhã se um único agente alterar suas prioridades. Isso posto, impende analisar a concepção de eficiência aprimorada na doutrina Análise Econômica do Direito, pelo autor Richard Posner.

¹⁰⁰ Viveu entre 1908 e 1986. Importante economista da escola de Cambridge.

¹⁰¹ Viveu entre 1904 e 1989. Ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1972.

¹⁰² LEMOS, Alan. **Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do direito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>> Acesso em: 22 dez. 2015, p. 06.

¹⁰³ Por exemplo: Um real vale mais para um indivíduo pobre do que para uma pessoa rica.

Num primeiro momento, notadamente nas obras "*Economics of Justice*"¹⁰⁴ e "*Economic Analysis of Law*"¹⁰⁵ em suas primeiras edições, o autor adotava o enfoque da maximização da riqueza. Já a partir da década de 90, o autor abandona tal fundamentação e apresenta a visão pragmática do Direito nas obras "*The Problems of Jurisprudence*"¹⁰⁶, "*Overcoming Law*"¹⁰⁷ e "*Law, Pragmatism and Democracy*"¹⁰⁸.

A respeito da maximização da riqueza, Richard Posner inicia fazendo uma comparação com o utilitarismo, "uma vez que a utilidade é mais difícil de avaliar do que a riqueza, um sistema de maximização da riqueza pode parecer um substituto de um sistema utilitarista, mas é mais do que isso; seu espírito é diferente"¹⁰⁹.

Entretanto, o autor defende que a maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social¹¹⁰, e não apenas um fundamento para as decisões no direito consuetudinário ou jurisprudencial¹¹¹.

Para melhor elucidação, Posner¹¹² apresenta o exemplo do "monstro utilitário", em que para um indivíduo ser capaz de obter satisfação torturando pessoas, dever-se-á comprar o consentimento da vítima. Desse modo, num sistema de maximização de riqueza, as atividades do monstro subordinam-se às limitações de sua riqueza, e suas vítimas são protegidas pelo sistema de direitos, que o obriga a compensá-las da forma que exigirem.

¹⁰⁴ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: *The economics of justice*.

¹⁰⁵ POSNER, Richard A. **El análisis económico del Derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. Mexico: FCE, 2007. Título original: *Economic Analysis of law*.

¹⁰⁶ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *The problems of jurisprudence*.

¹⁰⁷ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Overcoming law*.

¹⁰⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Título original: *Law, pragmatism and democracy*.

¹⁰⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 526. Título original: *The problems of jurisprudence*.

¹¹⁰ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 526. Título original: *The problems of jurisprudence*.

¹¹¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013, p. 124.

¹¹² POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 99. Título original: *The economics of justice*.

Outrossim, o autor propõe que os operadores do direito devem analisar o fenômeno jurídico sob à perspectiva da maximização da riqueza, devendo as normas jurídicas serem justas para promoverem tal resultado¹¹³.

Bruno Salama observa que a definição da maximização da riqueza parte de uma base monetária, sendo entrelaçadas a justiça e o aumento da riqueza. Dessa forma, faz a seguinte análise: "(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"¹¹⁴.

Enfim, a maximização da riqueza, segundo Posner, implica livres mercados para permitir que as garantias individuais (liberdade e trabalho) sejam realocadas periodicamente, disposições legais que simulem as operações do mercado, um sistema de recursos legais para afastar e retificar o desprezo dos direitos, bem como um sistema de moralidade pessoal a fim de reduzir os custos de transação no mercado¹¹⁵.

Após uma série de críticas, - principalmente a de Ronald Dworkin em seu artigo "*Is Wealth a Value?*"¹¹⁶ - Richard Posner aperfeiçoou esta visão eficientista de maximização da riqueza, no qual chama de teoria pragmática do direito.

Após uma enxurrada de críticas, denota-se uma preocupação maior do autor pela fundamentação filosófica de temas afetos à teoria que defende. Busca uma maior fundamentação teórica do que aquela empregada na fase anterior, onde se

¹¹³ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 90. Título original: *The economics of justice*.

¹¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/f>. Acesso em: 03 fev. 2016, p. 21.

¹¹⁵ NIETO, Rafael Mery. **Notas sobre análisis económico del derecho: una mirada desde america latina**. Disponível em: <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17022/17745>> Acesso em: 04 fev. 2016.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald M. **Is wealth a value?** Disponível em: <<https://blogs.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>> Acesso em 04 fev. 2016.

verificava uma abordagem essencialmente prático-econômica¹¹⁷.

Posner¹¹⁸ passou a considerar o pragmatismo jurídico como instrumento para auxiliar os operadores do Direito na tomada de decisões sobre políticas públicas, “no sentido de promover a maximização da riqueza para a sociedade, orientada para o futuro e desprovida de ilusões filosóficas quanto à possibilidade de confirmação quanto à correção dos resultados”¹¹⁹.

A partir desta viragem pragmática, denota-se que a eficiência passa a ser entendida num sentido mais amplo do que a maximização da riqueza, pois será definida em termos de consequências jurídicas das decisões ou instituições produzidas no mundo dos fatos¹²⁰. Além disso, a própria utilização da eficiência Kaldor-Hicks foi relativizada em favor do pragmatismo. Neste sentido, escreveu Posner¹²¹ recentemente:

Eu não quero apostar todas minhas fichas na defesa do conceito Kaldor-Hicks de eficiência. Para mim, o teste final do emprego da análise de custo-benefício é pragmático: se sua utilização melhora o desempenho do governo em qualquer sentido de melhoria que o observador considere adequada.

A valorização dos elementos jurídicos passados é essencial pois tal continuidade é de fato um valor social¹²², ou seja, os precedentes e os textos legais devem ser ponderados como parte dos argumentos que compõem a análise das consequências¹²³.

¹¹⁷ STRINGARI, Amana Kauling. **Eficiência na administração pública brasileira**: uma proposta de aplicação pelo estudo crítico da análise econômica do direito. [Dissertação]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2012, p. 107.

¹¹⁸ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 621-622. Título original: *The problems of jurisprudence*.

¹¹⁹ ZANON, JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013, p.167.

¹²⁰ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. [Dissertação]. São Paulo: Universidade de São Paulo; 2011, p. 82.

¹²¹ POSNER, Richard. **Cost-benefit analysis**: definition, justification, and comment and Conference Papers. Journal of Legal Studies, n. 29, 1153, Jun., 2000, p. 3.

¹²² POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 176. Título original: *The problems of jurisprudence*.

¹²³ ZANON, JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013, p.172.

Em sua teoria pragmática, Posner defende que nos casos difíceis¹²⁴ o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo. Além disso, defende a objetividade como atributo cultural e político, e não epistemológico das decisões legais.

Ademais, Richard Posner¹²⁵ afirma que para o pragmatista, tanto o filósofo quanto o jurista, por superestimarem o universo de abrangência da lógica, são demasiado propensos a confundir discrepâncias com erros e, assim, descartar prematuramente as visões discordantes.

Em suma, as características do pragmatismo proposto por Posner são de que o processo jurídico seja sem formalidade, funcional, incutido de política, não legalista, naturalista e cético, mas decididamente não cínico¹²⁶.

Sendo assim, para Posner o Direito não é uma ciência fundada em princípios permanentes, mas sim um efeito das decisões judiciais. Ademais, a eficiência passa a ser considerada apenas como um critério subsidiário de decisão¹²⁷. Fernanda Pacheco Telles¹²⁸, nesse diapasão, aduz que:

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.

Por seu turno, Bruno Salama conclui que o pragmatismo de Posner é um

¹²⁴ Compreendidos pela doutrina utilizada como sendo aqueles em que há uma lacuna ou obscuridade na aplicação da legislação ao caso concreto.

¹²⁵ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 09. Título original: *Overcoming law*.

¹²⁶ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 37-38. Título original: *The problems of jurisprudence*.

¹²⁷ ZANATTA, Rafael A. F. **Richard Posner**: efficientismo, maximização de riqueza e a análise econômica do direito. Disponível em: <<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2010/10/richard-posner-eficientismo-maximizacao.html>> Acesso em: 25 fev. 2017.

¹²⁸ TELES, Fernanda Pacheco. **Análise econômica da função social da empresa**. [Dissertação]. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2009, p. 27.

practicalismo, visto que não há fundações nas decisões jurídicas. Ademais, salienta que nesta teoria o direito é algo instrumental e orientado para o futuro¹²⁹.

Portanto, à luz dos ensinamentos de Posner, ser seguidor do pragmatismo significa possuir "uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos"¹³⁰.

Como objetivo, Posner¹³¹ busca demonstrar que o liberalismo e o pragmatismo são combináveis entre si por meio da economia. E com a união desses três fundamentos o autor pretende reformular a teoria do Direito.

Assim, após apresentar as diferentes concepções de eficiência que fundamentam o movimento da Análise Econômica do Direito, faz-se necessário discorrer sobre as principais críticas acerca da teoria.

1.4. CRÍTICAS ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Com o advento da teoria – mais precisamente no final da década de 70 – surgiram diversos pensadores críticos que formaram um conjunto de estudos em uma análise epistemológica sobre o assunto¹³².

Um grupo de jusfilósofos compostos por Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushnet, Morton Horwitz, entre outros se agruparam em torno da *Conference on Critical Legal Studies* e começaram a publicar inúmeros

¹²⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. "**Direito, justiça e eficiência**: A Perspectiva de Richard Posner" Fundação Getúlio Vargas. Direito GV, São Paulo. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30> Acesso em: 04 fev. 2016.

¹³⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38. Título original: *Law, pragmatism and democracy*.

¹³¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 31. Título original: *Overcoming law*.

¹³² Principais críticos apresentados por Posner em: POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 503. Título original: *The problems of jurisprudence*.

ensaios críticos sobre o positivismo e o liberalismo¹³³.

Nesse deslinde acerca da indeterminação do direito e desconstrução doutrinária, o *Critical Legal Studies* se fracionou e se alastrou em temas como a liberdade, a igualdade, a criminologia, o feminismo, a hermenêutica constitucional, dentre outros.

Embora o movimento da Análise Econômica do Direito e o movimento do *Critical Legal Studies*, doravante CLS, possuam uma visão diversa do direito bem como uma abordagem metodológica e política radicalmente opostas, os dois movimentos possuem o mesmo objetivo – criticar a natureza jurídica e a conduta humana¹³⁴:

Both movements can be understood as a reaction to a jurisprudence, confidently embraced by the bar in the sixties, that sees adjudication as the process for interpreting and nurturing a public morality. Both law and economics and critical legal studies are united in their rejection of the notion of the law as public ideal. One school proclaims "law is efficient," the other that "law is politics". But neither is willing to take law on its own terms, and to accept adjudication as an institutional arrangement in which public officials seek to elaborate and protect the values that we hold in common.

Os seguidores do *Critical Legal Studies* afirmam que o pensamento legal tradicional realiza uma função ideológica que ajuda a criar e legitimar as desigualdades econômicas e sociais que se manifestam em nossas sociedades,

¹³³ Numa visão geral deste movimento, há os trabalhos de UNGER, Roberto Mangabeira Unger. **The critical legal studies movement**, Harvard University Press, 2 ed., 1986; KELMAN, Mark. **A guide to critical legal studies**, Harvard University Press, 1987.

¹³⁴ “Ambos os movimentos podem ser entendidos como uma reação a uma jurisprudência expressamente aceita pelos juízes e advogados nos anos sessenta, que viu a aplicação da lei como um processo de interpretação e promoção da moral pública. Tanto a Análise Econômica do Direito como a Escola Crítica estão unidas na rejeição da noção de lei como um ideal público. Uma escola proclama que ‘o direito é a eficiência’, o outro ‘direito em seus próprios termos, e aceitar que a aplicação do direito é um arranjo institucional em que os funcionários públicos procuram desenvolver e proteger os valores que temos em comum’”. (Tradução do Autor). FISS, Owen M. **The death of the law?**. New Heaven: Faculty Scholarship Series. Paper 1209. 1986, p. 02. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2212&context=fss_papers> Acesso em: 10 nov. 2016.

sobretudo a autonomia e objetividade das normas jurídicas¹³⁵.

Ronald Dworkin, por sua vez, discorre críticas às teses de Richard Posner, versando sobre o potencial interpretativo embasado na ordem de valores em contraposto com a concepção de leitura objetiva, sem valores e essencialmente política da Economia em face do Direito¹³⁶.

No artigo *Is Wealth a Value?*¹³⁷, publicado em 1980 no *Journal of Legal Studies*, Dworkin inicia com a pronúncia de que há muitas dificuldades no conceito de maximização da riqueza social (alcançada quando bens e outros recursos estão nas mãos de quem mais os valorizam), posto que teriam falhas na ciclicidade e arbitrariedade nas transferências dos bens/recursos¹³⁸.

Como resposta a essa questão, o pós-positivista sugere duas alternativas: 1) a riqueza social tem valor intrínseco, ou seja, algo que vale ser buscado autonomamente; ou 2) a riqueza social possui um valor instrumental, é valiosa porque permite a busca de outras coisas valiosas intrinsecamente¹³⁹.

Ademais, para chegar à conclusão de que a proposta normativa da análise econômica do direito - mais especificamente a riqueza social - não possui um valor em si, Dworkin apresenta um exemplo¹⁴⁰ hipotético de que um determinado bem

¹³⁵ PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del derecho**: una reconstruccion teorica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1994, p. 176.

¹³⁶ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Prefácio: Teori Zavascki. Rio de Janeiro: Lumen Junirs, 2016, p. 81

¹³⁷ Artigo inserido na obra de: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 351-398. Título original: *A matter of principle*.

¹³⁸ Como exemplo, Dworkin cita: “A riqueza social seria melhorada pela transferência de alguma propriedade de A para B, mas depois melhorada por um retransferimento de B para A, e assim por diante. Nestas circunstâncias, isto é, a maximização da riqueza seria um padrão cíclico. O segundo exemplo seria: “Quando eu tiver a sorte de poder comprar ingressos para Wimbledon na loteria anual para £5, eu não vou vendê-los para, digamos, £50, embora eu certamente não pagar £20 para comprá-los quando eu perder na loteria. [...] A distribuição final que atinge uma maximização da riqueza será diferente, mesmo tendo a mesma distribuição inicial, dependendo da ordem em que as transferências intermediárias são feitas”. DWORKIN, Ronald M. **Is wealth a value?** (Tradução do Autor). Disponível em: <<https://blogs.harvard.edu/hlff/files/2010/10/Dworkin.pdf>> Acesso em: 04 fev. 2016, p. 192.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 356-357. Título original: *A matter of principle*.

¹⁴⁰ “Derek é pobre, doente e miserável e o livro é um dos seus poucos confortos. Ele está disposto a vendê-lo por \$2 só porque ele precisa de medicamento. Amartya é rico. Ele está disposto a pagar

valeria mais para alguém pobre do que para alguém rico, e, portanto, não haveria compensação.

Nessas circunstâncias, se o “tirano” forçar a realização dessa transação, a utilidade social diminuirá bastante, muito embora decorra o aumento da riqueza social¹⁴¹. Da mesma maneira, quando a riqueza for separada da utilidade, perderá toda a “plausibilidade como componente de valor”¹⁴².

No decorrer deste pensamento, Dworkin conclui que o dinheiro somente pelo acúmulo de riqueza não traz a felicidade para o indivíduo. Em contrapartida, o dinheiro proporcional aos anseios do indivíduo torna-o capaz de levar uma vida mais valiosa, bem-sucedida, feliz e/ou moral¹⁴³.

Consubstanciando a crítica do autor, a Análise Econômica do Direito seria incompleta, posto que ao determinar a alocação de recursos no mercado, é necessário saber como se dá a atribuição de direitos a esses recursos, pois é a afirmação desses direitos que determinará a alocação dos bens, e não o contrário¹⁴⁴.

A respeito do argumento descritivo da Análise Econômica do Direito, Dworkin rebate a alegação que afirma que os juízes decidem os casos de modo a maximizar a riqueza social. Para o autor, não se deve buscar decisões instrumentais que produzam riqueza social, utilidade ou qualquer outra meta de política, mas se deve buscar decisões fundadas em princípios que atentem para as consequências¹⁴⁵

\$3 pelo livro, que é muito pouco de sua riqueza, na possibilidade estranha de que algum dia ele poderia lê-lo, embora ele saiba que provavelmente não. Se o tirano (Derek) faz a transferência sem qualquer compensação, a utilidade total cairá acentuadamente”. DWORKIN, Ronald M. **Is wealth a value?** (Tradução do Autor). Disponível em: <<https://blogs.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>> Acesso em: 04 fev. 2016, p. 199-200.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 364. Título original: *A matter of principle*.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 364. Título original: *A matter of principle*.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 365. Título original: *A matter of principle*.

¹⁴⁴ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. [Dissertação]. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011, p. 77.

¹⁴⁵ Nesse sentido Dworkin também se manifesta na obra: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Taking rights seriously*.

e também, que sejam aplicadas numa concepção plausível de equidade¹⁴⁶.

Enfim, para Dworkin deve haver, no mínimo, uma fundamentação moral clara que sustente a afirmação da existência de deveres jurídicos, pois suas falhas normativas geram incertezas sobre sua validade como hipótese positiva ou descritiva.

No segundo artigo de Ronald Dworkin, titulado como “*Why Efficiency*”¹⁴⁷, também publicado em 1980, o autor se questiona por que a justiça deve se pautar pela busca da eficiência.

Para o pós-positivista inglês, a riqueza social não pode ser considerada como algo desejável em si mesmo ou componente de valor social, nem tampouco instrumento perante alguma outra coisa que seja componente de valor. Não faz sentido dizer que a justiça deva operar como veículo para a utilidade¹⁴⁸.

Dworkin parte do pressuposto de que todas as pessoas devem ser tratadas a partir de uma igualdade profunda. Para ele, é preferível uma teoria da igualdade em que os indivíduos são tratados como iguais quando uma parcela igual dos recursos da comunidade é dedicada à vida de cada um¹⁴⁹.

A respeito dos tribunais tomarem decisões políticas de modo a maximizar a riqueza social, Posner - segundo Dworkin – oferece dois argumentos: i) o consenso, segundo o qual todos aprovaram antecipadamente os princípios ou regras que aplicarão os juízes que buscam maximizar a riqueza; ii) o interesse universal, segundo o qual a imposição desses princípios e regras é do interesse de todos. O primeiro argumento seria a ideia de autonomia de Kant; já o segundo, insiste na relevância contínua do bem-estar para a justiça e, por isso, supostamente acrescido de uma dose

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 397. Título original: *A matter of principle*.

¹⁴⁷ Artigo inserido na obra de: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 399-434. Título original: *A matter of principle*.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 400. Título original: *A matter of principle*.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 408. Título original: *A matter of principle*.

de utilitarismo¹⁵⁰.

A respeito da autonomia captada nas teorias kantianas¹⁵¹, Dworkin afirma que foi totalmente adulterada pois o argumento de Posner não oferece nenhuma razão para pensar que o consentimento “contrafactual que descreve tem mais direito à autenticidade que qualquer outra escolha que as pessoas poderiam ter feito, mas não fizeram”¹⁵².

Sobre o argumento do interesse pessoal da maioria das pessoas, Dworkin afirma que o argumento de Posner possui o objetivo de fornecer demasiadas características utilitárias. Outrossim, não se pode “reivindicar uma justificativa paretiana genuína para as decisões”¹⁵³.

Outra reflexão crítica sobre a Análise Econômica do Direito é a de Anthony T. Kronman¹⁵⁴, no qual inicia sob o argumento de que a maximização da riqueza defendida por Posner não é um composto feliz entre elementos utilitários e de superioridade de Pareto sendo, portanto, uma confusão de ideias a serem aplicadas.

Ademais, Kronman¹⁵⁵ acredita que a combinação de princípios utilitários e voluntários expressam melhores decisões morais e preparam os indivíduos a lidarem com dilemas morais. Por isso, alega que empregar a maximização da riqueza a partir de qualquer ponto de vista seria absurdo adotar pois não é apenas doentia e ideal, mas também incoerente¹⁵⁶.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 411-412. Título original: *A matter of principle*.

¹⁵¹ Para Dworkin, as raízes da moralidade kantiana são profundamente igualitárias.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 414. Título original: *A matter of principle*.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 425. Título original: *A matter of principle*.

¹⁵⁴ KRONMAN, Anthony T. **Wealth maximization as a normative principle**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724130?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 228.

¹⁵⁵ KRONMAN, Anthony T. **Wealth maximization as a normative principle**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724130?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 229.

¹⁵⁶ KRONMAN, Anthony T. **Wealth maximization as a normative principle**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724130?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 25 fev. 2017, p. 231.

Segundo Kronman¹⁵⁷, Posner expõe que a riqueza é uma função da capacidade e vontade de pagar. Por exemplo: Se um indivíduo está disposto e confiável para pagar mais para adquirir determinado bem – numa relação entre comprador e vendedor –, a alocação desse recurso aumenta a riqueza da sociedade. Todavia, para o autor a maximização da riqueza é um princípio normativo filosoficamente incoerente em transações muito grandes.

Por fim, Kronman¹⁵⁸ exterioriza que Posner faz confusão sobre o significado da eficiência de Kaldor-Hicks ao igualizar a maximização de riqueza sob o aspecto da compensação, pois aquela requer compensação a ser feita e a eficiência apresentada por Posner não.

Após 04 anos das críticas publicadas por Ronald Dworkin e Anthony T. Kronman, o professor Jules L. Coleman¹⁵⁹, apresentou seu parecer sobre a Análise Econômica do Direito.

Coleman inicia seu posicionamento com o argumento de que a Análise Econômica do Direito envolve uma ideologia “insidiosa e desagradável”¹⁶⁰. Isso porquê a eficiência sustentada por Posner é baseada na atribuição de direitos ao uso de recursos apenas para quem pode pagar mais. Para melhor compreensão, o autor dá como exemplo o leilão do único copo de água no deserto para o maior licitante entre um grupo de viajantes cansados e desidratados. A noção de eficiência levaria ao aumento de desigualdade social e não haveria sentido existir um mercado de câmbio para a água.

Ainda a respeito da eficiência, Coleman esclarece que a eficiência de

¹⁵⁷ KRONMAN, Anthony T. **Wealth maximization as a normative principle**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724130?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 233-234.

¹⁵⁸ KRONMAN, Anthony T. **Wealth maximization as a normative principle**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724130?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 238.

¹⁵⁹ JULES, L. Coleman. **Economics and the law: a critical review of the foundation of the economic approach to law**. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2380323.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2017.

