

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL I**

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

JONATHAN BARROS VITA

MARCELINO MELEU

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Jonathan Barros Vita, Marcelino Meleu – Florianópolis:
CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-173-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito. 3. Economia. 4.
Desenvolvimento Sustentável. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

E, novamente, Direito e Economia apresentam-se como sustentáculos científicos e institucionais para a busca do desiderato desenvolvimentista e sustentável, agora, nas paragens da, outrora, sonhada Capital do Brasil e que, hoje, resplandece no horizonte Goiano, fruto de esforço e tenacidade de povo tão notório como o brasileiro. O fortíssimo anúncio Constitucional de 1891 encorajou o, então, Presidente Jucelino Kubichek a empreender projeto auspicioso e necessário qual seja, interiorizar a Capital Nacional. Evidentemente que, em epopeias como essa, resta, inevitavelmente, o lançamento da primeira pedra e o esforço intrépido dos pioneiros como exemplarmente se pode lembrar a Missão Cruls a traçar o Quadrilátero onde no futuro erguer-se-ia a nossa pujante Capital.

Algo semelhante, também ocorreu com o CONPEDI. A tímida, porém, não menos vigorosa reunião de Coordenadores de Cursos de Pós-Graduação que ocorreu na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) lá nos anos 90 incorporou o espírito dos pioneiros que orientaram, com seus ideais, a ação continuada e obstinada de tantos que construíram o CONPEDI em todos esses anos.

Havia, como de fato, ainda e mais do que nunca, há; grande necessidade de se mobilizar as forças intelectuais da Pós-Graduação em Direito, no Brasil, mormente, quando vivenciado tão doloroso momento de transição política e de contestação do exercício de poder (na esfera federal, lembre-se o processo de impeachment da Excelentíssima Senhora Presidente da República Dilma Roussef). As incertezas institucionais espraiam-se pelos Ministérios da República, evidentemente, afetando nossas Universidades e, em especial, a Pós-Graduação, que sofre pela falta de recursos, de pessoal e de diretrizes avaliativas para continuar com mínima segurança jurídica seu papel institucional. Destarte, torna-se inegável o papel político do Fórum de Coordenadores no CONPEDI que expressou, veementemente, ao Representante de área junto à CAPES, Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos, as reais preocupações quanto às diretrizes para a área com relação à avaliação da produção científica e o término do quadriênio em dezembro próximo. Evidentemente, que cada Coordenador representa uma comunidade inteira de pesquisadores que merecem absoluto respeito, senão como seres humanos, certamente como pensadores que, em meio as suas possibilidades, buscam avançar sobre o estado da arte em vista de real contribuição para a difusão do benfazejo Direito. Anualmente, em dois ou três Congressos do CONPEDI, assiste-se a verdadeiro processo migratório e integrador de joviais pesquisadores, nas mais diversas áreas jurídicas, a

seguirem seus mestres pelas paragens Nacionais e, inclusive, internacionais. Esse fenômeno, em tão grandes proporções é inédito no Direito e, não pode ser minimizado.

A força político-institucional do CONPEDI, já, em seu XXV Congresso, demonstra que há algo a ser dito e que haverá de ser ouvido e lido. Por ora, apresenta-se o trabalho oriundo dos esforços de pensadores jurídicos que tem seu foco e atenção no Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, o que proporcionou o presente Livro, Revista, enfim, (...) repositório institucional que merece, antes de mais nada, atenção, mormente, por trazer a lume, o pensamento de pessoas que de forma espontânea e gratuita oferecem seu melhor para a edificação, por assim dizer, do pensamento jurídico Pátrio. Destarte, pesou-nos sobre os ombros a responsabilidade de avaliar, organizar e coordenar o GT que apresenta, agora, para a Comunidade Científica, o pensamento jurídico-econômico sustentável.

Em tempos de crise sócio-político-econômica, o Direito Econômico, como essencial normativa; a Análise Econômica do Direito, como instrumental hermenêutico-valorativo e, em especial, o desiderato da sustentabilidade; mostram-se baluartes do promissor e socialmente eficiente Estado de Direito tal como, alhures, já se defendeu como Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) . Nós, intentamos a divisão dos trabalhos aprovados e apresentados no GT Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável I segundo quatro grupos, a saber: Direito Econômico, Direito Internacional Econômico, Análise Econômica do Direito e Direito Econômico Ambiental que se passa a apresentar e comentar:

DIREITO ECONÔMICO:

1. A política do conteúdo local como meio de se transformar a Ordem Social e Econômica do Brasil. Apresentado por Luis Alberto Hungaro que defendeu o uso ótimo das multas aplicadas pelo descumprimento do percentual do conteúdo local com relação à distribuição de royalties.
2. Constituição de 1988, economia e desenvolvimento: crítica ao intervencionismo a partir da Escola Austríaca de Economia. Apresentado por Vitor Moreno Soliano Pereira que, em discurso interdisciplinar, afirma-se com marco teórico próprio da Escola Austríaca de Economia para defender a minimalização estatal
3. Direito Econômico do setor pesqueiro: reestruturação produtiva baseada em subsídios à indústria pesqueira nacional. Apresentado por Vera Lucia da Silva que a partir de sua Tese doutoral no PPGD/UFSC, discute a Política Nacional para o fomento da Pesca, em especial, verificando a cada vez mais débil situação do setor pesqueiro no Brasil.

4. Direitos fundamentais e desenvolvimento econômico. Apresentado por Maria Lucia Miranda de Souza Camargo que vem orientada, segundo visão humanista do capital, pela fraternidade como ideologia Constitucional; uma vez que lucratividade sem sustentabilidade é verdadeiro desrespeito à pessoa humana.

5. Direitos fundamentais econômicos e a segurança jurídica. Apresentado por Antonio Francisco Frota Neves que percebendo as políticas públicas econômico-jurídicas, destaca a insegurança jurídica para os players que são assoberbados com encargos financeiros diversos a partir da ação do próprio Estado, como, por exemplo, a tributação e a política cambial.

6. Efeitos da Lei de Murphy no Brasil: outra década perdida na política econômica e retrocesso na justiça social. Apresentado por Laercio Noronha Xavier que, entusiasticamente, analisou as consequências nefastas das políticas de governo (e não de Estado) heterodoxas e ortodoxas na condução da Economia Brasileira; assim, dentre outros aspectos, revela que, de 1930 a 1993 o Brasil teve oito modelos de política monetária.

DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO:

7. Análise dos Primeiros Fundamentos Normativos do Direito Internacional ao Desenvolvimento. Apresentado por Júlio César Ferreira Cirilo que, lembrando professores do PPGD/UFSC, como marco teórico de suas pesquisas; trabalha a normatividade dos tratados internacionais, resgatando que o Direito Internacional votado para o desenvolvimento implica em reconhecimento amplo dos direitos humanos e, conseqüentemente, o tratamento homogêneo das populações respeitando-se as especificidades locais

8. Aspectos jurídico-econômicos do Tratado da ONU sobre o comércio de armas: limites e possibilidades ao desenvolvimento da indústria brasileira de defesa. Apresentado pelo psicólogo e jurista Eduardo Martins de Lima tratando da posição brasileira quanto ao Pacto do Comércio Internacional de Armas da ONU, suscitando o efetivo controle na produção de armas pelas, aproximadamente, quinhentas empresas brasileiras. Destacou que o Brasil hodierno é o 4º maior exportador de armamento leve.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO:

9. Análise econômica comportamental do Direito: o aprofundamento dos saberes relativos às heurísticas e limitações humanas podem tornar mais realísticas as análises econômicas do

fenômeno jurídico? Apresentado por Marina Fischer Monteiro de Araújo que pugna pela relativização dos métodos econométricos em vista das falhas de comportamento e a necessidade de repensarem-se as escolhas humanas.