¹⁶⁰ JULES, L. Coleman. **Economics and the law: a critical review of the foundation of the economic approach to law**. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2380323.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2017.

Pareto foi introduzida na literatura utilitarista para permitir que o indivíduo possa comprar estados sociais sem realizar comparações de utilidade interpessoal¹⁶¹.

No que pertine a eficiência alocativa, Coleman disserta que a negociação pode ser vista como uma espécie de jogo fechado, no qual leva tempo. Especificamente sobre o Teorema de Coase, o autor argumenta que a interpretação esta dentro da teoria microeconômica e não na teoria dos jogos¹⁶².

A diferença apresentada pelo autor é de que na microeconomia o modelo é o da escolha racional sob incerteza, onde o comportamento de outros agentes é tomado como parte do plano de fundo da escolha individual. Por outro lado, na teoria dos jogos, a análise busca capturar sua interdependência essencial, fundamenta em estratégias e não de “escolhas contra um determinado contexto estático”¹⁶³.

Ademais, Coleman¹⁶⁴ defende que os custos de transação mais altos são mais vantajosos do que uma transação sem custos defendida por Coase, pois podem impulsionar negociações bem-sucedidas, encorajando as partes a diminuir suas demandas e a “reconciliar suas diferenças por medo deque as negociações continuadas possam levar a um superávit em extinção”.

Em suma, Jules Coleman advoga que o conceito de eficiência é complexo e amplamente mal interpretado, em razão de três modelos identificáveis, que são ignorados pelos juristas: a eficiência alocativa utilizada por Coase, a eficiência de Pareto e a eficiência de Kaldor-Hicks¹⁶⁵.

¹⁶¹ JULES, L. Coleman. **Efficiency, utility and wealth maximization**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5210&context=fss_papers> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 512-518.

¹⁶² JULES, L. Coleman. **Economics and the law**: a critical review of the foundation of the economic approach to law. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2380323.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 664.

¹⁶³ JULES, L. Coleman. **Economics and the law**: a critical review of the foundation of the economic approach to law. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2380323.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 664.

¹⁶⁴ JULES, L. Coleman. **Economics and the law**: a critical review of the foundation of the economic approach to law. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2380323.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 666.

¹⁶⁵ ZANATTA, Rafael A. F. **Richard Posner**: eficientismo, maximização de riqueza e a análise econômica do direito. Disponível em: <<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2010/10/richard-posner->

Sobre a análise econômica do direito na busca de eficiência sob as decisões judiciais, Coleman encerra o artigo afirmando que a teoria é aparentemente instrumentalista, uma vez que considera o litígio em termos das oportunidades que os demandantes “dão aos tribunais para promover objetivos globais ou coletivos”¹⁶⁶. Para isso, a análise econômica do direito requer mais investigação e pensamento.

Embora tenha exposto algumas rejeições, Coleman salienta que suas objeções levantadas possuem importância para explicar e levantar algumas dúvidas sobre a teoria, pois a Análise Econômica do Direito é muita mais sofisticada e poderosa do que a grande maioria de críticas levantadas contra ela¹⁶⁷.

Tão prestigiada que paulatinamente o campo desta disciplina vem ganhando terreno no Brasil de modo a enfrentar questões jurídicas para se alcançar maior e melhor bem-estar possível, menor prejuízo e maior eficiência na alocação de recursos escassos existentes¹⁶⁸.

eficientismo-maximizacao.html> Acesso em: 25 fev. 2017.

¹⁶⁶ JULES, L. Coleman. **Economics and the law**: a critical review of the foundation of the economic approach to law. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2380323.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 677.

¹⁶⁷ JULES, L. Coleman. **Economics and the law**: a critical review of the foundation of the economic approach to law. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2380323.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 679.

¹⁶⁸ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro**. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>> Acesso em: 25 fev. 2017.

CAPÍTULO 2

A PROPRIEDADE PRIVADA SOB A ÓTICA ECONÔMICA

2.1 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA PROPRIEDADE PRIVADA

De modo geral, a Análise Econômica do Direito aduz a substituição do ideal de justiça pelo ideal racional de eficiência econômica. Ademais, a disciplina busca um uso mais eficiente da lei e procura dar uma nova concepção sobre a natureza da norma, assim como de seu papel no meio social.

Inicialmente, seu marco a respeito da propriedade se deu a partir da Escola dos *Property Rights*¹⁶⁹, oportunidade em que se analisou a importância do ordenamento jurídico na alocação e distribuição dos recursos escassos.

Os teóricos que tratam sobre a propriedade sob o viés econômico pontificam que a propriedade pode pôr fim a conflitos que nascem em função de sua emergente escassez.

Sabe-se ainda, que os recursos vão se tornando escassos à medida que os indivíduos os descobrem e os utilizam ilimitadamente para sua satisfação. Trata-se de problema recorrente nas interações humanas¹⁷⁰.

Nesse diapasão, o professor Stephen H. Frank¹⁷¹ pressupõe que as pessoas são motivadas para maximizar seus objetivos, ou seja, apoderam-se de determinado bem motivados pelo autointeresse.

Seguindo a ideia de Garret Hardin¹⁷², presume-se que os indivíduos ao

¹⁶⁹ Conhecida também como Escola Neoinstitucional.

¹⁷⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228. Título original: *Analyse économique du droit*.

¹⁷¹ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale. Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 13. Título original: *The economics of the law*.

¹⁷² HARDIN, Garret. **The tragedy of the commons**. Science. v. 162, 1968. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.pdf+html>> Acesso em: 24 jan. 2017, p. 1243-1248

utilizarem um lote de terra público para criar seu gado no pasto, chegaria num momento em que, racionalmente, cada sujeito desejaria maximizar seu ganho através de inserção de mais um gado naquele pasto e, sucessivamente, mais e mais. Portanto, a tragédia estaria por vir, pois os recursos naturais esgotar-se-iam e todos sairiam perdendo¹⁷³.

Embora com erros reconhecidos, a lição de Garret Hardin serviu como base para a discussão sobre a delimitação dos direitos de propriedade em relação a gestão eficiente dos recursos.

Necessário, então, atentar para as instituições que respondem a esse problema, bastante difundidas nas sociedades ao longo da história, bem assim no momento hodierno.

A resposta para isso foi criar um formato de propriedade, imaginada desde as primeiras sociedades. Em linhas gerais, Mackaay e Rousseau¹⁷⁴ afirmam que a propriedade consiste, na atribuição a uma pessoa, ou a um grupo de pessoas, do poder de decisão sobre a utilização de um recurso, e dos ganhos ou perdas dele resultantes.

Convém ressaltar, outrossim, que o recurso submetido a uma forma de propriedade é retirado do acesso livre, ficando reservado ao(s) proprietários(s) e não pode mais ser utilizado por qualquer um como bem lhe aprouver¹⁷⁵.

No ensinamento de Douglass North¹⁷⁶, o Ocidente não teria alcançado esse estágio de desenvolvimento sem instituições políticas que garantissem a propriedade, ainda que limitando seu potencial de espoliação ou reduzindo, indevidamente, as

¹⁷³ Nesse mesmo sentido é o caso das pescas oceânicas; o caso dos bancos de ostras situados ao longo das costas do Atlântico e do Golfo do México, citado por COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman. Título original: Law and economics, 2010, p. 157; entre outros.

¹⁷⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228. Título original: *Analyse économique du droit*.

¹⁷⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228. Título original: *Analyse économique du droit*.

¹⁷⁶ Douglass Cecil North foi um economista norte-americano considerado, juntamente com Ronald Coase, um dos fundadores da Escola Neoinstitucional. Em 1993 foi laureado com o Prêmio de Nobel em Ciências Econômicas.

inovações que a fizeram frutificar¹⁷⁷.

Assim, Gary D. Libecap¹⁷⁸ destaca a relação entre a especificação dos direitos de propriedade e as decisões de alocação de recursos dos agentes:

Property rights institutions range from formal arrangements, including constitutional provisions, statutes and judicial rulings, to informal conventions and customs regarding the allocations and use of property. Such institutions critically affect decision making regarding resource use and, hence, affect economic behavior and performance. By allocating decision-making authority, they also determine who are the economic actors in a system and define the distribution of wealth in a society.

Neste passo, surge a teoria econômica para ao menos tentar prever os efeitos de formas alternativas da propriedade, mormente, os efeitos sobre a eficiência e distribuição¹⁷⁹.

Porém, tendo em vista a importância dos direitos de propriedade na definição do conjunto de incentivos com que os agentes se defrontam, é necessário que antes entendamos a diferença básica entre análise estática e análise dinâmica no âmbito econômico, para depois apresentar a definição do direito de propriedade e seus elementos.

Nos ensinamentos de Richard Posner¹⁸⁰, a análise estática elimina a dimensão temporal da atividade econômica, prevendo que todas as adaptações e mudanças ocorrem simultaneamente. Já, a análise dinâmica presume que as adaptações e mudanças não são instantâneas, logo é mais complexa que a análise

¹⁷⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228. Título original: *Analyse économique du droit*.

¹⁷⁸ “As instituições de direitos de propriedade variam de arranjos formais, incluindo disposições constitucionais, estatutos e decisões judiciais, a convenções e costumes informais sobre as alocações e uso de bens. Essas instituições afetam decisivamente a tomada de decisões sobre o uso de recursos e, portanto, afetam o comportamento econômico e o desempenho. Alocando autoridade de decisão, eles também determinam quem são os atores econômicos de um sistema e definem a distribuição da riqueza em uma sociedade”. (Tradução do Autor). LIBECAP, Gary D. **Contracting for property rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 1.

¹⁷⁹ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 90. Título original: *Law and economics*.

¹⁸⁰ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 68. Título original: *Economic analysis of law*.

estática.

Para melhor elucidação, Posner¹⁸¹ aponta a seguinte situação hipotética:

[...] imaginemos una sociedad en la que han sido abolidos los derechos de propiedad. Un agricultor siembra trigo, lo fertiliza e instala espantapájaros; pero cuando el trigo está maduro, su vecino lo cosecha y se lo lleva para su propio uso. El agricultor no tiene ningún remedio legal contra la conducta de su vecino porque no es propietario de la tierra que sembró ni del cultivo.

Diante desta desestimulação, Posner defende a necessidade de proteção legal dos direitos de propriedade, uma vez que cria incentivos para explorar os recursos eficientemente.

Levando em consideração os custos inerentes à produção da terra, como o da mão de obra, materiais e os usos alternativos sacrificados da terra, sem direitos de propriedade não há nenhum incentivo para que esses custos sejam incorridos, uma vez que não há uma recompensa garantida. Os incentivos são eficazmente criados quando os direitos exclusivos ao uso dos recursos são divididos entre os membros da sociedade. Dessa forma, constatar-se-á uma busca pela maximização do valor da propriedade¹⁸².

Neste passo, antes de expor os elementos da propriedade, cumpre apresentar a definição de direitos de propriedade fornecida por De Alessi¹⁸³: “*Property rights are the rights of individuals to the use, income, and transferability of resources*”.

¹⁸¹ “Imaginemos una sociedad en que foram abolidos os direitos de propriedade. Um agricultor semeia trigo, fertiliza e instala espantalho; mas quando o trigo está maduro, o seu vizinho colhe para seu próprio uso. O agricultor não tem remédio legal contra a conduta de seu vizinho porque não é proprietário da terra que semeou nem do cultivo”. (Tradução do Autor). POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE. 2007, p. 68. Título original: *Economic analysis of law*.

¹⁸² POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 68-69. Título original: *Economic analysis of law*.

¹⁸³ “Os direitos de propriedade são os direitos dos indivíduos ao uso, renda e transferabilidade de recursos”. (Tradução do Autor). DE ALESSI, Louis, **Development of the property rights approach, Journal of Institutional and Theoretical Economics**, 146, 1990, p. 19-23. Reimpresso em FURUBOTN, E. e RICHTER, R. (Eds.). *The New Institutional Economics*. College Station: Texas A&M University Press, 1991, p. 45-53.

Ademais, Yoram Barzel¹⁸⁴ contempla o direito de propriedade como “*an individual has over a commodity (or an asset) to be the individual’s ability, in expected terms, to consume the good (or the services of the asset) directly or to consume it indirectly through exchange*”, ao passo que sob o viés jurídico seria aquilo que o Estado escolhe delimitar e assegurar como direito de propriedade¹⁸⁵.

Zylberstajn e Sztajn¹⁸⁶ afirmam que, juridicamente, os bens se classificam em móveis ou imóveis, divisíveis ou indivisíveis, singulares ou coletivos, públicos ou particulares, corpóreos ou incorpóreos, fungíveis ou infungíveis, disponíveis ou indisponíveis, consumíveis ou inconsumíveis e coisas fora do comércio¹⁸⁷.

A definição dada pelo Direito ao instituto da propriedade – como a amplitude dos direitos subjetivos previstos no artigo 1.228 do Código Civil¹⁸⁸ – afeta diretamente no seu valor econômico, assim como a existência de sistema de garantia e coerção produzidos através de normas sociais não-positivadas¹⁸⁹.

Os direitos de propriedade na literatura econômica incluem, além dos direitos reais e obrigacionais, um outro tipo de direito que implica graus de liberdade no processo de tomada de decisões – o direito de fazer ou não fazer algo por livre opção do indivíduo¹⁹⁰.

¹⁸⁴ “a capacidade de um indivíduo, dentro de determinadas expectativas, de consumir diretamente um produto (ou serviços de um ativo) ou de consumi-lo indiretamente, através de sua negociação”. (Tradução do Autor). BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 03.

¹⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**; v. 5. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 215.

¹⁸⁶ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN Raquel. **A economia e o direito de propriedade**: diálogos FEA & largo São Francisco. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67547/70157>> Acesso em: 20 jan. 2017, p. 282-283.

¹⁸⁷ Artigo 43 e seguintes do Código Civil. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 24 de jan. 2017.

¹⁸⁸ “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” Art. 1.228. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 24 de jan. 2017.

¹⁸⁹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN Raquel. **A economia e o direito de propriedade**: diálogos FEA & largo São Francisco. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67547/70157>> Acesso em: 20 jan. 2017, p. 283.

¹⁹⁰ BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge

Yoram Barzel¹⁹¹ ensina que a presença de um direito legal não é necessária para que o indivíduo tenha direito econômico. Mesmo na ausência de direitos legais, seus direitos de propriedade podem ser assegurados pelos hábitos e costumes cristalizados na sociedade. Isso posto, percebe-se que no campo econômico o direito de propriedade é como um feixe de direitos e deveres.

Como forma de explanação, têm-se direitos econômicos de propriedade quando alguém – pessoa física ou jurídica – pode dispor de uma propriedade¹⁹², como na venda de um imóvel, por exemplo. No entanto, não terá direito de dispor da propriedade quando o agente não possuir direitos, como no caso de um bem roubado, ou quando possuir parcialmente direitos, como no caso do imóvel que possui hipoteca¹⁹³.

Para Barzel¹⁹⁴, a posse de um direito legal não significa que o direito econômico será respeitado, especialmente em casos que o Estado não dispõe da força ou motivação necessárias para fazer valer o direito legal.

Neste prisma, Flávia Santinoni Vera¹⁹⁵ declara que não são só as leis ou a jurisprudência vigente que determina o grau de direito de propriedade, mas um conjunto de normas sociais que legitimam o sistema jurídico da sociedade.

Tendo em vista a definição da propriedade sob o viés econômico bem como a necessidade de resguardo e de incentivos através das normas jurídicas e sociais, cumpre apresentar os elementos que fundamentam a propriedade.

Posner pontifica que a criação dos direitos de propriedade individuais, ou seja, exclusivos, são condições necessárias. Inclusive, os direitos devem ser também

University Press, 1997, p. 03.

¹⁹¹ BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 04.

¹⁹² BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 03.

¹⁹³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 4 reimpressão, 2005, p. 94.

¹⁹⁴ BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 04.

¹⁹⁵ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203.

transferíveis.

Impende destacar que se um proprietário não é eficiente na exploração do que lhe é de direito, como a terra, faz-se necessário ter um mecanismo de incentivo para transferir a propriedade para alguém que a cultive de maneira mais produtiva.

Nessa esteira, Posner¹⁹⁶ leciona:

[...] si todos los recursos valiosos (es decir, escasos y deseados) son propiedad de alguien (el criterio de la universalidad), la propiedad connota el poder irrestricto para excluir a todos los demás del uso del recurso (la exclusividad), así como para usarla uno mismo, y los derechos de propiedad son libremente transferibles, o alienables como dicen los abogados (la transferibilidad).

Seguindo a exposição de Posner, denota-se ser necessário dar um interesse infundável sobre a propriedade para que seu uso seja eficiente. Para isso, são relevantes três elementos: a transferibilidade, a exclusividade e a universalidade.

A transferibilidade consiste na possibilidade de transferir a propriedade para outro agente. Por exemplo: a venda de uma terra para alguém que valorizará mais.

Assim, o bom uso da propriedade, bem como a busca de maior produtividade da terra no futuro faria com que essa transferibilidade fosse capitalizada em lucro.

Sabe-se, apesar disso, que a transmissibilidade não é uma condição suficiente para alcançar a eficiência.

Para que a transferência ocorra, primeiramente, deve ser facilmente realizada, pois se os custos de transação forem elevados, não será incentivadora esta prática. Ademais, não seria compensadora se não houvesse também um direito de

¹⁹⁶ “[...] se todos os recursos valiosos (se diz, escassos e desejados) são propriedade de alguém (o critério da universalidade), a propriedade conota o poder irrestrito para excluir todos os demais para o uso do recurso (a exclusividade), assim como para usar para si mesmo, e os direitos de propriedade são livremente transferíveis ou alienáveis como dizem os advogados (a transferibilidade)”. (Tradução do Autor). POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 70. Título original: *Economic analysis of law*.

exclusividade, ou seja, o direito de propriedade precisaria assegurar o uso exclusivo da terra, porquanto alguém mais poderia aproveitar-se dos benefícios de sua utilização sem arcar com as despesas¹⁹⁷.

No que concerne à exclusividade, o proprietário possui a atribuição de usar determinado recurso a partir do momento que adquire a propriedade. Essa condição seria aplicada a todos, sem exceção, inclusive ao Estado.

Quando duas ou mais pessoas consideram fazer usos concorrentes do mesmo recurso, a exclusividade se torna primordial, pois a concorrência de usos indica a escassez e, portanto, a propriedade exclusiva estabelece resposta ao aparecimento da escassez¹⁹⁸.

Ademais, para viabilizar a propriedade, a exclusividade não precisa ser perfeita, mas deve, contudo, ser suficiente para barrar o superconsumo¹⁹⁹ e assegurar a remuneração da sua destinação para uso humano²⁰⁰.

Desse modo, para que os recursos sejam eficientemente alocados, o indivíduo precisa ter direitos exclusivos e transferíveis sobre a terra²⁰¹.

A universalidade, por sua vez, refere-se à aplicabilidade do direito de propriedade para todos os indivíduos, eis que toda pessoa física ou jurídica pode ser proprietária de um bem²⁰².

Esses três elementos garantem que todos os recursos sejam utilizados eficientemente ou, melhor, em seu uso de maior lucratividade, porque é onde o sujeito

¹⁹⁷ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale; Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 13-14. Título original: *The economics of the law*.

¹⁹⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 76. Título original: *Analyse économique du droit*.

¹⁹⁹ Como exemplo, pode-se citar a instalação de arame farpado para delimitar um terreno de pastagem contra invasão.

²⁰⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228. Título original: *Analyse économique du droit*.

²⁰¹ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale; Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 14. Título original: *The economics of the law*.

²⁰² BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 03.

recebe a maior retribuição²⁰³.

No entanto, há recursos que não podem ter os três fundamentos porquanto não podem ser alocados, haja vista o seu constante movimento. Têm-se como exemplos: o ar atmosférico, a luz solar, a água do mar, etc.

Sendo assim, constata-se que não é objeto de análise os recursos abundantes mas apenas os recursos escassos. Todavia, embora não seja considerado bem na acepção jurídica, o uso indiscriminado dele pode ser tutelado por normas, como por exemplo, o controle da poluição atmosférica²⁰⁴.

Por fim, ao passo que a aptidão de desfrutar de direitos de propriedade corresponderia à função econômica da propriedade, a atribuição estatal dos direitos de propriedade remeteria à sua função jurídica²⁰⁵. Dessarte, cumpre apresentar a propriedade privada prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2. PROPRIEDADE PRIVADA

A propriedade privada, esculpida como direito fundamental no Artigo 5º, inciso XXII da CRFB/88²⁰⁶ e garantida no Artigo 170, inciso II²⁰⁷ da mesma Carta Magna que trata sobre a Ordem Constitucional Econômica Brasileira, é disciplinada entre os artigos 1.228 a 1.510 da Lei Ordinária nº 10.406, que estabelece o Código

²⁰³ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale; Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 14. Título original: *The economics of the law*.

²⁰⁴ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale; Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 15. Título original: *The economics of the law*.

²⁰⁵ BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 03.

²⁰⁶ “Art. 5º 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: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 jan. 2017.

²⁰⁷ “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: [...] II - propriedade privada;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 jan. 2017.

Civil.

Prevê o Artigo 1.228 do CC/02²⁰⁸ que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-lo do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Cristiano Farias e Nelson Rosendal²⁰⁹ ensinam que a propriedade é um direito complexo. Seu domínio como substância econômica da propriedade, possibilita ao titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados no artigo 1.228 CC/02, ou seja, com as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.

Ademais, a amplitude de disponibilidade desses subdireitos e o grau dos direitos conferidos a um indivíduo sobre um bem determina como aquele direito de propriedade é estabelecido nas normas da sociedade. À guisa de exemplo, Flávia Santinoni Vera²¹⁰ cita o caso de uma pessoa ter um terreno e querer construir uma casa, porém, para isso é necessário seguir as regras do plano diretor do município.

A definição da propriedade, tanto na Economia como no Direito, assinala ser um conjunto de direitos sobre determinado recurso em que o dono possui liberdade para exercer e proteger contra interferência de outros agentes²¹¹. No entanto, esse conjunto de direitos não são absolutos, conforme se depreende no exemplo acima citado.

À luz da Escola dos *Property Rights*, a propriedade – sendo um bem escasso – passa a assumir o caráter social em busca de eficiência, sob os fundamentos jurídicos e econômicos. Suas relações comportamentais são marcadas

²⁰⁸ Art. 1.228. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 24 jan. 2017.

²⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**; v. 5. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 217.

²¹⁰ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203.