10. As "externalidades" no meio ambiente decorrentes do processo produtivo a luz do princípio da reparação integral. Apresentado por André Lima de Lima e Cyro Alexander de Azevedo Martiniano que, a partir de seus estudos amazônicos, analisam as externalidades ambientais próprias de políticas desenvolvimentistas não compromissadas com o bem estar sócio-ambiental, mormente quando a população do Estado do Amazonas está tão concentrada em sua Capital, Manaus.

11. Baleias, Ostras e o Direito de Propriedade para a Análise Econômica do Direito. Apresentado por Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer que chamam a atenção para a questão da tragédia dos comuns no que tange à distribuição da propriedade pelo Direito, seja comunitária ou privada; destacando a apropriação dos meios marinhos em Santa Catarina (Fazendas de Ostras). Defendem, sempre, que a busca da eficiência normativa deve zelar pelo que entendem Princípio da Eficiência Econômico-Social.

DIREITO ECONÔMICO AMBIENTAL:

12. As desigualdades entre o norte e o sul e a meta do desenvolvimento sustentável: reflexões e perspectivas. Apresentado por Patrícia Nunes Lima Bianchi, propondo controle sócio-ambiental eficaz pelo Estado para fins de diminuir as distancias entre norte e sul em busca do verdadeiro desenvolvimento sustentável.

13. Crise hídrica e o planejamento estatal: o caso do Estado de Minas Gerais. Apresentado por Giovani Clark e Débora Nogueira Esteves destacando, a partir da experiência mineira, o desperdício injustificável dos recursos hídricos e pugnando pelo uso racional dos mesmos que não pode ser realizado pela perspectiva simplista da privatização das empresas prestadoras de serviços de captação e distribuição de água.

14. Desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente em busca da sustentabilidade. Apresentado por Leonardo Lindroth de Paiva defendendo que a evolução legislativa ambiental e fomentadora da industrialização deve buscar ponto de equilíbrio e conscientização dos players de mercado (industriais e consumidores).

15. Desenvolvimento para quem? A construção da usina hidrelétrica de Belo Monte e o impasse entre comunidades indígenas e os interesses governamentais e empresariais.

Apresentado por Cristiane Penning Pauli de Menezes que, em sua fala, impressiona ao relatar a possibilidade de, ainda, no Século XXI, se estar trocando missangas e espelhos com nossos índios para a implementação hidroelétrica. Há necessidade, pois, de acompanhamento das comunidades por parte do Estado e da Sociedade para fins de ser alcançado efetivo desenvolvimento sustentável, inclusive, para os índios.

16. Direito Penal Econômico: raízes históricas e o seu descompromisso com a ideia de sustentabilidade. Apresentado por Marina Esteves Nonino que, como tantos outros alunos de pós-graduação, pela primeira vez, veio ao CONPEDI, no qual a recebemos e incentivamos apostando na excelência que seus escritos alcançarão. Marina defende o Direito Penal que tenha como valor a sustentabilidade.

17. Disponibilidade e aspectos jurídicos da gestão da água doce no Brasil: um caminho para o alcance da Agenda 2030. Apresentado por Ester Dorcas Ferreira dos Anjos que vem da UNIVALI com toda a sua preocupação voltada para o terrível e próximo momento em que a água potável poderá terminar no Planeta se o Direito e a sociedade nacional e internacional não providenciarem mudanças efetivas no trato desse bem tão necessário.

18. Economia Verde: é possível uma sociedade mais igualitária e sustentável frente a atual escassez dos recursos naturais? Apresentado por Alessandra Vanessa Teixeira detectando, a partir de seus estudos em Passo Fundo, RS, a necessidade de efetividade nas políticas públicas voltadas para a Economia Verde quando as leis econômicas demonstram a exploração irracional dos escassos recursos ambientais.

Agradecemos a todos que se esforçaram para levar adiante essa simbiose entre Economia e Direito, entre Direito Econômico e Análise Econômica do Direito e, apaixonadamente, suscitamos a todos para que continuem em seus escritos econômico-jurídico-sustentáveis fortalecendo nossa área de pesquisa, lembrando, por último, que, ano que vem, comemora-se o centenário de nascimento de um dos nossos grandes expoentes do Direito Econômico Brasileiro; Prof. Washington Peluso Albino de Souza (in memoriam), nascido em Ubá/MG, em 26 de fevereiro de 1917.

Um abraço a todos os conpedianos.

Brasília, DF, 09 de julho de 2016.

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Sub-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC)

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR)

Prof. Dr. Marcelino Meleu

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ)

BALEIAS, OSTRAS E O DIREITO DE PROPRIEDADE PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

WHALES, OYSTERS AND THE RIGHT OF PROPERTY BY THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW.

Everton Das Neves Gonçalves ¹

Joana Stelzer ²

Resumo

O artigo discute o direito de propriedade segundo a Análise Econômica do Direito. Objetiva verificar as propriedades, privada e comum para exploração eficiente dos recursos. Destaca premissas teóricas de Coase, Posner e Frank Stephen defendendo a racionalidade. A pesquisa é qualitativa, servindo-se de bibliografia e legislação. O método de abordagem é dedutivo e, quanto aos fins, trata-se de análise exploratória e explicativa. Conclui que, em uma economia normatizada e disciplinada pelo Estado, os agentes têm; na propriedade privada ou comum, fator de desenvolvimento; entretanto, a fluidez das relações de produção exige eficiente adjudicação desses direitos em vista de adequados incentivos.

Palavras-chave: Propriedade privada, Propriedade comum, Análise econômica da propriedade

Abstract/Resumen/Résumé

The article treats the property under the Economic Analysis of Law. The goal is verify private and the common property according to the efficient exploitation. Are used the theoretical premises of Coase, Posner and Stephen in defense of the rationality. It's a qualitative research using bibliographic and legislation. The method is deductive approach and, as for purposes, it's exploratory and explanatory analysis. Concludes that in a normative and disciplinary economy by the State; the agents have on the common or private property a development factor; however, fluidity of the relations of production requires efficient adjudication and appropriate incentives of rights

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Private property, Common property, Economic analysis of property

¹ Doutor em Direito Econômico (UFMG); Doctor en Derecho Internacional Económico (UBA/Argentina); Subcoordenador e Professor de Análise Econômica do Direito no PPGD/UFSC.

² Doutora em Direito (UFSC); Coordenadora do Núcleo de Extensão em Comércio Justo (UFSC) e Professora Credenciada no PPGD/UFSC.

1 Introdução

Causa estranheza, em um primeiro momento, ouvir falar sobre a possibilidade de se ter baleias em cativeiro, já que, naturalmente, além de muito grandes, elas sobrevivem livres nos oceanos. De outra forma, em Florianópolis, por exemplo, a experiência das “fazendas de ostras” é promissora; enquanto que a pesca amadora ou profissional depara-se com a diminuição dos cardumes com o passar dos anos e com o agravamento das crises ambientais; algo que se pode pensar através da conhecida doutrina da “tragédia dos comuns”¹. Os indivíduos, racionais maximizadores de seus interesses, tendem a explorar os recursos finitos à sua exaustão, se não forem devidamente apropriados segundo eficiente norma de propriedade. Em que pese, no entanto, a racionalidade individual e egoísta, na verdade, a vida em sociedade exige solução que possibilite a manutenção das reservas dos bens explorados detendo-se a demanda excessiva ou se implementando estratégias como a Teoria dos Jogos para a apropriação e distribuição dos recursos escassos. O problema que se apresenta consiste em propor análise teórica quanto à efetividade da norma de propriedade para a preservação e exploração racional dos escassos recursos ou, especificamente; é adequado promover a apropriação (privatização ou estatização) de bens em nome da exploração racional (eficiente) em contraposição a sua livre utilização?

O objetivo deste artigo é tratar sobre a tomada de decisão político-jurídica de apropriar ou manter, os recursos, livres e disponíveis para que todos possam usufruir. Trata-se da contraposição entre a liberdade de exploração, a propriedade privada e a propriedade comum pugnando-se pela exploração eficiente dos recursos finitos. Apresenta-se, como marco teórico, a visão econômico-jurídica de Ronald H. Coase (1960), Richard Allen Posner (1992) e Frank Stephen (1993) ensinando em defesa da racionalidade própria da Análise Econômica do Direito.

O ser humano tem capacidade de acumular bens, até mesmo, para sua sobrevivência; assim, resta decidir se tal acumulação será individual ou coletiva e, mais, vivendo-se no Estado de Direito, como a norma incentivará o uso eficiente desses bens.

O tema tem sido objeto de discussão entre os autores que, ora defendem a apropriação como forma de incentivo à “exploração racional”² e maximizadora de resultados; ora contrapõem-se à apropriação que gera exclusão social, ainda, preconizando a propriedade

¹ A expressão foi, inicialmente, referida por William Foster Lloyd, tratando sobre a posse comum de terras no medievo. (LLOYD, 1833). No entanto, a expressão popularizou-se com a abordagem de Garret Hardin (1968, pp. 1243-1248).

² Nesse sentido, acompanha-se Von Mises (1949).

coletiva ou, mesmo, a plena liberdade para o uso dos bens³. Não distante está, assim, a dicotomia entre os “Sistemas Econômicos”⁴, Capitalista e Socialista. Em que pese a adoção de determinado Sistema Econômico, são inúmeros os exemplos de esgotamento de recursos naturais em função da pressão extrema de demandas predatórias como; por exemplo, o uso inadequado da água no Mar de Aral, no Cazaquistão; o esgotamento do Rio Colorado, nos EUA, em que, hoje, referido rio tem seu leito seco, pelo exacerbado uso de suas águas, 160 quilômetros antes de sua primitiva foz, no Oceano; ainda, o extermínio de florestas centenárias, etc.

Portanto, a dicotomia que se apresenta, ocorre entre a liberdade de ação que pode levar à predação das condições mínimas existenciais e, de outro lado, a organização do convívio social, mormente segundo a organização do Estado, para a delimitação das vontades individuais e atingimento de objetivos sociais, dentre os quais, o de exploração racional dos escassos recursos. Nesse sentido, Ronald Coase⁵ já se preocupou quanto à alocação eficiente de recursos de forma que; quando os custos de transação são mínimos, tanto faz para quem o Direito adjudicará a prerrogativa favorável ou a propriedade e; de outra forma, quando os custos de transação são altos, é aconselhável que os direitos de propriedade e prerrogativas dos indivíduos sejam bem definidos. O método de abordagem é dedutivo e, quanto aos fins, trata-se de análise exploratória e explicativa.

2 O Direito de Propriedade segundo a Análise Econômica do Direito

A propriedade justifica-se pela necessidade de segurança física e jurídica que os indivíduos têm e como forma de incentivo à exploração racional dos bens que devem gerar “resultados positivos”⁶ para o indivíduo e para a sociedade. Se não é possível admitir o *jus utendi, fruendi abutendi* absolutos, por outro lado, tem de se garantir, para além da própria função social da propriedade, a necessária exploração, pelo indivíduo, da riqueza social, individualmente apropriada, conforme os ditames dos diversos ordenamentos jurídicos.

³ É o caso do pensamento marxista e, mesmo, da Escola Anarquista. Ver, dentre outros, Karl Marx e Frédéric Engels (1978 e 1983); Adam Przeworski (1989, 1994 e 1995).

⁴ Ver Willian Loucks, e Willian Whitney (1981); Carlos Marques Pinho e Diva Benevides Pinho (1984).

⁵ O Teorema de Coase pode ser inferido no artigo *The Problem of Social Cost* que surgiu a partir da análise de Coase sobre a obra de Arthur Cecil Pigou, de 1932, denominada *Wealth and Welfare* que, a sua vez e antes, já tinha influenciado o aluno John Maynard Keynes que acabou por escrever sua obra *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*. Ver Coase (1960); Pigou (1946) e Keynes (1964).

⁶ Visão utilitarista que embasa toda a Microeconomia moderna. Ver, exemplificativamente, Wonnacott (1994).

No que diz respeito ao Direito de propriedade, Posner⁷ acredita que o mercado é o eficiente meio de determinar tal Direito com vistas ao “uso ótimo dos recursos”⁸, em detrimento da alternativa intervenção do Estado na Ordem Econômica, que seria subsidiária; principalmente, bem se delimitando os *Property Rights*. Seja em visão efficientista, seja pragmática, a eventual adjudicação do direito de propriedade não pode estar sujeita a normas ineficientes, bem como, a morosos e discutíveis processos judiciais. Reconhece, ainda, no que concerne à questão da propriedade, que o ponto de vista econômico, por vezes, difere do jurídico.

Tanto Calabresi (1978 e 1984), como Posner; este último, influenciado pelo seu Professor Ronald Coase defendem solução ótima para a adjudicação da propriedade que, no entanto, poderá sofrer as injunções de um sistema de penalização, de responsabilidade civil ou de cessação de seu exercício segundo seu uso ineficiente. Ainda que trabalhando sistema de responsabilização para fixação de *punitive damages*, inclusive, pelo uso indevido da propriedade, Calabresi como Posner percebem, a necessidade de garantir sistema normativo que, antes de implicar em entrave à fluidez das relações de produção, deve estimular o uso ótimo⁹ da riqueza. Nesse sentido, o mercado surge como adequado para a adjudicação dos direitos de propriedade porventura incompatíveis. Posner defende que a propriedade deve ser atribuída a quem lhe designe o uso mais valioso ou esteja com maior intenção de pagar por ela - *willingness to pay* - ressalvada a possibilidade de um sistema de *Property Rights* que reorganize os Direitos de Propriedade, sem prefixá-los inexoravelmente, impedindo a negociação dos interesses ou; um sistema de *Liability Rules* - regras de indenização em relação ao custeio das externalidades negativas - o que corresponde à ideia da optimalidade de Kaldor - Hicks em que os possíveis prejuízos, em função do ganho de alguém, devem ser indenizados – ou, mesmo, a estipulação de *Inalienability Rules* - Direitos Inalienáveis.

Ronald Coase ao levantar a questão das externalidades e a possibilidade de transação direta em mercado na ausência de altos custos de transação, justifica a transação, inclusive, extrajudicial ou com o aval do Poder Judiciário para homologar o melhor arranjo possível entre os sujeitos de direito para (re) distribuir a propriedade. Entretanto, reconhecendo as “características da propriedade”¹⁰, quais sejam: a exclusividade; a transferibilidade e a

⁷ Durante sua trajetória acadêmica Posner vem aperfeiçoando sua teoria, mudando de posição extremamente *efficientista*, para visão que ele defende como *pragmática*. Interessante parte da obra de Posner encontra-se traduzida para o vernáculo. Ver, dentre outras, Richard Posner (1992; 2007 (a), (b) e (c); 2009; 2010 (a) e (b); 2011; 2012;).