²¹¹ COOTER, Robert, ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 92. Título original: *Law and economics*.

pela perspectiva da utilidade e uso²¹². Desse modo, devem estar presentes os três elementos econômicos - mencionados no item supramencionado – a fim de tornar eficiente a propriedade e sua alocação²¹³.

Para Gary D. Libecap²¹⁴, tais direitos de propriedade são atribuídos por instituições sociais que definem ou delimitam os privilégios outorgados ou fixados individualmente para determinados ativos, como é o caso de móveis ou imóveis, bens fungíveis ou infungíveis. Esses direitos detêm uma função social abstrata e ampla, porquanto claros limites incidem sobre as prerrogativas mencionadas que podem e devem nortear a sua utilização²¹⁵.

Diante da importância da propriedade para o crescimento econômico, advém notar a distinção de propriedade privada e propriedade comunitária apresentada por Robert Cooter e Thomas Ulen²¹⁶:

“A propriedade privada atribui cada recurso a uma pessoa que o possui, e o dono pode controlar o acesso excluindo outras pessoas. Os proprietários privados têm de arcar com o custo da manutenção dos limites. A propriedade privada funciona bem quando as funções de produção e utilidade são separáveis ou as externalidades afetam poucas pessoas que podem negociar umas com as outras. A propriedade pública tem três formas. Em primeiro lugar, o acesso aberto permite a todo mundo usar um recurso, e ninguém pode excluir outra pessoa de usá-lo. Não se gasta nada em manutenção de limites. O acesso aberto funciona bem quando o recurso não está congestionado, mas o congestionamento causa um trágico uso excessivo. Em segundo lugar, o controle político permite aos legisladores ou reguladores

²¹² MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Prefácio: Teori Zavascki. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 62-63.

²¹³ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Baleias, ostras e o direito de propriedade para a análise econômica do direito**. In: Direito, economia e desenvolvimento sustentável I. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 209. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/dasuj89a/AJYjp09c2Z1pV333.pdf>> Acesso em: 01 fev. 2017.

²¹⁴ LIBECAP, Gary D. **Contracting for property rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 15.

²¹⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 98.

²¹⁶ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 159. Título original: *Law and economics*.

impor regras referentes ao acesso. O acesso limitado é a regra mais comum para a propriedade do Estado, incluindo terras públicas. Em terceiro lugar, o oposto do acesso aberto é o consentimento unânime, que não permite o acesso a ninguém a menos que todo mundo concorde. A necessidade de consentimento unânime entre múltiplos proprietários causa uma trágica subutilização. Em circunstâncias especiais em que o objetivo é preservar um recurso em seu estado não usado, a subutilização é um acaso feliz, e não uma tragédia”.

Diante do exposto, constata-se que a propriedade privada seria a opção eficiente em um mundo de recursos escassos, visto que na propriedade comunitária o sujeito não teria a garantia de uma recompensa justa acerca dos custos²¹⁷.

Na lição de Frank H Stephen²¹⁸, “se o indivíduo fosse meramente compensado pelos custos acarretados, teria somente um limitado incentivo para realizar o esforço”. Além do mais, se ele estivesse tendo algum lucro, ele poderia ter algum incentivo para fazer melhor uso futuramente.

Por isso, conforme preceitua Sérgio Werlang²¹⁹, é o interesse privado e egoístico que motiva a propriedade privada, pois se torna suficiente para:

“Garantir a existência da propriedade privada no mundo. Com efeito, se não houvesse a instituição da propriedade privada, indivíduos movidos por sua vontade própria brigariam continuamente pela posse de todos os bens. Isto porque, livre de amarras que definem que determinado bem pertence a este ou àquele indivíduo, cada um quer mais para si”.

Com isso, o bem-estar da população, justificadamente, é muito maior com a instituição da propriedade privada do que sem ela, pois os recursos quando alocados como propriedade privada e também, com direitos bem definidos, resultariam em eficiência em virtude das motivações individuais²²⁰.

²¹⁷ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale; Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 13. Título original: *The economics of the law*.

²¹⁸ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale; Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 13. Título original: *The economics of the law*.

²¹⁹ WERLANG, Sergio. A propriedade privada e o MST. Valor econômico, p. A-7 *Apud* PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law & economics**, p. 60. Disponível em: <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>> Acesso em: 26 jan. 2017.

²²⁰ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale; Revisão técnica de

No mesmo sentido, Bernardo Mueller²²¹ afirma que a “ausência de direitos de propriedades seguros levaria à dissipação de rendas através da competição entre os agentes econômicos para se apropriar dos diversos retornos ao recurso”.

Essa dinâmica pode acontecer com qualquer recurso que esteja passando por um processo de se tornar escasso, “por exemplo, recursos naturais como cardumes de peixes, direitos de propriedade intelectuais sobre marcas e obras artísticas, nomes de domínio na Internet, espectro magnético, entre outros”²²².

Sem embargo, tanto a formalização da propriedade privada como sua defesa pelo Estado, permitem que os indivíduos deixem de gastar seu tempo defendendo o que possuem e passem a concentrar-se integralmente em produzir e gerar renda²²³.

Seguindo esta linha de pensamento, José Isaac Pilati²²⁴ doutrina que ao mesmo tempo que a propriedade comum deve ser conferida ao Estado novos papéis e funções na nova estrutura proprietária, a propriedade privada deve ser preservada, posto que possui caráter liberal e pauta-se pelo mérito do trabalho e do capital.

Tendo em vista que as propriedades privadas são bens cada vez mais escassos, depreende-se que em mãos privadas estes recursos serão voltados para uma utilização mais proveitosa que no acesso livre. Os aumentos de ganhos daí decorrentes não serão sentidos só pelo proprietário, mas também percebidos pela comunidade, em particular, se ou quando, uma parte desses ganhos for redistribuída²²⁵.

Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 12-13. Título original: *The economics of the law*.

²²¹ MUELLER, Bernardo. **Direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Raquel. Direito & economia, Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 97.

²²² MUELLER, Bernardo. **Direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Raquel. Direito & economia, Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 97.

²²³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 62.

²²⁴ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37.

²²⁵ Neste sentido ensinam MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**.

Direitos de propriedade assinalados corretamente e, sobretudo, respeitados são fundamentais para a definição do desempenho econômico. Neste sentido, o economista Hernando de Soto afirma que os povos em países em desenvolvimento e que não possuem um sistema formal de direito de propriedade, não poderão dispor do bem de uma forma que beneficie os indivíduos e a sociedade²²⁶.

Ademais, de Soto orienta que dar o título da propriedade a assentamentos com posse informal iria gerar uma riqueza célere do PIB, visto que permitiria a circulação do bem, ou seja, a sua alocação para quem o valoriza mais²²⁷.

A propriedade, portanto, à luz da Análise Econômica do Direito, passa a efetivar sua função social, na medida em que gera riqueza²²⁸ e de forma eficiente, o que, não necessariamente pressupõe igualdade na distribuição daquela²²⁹.

Em consonância com a definição correta da propriedade, a sua função social, esculpida em nossa Constituição no Artigo 5º, XXIII²³⁰, e no Artigo 170, III²³¹, não é uma restrição à propriedade, e sim ao seu uso indevido. Como bem salientado

Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 239. Título original: *Analyse économique du droit.*, e DE ALESSI, Louis. **Gains from private property: The empirical evidence.** Tradução de Anderson T. L. e F. S. McChesney. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 90-112.

²²⁶ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade.** In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 205.

²²⁷ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade.** In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 205.

²²⁸ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Baleias, ostras e o direito de propriedade para a análise econômica do direito.** Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/dasuj89a/AJYjp09c2Z1pV333.pdf>> Acesso em: 27 fev. 2017.

²²⁹ No mesmo sentido, leciona PASTOR PRIETO, Santos. **Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho.** Madrid: Tecnos, 1989, p. 35.

²³⁰ “Art. 5º 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: [...] XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 jan. 2017.

²³¹ “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: [...] II – função social da propriedade;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 jan. 2017.

por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi²³², qualquer terra improdutiva afronta o conceito de função social da propriedade, já que o imóvel existe para ser explorado e para produzir alimentos para a sociedade que dela depende²³³. Em contrapartida, o mesmo artigo 5º, tido como “cláusula pétrea” da CRFB/88, estabelece que a Lei garantirá o direito de propriedade.

Em razão de sua utilização indevida, a propriedade pode sofrer desapropriação em face de necessidade ou utilidade pública e de interesse social, nos moldes do artigo 5º, XXIV da CRFB/88²³⁴.

Assim, o proprietário que não produz novas riquezas para contribuir ao bem geral da nação, bem como não procura o equilíbrio entre o interesse coletivo e individual, não terá o direito de propriedade, “quer seja em razão da aplicação do art. 1.228 §4º do CC/02, quer seja mesmo em face do advento da usucapião individual ou coletiva”²³⁵.

A participação do Estado, além de garantir o direito à propriedade, passa a ser de intervir nela, direta ou indiretamente. Como recorda Eros Grau²³⁶, o exercício do “Estado no e sobre o domínio econômico refere-se às técnicas de intervenção por absorção ou participação, em parte ou não, mas expressa atuação do Estado no

²³² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 97.

²³³ No mesmo sentido, afirmam Lênio Luis Streck e José Luiz Bolzan: “da propriedade com direito de pleno uso, gozo, e disposição, passamos a uma exigência funcional da propriedade, sendo determinante sua utilização produtiva e não mais seu título formal”. STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 64

²³⁴ “Art. 5º 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: [...] XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação pör necessidade ou utilidade pública, ou pör interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 jan. 2017.

²³⁵ BODNAR, Zenildo. **Regularização registral imobiliária na efetivação de direitos fundamentais da cidade sustentável**. [Dissertação]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015, p. 93

²³⁶ GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 65 *apud* PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 101.

processo – desempenhando ele, então, o papel de sujeito no processo”.

Logo, a própria transformação do Estado de um “mero produtor de ordem, segurança e paz e que passa a atuar também como conformador da ordem social e econômica”²³⁷, acarreta a elaboração de normas que não disciplinam, somente fixam objetivos a serem alcançados.

Além disso, ao serem incluídas na ordem econômica, a propriedade e a sua função social exigem que atenda, além das necessidades particulares de seu proprietário, à sua função na sociedade e à defesa do meio ambiente equilibrado²³⁸.

Nesta perspectiva, José dos Santos Carvalho Filho²³⁹, afirma que o artigo 1.228, §1º do CC expressa “a necessidade da propriedade ser exercida em consonância com as suas finalidades econômicas, sociais bem como, em conformidade com o meio ambiente devidamente equilibrado e sustentável”. Caso contrário, o Estado poderá intervir na propriedade que não se afigurar aos fins constitucionalmente assegurados.

Portanto, sob os fundamentos da CRFB/88, denota-se que não é mais possível falar em propriedade privada, absoluta e ilimitada²⁴⁰. Assim, destaca Fernanda Cavedon²⁴¹:

A propriedade privada, absoluta e ilimitada, torna-se incompatível com a nova configuração dos direitos, que passam a tutelar Interesses Públicos, dentre os quais a preservação ambiental. Assim, o Direito de Propriedade adquire nova

²³⁷ GRAU, Eros Roberto. Direito, conceito e normas jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 141 *apud* PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 101.

²³⁸ ANDRADE LACERDA, Emanuela Cristina; ROSA, Alexandre Moraes da; FERRER, Gabriel Real. **A propriedade ante o novo paradigma do estado constitucional moderno: a sustentabilidade**. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6703/3824>> Acesso em: 30 jan. 2017, p. 1200.

²³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 791.

²⁴⁰ ANDRADE LACERDA, Emanuela Cristina; ROSA, Alexandre Moraes da; FERRER, Gabriel Real. **A propriedade ante o novo paradigma do estado constitucional moderno: a sustentabilidade**. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6703/3824>> Acesso em: 30 jan. 2017, p. 1200.

²⁴¹ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 61.

configuração, e passa a estar vinculado ao cumprimento de uma Função Social e Ambiental. É limitado no interesse da coletividade e a fim de adequar-se às novas demandas de ordem ambiental.

Sob o viés da Análise Econômica da Propriedade, a compreensão ambiental é crucial para resolver questões como o desmatamento da Amazônia.

Sobre o assunto, Alston, Libecap e Mueller²⁴² desenvolveram um estudo em que se conclui que é mais vantajoso transformar as terras públicas em propriedades privadas, visto que a responsabilidade é internalizada para cada proprietário.

Os autores observaram que na Amazônia brasileira ocorria diversos prejuízos como: conflitos, mortes, danos à propriedade, desmatamento acelerado e o decréscimo do valor da terra decorrentes dos direitos de propriedades incertos²⁴³.

Desse modo, conclui-se que na Amazônia os proprietários de terras com títulos mais seguros tendem a investir mais e a gerar prosperidade.

Todavia, é essencial o exercício do Estado, garantindo aos proprietários os incentivos para investir de modo a tornar as suas propriedades produtivas, gerando empregos e ao mesmo tempo respeitando o meio ambiente²⁴⁴.

Assim, a propriedade privada – em harmonia com o Estado e constituindo-se com os três elementos econômicos – atenderá a função social, preservará o meio ambiente e desenvolverá a economia e o bem-estar da sociedade.

2.3. CUSTOS DE TRANSAÇÃO

²⁴² ALSTON, Lee; LIBECAP, Gary D.; MUELLER, Bernardo. **Titles, conflict, and land use: The development of property rights and land reform on the brazilian amazon frontier**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1999.

²⁴³ ALSTON, Lee; LIBECAP, Gary D.; MUELLER, Bernardo, **Land reform policies, the sources of violent conflict and implications for deforestation in the brazilian Amazon**. FEEM Working Paper. n.70, p. 36. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=286700>> Acesso em: 30 jan. 2017.

²⁴⁴ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 222.

O conceito será essencial para a compreensão do funcionamento do sistema econômico e das dificuldades por ele enfrentadas ou mesmo para a noção da elaboração de políticas do setor.

Ademais, a Microeconomia busca apontar as expectativas de comportamento dos sujeitos a partir da relação entre fins alternativos entre si e meios, que no caso são os recursos escassos²⁴⁵.

Sendo um dos fundamentos da teoria econômica da propriedade, os custos de transação são os custos de trocas ou comércio. Conforme observa Eggertsson²⁴⁶: *“In general terms, transactions costs are the costs that arise when individuals exchange ownership rights to economic assets and enforce their exclusive rights”*.

Keneth Arrow²⁴⁷ define os custos de transação como custos para operar o sistema econômico. Como forma de complementação, Williamson²⁴⁸ afirma que os custos de transação são aqueles incorridos para planejar e monitorar as estruturas de governança.

Diante de diversas acepções acerca dos custos de transação, em outras palavras, Yoram Barzel²⁴⁹ conceitua como *“the costs associated with the transfer, capture, and protection of rights”*.

²⁴⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & economia. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Título original: *Law and economics*. apud ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2 ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2015, p.35.

²⁴⁶ “Em termos gerais, os custos de transação são os custos que surgem quando os indivíduos trocam direitos de propriedade sobre ativos econômicos e fazem valer seus direitos exclusivos”. (Tradução do Autor) EGGERTSSON, Thráinn. **Economic behavior and institutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2015/08/thrainn_eggertsson_economic_behavior_and_institutions.pdf> Acesso em: 15 jan. 2017, p. 14.

²⁴⁷ ARROW, Keneth J. **The organization of economic activity**: issues pertinent to the choice of market versus nonmarket allocation. In: *The Analysis and evaluation of public expenditure*. Cambridge: Harvard University Press, 1969. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.353.5201&rep=rep1&type=pdf>> Acesso em: 17 jan. 2017.

²⁴⁸ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**: firms, markets, relations contracting. London: Collier Macmillan Publishers, 1985.

²⁴⁹ “os custos associados à transferência, captura e proteção dos direitos”. (Tradução do Autor) BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 04.

Em consonância com a definição de Barzel, o economista Armando Castelar Pinheiro e o advogado Jairo Saddi²⁵⁰ alegam que os custos de transação incluem os custos dos recursos utilizados para a criação, manutenção, uso, troca e assim por diante de instituições e organizações.

Sabe-se, assim, que tais trocas usualmente ocorrem através da compra e venda, provocando a circulação de bens, dos agentes que os valorizam menos para os agentes que os valorizam mais²⁵¹.

Nesse prisma, os professores Robert Cooter e Thomas Ulen²⁵² orientam que uma transação comercial possui três elementos²⁵³. Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. Ou seja, isto requer achar alguém que queira comprar o que determinado indivíduo está vendendo ou vender o que este está comprando²⁵⁴. Num segundo momento, uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais. Afinal, uma negociação é alcançada por uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a redação de um acordo²⁵⁵. Por fim, depois de se ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida²⁵⁶.

Para melhor compreensão, apresenta-se o seguinte exemplo²⁵⁷: João possui um automóvel Fusca ano 1953 em bom estado. O prazer de possuir e dirigir o carro vale R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para João. Paulo, que vem cobiçando o carro há bastante tempo, herda R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e decide tentar comprar o veículo de João. Depois de conferir o carro, Paulo decide que o prazer de possuir e

²⁵⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 4 reimpressão, p. 62.

²⁵¹ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206.

²⁵² COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105. Título original: *Law and economics*.

²⁵³ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 83. Título original: *Economic analysis of law*.

²⁵⁴ Conhecido como custos de busca.

²⁵⁵ Conhecido como custos de negociação.

²⁵⁶ Conhecido como custos de execução.

²⁵⁷ Baseado no exemplo de COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 93. Título original: *Law and economics*.

dirigir o veículo vale R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para ele.

Desse modo, os custos de busca seriam: a) barganhar o preço; b) cobrar os pagamentos mensais pela compra do carro; c) perder tempo de trabalho para que os interessados na transação se encontrem; d) comprar anúncio numa seção de classificados; e) comprar revista de classificados; f) perguntas feitas pelo comprador ao vendedor sobre as características do carro²⁵⁸.

Para saber quando os custos de transação são altos e baixos, analisa-se os seus três elementos²⁵⁹. Os custos da busca tendem a ser altos para bens ou serviços singulares, e baixos para bens ou serviços padronizados. Exemplo: encontrar alguém que esteja vendendo um Fusca ano 1953 é mais difícil do que encontrar alguém que esteja vendendo uma garrafa de água.

A respeito do elemento custos de negociação, os teóricos dos jogos²⁶⁰ afirmam que as informações são públicas ou privadas. Pública será quando ambas as partes da negociação conhecem os valores. De modo contrário, privada será quando uma das partes conhece alguns dos valores e a outra não.

Usualmente, as informações públicas facilitam o acordo pois possibilita que as partes calculem condições razoáveis para a cooperação. Por conseguinte, as negociações tendem a ser simples e fáceis quando as informações sobre os valores de ameaça e a solução cooperativa são públicas²⁶¹. Por exemplo: as negociações para a venda de um melão são simples visto que não há muito que se tenha de conhecer a respeito dele.

De modo contrário, as informações privadas serão difíceis e complicadas posto que necessitam transformar em informações públicas e isso gerará um custo

²⁵⁸ Exemplos apresentados por COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105. Título original: *Law and economics*.

²⁵⁹ Custos de busca; custos de negociação e; custos de execução/cumprimento.

²⁶⁰ John C. Harsanyi, John Nash, Reinhard Selten, James A. Mirrlees, William Vickery, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner, Randal C. Picker, entre outros, foram fundamentais para o desenvolvimento da Teoria dos Jogos.

²⁶¹ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105. Título original: *Law and economics*.

elevado. Por exemplo: Nas negociações de uma casa implicam muitas questões de finanças, escolha do tempo mais adequado, qualidade e preço. O vendedor de uma casa sabe muito mais sobre seus defeitos ocultos do que o comprador, e o comprador sabe muito mais sobre sua capacidade de obter financiamento do que o vendedor. A quota de cada parte no excedente cooperativo depende, em parte, de manter algumas informações públicas. Encontrar o equilíbrio destas informações é difícil e tem um custo muito elevado²⁶².

Após diversos estudos sobre os jogos da negociação, concluiu-se que são mais fáceis de resolver quando os valores de ameaça são de conhecimento público. Por isso, para um direito de propriedade ser eficiente seus critérios determinantes deveriam ser claros e simples. Para melhor ilustração, vale citar o seguinte exemplo: O fato de alguém possuir ou usar determinada propriedade é fácil de confirmar. Em vista disso, a lei dá importância à posse e ao uso ao determinar a propriedade. Inversamente, direitos de propriedade que não sejam claros são um obstáculo para a cooperação e uma causa considerável do desperdício de recursos. Logo, posseiros que ocupam terras pertencentes a outras pessoas evitam melhorar suas residências, pois não é garantido que eles teriam a propriedade destas benfeitorias²⁶³²⁶⁴.

Ainda sobre o elemento dos custos de negociação, Cooter e Ulen²⁶⁵ relatam que a comunicação entre duas partes geralmente é mais barata do que quando se envolvem três ou mais partes, especialmente se elas estão dispersas²⁶⁶.

Na negociação, outro obstáculo é a hostilidade. Preocupações emocionais que prejudiquem um acordo racional, como num divórcio litigioso pode prejudicar a

²⁶² Exemplo de COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105. Título original: *Law and economics*.

²⁶³ Ver Artigos 1.219 a 1.221 do Código Civil, que tratam sobre os possuidores de boa-fé e má-fé e o seu direito à benfeitorias.

²⁶⁴ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 106. Título original: *Law and economics*.

²⁶⁵ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 106. Título original: *Law and economics*.

²⁶⁶ No mesmo sentido, POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 97. Título original: *Economic analysis of law*.

cooperação das partes hostis e para isso, a contratação de advogados para facilitar as negociações possui um certo custo.

No entanto, mesmo sem a hostilidade, a negociação pode ser custosa pois os negociadores podem se portar de maneira insensata no momento em que desejam sua própria vantagem em determinada negociação. Para isso, é interessante que cada parte possua uma estratégia correta e com conhecimento mútuo, pois diferenças culturais e morais podem afetar a comunicação²⁶⁷.

A respeito do último elemento dos custos de transação, os custos da execução surgem quando um acordo leva tempo para ser cumprido e a eventual indenização por descumprimento das obrigações anteriormente avençadas. Por exemplo: em transações complexas como numa drenagem de certa propriedade para construir um conjunto residencial necessita de autoridades municipais que monitorem o serviço ou que o proprietário ofereça caução para a execução regular da obra²⁶⁸.

Por conseguinte, os custos de execução são baixos quando as violações do acordo são facilmente observáveis e é barato aplicar a punição por descumprimento. Todavia, os custos de execução serão altos nos casos em que o monitoramento é complexo e o sistema de recuperação dos prejuízos é ineficiente.