⁸ No Brasil, v. g., a questão da função social da propriedade pode levar a uma abordagem econômica da propriedade, na medida em que o seu uso deve ser racional; eficiente. Ver arts. 182 e 186 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) de 05/10/1988.

⁹ O conceito de eficiência pode ser visto a partir da melhoria e do ótimo de Pareto ou do critério conhecido como Kaldor-Hicks. Ver in Vilfredo Pareto (1984); John Hicks (1939, Pp. 696–712) e Nicholas Kaldor (1939, Pp. 549–552).

¹⁰ Nesse sentido, acompanha Frank H Stephen (1993, pp. 12 e ss.).

universalidade traduzindo incentivo à produção eficiente; lembra-se que um Direito de Propriedade rígido, senão pela lei, pelos altos custos de transação, pode incorrer em ineficiência, o que, para Posner, significa “imoralidade no emprego de escassos recursos”¹¹, sugerindo; pois, a modificação no critério de exclusividade para a atribuição de propriedade.

Em relação ao exercício do direito de propriedade, Posner apresenta, a partir de Coase, exemplos de uso incompatível da propriedade como; entre direitos de vizinhança: caso da distribuição eficiente das emissoras de radiodifusão, a tradicional discussão entre o uso da terra pelo fazendeiro e a Companhia de Estradas de Ferro, o direito de vizinhança no que concerne à utilização do terreno em prejuízo do vizinho, o direito do criador de gado cuja propriedade é adjacente à do agricultor, o direito concernente à poluição ambiental, etc. Em todos os citados exemplos Posner chama a atenção para a discussão sobre os custos e benefícios que podem ser harmonizados, por exemplo, mediante transação entre os agentes. Portanto, se os custos de transação são baixos, podem e devem; os sujeitos de direito, alcançar a ótima solução para o conflito evitando a alternativa judicial – ou interferência direta do Estado – que não seria capaz de perceber as reais intenções de cada indivíduo. De qualquer forma, falhando, o Direito, em atribuir e (re) distribuir, de maneira eficiente, esses escassos recursos, possibilitada está a transação adicional e sem custos ou a custos mais baixos entre as partes, diretamente pelo mercado, anulando a “atribuição legal”¹². Entretanto, na impossibilidade da transação de mercado, sugere; Posner, um Direito de Propriedade flexível nos seguintes termos:

O Direito pode resolver usos incompatíveis tanto reorganizando os direitos de propriedade da parte cujo uso é o mais valioso como impondo obrigação de ressarcimento para a outra parte. O primeiro é o método do direito de propriedade, o segundo do Direito de Reparação dos ilícitos civis. As diferenças entre os dois são primariamente tecnológicas e históricas mais do que analíticas. (em inglês no original). POSNER (1992, p. 39).

Em seguida, porém, o autor já alerta para a existência de danos a serem tratados de maneira a não se permitir a transação pura e simples: “A mais distinta/importante classe de interferências governadas pelo Direito de Reparação dos Ilícitos Civis compreende os acidentes que causam prejuízos pessoais”. (em inglês no original) POSNER (1992, p. 39).

Outro aspecto, interessante refere-se à desapropriação por parte do Estado da propriedade particular. Advoga-se a ineficiência da desapropriação, devido, ora pela supervalorização do desapropriando, ora pela subvalorização estatal e, conseqüentemente, a

¹¹ Cf. Richard Posner (1992, Pp. 31 e ss.).

¹² Ensina Richard Posner (1992, p. 180).

melhor possibilidade de valorização da propriedade em mercado, quando permissíveis os custos de transação. Da mesma forma, pode ser pensada a modalidade de reforma agrária através da concessão de verbas especificamente alocadas às famílias para que estas, em mercado, busquem suas terras em detrimento dos morosos e conflitantes processos expropriatórios. O mesmo sucede com a questão dos *sem teto* que podem usufruir de linhas especiais de financiamento exclusivas pelo Sistema Financeiro para aquisição da casa própria em mercado através das cartas de crédito pessoais.

Referindo à questão das externalidade e do custo de oportunidade, visíveis nos clássicos exemplos da doutrina como o problema da fábrica que polui o ambiente ou do aeroporto próximo à zona residencial; Posner chama a atenção quanto aos altos custos de transação para solucionar o problema em mercado. Cita, por exemplo, que, sendo garantido direito exclusivo sobre as propriedades circunvizinhas como, também, a possibilidade de indenização por danos, as dificuldades encontradas para, individualmente, serem indenizados, todos os prejudicados pela poluição das chaminés ou pelo barulho dos aviões são imensas e, de outra forma, ao ser estipulado que a fábrica ou o aeroporto tem o direito de poluir, ainda faz persistir as dificuldades para que todos os vizinhos possam reunir e “comprar”, dos poluidores, o ambiente sadio. É reconhecida, nestes casos, a incapacidade do mercado em resolver, prontamente, a questão, sendo necessária a intervenção do Estado, através de seu aparato jurídico-normativo, que deve normatizar, pelo Poder Legislativo, e julgar, pelo Poder Judiciário, sopesando os valores globais discutidos como se, em mercado, fossem disputados mediante a transigência de interesses devidamente homologados ou chancelados pelo ente Estatal ou determinados em termos de “preço-sombra”¹³. Posner, tratando sobre situações em que existem altos custos de transação ou direitos exclusivos, tanto para poluir como para impedir a liberdade de poluição; entende que haverá a promoção de ineficiência conforme se vê:

¹³ “Preço-sombra” é artifício dos economistas para determinar o valor de bens que não estão em mercado. Não é de outro modo que a infelizmente trabalha, ou as tabelas para a fixação de prêmios de seguros são determinadas. Da mesma forma, observa-se que o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16/03/2015) determina; *ab initio*, a tentativa de conciliação ou de mediação como forma de solução do conflito. Dispõe o art. 334 *in verbis*: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a auto composição. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na auto composição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A auto composição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte”.

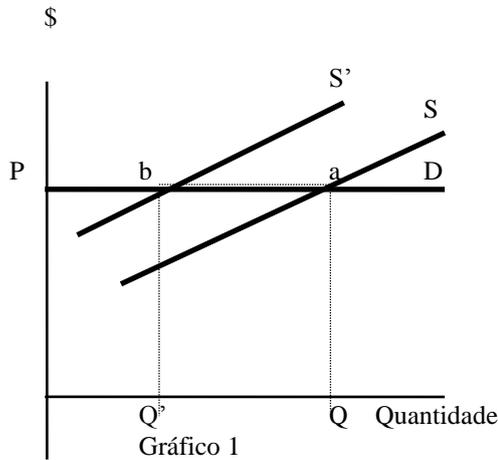
Se a fábrica tem o absoluto direito de poluir e os custos de transação são proibitivos, a fábrica não terá nenhum incentivo para reduzir ou parar a poluição, igualmente, se os custos de parar - a atividade - fossem muito menores do que o custo da poluição para os vizinhos prejudicados. Inversamente, se os moradores vizinhos têm absoluto direito a verem-se livre da poluição e os custos de transação ainda são proibitivos, não terão nenhum incentivo de, por iniciativa própria, minimizar os feitos da poluição, igualmente se o custo de evitar ou aceitar são mais baixos do que os custos para a fábrica de não poluir. A *Common Law* reconhece o perigo de atribuir direitos exclusivos tanto para o poluidor como para suas vítimas. (em inglês no original). POSNER (1992, p. 46).