Posto isso, infere-se que para alguém efetuar uma transação no mercado, é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, conduzir negociações que levam a um acordo, redigir o contrato e assegurar o cumprimento do referido contrato²⁶⁹.

Enfim, as transações possuem três elementos e cada um deles possuem

²⁶⁷ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 106. Título original: *Law and economics*.

²⁶⁸ Exemplo de COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 107. Título original: *Law and economics*.

²⁶⁹ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 114. Título original: *The firm, the market and the law*.

certos custos – custos da busca, custos da negociação e custos da execução²⁷⁰. Esses custos²⁷¹ variam conforme a característica da transação, de zero até um valor ilimitadamente elevado.

Para melhor elucidação, os professores Cooter e Ulen²⁷² apresentam a seguinte tabela:

Custos de transação mais baixos	Custos de transação mais altos
1. Bem ou serviço padronizado	1. Bem ou serviço único
2. Direitos claros ou simples	2. Direitos incertos e complexos
3. Poucas partes	3. Muitas partes
4. Partes amistosas	4. Partes hostis
5. Partes que se conhecem	5. Partes que não se conhecem
6. Comportamento sensato	6. Comportamento insensato
7. Intercâmbio instantâneo	7. Intercâmbio retardado
8. Sem contingências	8. Contingências numerosas
9. Baixos custos de monitoramento	9. Altos custos de monitoramento
10. Penalidades baratas	10. Penalidades dispendiosas

Diante desses elementos, denota-se a importância do comportamento dos indivíduos na transação, dado que uma das principais tarefas da organização econômica é coordenar as ações dos indivíduos para buscar reduzir os custos de transação e, por conseguinte, promover o equilíbrio econômico desejado.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi²⁷³ advogam que é necessário

²⁷⁰ No mesmo passo, Dahlman descreve como custos de busca e informação, custos de barganha e decisão, custos de monitoramento e cumprimento. DAHLMAN, Carl J. **The problem of externality**. The Journal of Law & Economics. V. 22, n. 1 (1979). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/725216>> Acesso em: 27 abr. 2017.

²⁷¹ Custos “*ex ante*” são os custos da busca e negociação e os custos “*ex post*” são o da execução.

²⁷² COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 107. Título original: *Law and economics*.

²⁷³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 64.

haver instituições que reduzam os custos de transação, seja na procura de parceiros, no acesso a informações, na negociação, na elaboração de contratos e no monitoramento do seu cumprimento.

Como se depreende da lição de Douglass North²⁷⁴ as instituições constituem as regras do jogo em uma sociedade, ou de modo formal, representam os limites estabelecidos pelo homem para disciplinar as interações humanas. Em consequência, elas estruturam os incentivos de natureza política, social e econômica. Para North, as mudanças institucionais dão forma à maneira pela qual as sociedades evoluem através do tempo e, assim, constituem-se na chave para a compreensão da mudança histórica.

Além disso, Alexandre Morais da Rosa pontifica a importância das normas e do judiciário para facilitar a redução dos custos de transação e ajudar a equilibrar os negócios com limites claros e ainda, identificar as responsabilidades de cada parte na elaboração de contratos simples e de fácil execução²⁷⁵.

Tanto é tão importante o papel das instituições na redução dos custos de transação que no dia 22 de fevereiro de 2017 entrou em vigor o Acordo de Facilitação de Comércio (AFC) realizado pela Organização Mundial do Comércio – OMC²⁷⁶ com 110 países, que tem por objetivo a desburocratização e redução dos custos de transação nas áreas de exportações e importações. Essa reforma padroniza e simplifica procedimentos alfandegários, economizando tempo e custos nas fronteiras²⁷⁷. Isso aumentará a competitividade entre as empresas, aumentará os investimentos e aumentará a criação de empregos, especialmente nos países em desenvolvimento²⁷⁸.

²⁷⁴ NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 03.

²⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 70-71.

²⁷⁶ Notícia disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/02/acordo-sobre-facilitacao-de-comercio-da-omc-entra-em-vigor-nesta-quarta-22>> Acesso em: 23 fev. 2017.

²⁷⁷ Exemplo é a exportação de produtos perecíveis ou produtos da moda que variam de acordo com as estações.

²⁷⁸ Brasil é um deles.

A expectativa é de que uma vez implementado na sua integridade, o acordo possa levar o crescimento da economia mundial em 0,5% até 2030²⁷⁹.

A respeito da importância das normas na redução dos custos de transação, cumpre expor a Lei 13.097/2015²⁸⁰ que trata sobre a publicidade de constrições no imóvel. A norma prevê que o comprador de um imóvel poderá saber se o bem ou seu proprietário estão envolvidos em alguma ação judicial que possa compilar a situação do negócio através de consulta na matrícula do imóvel.

Como bem salientado pela diretora da Associação de Notários e Registradores do Brasil (ANOREG-BR), Patrícia Ferraz²⁸¹, a legislação provocará impacto positivo no mercado imobiliário, na medida que reduzirá os custos de transação, “seja aquele relacionado ao valor para obtenção de informações, seja no tempo e energia gastos atualmente pra isso”.

Dessarte, no que pertine aos direitos de propriedade, sua análise representa um aprofundamento necessário, na medida em que permite identificar os problemas associados à natureza multidimensional destes, bem como investigar a influência das normas no comportamento da economia de mercado e dos indivíduos, desenvolvendo a partir daí uma investigação para minimizar os problemas de custos de transação²⁸².

Nessa diretriz, em “*The Nature of the Firm*”, Ronald Coase²⁸³ sustenta que em torno dos direitos de propriedade de organização industrial não se configura como matéria exclusivamente jurídica, mas econômica também, indicando a consideração

²⁷⁹ Notícia disponível em: <<http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/2015/10/omc-acordo-para-facilitacao-do-comercio-pode-gerar-us-1-trilhaoano/#.WK8dvBjOqRs>> Acesso em: 23 fev. 2017.

²⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm> Acesso em: 23 fev. 2017.

²⁸¹ Notícia disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-22/lei-exige-informacoes-judiciais-estejam-matricula-imovel>> Acesso em: 23 fev. 2017.

²⁸² BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights.** Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 04-05.

²⁸³ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito.** Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Título original: *The firm, the market and the law*. 2016, p. 38-47.

sobre os custos de transação dos negócios jurídicos²⁸⁴.

Aliás, a importância dos custos de transação para o instituto da propriedade é cristalina, pois no momento que determinado bem passa de um sujeito que valoriza menos para outro que valoriza mais, a sociedade enriquece. À vista disso, torna-se primordial o papel do Estado em facilitar essas transações, reforçando relações de confiança e reduzindo os custos²⁸⁵.

No mesmo passo, Alexandre Morais da Rosa²⁸⁶ aduz:

Somente a propriedade autoriza que as trocas se realizem com êxito, uma vez que o titular do direito precisa ter disponibilidade de usufruir da coisa como bem lhe aprouver (usando, gozando, alienando, etc.). Esta titularidade, a saber, a relação de pertencimento, autoriza uma pressuposição de ‘conservação’ da coisa, dado que traduz ‘riqueza’. E, na medida em que pode ter titularidade, há um fomento da atividade tendente a aumentar e usufruir dos benefícios – diretos e indiretos – que ela proporciona. Ao Estado, como Instituição, caberia, assim, a garantia de proteção destes bens e serviços divididos entre diversos titulares, tutelando, ademais, os meios de trocas, sem que se interponha ao funcionamento ‘naturalizado’ do ‘mercado’.

Posto isso, a teoria dos custos de transação busca ajudar a identificar qual a solução socialmente mais eficiente diante dos direitos de propriedade perfeitamente identificados, pois os custos do sistema de imposição de propriedade se reflete de forma automática sobre os custos de transação²⁸⁷.

Segundo Posner²⁸⁸, um dos aspectos mais ambiciosos da Análise Econômica do Direito é facilitar a operação do livre-mercado e, “a de ‘mimetizar o

²⁸⁴ LEAL, Rodrigo Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010, p. 18. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf> Acesso em: 25 fev. 2017.

²⁸⁵ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁸⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71.

²⁸⁷ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 73. Título original: *Economic analysis of law*.

²⁸⁸ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. XIII-XIV. Título original: *Frontiers of legal theory*.

mercado' por meio da determinação, mediante decisão judicial, do desfecho que seria mais provável caso as transações de mercado fossem viáveis”.

Sendo assim, após apresentar os custos de transação e sua importância para a alocação da propriedade, será exposto o Teorema de Coase com a finalidade de compreender quais seriam as soluções eficientes que o Direito, com base nos instrumentos econômicos, pode perfeiçãoar para chegar ao melhor fim.

CAPÍTULO 3

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA NO BRASIL EM CONSONÂNCIA COM A SUSTENTABILIDADE

3.1 O TEOREMA DE COASE

Antes de compreender o desenvolvimento do Teorema de Coase no artigo “*The Problem of Social Cost*”, cumpre apresentar as principais premissas econômicas observadas por Ronald Coase, um breve resumo de sua vida acadêmica e suas principais produções científicas, para assim, compreender seu raciocínio.

Na época, mais precisamente na primeira década do século XX, a ciência econômica tinha como pressuposto a intuição de Adam Smith, na qual a economia deixada nas mãos dos atores evolui geralmente para os melhores arranjos do ponto de vista de bem-estar de todos.

No tratado da economia do bem-estar, Arthur Pigou²⁸⁹ contestava essa conclusão no sentido de que a evolução da economia era impossível pois não se consegue aprimorar um mercado para bens escassos.

Ademais, a externalidade negativa produzida pela atividade de mercado deveria ser corrigida através da instituição de impostos ou, eventualmente, subvenções ou formas de regulamentação impostas ou acordadas com os agentes que criam as externalidades negativas²⁹⁰.

Ronald Harry Coase²⁹¹ iniciou a vida acadêmica em 1929, na “*London*

²⁸⁹ PIGOU, Arthur Cecil. **The economics of welfare**. 4 ed. London: Macmillan, 1932. Disponível em: <https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/users/jcalhoun/Courses/History_of_Economic_Ideas/Readings/Pigou-The_Economic_of_Welfare.pdf> Acesso em: 04 mai. 2017.

²⁹⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 202. Título original: *Analyse économique du droit*.

²⁹¹ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. XVIII. Título original: *The firm, the market and the law*.

School of Economics – LSE”, onde conclui seu bacharelado em Comércio.

Nos Estados Unidos, período entre 1931 e 1932, Coase²⁹² passou estudando sobre as relações do trabalho com enfoque nos vínculos entre empresas, trabalhadores e órgãos governamentais, bem como na ação regulatória do Estado sobre os agentes. Essas ideias tomaram base para o seu artigo “*The Nature of the Firm*”, publicado em 1937.

Em 1940, durante a Segunda Guerra Mundial, Ronald Coase foi assessor no Gabinete de Guerra, mais especificamente no Escritório Central de Estatísticas. Nesse âmbito, percebeu que a alocação de armas e munições apresentavam graves erros.

No ano de 1946, Coase retomou as atividades na LSE e assumiu o comando da disciplina “*The principles of Economics*”.

Em 1951, migrou para os Estados Unidos e atuou como pesquisador no “*Center for Advanced Studies in Behavioral Sciences*” na Universidade de Buffalo até 1959. Nesse período, Coase²⁹³ desenvolveu pesquisas interdisciplinares sobre o comportamento humano com foco na Economia, e, em consequência, no ano de 1960 publicou o notório artigo “*The Problem of Social Cost*”, no “*Journal of Law and Economics*”, da Universidade de Chicago.

A partir daí seu artigo passou a ser o mais citado em toda a literatura jurídica e econômica moderna bem como, seus artigos “*The Problem of Social Cost*” e “*The Nature of the Firm*” passaram a ganhar grande notoriedade nos campos

²⁹² COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. XIX. Título original: *The firm, the market and the law*.

²⁹³ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. XXV- XXVI. Título original: *The firm, the market and the law*.

acadêmicos²⁹⁴.

No ano de 1964, Coase se mudou para a Universidade de Chicago e tornou-se editor-chefe do “*Journal of Law and Economics*” até 1982, encorajando economistas e advogados a escreverem sobre o funcionamento dos mercados atuais e sobre como os governos atuam na regulação ou na realização de atividades econômicas²⁹⁵.

Em 1991, Coase foi agraciado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel, evento que reconheceu a originalidade do seu pensamento e a ampliação dos horizontes sobre os custos de transação.²⁹⁶

Suas principais obras são: “*The Nature of the Firm*” do ano de 1937, “*The Problem of Social Cost*” de 1960, e, “*The Lighthouse in Economics*” data de 1974, todas reunidas na obra “*The Firm, The Market and The Law*”²⁹⁷.

Antes de apresentar a principal obra de Ronald Coase, “*The Problem of Social Cost*”, é essencial apresentar sumariamente os outros dois artigos que fazem parte do livro do autor.

No artigo intitulado “*The Nature of Firm*”, publicado em 1937, Ronald Coase²⁹⁸ afirma que o propósito desse trabalho é “preencher o pressuposto de que os recursos são alocados por meio do mecanismo de preços e o pressuposto de que esta

²⁹⁴ Biografia disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-bio.html> Acesso em: 27 fev. 2017.

²⁹⁵ Biografia disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-bio.html> Acesso em: 27 fev. 2017.

²⁹⁶ Notícia sobre o Prêmio Nobel. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/press.html> Acesso em 27 fev. 2017.

²⁹⁷ As três principais obras de Ronald Coase se encontram traduzidas e compiladas em COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. Título original: *The firm, the market and the law*.

²⁹⁸ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 37. Título original: *The firm, the market and the law*.

alocação depende do empresário-coordenador”.

O autor observa que não apenas a tecnologia, como também o objetivo de economizar custos de transação, determinava a fronteira que separa as transações feitas dentro da empresa e aquelas efetuadas fora delas, por intermédio do mercado. Desde então, o mercado e a empresa passaram a ser vistos como meios alternativos de se organizarem as transações econômicas, com a referência por uma ou por outro ditada pelos custos de produção e transação²⁹⁹.

A respeito do artigo “*The Lighthouse in Economics*”³⁰⁰, Coase observou como o sistema britânico tratava sobre a instituição de tarifa na operação dos faróis. Nesse passo, o autor questiona se o serviço poderia ser operado por empresa privada, por governo ou por empresa privada que possui financiamento do governo.

Para Coase, o presente trabalho não se destina a resolver a questão de como o serviço de faróis deveria ser organizado e financiado, mas apontar que a importância da propriedade privada sobre um farol auxiliaria na alocação e o uso eficiente deste bem.

Na década de 1960, o britânico Ronald Harry Coase da Universidade de Chicago publicou o reconhecido artigo “*The Problem of Social Cost*”³⁰¹, no “*Journal of Law and Economics*”, o que posteriormente ficou conhecido como Teorema de Coase, expressão criada por George Stigler.

No citado trabalho, o autor demonstra que os efeitos dos direitos de propriedade e de responsabilidade civil sobre a distribuição de recursos dependem

²⁹⁹ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 33-55. Título original: *The firm, the market and the law*.

³⁰⁰ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 189-216. Título original: *The firm, the market and the law*.

³⁰¹ COASE, Ronald H. **The problem of social cost**. Journal of law and economics. V. 03. Chicago: The University of Chicago Press, 1960, p. 1-44.

dos custos de transação.

Para isso, Coase³⁰² inicia seu artigo citando o exemplo clássico da fábrica cuja fumaça tem efeitos prejudiciais sobre aqueles que ocupam propriedades vizinhas. A análise econômica dessa situação é usualmente feita em termos de divergência entre o produto privado e o produto social da fábrica, na qual a maioria dos economistas têm aplicado a proposta de Pigou exposta na obra “*The Economics of Welfare*”.

Desse modo, grande parte dos economistas concluíram que seria necessário: a) responsabilizar o proprietário da fábrica pelos prejuízos causados aos prejudicados pela fumaça; b) cobrar dele um tributo com base na quantidade de fumaça produzida ou; c) remover a fábrica de áreas em que a emissão de fumaça tivesse efeitos nocivos sobre terceiros³⁰³.

Através desse panorama, Coase³⁰⁴ advoga que os cursos de ação sugeridos são inviáveis pois levam a resultados que não necessariamente ou geralmente, são desejáveis.

À guisa de ilustração, Coase³⁰⁵ apresenta o caso hipotético do rebanho desgarrado que destrói a plantação da propriedade vizinha. Em sendo inevitável que

³⁰² COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 95. Título original: *The firm, the market and the law*.

³⁰³ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 95. Título original: *The firm, the market and the law*.

³⁰⁴ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 96. Título original: *The firm, the market and the law*.

³⁰⁵ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 96-104. Título original: *The firm, the market and the law*.

algumas cabeças de gado se desgarrarão e causarão prejuízo à propriedade vizinha sem cerca, o aumento da oferta de carne somente será obtido mediante o decréscimo da oferta de produtos agrícolas. Para saber qual escolha a ser feita, deve-se saber o valor daquilo que é sacrificado para obtê-lo. Para isso, o autor propõe o exemplo aritmético no sentido de que o custo anual para cercar a propriedade do agricultor é de \$9,00 e que o preço do produto agrícola por ele cultivado é de \$1,00 por tonelada.

Ademais, a relação entre o número de cabeças de gado no rebanho e a perda anual do produto agrícola é a seguinte³⁰⁶:

Tamanho do Rebanho (Número de bois)	Perda anual da Safra (Toneladas)	Perda da Safra a cada boi adicionado (Toneladas)
1	1	1
2	3	2
3	6	3
4	10	4

Analisando a tabela³⁰⁷ apresentada, indica-se que o pecuarista não aumentará o tamanho de seu rebanho, a não ser que o valor da carne adicional produzida seja maior do que os custos adicionais que o aumento do número de bois acarreta, incluindo, neste cômputo, o valor dos produtos agrícolas destruídos na

³⁰⁶ Tabela apresentada por COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 97. Título original: *The firm, the market and the law*.

³⁰⁷ Conclui-se que se o rebanho for até três cabeças, será mais interessante para o pecuarista pagar pelas perdas do agricultor a ter que realizar a cerca; acima de três, seria mais vantajosa a construção da cerca.

plantação³⁰⁸.

Quando a cerca está erguida, o custo marginal, em razão da responsabilização pelos estragos, torna-se zero. A não ser que o aumento do rebanho crie a necessidade de uma cerca mais fortalecida e, por consequência, eleva o preço.

Todavia, conforme exemplo aritmético apresentado por Coase³⁰⁹, pode ser mais barato para o pecuarista não construir cercas e pagar pelos produtos agrícolas danificados caso o pecuarista mantenha três ou menos bois. Por outro lado, a existência de danos à plantação não alteraria a receita do agricultor por produção pois só alteraria a venda do produto no mercado aberto pela indenização recebida.

Sob o raciocínio de que se o valor da plantação danificada for mais elevado do que a receita proveniente da venda da safra não danificada, será rentável para o agricultor e o pecuarista entrarem em um acordo por meio do qual determinada extensão de terreno não seja cultivada, pois a valorização da propriedade pelo pecuarista é maior do que pelo agricultor³¹⁰.

Para isso, é importante que a legislação delimite a responsabilidade do pecuarista pelos prejuízos causados, para que o funcionamento do sistema de preços opere sem problemas. O custo será comparado ao valor da produção adicional de carne e, havendo concorrência perfeita na pecuária – ou seja, homogeneidade do produto, informações cristalinas do mercado e muitos compradores e vendedores –,

³⁰⁸ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 98. Título original: *The firm, the market and the law*.

³⁰⁹ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 98. Título original: *The firm, the market and the law*.

³¹⁰ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 99. Título original: *The firm, the market and the law*.

a alocação dos recursos nesta indústria será ótima³¹¹.

Nesta senda, conclui-se que a realocação dos direitos por meio do mercado somente ocorrerá se o aumento do valor da produção, como consequência do rearranjo, for maior do que os custos incorridos para implementá-lo³¹². Todavia, quando o aumento do valor da produção for menor do que os custos, a concessão de uma ordem judicial, ou “a obrigação de pagar pelos danos, podem ter como resultado o encerramento de uma atividade que seria empreendida se as transações de mercado ocorressem sem custo”³¹³.

Ademais, Coase³¹⁴ leciona que é necessário saber se a atividade prejudicial é ou não responsabilizável pelos prejuízos que causa, pois, sem o estabelecimento desta delimitação dos direitos, não poderá haver transações no mercado para transferência ou recombinação desses direitos. Todavia, o resultado final – que maximiza o valor de produção – independe do sistema jurídico desde que se assuma que o sistema de determinação de preços funcione sem custos.

A fim de esclarecer a natureza de seu argumento e de demonstrar a sua aplicabilidade geral, Coase cita diversos casos reais como: “*Sturges v. Bridgman*” (1879), “*Cook v. Forbes*” (1867-1868), “*Bryant v. Lefever*” (1878-1879), “*Bass v. Gregory*” (1890), “*Adams v. Ursell*” (1913), “*Andreae v. Selfridge and Company Ltd.*”

³¹¹ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 101. Título original: *The firm, the market and the law*.

³¹² COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 115. Título original: *The firm, the market and the law*.

³¹³ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 115. Título original: *The firm, the market and the law*.

³¹⁴ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 104. Título original: *The firm, the market and the law*.

(1938) e, “*Delta Air Corporation v. Kersey, Kersey v. City of Atlanta*” (1942).

Como se não bastasse, cumpre apresentar o caso verídico “Hotel Fontainebleau v. Forty-Five, Twenty Five Inc. (proprietária do Hotel Eden Roc)” do ano de 1959³¹⁵, no qual o Hotel Eden Roc propôs ação em face de Fontainebleau a fim de impedir a construção do anexo de 14 andares, bem como o ressarcimento de perdas e danos, já que a sombra seria uma externalidade negativa por fazer escuridão ao seu hotel e reduzir o número de hóspedes neste.

A corte julgou improcedente com base na noção de que o direito de construção do Hotel Fontainebleau não pode ser analisado apenas pelos prejuízos causados ao Eden Roc, uma vez que era preciso reputar o que o anexo geraria como receita e lucro. No presente caso está claro a aplicação do Teorema de Coase, no contexto que o direito de propriedade fora assinalado a quem mais os valoriza pois com a aferição econômica, decidiu-se que a sombra ocasionada pela construção causaria menos dano para o Hotel Eden Roc do que a perda de lucro do Hotel Fontainebleau.

De outro modo, mesmo que o resultado da disputa fosse o oposto, o Eden Roc negociaria e venderia ao Fontainebleau o direito de construir o anexo, em virtude dos recursos gerados serem suficientes para permitir compensar o Eden Roc e, ainda assim, obter lucro positivo com a operação³¹⁶.