Destarte, se, individualmente, pode ser resolvida a questão de usos incompatíveis de propriedades entre poucas partes envolvidas; mais difícil torna-se o justo acerto envolvendo coletividades e, pior, ainda, pode ser o reflexo de uma decisão parcial no sentido absoluto de punibilidade da parte transgressora - poluidora. Posner lembra que os reflexos de uma sentença condenatória a partir de direitos exclusivamente definidos pode levar a custos sociais maiores. No caso da firma poluidora, ao incorrer em uma condenação terá de repassar seus novos custos para o preço de suas mercadorias o que poderá ser prejudicial para os consumidores. De outra forma, na impossibilidade de repassar tais custos - em função da concorrência - provavelmente diminuirá a produção ocasionando desemprego dos fatores produtivos - em especial: trabalho - levando a uma reflexa diminuição de consumo e outros prejuízos sociais que são desencadeados no processo¹⁴.

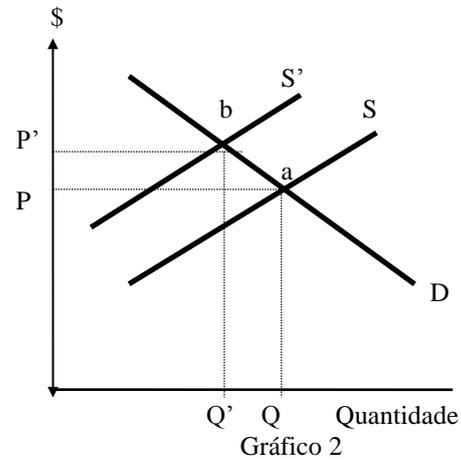
Os dois casos estão apresentados graficamente nos Gráficos 1 e 2. O gráfico 1 apresenta o caso da firma sujeita ao aumento de custos, conseqüentemente deslocando a Curva de Oferta para a esquerda (de S para S') não experimentado pelos seus competidores: ele mostra uma curva de demanda horizontal (D) porque é impossível repassar o preço ao consumidor; nessa situação, mesmo um pequeno aumento no preço de mercado leva suas vendas a zero, assim que seus consumidores *corram* para seus competidores. O gráfico 2 descreve aumento de custo, também, deslocando a Curva de Oferta para a esquerda (de S para S') que afeta todos os competidores igualmente; aqui, a curva da indústria tanto quanto a curva de demanda (D) da firma é relevante. O deslocamento da (a) para (b) nos dois Gráficos implica em diminuição da oferta (de Q para Q') e, no Gráfico 2, inclusive, com aumento de preços (de P para P').

¹⁴ Exemplifique-se a possibilidade de, no Brasil, a Justiça do Trabalho condenar uma empresa por não ter cumprido com suas obrigações em termos de recolhimentos previdenciários e de pagamento de direitos trabalhistas. O reflexo de tal medida; no caso de inadimplência ou de ser desproporcionalmente enorme o montante da referida indenização trabalhista, é drástico, pois; leva, absolutamente, a não satisfação dos credores e ao possível desemprego com graves prejuízos sociais. É necessário perceber que o Estado quando legisla ou julga, efetivamente, redistribui a riqueza e a propriedade entre as partes e, mais, sinaliza, para a sociedade, seu entendimento a respeito, o que, certamente, tem graves efeitos *erga omnes*, incentivando-se ou obstaculizando-se determinada ação. De qualquer forma, a economia sempre haverá de reagir aos estímulos positivos e negativos do Estado e, nem sempre, da forma esperada. Não se pugna pela impunidade, mas pela transação de interesses recíprocos e observação do critério de Kaldor- Hicks para a solução da contenda e compensação dos perdedores do sistema.

Equilíbrio da Firma com aumento de custos não afeta o mercado



Equilíbrio da firma com aumento de custos e preços que afetam todo o mercado



que

Ainda há de ser considerada, na análise, a outra parte dos efeitos da economia quando da redução na produção de dado produto (Q para Q'). De fato, a produção de produtos substitutos aumentará, e isto pode beneficiar os trabalhadores nas indústrias que produzem aqueles substitutos. Consumidores podem ser auxiliados ou prejudicados, dependendo se os custos, naquelas indústrias, crescem ou decrescem com o aumento da produção. A atenção para os efeitos em outros mercados faz a distinção entre “equilíbrio geral” e o mais comum “equilíbrio parcial” na análise das mudanças do ambiente econômico.

Se, no Direito norte-americano, não são aconselháveis direitos de propriedade exclusivos, sendo aconselhável propriedade explorada conjuntamente no caso de arrendamentos, parcerias, locações etc. e, na necessidade de serem discutidas, estas últimas, em um Tribunal; Posner aponta duas soluções: uma mais antiquada denominada *Law of waste* e outra mais moderna *the trust*, objetivando exploração racional que evite altos custos de transação. Outra lembrança de Posner, quanto à “impossibilidade da transmissão da propriedade em negociação de mercado” e, portanto, caracterizando-se o alto custo de transação, é o envolvimento de menores e de sócios em uma sociedade bem como da *affecio societatis*, ou mesmo a alteração das condições de terceiros que podem ser influídos pela maneira como seja utilizada a propriedade pelo possível transmitente de determinado bem. Aparentemente, o terceiro não deve intervir na negociação de mercado.

Posner (1992, 34 e ss.) cita, em termos de Direito norte-americano, outro exemplo de utilização da propriedade referente à questão do uso de um canal ou rio, do qual derivam diversos aquedutos para exploração da água conforme prévio acordo sobre quantidades e

períodos de utilização. Em tempos de seca e, intervindo um terceiro a comprar os direitos de água de dado fazendeiro, pode verificar-se reflexo negativo na quota de água dos demais¹⁵.

Portanto, tem-se que considerar, em qualquer caso de atribuição de direito de propriedade, qual será o reflexo e para qual das partes ou terceiro aquele será imposto, ponderando-se-o de forma a obter eficiente alocação de recursos. Desta forma, se em um primeiro momento do capitalismo, a propriedade foi adjudicada pelo Direito conforme estava historicamente distribuída; agora, é intenção redistribuir, a propriedade, segundo critério universal: a eficiência. Não é outro o discurso neoliberal globalizante hodierno político-econômico que se instalou, nos anos oitenta, a partir dos governos de Margareth Thatcher, Helmut Kohl e Ronald Reagan evidentemente, influenciando a criação ou modificação da normatividade dos diversos países a partir de modelo apropriado para: a) a fluidez das relações de produção; b) a preponderância da transigência dos recíprocos interesses em mercado ou nos tribunais; c) a busca pela eficiência econômico-jurídica e d) a concentração de capitais em meio à exacerbação da competitividade e, e) a flexibilização do Direito.

3 O Direito fundamental da Propriedade Privada e sua função social no Brasil

A *propriedade privada*, instituída como direito fundamental no Artigo 5, inciso XXII da CRFB/88 e garantida no Artigo 170 do mesmo Texto Magno que trata dos princípios da Ordem Constitucional Econômica Brasileira, é disciplinada, em âmbito ordinário, entre os artigos 1.228 a 1.510, no Título III do Livro III da Lei 10.406 que institui o Código Civil (CC). Determina o “Artigo 1228: 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”. Percebe-se, na Lei, o *jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*; influência do Direito Romano, apropriado pela ideologia capitalista de mercado através de Direito legitimador da riqueza individual que, não obstante, pode sofrer limitações como pela desapropriação ou pelo não cumprimento da função social da propriedade.