Independente de quem tenha “razão”, prevalecerá a solução que gera o maior ganho de eficiência, pois se os direitos de propriedade forem devidamente estabelecidos e se os custos de transação forem igual a zero, as partes irão sempre transacionar até obter um resultado eficiente e sem externalidades³¹⁷.

Consoante Posner³¹⁸, o Problema do Custo Social foi o artigo pioneiro da

³¹⁵ Exemplo apresentado por PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 107.

³¹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 107.

³¹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 91.

³¹⁸ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva,

“teoria econômica do direito por excelência”. Neste trabalho sustenta-se que no momento que o custo das transações de mercado é igual a zero, a atribuição inicial de direitos não influencia em nada a eficiência, visto que, se a atribuição for ineficiente, as partes vão retificá-la por meio de uma transação corretiva.

Porém, na maioria das situações, a premissa de custos de transação ser zero é ilusória, pois consoante exemplo de Pinheiro e Saddi³¹⁹, “as partes teriam de gastar tempo e dinheiro para negociar uma solução, concordar com os termos propostos e eventualmente formalizar algum tipo de contrato”. Isto é, em qualquer fato real haverá custos de transação.

Embora o Teorema de Coase partisse de um mundo hipotético sem custos de transação e sem a influência das instituições no desempenho econômico, Coase criticava a análise econômica rígida ao deixar nítido que na vida real os custos de transação são positivos e, “ao contrário do que apregoam os neoclássicos tradicionais, as instituições impactam sobremaneira a forma de atuação dos agentes econômicos”³²⁰.

Dois pontos bem analisados por Posner³²¹ acerca da obra de Coase é que a análise propõe ao direito duas tarefas intimamente relacionadas. A primeira consiste em reduzir os custos de transação através da definição clara dos direitos de propriedade e de sua concessão às pessoas que provavelmente valorizarão mais. A segunda função baseia-se num contexto em que os custos de transação são excessivos e “consiste na tentativa de produzir o esquema de alocação de recursos que teria existido se os custos de transação fossem nulos, pois este é o esquema de

Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. XIV. Título original: *Frontiers of legal theory*.

³¹⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 106.

³²⁰ TOSTES, Yhon. **A constituição e os contratos bancários**: uma leitura com base na análise econômica do direito. [Dissertação]. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, 2012, p. 30.

³²¹ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 18. Título original: *Frontiers of legal theory*.

alocação mais eficiente”.

À luz dos ensinamentos de Coase³²², os direitos de propriedade são essenciais para uma barganha frente às externalidades, pois a menor intervenção de terceiros somada ao fato dos agentes deterem as informações relevantes acerca do problema, permite que tal negociação traduza-se em maior eficiência. Outrossim, a liberdade de negociação, através de um baixo custo de transação, impediria que o bem-estar fosse comprometido.

A fim de ilustrar a aplicação do teorema em caso real, Luciano Benetti Timm³²³ cita o fato ocorrido em 2006 nos EUA, em que o grupo ativista antiaborto conhecido como *pro-life* comprou os imóveis que funcionavam clínicas de aborto e, em seguida, proibiu tais práticas em suas propriedades. Assim, denota-se que com a definição clara da propriedade e custos de transação ínfimos, a barganha coasiana fora realizada e por conseguinte, a eficiência fora propiciada no sentido de que o dono fará seu uso melhor, ou seja, evitar a realização de abortos.

Ademais, seguindo o raciocínio de Coase, Demsetz³²⁴ argumenta que a função primordial dos direitos de propriedade é a de guiar os incentivos para conseguir uma maior internalização das externalidades. Para isso, os instrumentos legais são imprescindíveis para a minimização dos custos de transação.

Isso porque os efeitos dos direitos de propriedade e de responsabilidade civil sobre a alocação de recursos dependem dos custos das transações em torno das normas, proporcionando uma ferramenta indispensável para a análise econômica do

³²² COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 95-155. Título original: *The firm, the market and the law*.

³²³ TIMM, Luciano Benetti. **Microeconomia**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 69. Maiores detalhes em: ERTELT, Steven. Pro-life advocates now buying abortion centers to close them down. 2006. Disponível em: <<http://www.lifenews.com/2006/07/17/state-1757/>> Acesso em: 08 abr. 2017.

³²⁴ DEMSETZ, Harold. **Toward a theory of property rights**, The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. 1967. Disponível em: <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/Ec100C/Readings/Demsetz_Property_Rights.pdf> Acesso em: 23 mar. 2017.

direito. “Em outras palavras, o Teorema de Coase defende que, se os custos de transação são iguais a zero, a primeira atribuição de um direito de propriedade não afetará a eficiência com que os recursos deverão ser alocados”³²⁵.

Na maioria dos casos e sem um custo excessivo, há a possibilidade do poder judiciário, em consonância com a legislação, aproximar-se da definição ótima dos direitos de propriedade e, por conseguinte, guiar o uso dos recursos escassos num modo eficiente³²⁶.

Uma vez havendo direitos de propriedade bem definidos e podendo as partes negociar livremente, a solução eficiente será alcançada pelos agentes, a despeito dos métodos legais. Conforme elucida Jéssica Gonçalves, o teorema não seria o declínio da Ciência Jurídica, “mas somente a exploração da ideia de que o Sistema Legal tem o papel de proporcionar um cenário sem ou com menores custos de transação”³²⁷.

Como o próprio Coase³²⁸ defende, a utilidade do seu Teorema não é entender como funciona um mundo ideal, sem custos de transação, mas sim compreender quais seriam as soluções eficientes que o Direito deveria aprimorar para chegar a tal fim.

3.2. A ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE PRIVADA

Após apresentar a simbiose das disciplinas Direito e Economia, os

³²⁵ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Prefácio: Teori Zavascki. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 59.

³²⁶ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 100. Título original: *Economic analysis of law*.

³²⁷ GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC; 2016, p. 140.

³²⁸ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 152-155. Título original: *The firm, the market and the law*.

fundamentos econômicos no instituto da propriedade, bem como a relevância dos métodos na aplicação da Propriedade sob o aspecto econômico e jurídico, cumpre-se discorrer numa forma sucinta, a Análise Econômica da Propriedade Privada.

Segundo Flávia Santinoni Vera, a Análise Econômica do Direito “colabora com a Ciência Jurídica trazendo um método de raciocínio e um instrumental que promove a cientificidade do estudo do direito, sem influenciar valores ou ameaçar o consolidado *status* do direito”³²⁹.

Sob inspiração da Escola da “*Public Choice*”, Posner discorre que o economista pode auxiliar ao governante, não só explicar os efeitos de uma política sobre a eficiência do uso dos recursos, mas também rastrear seus efeitos sobre a distribuição do ingresso e da riqueza³³⁰.

Aliás, não só ao governante, mas a todos os indivíduos, visto que o homem busca aumentar ao máximo suas finalidades e satisfações através de um comportamento racional³³¹.

Baseado nos ensinamentos de Jeremy Bentham e Gary Becker, Posner³³² adverte que o interesse próprio não deve confundir-se com o egoísmo, pois a felicidade de outra pessoa pode formar parte de nossas satisfações. E, através do conceito do homem como um ser racional derivam os princípios fundamentais da economia, que são: a lei da demanda, os custos de transação e a alocação dos recursos em condições voluntárias, ou seja, num mercado³³³.

Devido a importância da Análise Econômica do Direito em analisar os incentivos, os comportamentos dos agentes, bem como as finalidades, efeitos e os fundamentos das normas, convém apresentar o exemplo de Oferta e Procura

³²⁹ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 202.

³³⁰ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 150. Título original: *Economic analysis of law*.

³³¹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 25. Título original: *Economic analysis of law*.

³³² POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 26. Título original: *Economic analysis of law*.

³³³ COSSIO DÍAZ, José Ramón. **Derecho y análisis económico**. México: FCE. 1997, p. 227.

apresentado pela professora Dra. Paula Freire³³⁴ no Curso organizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre a Análise Econômica do Direito e o Direito de Regulação Econômica:

Aproximadamente em 2008, o governo de Portugal aumentou os tributos sobre os veículos 4x4 pois se entendia de que era automóveis de classes elevadas. Ocorreu que o Estado arrecadou menos receita do que esperava, ou seja, houve efeito negativo.

Logo, denota-se que a teoria propõe investigar o resultado do comportamento do agente diante das normas e além disso, aperfeiçoar o direito ao assinar as consequências das leis vigentes ou dos projetos de lei em pauta. Ademais, busca-se uma solução mais eficiente, e, por conseguinte, maior bem-estar para a Sociedade.

Afirmando que a Análise Econômica do Direito pode ser um importante instrumento para os juristas, em virtude de auxiliar a compreensão dos efeitos produzidos pelas normas jurídicas e demais atos e fatos jurídicos bem como, pode auxiliar a investigação das origens e motivos dos preceitos legais, Alexandre Morais da Rosa³³⁵ adverte o risco desses dados serem interpretados em diversas formas, seja na análise estatística, seja na análise de custos e benefícios. Além do mais, ressalta que “não se pode aceitar a utilização da análise econômica para prescrever o conteúdo das normas jurídicas e decisões judiciais, como sendo um discurso neutro, científico e absolutamente verdadeiro. É manifestamente ideológico!”

No tocante a Análise Econômica do Direito aplicada na Propriedade, autores como Mercurio e Medema³³⁶ alegam que foi um dos primeiros campos a ser estudado pela teoria bem como, representa a linha de sustentação fundamental para as diversas vertentes de Escolas. Todavia, a que mais promoveu o desenvolvimento

³³⁴ FREIRE, Paula. **Curso de direito e economia**: análise econômica do direito e o direito da regulação econômica. Palestra proferida na sede do TRF4, em Porto Alegre/RS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eOeXg3sRroA>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

³³⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 77.

³³⁶ MERCURIO, Nicholas. MEDEMA, Steven G. *Economics and the law*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 101.

do tema foi a Escola Neoinstitucional.

Para os Neoinstitucionalistas, a análise das normas e as regras sociais é essencial para edificar a atividade econômica através do sistema institucional. Ademais, aduzem que “a racionalidade do comportamento humano e as escolhas são influenciadas pelas instituições enquanto conjunto de normas segundo determinado direito”³³⁷.

Sob os fundamentos da Escola Neoinstitucional, infere-se que a Análise Econômica da Propriedade busca estudar a partir de como é regulamentado o direito de propriedade que uma sociedade reconhece que determinado bem pertence a um de seus indivíduos, e, como é definido o grau de liberdade que este indivíduo terá de dispor o bem³³⁸.

Ter a propriedade sobre um bem não é só a “condição anterior e indispensável para o indivíduo poder transacionar esse bem ou contratar com os outros”³³⁹, mas também “um direito inerente ao homem, intrínseco à sua identidade”³⁴⁰.

Além do mais, a exploração a ser feita dos recursos existentes não é determinável a partir da mera disponibilidade, mas da forma com que os direitos de propriedade serão geridos³⁴¹. Aliás, com a clara definição da propriedade, o presente instituto será atrativo no sentido de gerar vantagens e ainda, assegurar a sua aplicação de forma sustentável e eficiente à luz da Análise Econômica do Direito.

A partir da obra de Garret Hardin³⁴², percebe-se que nenhum recurso que

³³⁷ GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, 2016, p. 122.

³³⁸ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 201.

³³⁹ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 201.

³⁴⁰ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 201.

³⁴¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 289. Título original: *Analyse économique du droit*.

³⁴² HARDIN, Garret. **The tragedy of the commons**. Science. v. 162, 1968. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.pdf+html>> Acesso em: 24 jan. 2017. p.

se tornou escasso permanecerá com acesso livre, pois o exterioriza ao risco da tragédia. Dessarte, a escassez que a princípio aparece por meio de disputa ou de um conflito, pode ser solucionada através da atribuição bem definida de direitos de propriedade fundamentado pela corrente da Análise Econômica do Direito³⁴³.

Dada a importância da propriedade como premissa fundamental para a existência e dignidade do ser humano³⁴⁴, faz-se necessária a proteção legal aos direitos de propriedade. Para elucidação, Posner³⁴⁵ cita o exemplo do agricultor que planta e fertiliza trigo, porém no momento em que está maduro para a colheita, o vizinho furta e leva para uso próprio.

Seguindo este raciocínio, evidencia-se que é imprescindível a definição clara dos direitos de propriedade para criar incentivos à exploração dos recursos de forma eficiente pois um sistema de direitos reais possui custos³⁴⁶.

Nesse passo, a propriedade privada funciona bem quando as funções de produção e utilidade são separáveis ou as externalidades afetam poucas pessoas que podem negociar umas com as outras³⁴⁷.

Para isso, é necessária a atribuição dos três elementos da propriedade bem definidos, sustentados por Posner³⁴⁸, quais sejam: a exclusividade, a transferibilidade e a universalidade, conforme elucidado no item 2.1 da presente dissertação.

Mackaay e Rousseau³⁴⁹ ressaltam a possibilidade da autoridade pública

1243-1248

³⁴³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 289. Título original: *Analyse économique du droit*.

³⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**; v. 5. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237.

³⁴⁵ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 68. Título original: *Economic analysis of law*.

³⁴⁶ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 69-70. Título original: *Economic analysis of law*.

³⁴⁷ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 159. Título original: *Law and economics*.

³⁴⁸ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007. Título original: *Economic analysis of law*.

³⁴⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 289. Título original: *Analyse économique du droit*.

criar direitos de propriedade, pois no momento que definem bem o direito, os agentes econômicos passam a se interessar pelas vantagens que são geradas. Para tanto, bastam o controle do uso do bem e a liberdade de contratá-lo.

O controle do uso do bem não precisa ser perfeito, mas deve ser suficiente para permitir que o proprietário mantenha alguma utilidade ou rendimento positivo líquido. Para isso, a exclusividade da propriedade é essencial.

Esta “cerca” pode ser de natureza física, comercial, contratual e ou jurídica³⁵⁰. Nada obstante, as formas de cerceamento podem evoluir em função de descobertas ou técnicas, o que viabiliza direitos que, outrora, não o eram³⁵¹. Em contrapartida, a evolução da propriedade pode tornar muito custosa uma cerca existente, o que põe em risco a viabilidade do direito de propriedade nela baseado³⁵².

Diversos levantamentos empíricos constataram que a propriedade sendo exclusiva, o proprietário terá estímulo para utilizar o bem de forma eficiente, e por conseguinte, gerar riqueza³⁵³. A fim de exemplo, é o caso da colheita de ostras em Virgínia e Maryland (Estados dos EUA) observado por Agnello e Donnelley³⁵⁴ nos anos 1965 a 1970, onde constataram que a quantidade de ostras colhidas prematuramente era maior nos leitos de propriedade comunitária do que nos leitos de propriedade privada. Dessa forma, averiguou-se que por consequência do trabalho intenso nas propriedades comunitárias, sua produtividade era mais baixa do que nos terrenos de propriedade particular.

Nessa vereda sobre a exclusividade, Pinheiro e Saddi³⁵⁵ asseveram que

³⁵⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 290. Título original: *Analyse économique du droit*.

³⁵¹ “La teoría económica implica que los derechos de propiedad se redefinirán de tiempo en tiempo a medida que cambian los valores relativos de los usos diferentes de la tierra.” POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE. Título original: *Economic analysis of law*, 2007, p. 101.

³⁵² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 290. Título original: *Analyse économique du droit*.

³⁵³ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale. Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 13. Título original: *The economics of the law*.

³⁵⁴ Caso citado por STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale. Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 17. Título original: *The economics of the law*.

³⁵⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro:

no momento em que o fluxo é conhecido e constante ou, até variável, mas totalmente previsível, mensurar o direito de propriedade se torna mais fácil e preciso. No entanto, se o fluxo for incerto e imprevisível, como é o caso do imóvel sem registro, ocorrerá o problema, pois “os interessados naquela propriedade irão gastar tanto mais energia e recursos para obter o título legal quanto maior renda que aquele imóvel promete”³⁵⁶.

Ou seja, os custos de transação serão tão altos que o interessado não disporá a investir no imóvel pois não há direito de propriedade ali assinalado³⁵⁷. Portanto, pode-se afirmar que “quanto maior o fluxo esperando de renda de um dado ativo, maior será a propensão do agente econômico a assumir a defesa do seu direito de propriedade ou a tentar obtê-lo”³⁵⁸.

Tamanha é a importância dos custos de transação na alocação da propriedade, que em 1960 Ronald Coase apresenta o problema dos custos sociais desenvolvendo o instrumento para explicar os custos de transação e em que medida estes interferem na eficiência da alocação dos direitos de propriedade.

A transferibilidade, por sua vez, significa que os direitos de propriedade devem ser transferidos para as mãos de quem mais valoriza. Para isso, é essencial um mecanismo que possa induzir a transmissão³⁵⁹.

Destaca-se ainda, que a transferência é uma condição necessária, porém não suficiente para garantir a eficiência. Isto é, se os custos de transação forem altos para o valor ativo, a transferência, em geral, não valerá a pena. Outrossim, se não houver exclusividade do bem, também não valerá a pena pois “o direito de propriedade precisa garantir o uso exclusivo da terra, pois de outro modo alguém poderia tirar

Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 109

³⁵⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 109.

³⁵⁷ BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 09.

³⁵⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005, p. 109.

³⁵⁹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 70. Título original: *Economic analysis of law*.

proveito dos benefícios de seu uso sem arcar com as despesas”³⁶⁰.

Conforme os Neoinstitucionalistas Coase³⁶¹, Demsetz³⁶², Ackerman³⁶³, Manne³⁶⁴, Furutbotn e Pejovich³⁶⁵, e North³⁶⁶, a governança privada dos direitos de propriedade é mais eficaz que a alternativa da regulação pelo uso coletivo, pois geralmente aquela minimiza os custos de transação³⁶⁷, aloca os recursos e distribui as riquezas.

Além do mais, os autores Baland e Platteau³⁶⁸ apresentam alguns fatores como determinantes da ineficiência da governança coletiva:

Entre os fatores arrolados como determinantes da ineficiência da governança coletiva estão: i) a heterogeneidade e a dimensão do grupo social que dificultam a cooperação coletiva; ii) a emergência de desigualdades de renda entre os agentes, determinada pelo regime coletivo adotado; iii) a diversidade de objetivos conflitantes; iv) o surgimento de comportamentos

³⁶⁰ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale. Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 13. Título original: *The economics of the law*.

³⁶¹ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; Revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patricia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. Título original: *The firm, the market and the law*.

³⁶² DEMSETZ, Harold. **Toward a theory of property rights**, The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. 1967.

³⁶³ ROSE-ACKERMAN, Susan. Law and Economics: paradigm, politics, or philosophy?, 1989, *apud* MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 79.

³⁶⁴ MANNE, Henry. **The economics of legal relationships**: readings in the theory of property rights, West Group, 1975.

³⁶⁵ FURUBOTN, Eirik G; PEJOVICH, Svetozar. **The economics of property rights**. Universidade de Michigan: Ballinger Pub. Co., 1974.

³⁶⁶ NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

³⁶⁷ MACEDO, Luís Otávio Bau. **Direitos de propriedade o desenvolvimento econômico das etnias indígenas brasileiras**: instituições e a emergência da ordem territorial. *Economic Analysis of Law Review*, Universidade Católica de Brasília - UCB, v. 3, n. 1, p. 85-138, 2012. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%2057>> Acesso em: 03 abr. 2017.

³⁶⁸ BALAND, J. M.; PLATTEAU, J. P. (1998). Division of the commons: a partial assessment of the new institutional economics of land rights. *American Journal of Agricultural Economics*, 80, p.p. 644-650. *Apud* MACEDO, Luís Otávio Bau. **Direitos de propriedade o desenvolvimento econômico das etnias indígenas brasileiras**: instituições e a emergência da ordem territorial. *Economic Analysis of Law Review*, Universidade Católica de Brasília - UCB, v. 3, n. 1, p. 85-138, 2012. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%2057>> Acesso em: 03 abr. 2017.

oportunistas – rent-seeking - em detrimento do bem-estar geral.

Sendo assim, denota-se nitidamente a vantagem da propriedade privada sob a propriedade pública, pois no momento que aquela é bem definida, o bem passa a oferecer maior eficiência e, por conseguinte, maior crescimento econômico do Estado, maximização da riqueza e ainda, maior bem-estar da sociedade.

A maximização da riqueza, portanto, não diz respeito somente à questão puramente financeira, mas às consequências futuras dos atos dos indivíduos, segundo uma perspectiva de experimentação real³⁶⁹, sem ilusões, orientada para o futuro a fim de corrigir os resultados subsequentes³⁷⁰.

Aliás, sendo pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é instrumental, factual e empírica, e ainda, segundo Posner,³⁷¹ “pode ser o princípio certo para o fim em questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos”.

No mundo real, no entanto, sabe-se que a alocação dos recursos se torna mais complicada pois há falhas de mercado, como assimetria de informação sobre o bem entre vendedor e comprador, e assim, torna os custos de transação altos. Desse modo, a função do Estado em definir claramente as regras do jogo é fundamental para lubrificar as transações bem como, diminuir custos de transação³⁷².

Associadamente, pode-se arrematar que Thomas Hobbes contribuiu para a Análise Econômica do Direito, ao dizer que “A lei deve se estruturar de forma a minimizar os prejuízos causados pelas falhas das negociações particulares”. Esta temática ficou conhecida como o Teorema de Hobbes³⁷³.

³⁶⁹ ZANON, JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013, p.167.

³⁷⁰ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 621-622. Título original: *The problems of jurisprudence*.

³⁷¹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 520. Título original: *The problems of jurisprudence*.

³⁷² VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208.

³⁷³ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 110. Título original: *Law and*

No que diz respeito à Universalidade, simplesmente significa que a propriedade, sendo um recurso escasso, deve estar em poder de alguém, seja pessoa física ou jurídica. Todavia, há alguns recursos que são comunitários em virtude de sua natureza, por exemplo: o ar³⁷⁴.

Presente os elementos da propriedade, segundo a teoria econômica da propriedade, a inexistência de seus direitos bem definidos faria com que a propriedade fosse estipulada com base no poder, o que causaria o “caos”³⁷⁵.

No mesmo passo – com base em Coase – Posner³⁷⁶ apresenta diversos exemplos de externalidade negativa sobre a propriedade como, entre direitos de vizinhança: o caso da distribuição das emissoras de radiofusão, o uso da terra pelo fazendeiro e a Companhia de Estradas de Ferro, o direito de vizinhança no que concerne à utilização do terreno pelo vizinho, o tratamento legal dos ruídos causados pelos aviões contra as casas subjacentes, o direito do pecuarista cuja propriedade é adjacente à do agricultor, o direito referente à poluição ambiental ocasionada pela empresa, etc.

Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que a criação de um sistema de direitos de propriedade à luz da análise 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”³⁷⁷.

Assim, a concepção de eficiência difundida por Posner observa que a proteção legal da propriedade incentivaria modelos mais eficientes na produção. Ou seja, o Direito passa a ser instrumento e meio para a obtenção de eficiência

economics.

³⁷⁴ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale. Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 14. Título original: *The economics of the law*.

³⁷⁵ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale. Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 12. Título original: *The economics of the law*.

³⁷⁶ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 67-155. Título original: *Economic analysis of law*.

³⁷⁷ PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. **Uma análise também econômica do direito de propriedade**. *Economic Analysis of Law Review*, Universidade Católica de Brasília - UCB, v. 3, n. 1, p. 207-232, 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6473>> Acesso em: 03 abr. 2017.

econômica, através da perspectiva pragmática focada na interpretação consequencialista e na solução mais adequada para a sociedade³⁷⁸.

Ademais, como bem doutrinam Pinheiro e Saddi³⁷⁹, os direitos de propriedade assinalados de forma correta são fundamentais para a definição do desempenho econômico, pois se um direito de propriedade estiver “ao sabor de perigos e incertezas causados por decisões judiciais”, afetará a condição de previsibilidade e, por conseguinte, afetará o comportamento e a conduta no mercado.

Para esclarecer a afirmação, cumpre apresentar o ensinamento de Schafer Ott³⁸⁰ a respeito da propriedade, num exemplo onde o imóvel locado é um lar de idosos e o locatário não paga o aluguel. O magistrado profere decisão no sentido de que o proprietário não pode despejar o locador porque aquele imóvel exerce uma função social no sentido de servir para cuidar de idosos e de pessoas com necessidades.

Portanto, o autor afirma que o proprietário se tornou um doador involuntário pois não consegue recuperar o bem e não recebe o aluguel. Desse modo, os proprietários deixarão de alugar sua propriedade para indivíduos com o perfil de idoso³⁸¹.

Registra-se, destarte, que ao Poder Judiciário cabe a função de maximização da riqueza, “relendo, pois, o direito de propriedade, para o conceder a quem melhor puder o valorar dentro do critério econômico”³⁸². Ademais, através do pragmatismo jurídico sustentado por Posner³⁸³, são utilizados mecanismos

³⁷⁸ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 621-622. Título original: *The problems of jurisprudence*.

³⁷⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 4 reimpressão, 2005, p. 99.

³⁸⁰ SCHAFER CLAUS OTT, Hans-Bernd. **Manual de análisis económico del derecho**. Madrid: Tecnos, 1991.

³⁸¹ Exemplo citado por SZTAJN, Rachel. **Recepção da análise econômica do direito na tradição do direito continental europeu**. Conferência realizada no dia 01 de outubro de 2015 pelo Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito SP. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8Ea697a-pTg>> Acesso em: 24 abr. 2017.

³⁸² ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 76.

³⁸³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 65. Título original: *Law, pragmatism and democracy*.

efetivamente úteis na ponderação das consequências futuras de seus atos, “segundo uma perspectiva de experimentação real (empírica), orientada para o futuro e desprovida de ilusões filosóficas quanto à possibilidade de confirmação quanto à correção dos resultados”³⁸⁴.

Assim, à luz da opinião pública estável e da conveniência social, o Poder Judiciário levará em conta as consequências de suas decisões, no sentido de produzir a melhor solução possível para o progresso do Direito e, assim, contribuir na construção de um país melhor³⁸⁵.

No conjunto de ideias de João Carlos Pietropaolo³⁸⁶, a atribuição clara dos direitos de propriedade em sua acepção econômica é primordial para a Análise Econômica do Direito. Porém, coincidentemente, um sistema baseado em propriedade absoluta possui custos na sua administração, pois não facilita a transferência de aspectos da propriedade precificados pelos agentes. “Por isso a propriedade é relativa ao fim econômico e tem que ser fracionada em tantas partes ou aspectos quanto sejam valorizados em mercado por preços”.

No mesmo sentido, advoga Flávia Santinoni Vera³⁸⁷:

Ter o direito de propriedade sobre um bem permite que a sua circulação na sociedade, desde a aquisição, uso e transferência (como na alienação), gere uma alocação de recursos mais eficiente seguida de um valor adicionado. Por consequência, a garantia de propriedade alavanca a geração de emprego e riqueza de uma nação. Além do incentivo criado aos cidadãos para produzir, eles também farão o melhor uso do bem, transferindo-o, quando interessante, para uma pessoa que dará a ele um valor (e uso) maior. Uma alocação mais eficiente dos recursos permite que todos enriqueçam. Por sua vez, o crescimento econômico decorrente é pré-requisito essencial

³⁸⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013, p. 167.

³⁸⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013, p. 170.

³⁸⁶ PIETROPAOLO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do direito**. [Tese]. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 159.

³⁸⁷ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 202.

para qualquer ímpeto do Estado de buscar justiça distributiva e bem-estar social. Sociedades que garantem mais direito de propriedade privada e que permitem um uso amplo desse direito são empiricamente mais suscetíveis ao crescimento e desenvolvimento social e econômico.

Como se não bastasse, em construção similar a de Posner, Stephen³⁸⁸ menciona que a clara definição da propriedade fará com que ocorra o desenvolvimento sustentável, a conservação do solo e a produção de mais recursos, pois o proprietário possuirá interesse legal em tutelar seu bem.

Assim, conforme o direito de propriedade previsto na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, conclui-se que no mesmo momento que as normas asseguram a inviolabilidade do direito à propriedade e sua garantia (Art. 5º, XXII CRBF/88) como princípio fundante da ordem econômica (Art. 170, II CRBF/88), nota-se o perfil compromissório em alcançar a sua função social (Art. 5º XIII), que também é princípio geral da atividade econômica (Art. 170, III)³⁸⁹.

Consoante Yoram Barzel³⁹⁰, os direitos de propriedade se dividem em dois fragmentos: a habilidade de usufruir do bem e aquilo que o Estado atribui ao indivíduo. Partindo desta concepção, Posner³⁹¹ observa que os Direitos Reais fazem a mesma coisa ao limitar direitos de propriedade em situações em que o direito absoluto impediria uma realocação dos recursos. Ademais, para o juiz norte-americano, o Direito deve buscar o equilíbrio real entre os indivíduos.

A presença de custos de transação positivos é o que faz o estudo dos direitos de propriedade ser significativo³⁹². Neste caminho, Coase desenvolve o seu

³⁸⁸ STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale. Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 12-15. Título original: *The economics of the law*.

³⁸⁹ PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. **Uma análise também econômica do direito de propriedade**. *Economic Analysis of Law Review*, Universidade Católica de Brasília - UCB, v. 3, n. 1, p. 207-232, 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6473>> Acesso em: 03 abr. 2017.

³⁹⁰ BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 03.

³⁹¹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 150. Título original: *Economic analysis of law*.

³⁹² BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 11.

teorema no sentido de reduzir os custos nas transações sobre a propriedade, pois quanto mais as pessoas transacionam, mais a sociedade enriquece. Para isso, é primordial o papel do Estado e das instituições na criação de incentivos às negociações.

Numa forma sucinta e cristalina, Bernardo Mueller,³⁹³ apresenta as características e diferenças da Nova Escola Institucional e a Análise Econômica do Direito:

O objetivo da literatura sobre direitos de propriedade, tanto na NEI como na Análise Econômica do Direito, é, portanto, analisar como a definição dos direitos em cada caso específico afeta o comportamento dos agentes econômicos. A ideia central é que direitos de propriedade seguros e bem definidos, incluindo o direito de vender ou transferir a propriedade, farão com que o recurso venha a ser alocado ao uso que gere mais bem-estar. No entanto, embora o objetivo geral seja igual na NEI e na Análise Econômica do Direito, o objeto de estudo e o enfoque são diferentes. Na segunda, o objeto de estudo são leis formais, e o propósito é usar a Teoria Econômica para recomendar como as leis devem ser criadas e impostas para que induzam os agentes a agir de forma eficiente. Note que essa literatura usa o critério de eficiência de Pareto junto com todas as outras premissas da Economia Neoclássica; a diferença está no objeto do estudo, as leis, que não são consideradas naquela literatura. Dessa forma, a literatura de Análise Econômica do Direito geralmente tem um enfoque normativo, isto é, visa a recomendar como a Economia e a sociedade deveriam ser organizadas.

Isso posto, Alexandre Morais da Rosa³⁹⁴ aduz que a escassez de recursos para satisfação das necessidades pode ser levada em consideração, evitando-se o desperdício destes. Porém, a utilização dos “pressupostos e finalidades da *Law and Economics* não pode acontecer sem um debate antecedente do modelo de Estado Democrático de Direito que se almeja e que não pode se vincular exclusivamente ao mercado”, sob pena de desprezar o Direito e a dignidade da pessoa humana nos moldes do modelo neoliberal.

³⁹³ MUELLER, Bernardo. **Direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Raquel. Direito & economia, Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 94-95.

³⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 143.

Enfim, embora a Análise Econômica do Direito seja uma ferramenta a se manejar, conclui-se que o seu objetivo sobre a propriedade privada é buscar a eficiência para se obter a maximização da riqueza de uma nação. E para ocorrer isso, o intercâmbio voluntário deve transferir os recursos de pessoas que os valorizam menos para pessoas que os valorizam mais, gerando assim, eficiência econômica. “Em suma, os direitos de propriedade alcançam a eficiência alocativa por meio de negociações e a eficiência produtiva por meio da internalização”³⁹⁵.

Ademais, através da análise pragmática de custo e benefício, a eficiência na maximização da riqueza se torna um mecanismo para identificar as consequências das decisões, a fim de viabilizar uma solução razoável³⁹⁶. Diga-se, a propósito, que por meio da visão pragmatista, o juiz só a utiliza quando “o ajudar a identificar e pesar as consequências de decisões alternativas”³⁹⁷.

A propriedade privada, portanto, à luz da Análise Econômica do Direito, passa a efetivar sua função social, na medida em que gera riqueza³⁹⁸ e de forma eficiente, o que, não necessariamente pressupõe igualdade na distribuição daquela³⁹⁹.

Ao atender a necessidade econômica, a propriedade privada passa a ter maior produtividade, eficiência, e concomitantemente, estará em harmonia com o meio ambiente. Logo, a sustentabilidade também será atendida pois com a clara definição desenvolverá o bem-estar social, gerará valorização do seu bem, e ao mesmo tempo respeitará o meio ambiente.

Sendo assim, tendo em vista a efetivação da função social da propriedade

³⁹⁵ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 125. Título original: *Law and economics*.

³⁹⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013, p. 175.

³⁹⁷ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 60. Título original: *Law, pragmatism and democracy*.

³⁹⁸ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Baleias, ostras e o direito de propriedade para a análise econômica do direito**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/dasuj89a/AJYjp09c2Z1pV333.pdf>> Acesso em: 27 fev. 2017.

³⁹⁹ No mesmo sentido, leciona PASTOR PRIETO, Santos. **Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho**. Madrid: Tecnos, 1989, p. 35.

privada com base no movimento da Análise Econômica do Direito, faz-se necessário discorrer sobre o alcance da sustentabilidade e suas dimensões.

3.3 SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES⁴⁰⁰

Sustentabilidade consiste num princípio constitucional que determina, “a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente”⁴⁰¹.

Ademais, Gabriel Real Ferrer⁴⁰² afirma:

la sostenibilidad es la capacidad de permanecer indefinidamente en el tiempo, lo que aplicado a una sociedad que obedezca a nuestros actuales patrones culturales y civilizatorios supone que, además de adaptarse a la capacidad del entorno natural en la que se desenvuelve, alcance los niveles de justicia social y económica que la dignidad humana exige.

Neste passo, o professor Ramón Martín Mateo⁴⁰³ afirma que o princípio da sustentabilidade não deve ser tratado como uma espécie de utopia, mas com bases pragmáticas para fazer o compatível desenvolvimento econômico necessários para a sociedade atual e futuras gerações possam viver dignamente.

Ademais, a sustentabilidade é algo que busca assegurar a vida, não só relacionada à natureza, mas também numa relação complementar entre o sujeito e o

⁴⁰⁰ Parcela do presente item faz parte do artigo científico produzido em coautoria com Andrey Gastaldi da Silva. Trabalho a ser submetido para publicação.

⁴⁰¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 41.

⁴⁰² “a sustentabilidade é a capacidade de permanecer indefinidamente no tempo, o que, aplicado a uma sociedade que obedeça a nossos atuais padrões culturais e civilizatórios, supõe que, além de adaptar-se à capacidade do entorno natural em que se desenvolva, alcance os níveis de justiça social e econômica que a dignidade humana exige”. (Tradução do Autor) FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho**. Disponível em: <https://www.academia.edu/10086250/Sostenibilidad_Transnacionalidad_y_transformaciones_del_Derecho> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴⁰³ MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998, p. 41.

ambiente em sua volta⁴⁰⁴.

Diante deste caráter, cumpre apresentar a corrente tradicional da sustentabilidade, na qual é dividida em três dimensões: ambiental, social e econômica.

A ambiental possui relação à proteção do meio ambiente e do Direito Ambiental, tendo como finalidade essencial garantir a sobrevivência do planeta através da preservação e melhora dos elementos físicos e químicos, considerando sempre o alcance da melhor qualidade de vida do indivíduo na terra⁴⁰⁵.

A partir disso, observa-se que a proteção do meio ambiente é um dever fundamental imposto ao Estado e também a todos os cidadãos. Ademais, este dever exige um agir solidário em prol da proteção da natureza e além disso, “o ônus imposto a todos de participar das decisões e encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um meio ambiente sadio e equilibrado”⁴⁰⁶.

Noutro passo, a dimensão social consiste no aspecto relacionado às qualidades dos seres humanos. Baseia-se num processo de melhoria da qualidade de vida da sociedade, pela redução de desigualdades, nivelamento de padrão de renda e acesso aos direitos sociais (educação, saúde, moradia, alimentação, etc.) previstos no Capítulo II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. **Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna**: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴⁰⁵ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (orgs). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. - Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Lineamentos%20sobre%20Sustentabilidade%20segundo%20Gabriel%20Real%20Ferrer%20-%20E-book.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴⁰⁶ BODNAR, Zenildo. **Regularização registral imobiliária na efetivação de direitos fundamentais da cidade sustentável**. [Dissertação]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015, p. 47.

⁴⁰⁷ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Dimensão econômica da sustentabilidade**: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC. v. 14, n. 25, 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/487/478>> Acesso em: 25 abr. 2017.

Como bem leciona Tiago Fensterseifer⁴⁰⁸, a proteção ambiental está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, uma vez que a fruição destes está vinculada a condições ambientais favoráveis como, por exemplo, o acesso a água potável, moradia em área sem poluição atmosférica ou em área de risco.

A dimensão econômica, por fim, evidencia-se no desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida para as pessoas. Para isso, os instrumentos econômicos devem não apenas estar comprometidos com o lucro e o crescimento econômico, “mas devem captar a abrangência de todos os fatores que compõem as relações sociais ligadas à atividade econômica, dentro de uma perspectiva de ajuste dinâmico dessas relações”⁴⁰⁹.

Entretanto, num modo divergente da doutrina tradicional, Gabriel Real Ferrer, Maikon Cristiano Glasenapp e Paulo Márcio Cruz⁴¹⁰ asseveram que além das três dimensões, há de ser acrescida as dimensões de ordem cultural, ética e tecnológica.

Além disso, ao observar que a sustentabilidade é multidimensional no sentido de que o bem-estar também dispõe dessa característica, Juarez Freitas apresenta duas dimensões: a ética e a jurídico-política.

Desse modo, faz-se necessário apresentar o conceito dessas 4 dimensões sustentadas pelos autores.

Sobre a dimensão cultural, afirma-se que é aquela que em que os membros da sociedade devem “ter acesso igual aos canais de superação, oportunidades de educação e aprendizagem dos valores congruentes com o mundo crescentemente

⁴⁰⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, p. 74.

⁴⁰⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

⁴¹⁰ FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade**: um novo paradigma para o direito. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 19, n. 4 – Edição Especial 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712>> Acesso em: 25 abr. 2017.

multicultural, e de uma noção de respeito e tolerância às diferenças”⁴¹¹.

Segundo Juarez Freitas⁴¹², a sustentabilidade ética procura reconhecer:

(a) a ligação de todos os seres, acima do antropocentrismo estrito, (b) o impacto retroalimentador das ações e das omissões, (c) a exigência de universalização concreta, tópico-sistemática do bem-estar e (d) o engajamento numa causa que, sem negar a dignidade humana, proclama e admite a dignidade dos seres vivos em geral.

No tocante a dimensão jurídico-política, Juarez Freitas⁴¹³ advoga que é um princípio vigente e um dever constitucional que determina com eficácia direta e imediata, devendo ser alterada a “visão global do Direito”, incorporando o desenvolvimento sustentável como condição normativa.

Por fim, a dimensão tecnológica visa a necessidade da ciência e da tecnologia estarem a serviço do homem e da sustentabilidade, possibilitando assim, a criação, a construção e a reinvenção de modelos sociais sustentáveis⁴¹⁴. Aliás, sem a ajuda da ciência “não será possível de sustentar-se nesse ambiente e nem reverter os danos que, com a ciência, já se produziu”⁴¹⁵.

De todo modo, resta claro que a multidimensionalidade da sustentabilidade deve ser incorporada pela sociedade e pelos entes políticos, com o propósito de atingir os objetivos de garantir o bem-estar e a sobrevivência das gerações presentes e futuras. Todavia, para isso é necessário o conhecimento sofisticado e a análise crítica

⁴¹¹ FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito**. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 19, n. 4 – Edição Especial 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴¹² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 63.

⁴¹³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 71.

⁴¹⁴ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. MAFRA, Juliete Ruana. **A Sustentabilidade no alumiado de Gabriel Real Ferrer**: Reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica. In SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. GARCIA, Heloíse Siqueira (orgs.). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer. Disponível em <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Lineamentos%20sobre%20Sustentabilidade%20segundo%20Gabriel%20Real%20Ferrer%20-%20E-book.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. **Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos**. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. v. 36, n. 71 (2015). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p239>> Acesso em: 25 abr. 2017.

permanente dos impactos das decisões tomadas⁴¹⁶.

Como bem leciona Gabriel Real Ferrer, as palavras servem para definir conceitos, porém algumas vezes elas os ocultam e distraem o significado autêntico. Assim ocorre com a confusão nos conceitos de sustentabilidade e de desenvolvimento sustentável.

Entre os anos de 1983 e 1987, no Relatório de Brundtland – conhecido também como “Nosso Futuro Comum” – organizado pela Comissão Mundial para o Meio Ambiente definiu-se o desenvolvimento sustentável como: “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”⁴¹⁷. Todavia, o desenvolvimento sustentável não deve ser apenas considerado de forma quantitativa, mas de modo que seja “analisado em conjunto com a categoria da pessoa humana”⁴¹⁸.

Assim, sobre a diferença de desenvolvimento sustentável e de sustentabilidade, David Zylberstajn e Clarissa Lins⁴¹⁹, afirmam que enquanto o primeiro visa melhorar as condições da vida humana através de um processo qualificativo de produção dentro de critérios de respeito aos limites ambientais e naturais, a sustentabilidade consiste em “equilibrar a oferta de bens e serviços, entre os quais estão os serviços ambientais, medidos essencialmente pela capacidade do planeta de manter o equilíbrio entre seu uso e disponibilidade”.

Em suma, a sustentabilidade consiste na relação fim, ou seja, na vontade de articular uma nova sociedade capaz de se perpetuar no tempo com condições dignas. Já o Desenvolvimento Sustentável é “meio para obter equilíbrio entre o progresso, a industrialização, o consumo e a estabilidade ambiental, como objetivo a

⁴¹⁶ ZYLBERSZTAJN, David; LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor**: a transição para o século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 144.

⁴¹⁷ Relatório disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/N8718467.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴¹⁸ STAFFEN, Márcio Ricardo; Santos, Rafael Padilha dos. **O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade**. Revista Veredas do Direito. v. 13, n. 26, p. 263-288. Mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/814>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴¹⁹ ZYLBERSZTAJN, David; LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor**: a transição para o século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 12.

sustentabilidade o bem-estar da sociedade”⁴²⁰.

Leonardo Boff⁴²¹ aduz que o modelo padrão de desenvolvimento sustentável “deve ser economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto”. Para o professor, desenvolvimento é a exploração da natureza enquanto a sustentabilidade possui lógica circular e includente.

Conforme pontifica Cristiane Derani⁴²², a realização do desenvolvimento sustentável assenta-se sobre dois pilares: “um relativo à composição de valores materiais e outro voltado à coordenação de valores de ordem moral e ética”, devendo esta ter uma interação de valores sociais onde se relacionam interesses particulares de lucro e interesses de bem-estar coletivo.

A respeito do desenvolvimento nacional previsto no artigo 3º, II da Carta Magna, Juarez Freitas⁴²³ sustenta que o progresso deve ser moldado pela sustentabilidade, fundamentado nos demais dispositivos constitucionais:

[...] conceito do desenvolvimento incorpora o sentido da sustentabilidade por força de incidência de outros dispositivos constitucionais, tais como, para ilustrar o art.174, parágrafo primeiro (planejamento do desenvolvimento equilibrado), o art. 192 (o sistema financeiro tem de promover o desenvolvimento que serve aos interesses da coletividade), o art. 205 (vinculado ao pleno desenvolvimento da pessoa), o art. 218 (desenvolvimento científico e tecnológico, com o dever implícito de observar os ecológicos limites) e o art. 219 (segundo o qual será incentivado o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar e a autonomia tecnológica).

Tamanha é a importância da sustentabilidade que os autores Gabriel Real Ferrer, Maikon Cristiano Glasenapp e Paulo Márcio Cruz⁴²⁴ defendem como novo

⁴²⁰ SOUZA, Maria Cláudia S Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade e seus reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica**: o clico do bem-estar. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴²¹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: O que é - O que não é. 2a. ed. Petropolis, RJ: Vozes, 2013, p. 43.

⁴²² DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

⁴²³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 110-111.

⁴²⁴ GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. **Governança e sustentabilidade**: Constituindo novos paradigmas na pós- modernidade. In SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes.

paradigma civilizacional, inclusive transnacional, a fim de organizar democraticamente a vida coletiva sob as suas diversas dimensões e em direção à solidariedade.