A consideração economicista da propriedade, ainda, garante tal direito, entretanto, permitindo seu uso para quem se mostrar eficiente no aproveitamento dessa propriedade. Desta forma, o direito adquirido existe, porém, sujeito a sofrer ingerências de terceiros segundo a capacidade e eficiência de quem explore o recurso. A propriedade passa a ser determinada pela maximização da riqueza tal como é visto na atribuição dos *Property Rights*

¹⁵ No caso Brasileiro, pode ser feita referência, por exemplo, ao uso da propriedade sem causar prejuízo ao vizinho, conforme o Direito de Vizinhança, artigos 1.277 a 1.313 da Lei 10.406, de 10/01/2002, que institui o Código Civil (CC).

norte-americanos que, antes de fixarem, arbitrariamente, o direito exclusivo e irrevogável, devem prever possibilidades de ressarcimento indenizatório dos proprietários, por parte de quem proceda de forma a imprimir melhor uso do bem objeto do referido direito conforme, mesmo, caracteriza-se a ação pragmática, utilitária e eficiente, segundo Kaldor-Hicks. Com esta visão, não é importante verificar, no Direito, a causalidade e culpabilidade e, sim, buscar solução adequada à utilização dos escassos recursos de forma finalística. Para tanto, o Direito à Propriedade deve ser assegurado por um Sistema Jurídico em que as leis e as decisões judiciais passem a considerar soluções eficientes e conformes ao mercado. Presentes, pois, devem estar, nesse Direito, as características da universalidade, exclusividade e transferibilidade de forma a tornar eficiente a propriedade e a alocação de recursos.

Hoje, entretanto, este Direito de Propriedade se apresenta, indelevelmente, comprometido com o uso responsável daquela, segundo o cumprimento de sua função social. É possível verificar parâmetros delineadores da função social da propriedade no próprio Texto Magno Brasileiro¹⁶, em seus artigos; 5º, XXIII; 182, parágrafo 2º; 184 e 186 em que se especificam os parâmetros para ser cumprida a função social da propriedade em geral, urbana e rural.

Portanto, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, sendo possível sua desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro, bem como facultado ao poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: a) parcelamento ou edificação compulsórios; b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e; c) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A função social da propriedade implica em utilização racional ou produtiva, da mesma que, ainda assim, poderá estar sujeita à desapropriação em face da necessidade ou utilidade

¹⁶ “Art. 5º [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”. [...] “Art. 182 [...] § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. [...] “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”. [...] “Art. 186 A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

pública e do interesse social - Artigo 5º, XXIV, CRFB/88 - que dispõe: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação pôr necessidade ou utilidade pública, ou pôr interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Também a atribuição ou (re) distribuição da propriedade rural é mantida uma vez cumprida sua função social, mormente, quando do impedimento de desapropriação de imóvel rural. Segundo, pois, o Artigo 186 CRFB/88 o imóvel rural que cumpre função social não é desapropriável e, um dos quesitos que caracteriza seu cumprimento é, conforme inciso I, o aproveitamento racional e adequado, inciso II, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; além da observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Portanto, o uso racional da propriedade está ligado a sua exploração maximizadora de resultados - eficiência produtiva; não se admitindo, a ociosidade da riqueza e justificando-se processos de expropriação e redistribuição da propriedade que deve ser amparada nas mãos de quem produz. Por outro lado, é de lembrar, que, sem política adequada de fomento da produtividade, sem recursos adequados, subsídios e tecnologia além de informação, dificilmente alcançar-se-á nível de resultado coerente com a expectativa racional de uso da propriedade.

Regras definidas de indenização pelo uso não autorizado, ineficiente ou aquém daquilo que a Lei define como parâmetro para o cumprimento da função social que importem altos custos de transação da propriedade e que, portanto, sejam objeto de litígio em disputas jurídicas devem ser estipuladas de forma a se atribuírem direitos de uso a quem tenha intenção de pagar mais - *willingness to pay* - pelo uso eficiente desse escasso recurso.

Nesse sentido, a responsabilização civil e os remédios processuais próprios para a eliminação do esbulho possessório e das ações contrárias ao exercício da propriedade perdem seu caráter punitivo e adquirem caráter persuasivo ao possibilitarem reparações segundo preço de mercado pelo não pleno exercício dos poderes potestativos dos proprietários, da mesma forma, que se garante, como princípio, a exploração racional do bem.

Além da possibilidade de desapropriação, a dominialidade particular traduzida pelo Direito de Propriedade, pode, ainda, ser restringida em seu exercício e na aquisição de seu domínio conforme diversas situações previstas em lei. Assim, o Código Civil determina, dentre outras, as servidões prediais (arts. 1.380 a 1.389), o direito de vizinhança (arts. 1.277 a

1.313); as restrições administrativas quanto ao uso da propriedade - desapropriação, monopólio Estatal e disposições tais como Códigos de Posturas Municipais, etc.

Ainda quanto à função social da propriedade atente-se que a mesma esta relacionada ao uso e não ao objeto em si. Destarte compete lembrar a divergência acadêmica sobre a visão da propriedade como direito subjetivo ou como função social. No Brasil, exemplificativamente, para Eros R. Grau, da Escola Paulista de Direito, a propriedade é um direito subjetivo; enquanto, para a segunda posição, na argumentação de Isabel Vaz, representante da Escola Mineira de Direito Econômico, a função social é inerente à propriedade. Eros R. Grau, após tergiversar sobre o assunto, lembrando autores que negam a existência de direitos subjetivos, inclusive por incompatibilidade com o estrito juspositivismo tal como Leon Duguit que detecta a evolução da “propriedade-especulação” para a “propriedade-função-social”; também citando Santi Romano defendendo “as funções como poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”; acaba concluindo pela compatibilização entre direito subjetivo e função a partir da “análise da evolução da realidade jurídica em que ocorre a integração da função social nos modernos conceitos de propriedade, que se consuma na conciliação do individual e do social”. Decorrente desta interação verifica-se, segundo o mestre paulista, “real alteração na própria estrutura da propriedade [...] que, no entanto, ainda continua a ser um direito subjetivo, porém com uma função social”. (GRAU, 1981. Pp. 112-133).

Por outro lado, Isabel Vaz (1992. Pp. 6-7), abordando o Direito Econômico como “Direito de Síntese”, detecta a função social como algo inerente à propriedade, inclusive, interpretando as disposições constitucionais a respeito de forma a ser pensado um direito “à” propriedade. Ensina que, no Texto Magno Nacional, é verificável certa:

[...] relatividade da garantia do direito de propriedade, pelo fato de imporem-se-lhe limitações dimensionais negativas e obrigações de agir positivas [...] anulando-se, quase, ou perdendo sentido a distinção entre direito (poder) e função (dever), na medida em que é o dever (função) que passa a estabelecer o conteúdo, a garantia e a extensão do direito. (VAZ, 1992. Pp. 328-336),

Orlando Gomes e Antunes Varela (1977, p. 170) manifestam sobre o assunto afirmando:

[...] a propriedade é uma função social, de que a utilização dos bens para o exercício de uma atividade produtiva, não pode mais ser admitida como um direito natural, que se exerce em proveito próprio, para tirar vantagens, porque se assume os riscos desse exercício. Hoje a ideia de função social está substituindo a de propriedade como direito subjetivo, ilimitado. Houve crítica veemente à ideia de propriedade

como função social, porque se dizia que assim se integrava numa definição dois conceitos que se contrapõem, que não se juntam de maneira nenhuma, mas ao contrário colidem violentamente. Se a propriedade é um direito subjetivo, como normalmente é definida, não pode ser ao mesmo tempo uma função, porque uma função implica deveres e quem tem um direito não pode ter, pelo exercício desse direito, também deveres.