Neste passo, denota-se nitidamente a consonância do instituto da propriedade privada no Brasil com a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável, pois sua definição clara à luz da AED faz com que estes recursos – cada vez mais escassos – sejam alocados para as mãos de quem os mais valorize, no sentido de gerar eficiência, e por consequência, maximizar a riqueza e aumentar o bem-estar social.

De acordo com Posner⁴²⁵, a maximização da riqueza, pragmaticamente interpretada, estaria posicionada como um princípio geral econômico-normativo a ser utilizado como “guia do direito e de políticas públicas” ao afastar as questões metafísicas e semânticas e aproximá-las das questões empíricas.

Aliás, a maximização da riqueza, dentro do contexto do pragmatismo, não envolve só a finalidade econômica, mas envolve também a construção do valor social, cuja realização garante a eficiência da sociedade bem como suas instituições e, portanto, resguarda a sustentabilidade em suas dimensões: ambiental, social e econômica.

Assim, através da análise das consequências na tomada de decisões e na efetiva ação, as decisões públicas e judiciais buscarão atender a função social da propriedade prevista no art. 5º, XXIII da CRFB/88, pois a propriedade privada é relativa ao seu uso. E, à luz da AED, a propriedade bem delimitada incentiva o seu uso eficiente, resultando assim, o desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade.

Como forma de exemplo, tem-se o estudo realizado na Amazônia em que os autores Lee Alston, Gary D. Libecap e Bernardo Mueller⁴²⁶ constataram que as

GARCIA, Heloíse Siqueira (orgs.). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer. Dados Eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014, p. 73.

⁴²⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 520. Título original: *The problems of jurisprudence*.

⁴²⁶ Nas obras: ALSTON, Lee; LIBECAP, Gary D.; MUELLER, Bernardo. **Titles, conflict, and land use: The development of property rights and land reform on the brazilian amazon frontier**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1999 e; ALSTON, Lee; LIBECAP, Gary D.; MUELLER, Bernardo, **Land**

questões de desmatamento da Amazônia podem ser resolvidas por meio da clara definição da propriedade, cuja responsabilização é internalizada e cada dono deverá proteger o que é seu.

Logo além de desenvolver o uso eficiente da propriedade, a regularização fundiária irá promover o mínimo existencial como garantia da dignidade da pessoa humana, a inclusão social, o crescimento econômico-social na região, a proteção do meio ambiente ao seu redor, bem-estar social, entre outros benefícios.

Destarte, a propriedade privada que passa a ter equilíbrio entre o lucro privado e o proveito social, está em consonância com sua função social. Além disso, será perquirido a resolução de três problemas apresentados por Cristiane Derani⁴²⁷, quais sejam: a destruição dos recursos naturais, o aumento de desigualdade social e a explosão demográfica.

Como forma de ilustração, Emanuela Cristina Andrade Lacerda⁴²⁸ expõe a importância do instituto da propriedade privada para atingir as dimensões da sustentabilidade:

Somente uma propriedade que agrega as diferentes dimensões da sustentabilidade poderia dar o equilíbrio necessário entre os poderes e deveres do proprietário. A sustentabilidade, se utilizarmos de uma interpretação ilustrativa, poderia ser vista como a Themis que sustenta a balança da propriedade clássica e moderna, equilibrando os poderes de um lado e os deveres do outro.

Assim, essa correta alocação resultará no desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade em suas dimensões, pois com a propriedade privada o indivíduo terá uma relação complementar com o ambiente em sua volta⁴²⁹ e, por consequência,

reform policies, the sources of violent conflict and implications for deforestation in the brazilian Amazon. FEEM Working Paper. n.70, p. 36. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=286700>> Acesso em: 30 jan. 2017.

⁴²⁷ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 264.

⁴²⁸ LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A sustentabilidade e suas dimensões como critério de condicionamento e equilíbrio da propriedade privada**. [Tese]. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, 2015, p. 214.

⁴²⁹ SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. **Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas**. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012.

garantirá às gerações futuras o direito de usufruir de um meio ambiente sadio.

Sabendo-se que a Análise Econômica do Direito busca aplicar os métodos econométricos no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais para obter maior eficiência alocativa e, por conseguinte, alcançar o bem-estar dentro da moral⁴³⁰, denota-se nitidamente a compatibilidade da Análise Econômica do Direito com a sustentabilidade.

Isso porque, segundo Luciano Timm⁴³¹, a propriedade é cada vez mais escassa e as necessidades potencialmente ilimitadas, ou seja, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, fazendo com que toda definição de justiça deveria ter como condição necessária a eficiência, ainda que não justa, mas sabe-se que a ineficiência é sempre injusta, por isso, difícil “vislumbrar qualquer conflito entre a eficiência e a justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra”.

Por seu turno, a relação do Teorema de Coase com a sustentabilidade dar-se-á quando houver a alocação da propriedade para as mãos de quem mais o valorize. Um exemplo disto seria a compra e venda de Créditos de Carbono, em que as empresas que possuem baixos índices de emissões, possam vender suas “cotas” de poluição para aquelas que possuem altos índices e, portanto, precisam de montante adicional. Ao final, as empresas concluiriam que seria mais interessante adotar procedimentos limpos a internalizar o custo da poluição.

Isto posto, o Estado, através do Legislativo, possui o papel de regulamentar e delimitar bem a “propriedade” com o objetivo de sanar as falhas de mercado e ainda, fazer com que não cause prejuízo ao meio ambiente.

Logo, a interpretação e aplicação dos métodos econométricos farão com que esses recursos sejam utilizados de modo eficiente, e resultante disso, a função

Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴³⁰ PORTO, Antônio 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: 04 mai. 2017, p. 10.

⁴³¹ GICO JR, Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 28.

social da propriedade, bem como a Sustentabilidade em suas dimensões serão efetivadas.

3.4. A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA

A concepção da propriedade está intimamente ligada às mudanças sociais, culturais e políticas⁴³², e apesar disso, sob os fundamentos econômicos, mudam os valores relativos ao seu uso⁴³³. Nesse passo, sob o advento do Estado Moderno a propriedade fora elevada ao grau de direito fundamental, passando a integrar os direitos garantidos constitucionalmente⁴³⁴.

Hodiernamente, a propriedade compreende, em seu conteúdo, além da tradicional faculdade de usar, gozar, dispor e reaver⁴³⁵, a obrigatoriedade do atendimento de sua função social, sendo requisito obrigatório e inseparável para o uso racional da propriedade e dos recursos ambientais que lhe são integrantes, impondo ao proprietário uma série de ações e abstenções.

Assim sendo, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro está em consonância com as três condições expostas pela Análise Econômica do Direito, quais sejam: transferibilidade, exclusividade e universalidade.

A ordem de inserção dos direitos fundamentais – no caso, a propriedade e o atendimento à função social – previstos no art. 5º, incisos XXII e XXIII não é de forma acidental, e sim intencional, pois a justifica e a legitima⁴³⁶. Isto quer dizer que “não se

⁴³² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 219-223.

⁴³³ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 101. Título original: *Economic analysis of law*.

⁴³⁴ ANDRADE LACERDA, Emanuela Cristina; ROSA, Alexandre Morais da; FERRER, Gabriel Real. **A propriedade ante o novo paradigma do estado constitucional moderno: a sustentabilidade**. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6703/3824>> Acesso em: 30 jan. 2017.

⁴³⁵ “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” Art. 1.228. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 24 de jan. 2017.

⁴³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros,

pode conceder proteção à propriedade pelo mero aspecto formal da titularidade em razão do registro”⁴³⁷. A propósito, a locução “função social”⁴³⁸ foi mencionada seis vezes pelo constituinte, respectivamente nos arts. 5º, inciso XXIII; art. 170, III; art. 182, §2º; art. 184, *caput* e parágrafo único; e art. 186, *caput*, todos da CRFB/88.

Mas então, qual é a definição da função social da propriedade? Conforme doutrina Gilberto Bercovici⁴³⁹, a função social “é o poder de dar à propriedade determinado destino, de vinculá-la a um objetivo. O qualificativo social indica que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo, não ao interesse do proprietário”.

De acordo com Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias,⁴⁴⁰ a função social traduz “o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição”.

Entretanto, é sabido que o ordenamento jurídico brasileiro garante a todos o direito de propriedade, mas o faz condicionando a uma série de requisitos, de modo que o titular use o bem pensando não apenas no aspecto individual, mas também no sentido coletivo⁴⁴¹.

2008, p. 247.

⁴³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**; v. 5. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 261.

⁴³⁸ A Constituição espanhola de 1978 dispõe sobre a função social na seção que trata dos direitos e deveres dos cidadãos (art. 33), também entre os princípios reitores da política social e econômica (art.47), assim como no título que trata da economia (art. 128). “Art. 33 – 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes; Art. 47 – Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación; Art. 128 – 1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”.

⁴³⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Propriedade que descumpra função social não tem proteção constitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/estado-economia-propriedade-nao-cumpra-funcao-social-nao-protecao-constitucional>> Acesso em: 15 abr. 2017.

⁴⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**; v. 5. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 261.

⁴⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 142-143.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi⁴⁴², nesse sentido, asseveram que a função social da propriedade prevista na Constituição Federal não é uma restrição à propriedade, e sim ao seu uso indevido.

Isso posto, verifica-se que não é possível uma conceituação definitiva do que seja a função social da propriedade, pois consoante Celso Ribeiro Bastos⁴⁴³, “são as próprias demandas e exigências sociais que, com o tempo, vão fazer com que os requisitos para a satisfação dos seus interesses possam ser mais ou menos exigentes”.

Sobre a aplicabilidade da função social da propriedade, José Afonso da Silva⁴⁴⁴ adverte que “a norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, isto é, tem aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais”.

Dentre as consequências jurídicas pelo descumprimento da função social da propriedade, a mais drástica é a perda da sua proteção jurídica, tendo em vista que o ordenamento jurídico pátrio só reconhece e protege a propriedade como direito fundamental quando esta cumpre a sua função social⁴⁴⁵.

Na mesma vereda, Carvalho Filho⁴⁴⁶ sintetiza:

[...] a propriedade não mais se caracteriza como direito absoluto, como ocorria na época medieval. Hoje o direito de propriedade só se justifica diante do pressuposto que a Constituição estabelece para que a torne suscetível de tutela: a função social. Se a propriedade não está atendendo a sua função social, deve o Estado intervir para amoldá-la a essa qualificação.

Para ilustrar a concepção social da propriedade, cumpre apresentar parte

⁴⁴² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 4 reimpressão, 2005, p. 97.

⁴⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 123-124.

⁴⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 285.

⁴⁴⁵ MARLMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 165.

⁴⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 791.

da ementa de decisão proferida pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁴⁴⁷ adiante:

Ementa: [...] 3. Em nosso Estado contemporâneo, o direito de propriedade não é absoluto e, portanto, pode ser limitado pelo legislador constitucional. Ainda que da propriedade se extraia uma série de direitos oponíveis erga omnes, esta propriedade deverá cumprir, no Estado contemporâneo, com sua função social, o que impõe um poder-dever do Estado, de limitar o direito de propriedade na exata medida em que esta limitação seja imprescindível para assegurar a sua função social [...]

No mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁴⁴⁸:

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ÁREA INFERIOR AO MÓDULO URBANO PREVISTO NO PLANO DIRETOR. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE USUCAPIR, DESDE QUE OBSERVADA A BOA-FÉ DOS POSSUIDORES. PRIMAZIA DO PRINCÍPIO SOCIAL DA PROPRIEDADE. APELO DESPROVIDO. A legislação restritiva acerca do parcelamento do solo não pode se sobrepor ao mandamento constitucional amparando a função social da propriedade, principalmente se verificados todos os requisitos para a propositura da ação de usucapião.

Sendo direito fundamental⁴⁴⁹ previsto na Constituição Federal⁴⁵⁰, a propriedade urbana exerce sua função social no momento que atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

⁴⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. **Apelação Cível n. 2007.70.12.000071-1/PR**. Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. 4ª Turma. Decisão: 03/10/2007. D.E. 22/10/2007.

⁴⁴⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0002273-44.2010.8.24.0167, de Garopaba**. Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa. 2ª Câmara de Direito Civil. j. 25/08/2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=usucapi%E3o%20extraordin%E1rio&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAHM1EAAJ&categoria=acordao_5> Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴⁴⁹ Peces-Barba afirma que os direitos fundamentais devem ser gerais, aplicáveis para todos. Portanto, para o autor, a propriedade não se configura como direito fundamental pois não pode ser garantida a todos devido a sua escassez. Raciocínio exposto em: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 109-112.

⁴⁵⁰ Previsto no art. 182, §2º da Constituição Federal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 03 abr. 2017.

Ademais, conforme o art. 39 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01)⁴⁵¹, o plano diretor deve proporcionar “atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”.

Além disso, no art. 2º do Estatuto da Cidade⁴⁵² traz as diretrizes para alcançar as funções sociais da propriedade urbana, como: o direito à terra urbana como garantia do direito a cidade sustentável, a ordenação e controle do uso do solo, a regularização fundiária das áreas ocupadas por população de baixa renda, entre outros.

Segundo doutrina Zenildo Bodnar⁴⁵³, todos os instrumentos e diretrizes do Estatuto da Cidade precisam ser adequadamente implementados. Da mesma forma, a propriedade, “enquanto átomo ou partícula menor de todo conjunto de elementos que interferem decisivamente no planejamento urbano, deve ser compreendida e entendida nos seus devidos termos” para que esteja também de acordo com a coletividade.

A propriedade rural, por sua vez, cumpre a função social quando atende os requisitos de: aproveitamento racional e adequado; preservação do meio ambiente; respeito às relações de trabalho bem como; a exploração que venha a favorecer o bem-estar dos proprietários e trabalhadores⁴⁵⁴.

Ademais, conforme o art. 185 da CRFB/88⁴⁵⁵, são insuscetíveis de

⁴⁵¹ Previsto no art. 39 do Estatuto da Cidade. BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 03 abr. 2017.

⁴⁵² Previsto no art. 2º do Estatuto da Cidade. BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 03 abr. 2017.

⁴⁵³ BODNAR, Zenildo. **Regularização registral imobiliária na efetivação de direitos fundamentais da cidade sustentável**. [Dissertação]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015, p. 84-85.

⁴⁵⁴ Previsto no art. 186 da Constituição Federal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 03 abr. 2017.

⁴⁵⁵ “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: [...] II – a propriedade produtiva. Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

desapropriação para fins de reforma agrária a propriedade produtiva.

Para se ter uma regulamentação detalhada do conceito de produtividade, a Lei n 8.629/1993 que disciplina os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, define em seu art. 6º, *caput*⁴⁵⁶, a propriedade produtiva como “aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.”

Contudo, nota-se que a Lei n. 8.692/1993 adota o conceito de produtividade baseado apenas no único fator de produção por quantidade de terra (hectare). Destarte, o diploma legal ignora outros fatores de produção como capital humano, benfeitorias, insumos, tecnologia, maquinário, etc⁴⁵⁷. Surge aí o problema, pois o insumo terra não é o único fator de produção para calcular a produtividade⁴⁵⁸.

Assim, denota-se a importância de um estudo minucioso dos efeitos das leis e uma revisão analítica dos conceitos para evitar prejuízos à sociedade, pois conforme o exemplo apresentado por Flávia Santinoni Vera⁴⁵⁹, se uma fazenda que é essencialmente produtiva pode ser declarada erroneamente improdutiva com base num índice equivocado de produtividade aplicado pela legislação. Desse modo, a desapropriação “onera os contribuintes, e pode estar distorcendo incentivos ao produtor, gerando efeitos perversos para o crescimento econômico”.

Seguindo esse passo, sobre a ineficiência da desapropriação, Cooter e Ulen⁴⁶⁰ advogam que o poder do Estado em tomar a propriedade e regulamentar seu

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 24 abr. 2017.

⁴⁵⁶ Previsto no art. 6º, *caput*, da Lei n. 8629/93. BRASIL. **Lei n.8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm> Acesso em: 24 abr. 2017.

⁴⁵⁷ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 214.

⁴⁵⁸ Sobre o tema, há Projeto de Lei n. 107/2011 tramitando no Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99517>> Acesso em: 03. abr. 2017.

⁴⁵⁹ VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 215.

⁴⁶⁰ COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 188. Título original: *Law and economics*.

uso reduz a clareza e certeza dos direitos de propriedade.

Em sintonia com a relativização do caráter privado da propriedade, a Análise Econômica do Direito demonstra nitidamente ser compatível com o direito de propriedade no Brasil ao defender a usucapião⁴⁶¹ de terra abandonada bem como, sob à ótica do marco teórico do Princípio da Eficiência Econômico-Social desenvolvida por Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer⁴⁶², a internalização dentro de parâmetros delineados pelo Estado dentro de um Mínimo Ético Legal.

Sobre a usucapião, Posner⁴⁶³ ensina que esta é a melhor maneira de entender o raciocínio econômico, na condição de transferibilidade, na qual independe de negociação ou documentos que registrem o ato, pois na visão econômica este modo de aquisição da propriedade promove a correção dos títulos em cenários nos quais os custos de transações de mercado são altos e também, proporciona o uso eficiente de recursos valiosos.

A Análise Econômica do Direito visa que o direito de usucapião seja restringido aos casos em que o usucapiente esteja agindo de boa-fé, ou seja, aos casos em que o verdadeiro proprietário não é facilmente identificado ou encontrado, ou, pareça notoriamente ter abandonado a propriedade⁴⁶⁴.

A partir da aquisição da propriedade por usucapião, o indivíduo terá o direito de registrar seu imóvel em cartório, no qual será lavrado escritura pública para dar validade formal ao ato jurídico exigido por lei⁴⁶⁵. Desse modo, o bem passa a ser

⁴⁶¹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 148-149. Título original: *Economic analysis of law*.

⁴⁶² GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro**: a tomada de decisão normativo-judicial. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. v. 35, n. 68 (2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>> Acesso em: 24 abr. 2017.

⁴⁶³ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 267-268. Título original: *Frontiers of legal theory*.

⁴⁶⁴ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 269. Título original: *Frontiers of legal theory*.

⁴⁶⁵ Sobre o registro de imóvel adquirido por usucapião, o art. 1.241, parágrafo único do Código Civil

exclusivo, universal e transferível.

Nesta perspectiva, depreende-se que o movimento da AED procura “emular o mercado nos casos em que os altos custos de transação impendem que este distribua os recursos de modo eficiente ou, ainda, quando esses custos forem puro desperdício, como no caso do abandono”⁴⁶⁶.

Portanto, além de promover o uso eficiente da propriedade, a usucapião fará com que ocorra a inclusão social, a concretização da dignidade da pessoa humana através do mínimo existencial⁴⁶⁷ e ainda, a regularização fundiária, sob o prisma da sustentabilidade ambiental, social e econômica.

Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, a partir da definição da propriedade privada, o bem-estar da população é muito maior do que sem ela. Principalmente, quando “a formalização da propriedade privada e a sua defesa pelo Estado permitem que, em vez de gastar parte do seu tempo defendendo o que possuem, as pessoas podem se concentrar inteiramente em produzir e gerar renda”⁴⁶⁸.

Sob esse prisma, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias⁴⁶⁹ defendem que com a globalização mais inclusiva, difunde-se o sistema formal de propriedade em favor da população pobre, “a ponto de injetar vida em seus ativos e fazê-los gerar capital em um sólido e integrado contrato social”.

prevê: “Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 24 de abr. 2017.

⁴⁶⁶ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 269. Título original: *Frontiers of legal theory*.

⁴⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁴⁶⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 4 reimpressão, 2005, p. 95.

⁴⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**; v. 5. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 235.

Ademais, os autores asseveram que a exclusão social vivenciada no Brasil não resulta da existência da propriedade, mas de sua “insuficiência e da ausência de uma ação política firme no sentido de estender a condição de proprietários em prol daqueles que hoje estão juridicamente alheios ao sistema de titularidades”⁴⁷⁰.

Não obstante, a má definição dos direitos de propriedade não apenas incentiva a favelização dos grandes centros urbanos como relega à informalidade parcela expressiva da população brasileira⁴⁷¹.

Através da definição clara e segura do direito de propriedade, esses recursos escassos serão proveitosamente utilizados em mãos privadas⁴⁷², gerindo maior bem-estar⁴⁷³.

Como bem sintetiza Hernando Soto, “a propriedade formal é essa coisa extraordinária”, pois “diferentemente dos tigres e lobos que arreganham os dentes para proteger os seus territórios, homem, fisicamente um animal mais fraco, usou a mente para criar um ambiente legal”⁴⁷⁴.

Segundo Hernando de Soto⁴⁷⁵, a formalidade da propriedade resulta em seis efeitos, qual seja: a fixação do potencial econômico dos ativos; a integração das informações dispersas em um único sistema; a responsabilização das pessoas; a transformação dos ativos em bens fungíveis; a integração das pessoas e; a proteção das transações.

Notória é a importância da formalização da propriedade, que em 2008, no estado de Santa Catarina fora desenvolvido o Projeto “Lar Legal”, em parceria com o

⁴⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**; v. 5. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 235.

⁴⁷¹ Jornada de discussões organizada pelo Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade (IETS). **Desenvolvimento com justiça social**: esboço de uma agenda integrada para o Brasil. 2001. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/cas/ds/IETSDesenv.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2017.

⁴⁷² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 239. Título original: *Analyse économique du droit*.

⁴⁷³ MUELLER, Bernardo. **Direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Raquel. *Direito & economia*, Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 97.

⁴⁷⁴ SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 245.

⁴⁷⁵ Efeitos apresentados na obra: SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Tribunal de Justiça (TJSC), Governo do Estado, Assembleia Legislativa (ALESC), Ministério Público (MPSC), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) e municípios do estado, através da resolução n. 8/2014 do Conselho da Magistratura do TJSC.

O programa “Lar Legal”, idealizado pelo desembargador Lédio Rosa, consiste em realizar a regularização fundiária de propriedades urbanas sem registro imobiliário, através do trabalho multidisciplinar realizado pelas instituições.

Posteriormente, devido a importância do programa “Lar Legal”, em março de 2017 o Tribunal de Justiça de Santa Catarina publicou notícia⁴⁷⁶ afirmando que após resultados positivos registrados no estado idealizador, o Governo Federal possui interesse em transformar a iniciativa catarinense em lei federal.

Referido projeto é um exemplo efetivo em atenção com o princípio da função social da propriedade, preservação do meio ambiente, inclusão econômica através destes ativos, inclusão social, segurança jurídica, redução de custos de transação, bem-estar social, entre outros diversos benefícios⁴⁷⁷.