Os autores referidos lembram quanto às dificuldades e perigos na definição do que seja a função social da propriedade; se reflete um *direito-dever* (GOMES e VARELA, 1977, Pp. 171-172) pode caracterizar-se uma obrigação a ser definida politicamente - o que pode levar a atitudes totalitárias - ou mesmo, pelo próprio juiz da causa - o que, ainda, pode ser arbitrário. Assim, destacam a importância da definição de função social da propriedade em lei. Desta maneira, antes de estabelecer um título ou direito indiscutível de apropriação, deve, a lei, estabelecer, também, possibilidades de responsabilização pelo uso da propriedade, de forma a, mediante uso alternativo eficiente, ser permitida a indenização de proprietários ineficientes ou, mesmo, uma redistribuição, desta, sob auspícios de uma política de amparo ao produtor.

A propriedade, pois, no entendimento segundo a Análise Econômica do Direito (AED), passa a cumprir sua função social, na medida em que gera riqueza e de forma eficiente, o que, não necessariamente pressupõe igualdade na distribuição daquela. Ensina Santos Pastor (1989, p. 35):

Um dos debates tradicionais em Economia, tem-se constituído em re-assinalar o conflito quase universal entre os objetivos de eficiência e equidade, isto é, em advertir sobre a perda da eficiência que supõe, normalmente, aumentar a igualdade na distribuição da renda ou da riqueza. Sabido é que, em certas situações a consecução de uma melhor distributividade representa perdas na eficiência e, ao invés, que a eficiência é algo custoso em termos distributivos, isto é, que apresenta perdas distributivas em sua realização. (em espanhol no original).

De importância para a obtenção de um Direito progressivo, atuante e eficaz é a sua finalidade; segundo a AED, em delimitar, normativamente, o ambiente institucional mercado e corrigir suas falhas. Veja-se, então, quanto ao mercado - ambiente real onde a forma jurídica interage para consecução do ideal de convivência social, desenvolvimento econômico e justiça. Fugindo aos extremismos, o ensinamento de L. Legaz refere sobre a função do Direito na sociedade contemporânea:

O Direito não somente nutre-se dos fatores do meio econômico (segundo defende o materialismo), senão, também, dos conteúdos espirituais, da caridade e do amor entre os homens. Em consequência, a função mais nobre do Direito, na época presente, consiste em impor a supremacia do espiritual nas relações sociais, sem

desconhecer a efetiva influência dos fatores econômicos (em espanhol no original)
17.

Já se disse que a simbiose entre o Direito e a Economia pode ser vista a partir da visão marxista, stammlerista ou da AED¹⁸. O Direito de Propriedade pública, privada ou, mesmo, a inexistência de regulamentação sobre a mesma; inexoravelmente, influencia a tomada de decisão dos sujeitos de Direitos. Seria, então, interessante e adequado privatizar baleias, ostras, criar mercado de drogas ilícitas (ou lícitas)? Apesar da ironia da comparação, a discussão procede. Veja-se a seguir.

4 Baleias, ostras e o Direito de Propriedade Segundo a AED

Após transcurso da teoria de base, mormente alicerçada sobre a AED e verificada a posição normativa brasileira relativa à adoção e proteção da propriedade privada em um Sistema Econômico Capitalista de Mercado¹⁹, resta responder ao problema de pesquisa; qual seja: Seria adequado promover a apropriação (privatização ou estatização) de bens em nome da exploração racional (eficiente) em contraposição a sua livre utilização? O estudo é apropriado para se entender, por exemplo, quanto à adoção de sistemas informáticos livres, como o Linux, em contraposição à reserva de propriedade intelectual temporária inerente à Lei 9.609 (BRASIL, 1998), bem como, a apropriação do conhecimento em nível mundial e, no Brasil, segundo a Lei 9279 (BRASIL, 1996).

Questões de saúde pública podem ser aventadas e normas podem ser criadas para disciplinar o uso de drogas como ocorre, atualmente, no Uruguai²⁰, em detrimento da existência de um nefasto mercado paralelo. Da mesma forma, é possível identificar, na apropriação privada ou, mesmo, pública; a despeito da posição de economistas como Ludwig Von Mises, as vantagens de explorar recursos apropriados, já que ninguém, racionalmente agindo, permitirá a destruição ou extinção dos recursos, mormente geradores de renda. Se por um lado cabe a crítica da “coisificação”, inclusive de seres vivos, como é o caso das fazendas de ostras em Florianópolis; por outro, ninguém está preocupado com a extinção daquele animal; e isso é fato. Provavelmente, será um grande problema manter baleias em cativeiro, a despeito dos aquários de shows, porém já existem leis adequadas (tratados internacionais) que proíbem a caça e preservam os nasciduros em águas nacionais e internacionais. Em 1949, Ludwig Von Mises escreveu sobre o problema:

¹⁷ *Apud* OTERO DIAS (1966, p. 38).

¹⁸ Ensinam a respeito da dicotomia e das semelhanças entre o Direito e a Economia GONÇALVES e STELZER (2012. Pp. 77-122).

¹⁹ Art. 219 da CRFB/88. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

²⁰ No Uruguai, arrojada legislação trata do assunto. Ver *in* URUGUAI, Lei 19.172 (2013).

Se a terra não pertence a alguém, embora o formalismo legal possa chamá-la de propriedade pública, ela é usada sem qualquer consideração às desvantagens resultantes. Aqueles que estão em posição de apropriar-se dos rendimentos - madeira e caça das florestas, peixe das áreas aquáticas e depósitos minerais do subsolo - não se preocupam com os efeitos posteriores de seu modo de exploração. Para eles, erosão do solo, decréscimo dos recursos esgotáveis e outros danos ao uso futuro são custos externos que não entram em seus cálculos de entrada e saída. Eles cortam árvores sem qualquer consideração por mudas ou reflorestamento. Ao caçar e pescar, não abrem mão de usar métodos que evitam o repovoamento dos locais de caça e pesca. (em inglês no original) (VON MISES, 1949, Pp. 32 e ss.).

Para os economistas, a apropriação implica em exploração racional dos recursos e, para a AED, não se tem exploração racional segundo Direito que não permita a negociação (flexibilização) eficiente dos interesses que são recíprocos e devem ser disciplinados e adjudicados, inclusive, para a manutenção da existência das espécies. Para tanto, temas delicados como legalização das drogas, do aborto, da adoção de bebês, do uso das riquezas naturais (florestas, rios, pescados, minérios, mares, baleias e ostras) devem ser discutidos, para além do posicionamento de falsa moral que, evitando a disciplina jurídica reguladora das práticas através do Estado, permite a exploração predatória dos recursos tão caros para a humanidade; quando não, permite a morte de milhares de seres humanos em clínicas clandestinas para abortos, em reuniões para uso de drogas ilícitas, etc.

Já tem sido defendida a exploração econômica, a normatividade e a judicialização pelo implemento da ação em mercado social, mesmo, segundo o que se entende como “Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES)”²¹, de forma a integrar, no cálculo econômico para a tomada de decisão racional, todas as variáveis sociais e de manutenção da vida inclusive de gerações futuras. Tal fato não é incompatível com a apropriação para uso e perpetuação de espécies, nem com normas que tratem de disciplinar ações, hoje, ilegais, em nome da apropriação, pelo Estado, do controle moral e normativo que leve a segurança dos jurisdicionados. Assim, os efeitos econômico-sociais gerados pela apropriação pública ou privada são benéficos para exterminar as práticas nefastas de um Estado paralelo, não raras vezes criminoso e sem controle.