Diante de tais premissas, tem-se que a concepção individualista da propriedade já fora abandonada, pois atualmente predomina a visão de que o instituto, muito mais que um fim, se configura como meio para alcançar o bem-estar social⁴⁷⁸.

O Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), por sua vez, aduz a busca da eficiência dentro dos limites delineados pelo Estado, nos moldes do Mínimo Ético Legal (MEL). Para isso, parte-se do pressuposto que tanto o Direito quanto a Economia e tantas outras disciplinas – de forma interdisciplinar – podem contribuir para uma qualidade diversa. O Direito passa a ser “flexível, desconectado dos ranços dogmáticos de tradição individual-absolutista e dirigido para a instrumentalização

⁴⁷⁶ Notícia disponível em <<http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/des-ledio-anuncia-que-uniao-pretende-transformar-projeto-lar-legal-em-lei-federal>> Acesso em: 24 abr. 2017.

⁴⁷⁷ Hernando De Soto afirma que dar o título da propriedade a assentamentos com posse informal é gerar uma riqueza imediata do PIB, uma vez que permite a alocação para quem o mais valoriza. SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

⁴⁷⁸ DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p. 581. *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 791.

moderna de caráter racional-eficiente”⁴⁷⁹.

Assim sendo, os referidos autores⁴⁸⁰ defendem que a eficiência é o acesso para a obtenção de equilíbrio na ação econômica dos agentes, mas para isso deve-se internalizar, de forma racional-econômica, por meio do cálculo econométrico, os ganhos e perdas individuais e sociais de forma que o ganho individual não ocorra pela imposição de custo social.

O Princípio da Eficiência Econômico-Social⁴⁸¹, portanto, torna-se moral pois o uso racional e eficiente da propriedade privada faz com que seja assegurada a necessária geração de riqueza para a sociedade. Do mesmo modo, o indivíduo é incluído “no rol daqueles que recebem benefícios sociais de uma coletividade que cresce pelo uso racional de seus bens” e dentro dos parâmetros do Mínimo Ético Legal.

Nesse íterim, denota-se que através da Análise Econômica do Direito aplicada no instituto da propriedade privada, sua função social será efetivada pois no momento que este recurso escasso passa a ser bem definido – exclusivo, transferível e universal – o proprietário valoriza-o de modo eficiente, buscando ainda maximizar a riqueza nos moldes do Mínimo Ético Legal.

Assim, é nítida a compatibilidade de aplicação da AED no ordenamento jurídico brasileiro, pois a propriedade privada se encontra bem definida e ainda, sua função social prevista na Carta Magna visa sua produtividade, caso contrário, poderá ser alocada para as mãos de quem a mais valorize.

Destarte, os instrumentos econômicos auxiliarão a alocação da

⁴⁷⁹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro**: a tomada de decisão normativo-judicial. Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. v. 35, n. 68 (2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>> Acesso em: 24 abr. 2017.

⁴⁸⁰ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro**: a tomada de decisão normativo-judicial. Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. v. 35, n. 68 (2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>> Acesso em: 24 abr. 2017.

⁴⁸¹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro**: a tomada de decisão normativo-judicial. Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. v. 35, n. 68 (2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>> Acesso em: 24 abr. 2017.

propriedade privada nas mãos de quem mais a valoriza e, por consequência, fará com que desenvolva o crescimento econômico do Brasil numa forma sustentável, pois no momento que o indivíduo possua a propriedade, buscará alcançar o máximo de eficiência nos moldes do Mínimo Ético Legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho tratou-se de investigar o problema formulado e as hipóteses levantadas. As conclusões surgiram durante a elaboração deste ensaio científico. Cabe, então, sintetizá-las, nessas considerações finais.

No Capítulo 1, constatou-se que embora a Análise Econômica do Direito tenha sido planejada em países da *Common Law*, o movimento vem crescendo paulatinamente em países da *Civil Law*, mormente no Brasil. Partindo-se da suposição de que os agentes econômicos respondem de forma racional a estímulos, em busca de aumentar seu bem-estar, os economistas concluem que o nível de eficiência será ainda maior à medida que a amplitude das regras e restrições forem menores. Nesse passo, os Neoinstitucionalistas concluíram que, quanto mais estáveis e definidos são as normas que estabelecem os direitos de propriedade, maior será a possibilidade de trocas voluntárias, garantindo assim, a permanência dos bens escassos nas mãos de quem mais os valoriza. Destarte, a eficiência fundamentada na Análise Econômica do Direito, será assegurada.

Ainda no Capítulo 1, fora exposto diversas críticas acerca do movimento da AED, seja na inversão da ordem de valores, características utilitaristas como forma de justificar as decisões, maximização da riqueza aplicada em qualquer situação, má interpretação do conceito de eficiência, entre outros. Porém, conforme um dos próprios críticos, Jules L. Coleman, salientou, as objeções levantadas possuem importância para explicar e levantar algumas dúvidas, pois o movimento da Análise Econômica do Direito é muito mais sofisticado e poderoso do que a grande maioria das críticas levantadas contra ele⁴⁸².

No Capítulo 2, discorreu-se que o direito de propriedade não pode ser visto apenas em seu caráter individual como um direito absoluto, já que exige o cumprimento de sua função social. Nesse passo, denota-se que o instituto da propriedade fora um dos primeiros campos em que a Análise Econômica do Direito

⁴⁸² JULES, L. Coleman. **Economics and the law**: a critical review of the foundation of the economic approach to law. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2380323.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2017, p. 679.

examinou, buscando prever as consequências oriundas das normas relacionadas ao direito de propriedade, mormente as implicações destas sob o aspecto de eficiência. Assim, a Análise Econômica da Propriedade propõe a criação de um sistema de direitos bem definidos, com o objetivo de alocar voluntariamente os recursos para as mãos de quem os mais valoriza. Para isso, o direito de propriedade privada deve possuir os três elementos delineados pela teoria econômica, quais sejam: a exclusividade, transferibilidade, universalidade.

Não obstante, constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe essas três características, uma vez que o dono possui o direito de usar, gozar e dispor de sua propriedade. Ademais, no presente capítulo tratou-se sobre os custos de transação, posto que é instrumento econômico necessário para analisar quais são os devidos custos que recaem sobre uma alocação da propriedade privada.

No Capítulo 3, observou-se a importância do Teorema de Coase para a alocação da propriedade e por consequência, a eficiência. O Teorema sugere que a lei defina os direitos de propriedade de uma forma simples e clara para incentivar a negociação reduzindo os custos de transação. Essa redução lubrifica a negociação, pois será mais fácil identificar o proprietário (exclusividade) através do registro público da propriedade (universalidade) para uma futura alocação (transferibilidade). Porém, quando inevitavelmente os custos de transação são altos, o Direito – excepcionalmente – será acionado na expectativa da tutela dos direitos de propriedade com a finalidade de buscar a eficiência.

Nesse sentido, verificou-se que as hipóteses restaram totalmente confirmadas, posto que com a definição clara da propriedade privada, será promovido o mínimo existencial como garantia da dignidade da pessoa humana, a inclusão social, o crescimento econômico-social na região, a proteção do meio ambiente ao seu redor, bem-estar social, o respeito aos direitos do indivíduo, entre outros benefícios. Portanto, denota-se ainda, que será assegurada a sustentabilidade em suas dimensões e o desenvolvimento sustentável.

Outrossim, através da Análise Econômica do Direito como instrumento para refletir sobre as consequências das ações e sobre a racionalidade dos agentes em

resolver o problema da alocação deste recurso, que progressivamente, vem sendo escasso, a aplicação deste movimento à propriedade é fundamental para alcançar a eficiência, a função social e a sustentabilidade em suas dimensões, pois é “instituição basilar e o núcleo substancial”, no qual determina a “estrutura política e a forma jurídica que se pratica na civilização”⁴⁸³.

Aliás, através do pragmatismo sustentado por Posner, será defendida a propriedade privada e sua função social, os valores democráticos, a Constituição Federal, a separação e harmonia dos Poderes, e ainda, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva⁴⁸⁴.

Por fim, convém salientar a atenção na aplicação do método econômico para toda e qualquer questão, pois há a possibilidade de consequências indesejáveis do imperialismo da economia. Porém, esse alerta será mais produtivo após uma avaliação minuciosa e sem preconceitos acerca da Análise Econômica do Direito e de seu objetivo⁴⁸⁵.

⁴⁸³ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 169.

⁴⁸⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/f>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁴⁸⁵ GICO JR, Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p 30.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALSTON, Lee. **New institutional economics**. The New Palgrave Dictionary of Economics Online. 2 ed. Editado por Steven N. Durlauf e Lawrence E. Blume. London: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/New%20Institutional%20Economics.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2017.

ALSTON, Lee; LIBECAP, Gary D.; MUELLER, Bernardo. **Titles, conflict, and land use: The development of property rights and land reform on the brazilian amazon frontier**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1999.

LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **A sustentabilidade e suas dimensões como critério de condicionamento e equilíbrio da propriedade privada**. [Tese]. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, 2015.

ANDRADE LACERDA, Emanuela Cristina; ROSA, Alexandre Morais da; FERRER, Gabriel Real. **A propriedade ante o novo paradigma do estado constitucional moderno: a sustentabilidade**. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6703/3824>> Acesso em: 25 abr. 2017.

ARROW, Kenneth J. **The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus nonmarket allocation**. In: The Analysis and evaluation of public expenditure. Cambridge: Harvard University Press, 1969. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.353.5201&rep=rep1&type=pdf>> Acesso em: 17 jan. 2017.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. [Dissertação]. São Paulo: Universidade de São Paulo; 2011.

BALAND, J. M.; PLATTEAU, J. P. **Division of the commons: a partial assessment of the new institutional economics of land rights**. American Journal of Agricultural Economics, v. 80, n. 3, 1998.

BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: CD – Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2006.

BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. New York: Columbia University, 1968. Disponível em: <<http://www.wiwi.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>> Acesso em: 16 dez. 2015.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974.

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

BERCOVICI, Gilberto. **Propriedade que descumpre função social não tem proteção constitucional**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/estado-economia-propriedade-nao-cumpre-funcao-social-nao-protecao-constitucional>> Acesso em: 15 abr. 2017.

BODNAR, Zenildo. **Regularização registral imobiliária na efetivação de direitos fundamentais da cidade sustentável**. [Dissertação]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: O que é - O que não é. 2a. ed. Petropolis, RJ: Vozes, 2013, p. 43.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 24 de jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm> Acesso em: 23 fev. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Jornada de discussões organizada pelo Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade (IETS). **Desenvolvimento com justiça social**: esboço de uma agenda integrada para o Brasil. 2001. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/cas/ds/IETSDesenv.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. **Apelação Cível n. 2007.70.12.000071-1/PR**. Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. 4ª Turma. Decisão: 03/10/2007. D.E. 22/10/2007.

BUCHANAN, James M. **Custo e escolha**: uma indagação em teoria econômica. Tradução de Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993. Título original: Cost and choice: an inquiry in economic theory.

CALABRESI, Guido. **The costs of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven and London: Yale University Press, 1970.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, 1937. p. 386-405. Publicado por Wiley on behalf of London School of Economics and Political Science and Suntory and Toyota International Craters of Economics and Related Disciplines. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2626876>> Acesso em: 11 dez. 2015.

COASE, Ronald H. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **O problema do custo social**. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. Título original: *The problem of social cost*.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Título original: *Law and economics*.

COSSIO DÍAZ, José Ramón. **Derecho y análisis económico**. México: FCE. 1997, p. 227.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. **Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos**. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. v. 36, n. 71 (2015). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p239>> Acesso em: 25 abr. 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; FERRER, Gabriel Real. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Revista Eletrônica Direito e Liberdade, ISSN Eletrônico 2177-1758, Escola da Magistratura do RN – ESMARN, v. 16, n. 2, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/699/602> Acesso em: 25 abr. 2017.

DE ALESSI, Louis, **Development of the property rights approach**, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 146, 1990, p. 19-23. Reimpresso em FURUBOTN, E. e RICHTER, R. (Eds.). *The New Institutional Economics*. College Station: Texas A&M University Press, 1991.

DE ALESSI, Louis. **Gains from private property**: The empirical evidence. Tradução de Anderson T. L. e F. S. McChesney. Princeton: Princeton University Press, 2003.

DEMSETZ, Harold. **Toward a theory of property rights**. *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association. 1967. Disponível em: <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/Ec100C/Readings/Demsetz_Property_Rights.pdf> Acesso em: 23 mar. 2017.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

DWORKIN, Ronald M. **Is wealth a value?**. Disponível em: <<https://blogs.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>> Acesso em: 04 fev. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. Título original: *A matter of principle*.

EGGERTSSON, Thráinn. **Economic behavior and institutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.files.wordpress.com/2015/08/thrainn_eggertsson_economic_behavior_and_institutions.pdf> Acesso em: 15 jan. 2017.

ERTELT, Steven. **Pro-life advocates now buying abortion centers to close them down**. 2006. Disponível em: <<http://www.lifenews.com/2006/07/17/state-1757/>> Acesso em: 08 abr. 2017.

ESPANHA. **Constituição Espanhola de 1978**. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Economia e direito: um diálogo possível**. [Dissertação]. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**; v. 5. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: Dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, p. 74.

FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho**. Disponível em: <https://www.academia.edu/10086250/Sostenibilidad_Transnacionalidad_y_transformaciones_del_Derecho> Acesso em: 25 abr. 2017.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito**. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 19, n. 4 – Edição Especial 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712>> Acesso em: 25 abr. 2017.

FISS, Owen M. **The death of the law?**. New Heaven: Faculty Scholarship Series. Paper 1209. 1986.

FREIRE, Paula. **Curso de direito e economia: análise econômica do direito e o direito e o direito da regulação econômica**. Palestra proferida na sede do TRF4, em Porto Alegre/RS. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eOeXg3sRroA>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

FURUBOTN, Eirik G; PEJOVICH, Svetozar. **The economics of property rights**. Universidade de Michigan: Ballinger Pub. Co., 1974.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Dimensão econômica da sustentabilidade**: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC. v. 14, n. 25, 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/487/478>> Acesso em: 25 abr. 2016.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloíse Siqueira (orgs). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. - Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Lineamentos%20sobre%20Sustentabilidade%20segundo%20Gabriel%20Real%20Ferrer%20-%20E-book.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2017.

GICO JR, Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org. Luciano Benetti Timm. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, 1997.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **A análise econômica do direito e sua crítica**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc5e676f4e53d229>> Acesso em: 13 fev. 2016.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro**: a tomada de decisão normativo-judicial. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. v. 35, n. 68 (2014). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>> Acesso em: 24 abr. 2017.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O direito e a law and economics**: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. Revista da Faculdade de Direito Juris. V. 11 (2005). Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/595/138>> Acesso em: 12 fev. 2016.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Baleias, ostras e o direito de propriedade para a análise econômica do direito**. In: *Direito, economia e desenvolvimento sustentável I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 209. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/dasuj89a/AJYjp09c2Z1pV333.pdf>> Acesso em: 01 fev. 2017.

GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça**: do modelo competitivo de estabilização dos

conflitos à estratégia cooperativa. [Dissertação]. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Direito, conceito e normas jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 141 *apud* PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 65 *apud* PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier 4 reimpressão, 2005.

HARDIN, Garret. **The tragedy of the commons**. Science. v. 162, 1968. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full.pdf+html>> Acesso em: 24 jan. 2017.

HAY, Jonathan; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Toward a theory of legal reform. European Economic Review. v. 40, n. 3-5, 1996.

IBAÑÉZ, Javier Jiménez. **Análisis económico del derecho**. Método, investigación y práctica jurídica. Barcelona: Bosch, 2011.

JULES, L. Coleman. **Economics and the law**: a critical review of the foundation of the economic approach to law. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/2380323.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2017.

JULES, L. Coleman. **Efficiency, utility and wealth maximization**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5210&context=fss_papers> Acesso em: 25 fev. 2017.

KELMAN, Mark. **A guide to critical legal studies**, Harvard University Press, 1987.

KRONMAN, Anthony T. **Wealth maximization as a normative principle**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724130?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 25 fev. 2017.

LEAL, Rodrigo Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010, p. 18. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf> Acesso em: 25 fev. 2017.

LEMONS, Alan. **Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do direito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>> Acesso em: 22 dez. 2015.

LIBECAP, Gary D. **Contracting for property rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

MACEDO, Luís Otávio Bau. **Direitos de propriedade o desenvolvimento econômico das etnias indígenas brasileiras**: instituições e a emergência da ordem territorial. *Economic Analysis of Law Review*, Universidade Católica de Brasília - UCB, v. 3, n. 1, p. 85-138, 2012. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/3%20EALR%2057>> Acesso em: 03 abr. 2017.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. Título original: *Analyse économique du droit*.

MANNE, Henry. **The economics of legal relationships**: readings in the theory of property rights, West Group, 1975.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Prefácio: Teori Zavascki. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARLMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998.

MERCURO, Nicholas. **Derecho y economia**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991.

MERCURO, Nicholas. MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MUELLER, Bernardo. **Direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Raquel. *Direito & economia*, Rio de Janeiro: Campus, 2005.

NIETO, Rafael Mery. **Notas sobre análisis económico del derecho: uma mirada desde america latina**. Disponível em: <<http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17022/17745>> Acesso em: 03 fev. 2016.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho** - una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The origins of law and economics**: essays by the founding fathers. Massachusetts: Edward Elgar, 2005.

PASTOR PRIETO, Santos. **Sistema jurídico y economía**: uma introducción al análisis económico del derecho. Madrid: Tecnos, 1989.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PIETROPAOLO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito**: hermenêutica e análise econômica do direito. [Tese]. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

PIGOU, Arthur Cecil. **The economics of welfare**. 4 ed. London: Macmillan, 1932. Disponível em: <https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/users/jcalhoun/Courses/History_of_Economic_Ideas/Readings/Pigou-The_Economic_of_Welfare.pdf> Acesso em: 14 fev. 2017.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIMENTA, Eduardo Goulart; R.P. LANA, Henrique Avelino. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>> Acesso em: 11 fev. 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Curso de Law & Economics**. Disponível em: <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 4 reimpressão, 2005.

PORTO, Antônio 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: 13 abr. 2015.

PORTO, Antônio José Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. **Uma análise também econômica do direito de propriedade**. Economic Analysis of Law Review, Universidade Católica de Brasília - UCB, v. 3, n. 1, p. 207-232, 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6473>> Acesso em: 03 abr. 2017.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: The economics of justice.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Título original: Law, pragmatismo and democracy.

POSNER, Richard A. **Direito e economia no common law, civil law e nações em desenvolvimento**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do

Direito (RECHTD) v. 1, n. 2, 2010, Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/54>> Acesso em: 25 fev. 2017.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Revisão de tradução e texto final por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. Título original: *Frontiers of legal theory*.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007. Título original: *Economic analysis of law*.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Overcoming law*.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *The problems of jurisprudence*.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito** - situação atual. São Paulo: Saraiva. 1994.

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

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. 2. ed. rev. and ext. London: Macmillan, 1945, p. 81. Disponível em: <http://mises.org/sites/default/files/qjae12_4_5.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 07.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2 ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Law and Economics**: paradigm, politics, or philosophy?, 1989.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Apresentação**. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/f>. Acesso em: 03 fev. 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **"Direito, justiça e eficiência: A Perspectiva de Richard Posner"** Fundação Getúlio Vargas. Direito GV, São Paulo. Disponível em:

<http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30> Acesso em: 04 fev. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0002273-44.2010.8.24.0167, de Garopaba**. Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa. 2ª Câmara de Direito Civil. j. 25/08/2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=usucapi%E3o%20extraordin%E1rio&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADA AHM1EAAJ&categoria=acordao_5> Acesso em: 25 abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHAFER CLAUS OTT, Hans-Bernd. **Manual de análisis económico del derecho**. Madrid: Tecnos, 1991.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; DO AMARAL, Thiago Bottino. **Análise econômica do crime**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*.

SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. **Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas**. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>> Acesso em: 25 abr. 2017.

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SOUZA, Maria Cláudia S Antunes de; MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade e seus reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica: o clico do bem-estar**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>> Acesso em: 25 abr. 2017.

STAFFEN, Márcio Ricardo; Santos, Rafael Padilha dos. **O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade**. Revista Veredas do Direito. v. 13, n. 26, p. 263-288. Mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/814>> Acesso em: 25 abr. 2017.

STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução de Neusa Vitale. Revisão técnica de Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993. Título original: *The economics of the law*.

STRINGARI, Amana Kauling. **Eficiência na administração pública brasileira**: uma proposta de aplicação pelo estudo crítico da análise econômica do direito. [Dissertação]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2012.

SZTAJN, Rachel. Law & economics. In: Stajn, Rachel; Zylberstajn, Décio (Org.) **Direito & economia**: análise econômica do direito e das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Rachel. **Recepção da análise econômica do direito na tradição do direito continental europeu**. Conferência realizada no dia 01 de outubro de 2015 pelo Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito SP. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8Ea697a-pTg>> Acesso em: 24 abr. 2017.

TELES, Fernanda Pacheco. **Análise econômica da função social da empresa**. [Dissertação]. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. **Microeconomia**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014, p. 69.

TOSTES, Yhon. **A constituição e os contratos bancários**: uma leitura com base na análise econômica do direito. [Dissertação]. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, 2012.

UNGER, Roberto Mangabeira Unger. **The critical legal studies movement**, Harvard University Press, 2 ed., 1986.

VÁZQUEZ, Rodolfo. **Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/comentarios-sobre-algunos-supuestos-filosoficos-del-analisis-econmico-del-derecho-0/>> Acesso em: 25 fev. 2017.

VERA, Flávia Santinoni. **A análise econômica da propriedade**. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2014.

WERLANG, Sergio. A propriedade privada e o MST. Valor econômico, p. A-7 *Apud* PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law & economics**, p. 60. Disponível em: <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>> Acesso em: 26 jan. 2017.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**: firms, markets, relationsl contracting. London: Collier Macmillan Publishers, 1985.

ZANATTA, Rafael A. F. **Richard Posner**: eficientismo, maximização de riqueza e a análise econômica do direito. Disponível em: <<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2010/10/richard-posner-eficientismo-maximizacao.html>> Acesso em: 25 fev. 2017.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Juspositivistas e pós-positivistas**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.

ZYLBERSZTAJN, David; LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor**: a transição para o século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN Raquel. **A economia e o direito de propriedade**: diálogos FEA & largo São Francisco. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67547/70157>> Acesso em: 20 jan. 2017.