5 Conclusão

O artigo trabalhou a dicotomia entre a liberdade para uso e exploração dos bens e seres vivos e a apropriação privada e coletiva, através do referencial teórico da Análise Econômica do Direito, destacando a necessidade do uso eficiente da riqueza que, assim, não pode permitir a inaceitável aniquilação dos escassos recursos segundo ação egoísta e individualista que,

²¹ Nesse sentido, ver *in* GONÇALVES e STELZER (2014, Pp. 261-290).

despreocupada com o social, acaba por decretar o extermínio, até mesmo, das mínimas condições existenciais. Surgiu, então, a questão de verificar como deve se proceder à adjudicação dos bens aos indivíduos de forma a perpetuar o uso dos bens e a manutenção da vida. Especialmente, verificou-se que três sistemas de controle da propriedade podem ser majoritariamente definidos, a saber: a liberdade irrestrita para uso e exploração da riqueza, a privatização e a coletivização da propriedade. Ambos os sistemas, de privatização e de estatização, podem ser adequados para a manutenção da vida, das espécies e dos bens materiais, desde que observadas as condições de uma exploração racional e inclusora, comprometida com o social. Destarte, a propriedade privada implica na racionalização do uso dos bens, afinal, se o proprietário assim não o fizer, haverá evidente prejuízo pela escassez e, mesmo, pelo extermínio de sua riqueza. De outra forma, a propriedade coletiva pode ocasionar segurança para a exploração dos bens, uma vez que sejam bem definidas as regras de exploração, uso e manutenção da riqueza sob pena, também, de extermínio ou de alocação ineficiente de recursos. Assim, a tragédia dos comuns pode ser evitada segundo adoção de normas de Direito racionais, adequadamente flexíveis, persuasivas e eficientes que garantam a maximização no uso dos escassos recursos.

Ao identificar e atribuir direitos - prerrogativas, a lei e a decisão judicial influenciam na determinação do emprego de recursos e, nem sempre, de maneira ótima levando a um grau de ineficiência quando da utilização destes recursos e, em última análise, a uma exploração imoral dos mesmos já que são escassos e desperdiçados segundo determinações antieconômicas.

É questionável a inércia do aparelho Estatal no disciplinamento do uso da riqueza, inclusive viva, como existente nos mares. De outra forma, normatizar a apropriação de forma eficiente, é determinar tomada de decisão jurídico-econômica capaz de perpetuar a ação econômica, a vida ambiental e o interesse pela exploração dos bens, na medida em que a racionalidade da exploração leva à manutenção dos estoques.

Resta, ainda, opção política para o apropriar coletivo – Estatal; tão criticado pelos neoliberais e o apropriar privado que gera a exclusão de parte do grupo social; entretanto, lembre-se que, se a eficiência pode, ocasionalmente, gerar injustiças sociais, mormente quanto à questão da distribuição de renda e da busca da equidade; certamente, a não observância do uso racional dos bens ocasionando, conseqüentemente, o desperdício, ocasiona a injustiça pela escassez no acesso à riqueza.

A opção, portanto, para superar a extinção de baleias, de ostras, ou por fim, da vida, marinha e terrena está no incentivo à apropriação racional, normatizada, promissora segundo

o PEES e perpetuadora dos recursos que, mesmo individualmente apropriados, não deixam de serem riquezas coletivas da humanidade. Estão aí os chamados direitos de terceira e quarta gerações para atestar que a tomada de decisões econômico-jurídicas não mais podem ser aleatórias e despreocupadas com a finitude dos bens e seres do Planeta, já não tão espaçoso e capaz de suportar a ação de 7,2 sete bilhões e duzentos milhões de seres humanos.

Referências

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA, de 05/10/1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 29/03/2016.

BRASIL. Lei 10.406, de 10/01/2002. *Institui o Código Civil*, Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 29/03/2016.

BRASIL. Lei 13.105, de 16/03/2015. *Institui o Código de Processo Civil*; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 29/03/2016.

CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes*, Ed.Ariel,S.A.Barcelona, 1984, 350 pp.

_____. and PHILIP BOBBIT. *Tragic Choices: Feels Lectures on Public Polices Analysis*. W. W. Norton & Company (17 de fevereiro de 1978). 256 pp.

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

GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva. 1977.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *In Sequencia*. V. 35, n. 68. Florianópolis, SC. 2014. Pp. 261-290. ISSN 2177-7055. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>. Acesso em 10/03/2016.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude, uma incursão pela Análise Econômica do Direito. *In Revista Jurídica da Faculdade de Direito do UNICURITIBA*. Curitiba, PR: Unicuritiba. Revista Eletrônica, v. 1, n. 28. 2012. Pp. 77-122. ISSN 0103-3506. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/317>. Acesso em 01/11/2013. Acesso em 10/03/2016.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. *Science*. V. 162, N. 3859, 13 de dezembro de 1968, pp. 1243-1248.

HICKS, John. *The Foundations of Welfare Economics*. *Economic Journal*. V. 49, N. 196. 1939. Pp. 696–712.

KALDOR, Nicholas. *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*. *Economic Journal*. V. 49, N. 195. 1939. Pp. 549–552.

KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*. Fundo de Cultura: Rio de Janeiro, 1964.

LLOYD, William Forster. *Two Lectures on the Checks to Population* (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 1833.

LOUCKS, William e WHITNEY, William. *Sistemas Econômicos comparados*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.

MARX, Karl e ENGELS, Frédéric. *O Manifesto Comunista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

_____ e _____. *O Capital: Crítica da Economia Política*. V. 1. Coleção Os Economistas. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

OTERO DIAS, Carlos. *Una investigación sobre la influencia de la economía en el derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Artes Gráficas Marisal. 1966.

PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PIGOU, Arthur Cecil. *La Economía del Bienestar*. Tradução de F. Sanchez Ramos e Manuel de Torres. Madrid: Aguillar, 1946.

PINHO, Carlos Marques e PINHO, Diva Benevides. *Sistemas Econômicos Comparados*. São Paulo: Saraiva e Editora da Universidade de São Paulo, 1984.

PREZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e socialdemocracia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *Democracia e Mercado no Leste Europeu e na América Latina*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Relume - Dumará, 1994.

_____. *Estado e Economia no Capitalismo*. Tradução de Angelina Cheibub Figueiredo, Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume - Dumará, 1995.

POSNER, Richard. Allen. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes. 2012.

- _____. *El Análisis Económico del Derecho*. Tradução de Eduardo L. Suaéz. 2 ed. México: FCE. 2007. (a)
- _____. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução de Teresa Dias Carreiro. Ver. Tec. Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2010. (a)
- _____. *A. Economia da Justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes. 2010. (b)
- _____. *Economic Analysis of Law*. 4 ed. Little Brown and Company. 1992.
- _____. *El Análisis Económico del Derecho*. Tradução de Eduardo L. Suaéz. 2 ed. México: FCE. 2007. (b)
- _____. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2011.
- _____. *Para além do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes. 2009.
- _____. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007. (c)
- SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía: Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1989.
- STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Tradução de Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.
- VON MISES, Ludwig. *Human Action: A Treatise on Economics*. New Haven: Yale University Press, 1949.
- VAZ, Izabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Tradução de Celso Seiji Gondo, Antonio Martins Cortada e Jayme Fonseca Francisco Junior. 2 ed. São Paulo: Makron Books, 1994.