

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

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL II**

LITON LANES PILAU SOBRINHO

NIVALDO DOS SANTOS

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

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 II [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto, Liton Lanes Pilau Sobrinho, Nivaldo Dos Santos –
Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-174-6

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 II

Apresentação

A importância do estudo e da pesquisa multidisciplinar mostra-se fundamental nos dias de hoje, tendo em vista os inúmeros desafios pelos quais a humanidade vem passando. As relações entre o direito e a economia estão cada vez mais próximos, demonstrando a relevância da análise econômica do direito nos programas de pós graduação stricto sensu, principalmente no que tange ao estudo do desenvolvimento sustentável, já que este busca o equilíbrio entre os seus três pilares: ambiental, social e econômico.

A ONU (Organização da Nações Unidas), através de conferências a nível mundial, vem demonstrando sua preocupação com o meio ambiente, com o desenvolvimento econômico e social dos países. Isso fica claro ao se analisar os documentos e declarações provenientes dessas conferências, os quais buscam a implementação de objetivos com o fim de que toda a humanidade possa viver em melhores condições, de forma saudável. Para isso, o desenvolvimento deve tornar-se sustentável, em todos os seus âmbitos, ou seja, o desenvolvimento econômico deve cooperar com o meio ambiente, a fim de que se encontrem alternativas para que os seus fins sejam atingidos, de forma a não prejudicar um ou outro, com isso a sociedade poderá viver com qualidade, ou seja, o desenvolvimento social estará atingindo o seu fim.

A pesquisa nesses assuntos é fundamental, por isso o GT Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável tem como fim promover a discussão de temas que envolvam essas preocupações. Os pesquisadores, em todos os seus níveis, tem o dever e a função de colaborar para eu isso ocorra. Assim, os trabalhos selecionados versam sobre essa temática, trazendo novas contribuições para a sociedade científica.

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (UPM)

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos (UFG)

**A MESMA FINALIDADE, MEIOS DIFERENTES: A PARTICIPAÇÃO DA
COMUNIDADE NA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL AMBIENTAL, À
LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

**SAME PURPOSE, DIFFERENTS MEANS: THE CULTURAL HERITAGE
ENVIRONMENTAL PROTECTION BY THE COMMUNITY, UNDER THE
PERSPECTIVE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW**

**Vicente De Paulo Augusto De Oliveira Júnior ¹
Maria Lírida Calou De Araújo E Mendonça ²**

Resumo

A ampliação conceitual, promovida pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, fez com que a comunidade adquirisse respaldo para atuar, em colaboração com o Poder Público, na proteção ao patrimônio cultural. Entretanto, quais os limites para esta participação? A partir da utilização da Análise Econômica do Direito, almeja-se demonstrar como o patrimônio cultural ambiental brasileiro pode atingir os níveis ideais de eficiência, enquanto bens culturais de relevância social e, para tanto, utiliza-se uma metodologia que discute disposições legais, bem como uma análise doutrinária e por intermédio de casos concretos, visando responder aos questionamentos anteriores.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Patrimônio cultural, Participação da comunidade

Abstract/Resumen/Résumé

The conceptual expansion promoted by Brazilian Federal Constitution, of 1988, made the community acquired backing to act in cooperation with the government, in protecting the cultural heritage. However, what are the limits to this involvement? From the use of the Economic Analysis of Law, the paper aimed to demonstrate how the Brazilian environmental cultural heritage can achieve optimal levels of efficiency, while cultural and social relevance, therefore, uses a methodology that discusses legal provisions, as well as a doctrinal and through analysis of specific cases, aimed to respond the previous questions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic analysis of the law, Cultural heritage environmental, Protection by community

¹ Doutorando em Direito Constitucional e Teoria Política, e Mestre em Direito Constitucional das Relações Privadas, com bolsa PROSUP/CAPES pela UNIFOR/CE. Professor do curso de graduação em Direito da Fanor /DeVry Brasil.

² Pós-doutora em Direito pela UFSC. Doutora em Direito pela UFPE e Mestra em Direito pela UFC. Professora titular do curso de Pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional da UNIFOR/CE.

INTRODUÇÃO

A metodologia privativa e objetos de pesquisa com os quais trabalham as ciências do Direito e da Economia poderiam, em teoria, representar um afastamento, ruptura ou até mesmo um isolacionismo de seus saberes. Porém, consideradas como ciências humanas, tendo em vista que têm, como objetivo primordial, o estudo e compreensão das ações e relações dos seres humanos, além da interpretação e normatização das condutas que promovem fatos relevantes para a vida em sociedade, seja na seara jurídica ou econômica, ambas as ciências encontram-se demasiadamente próximas.

A Ciência Jurídica corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, em sociedade, principalmente em razão pela qual uma sociedade jamais poderia existir senão com um mínimo de ordem, direção e solidariedade entre seus membros. Assim, o Direito tem, sobretudo enquanto ordenamento jurídico estabelecido, a finalidade de promover o equilíbrio nas relações entre os indivíduos, utilizando-se, para tanto, de normas, regras e princípios, capazes de promover a ordem e estabilização social.

Quando estruturado como um ordenamento jurídico, o Direito busca manter a ordem social de determinado Estado, e assim o faz mediante o respeito ao conteúdo da justiça e da segurança jurídica. Para tanto, a justiça consiste na liberdade, cultura e felicidade relativa. Por sua vez, a segurança jurídica concede ordem e paz. Enquanto a justiça observa o presente, a segurança jurídica observa o futuro, artificializando-o para torná-lo previsível. E, para que algo perdue, faz-se necessário que seja regulamentado pela regra jurídica. Porém, ao mesmo tempo em que regula o comportamento do homem por normas, regras e princípios jurídicos, o Direito promove a alteração de organizações e da própria sociedade. E, da mesma forma, assim também atua a Economia.

A Ciência Econômica orienta-se pela produção e distribuição de bens necessários à sociedade, mas que, ao mesmo tempo, são naturalmente escassos diante das necessidades humanas, constantemente insaciáveis. Assim, busca a Economia o estudo das formas de comportamento humano, resultantes da relação existente entre as ilimitadas necessidades humanas a satisfazer, em contrapartida com a escassez de recursos. Em outros termos, a Economia busca uma análise e a alocação mínima de recursos escassos, para a máxima satisfação humana. Mas todas as decisões humanas representam uma escolha, e, ao fazer suas escolhas, o homem seleciona não somente entre os diversos bens ou serviços materiais, mas entre todos os valores humanos, ou seja, depara-se diante de uma infinidade de opções. Assim, todos os fins e meios, tanto os resultados materiais como os ideais, o sublime e o básico, o nobre e o ignóbil, dentre outros, são ordenados em uma sequência e submetidos a

uma decisão, que escolhe um (ou alguns) e rejeita outros. E nada daquilo que os homens desejam obter ou querem evitar fica fora dessa ordenação, numa escala singular de gradação e de preferência.

O principal objetivo da Economia, portanto, consiste em uma ordenação das escolhas dos homens, que se deparam com diversas opções e, ao mesmo tempo, muitas delas como recursos escassos. Enquanto isso, a ação humana configura-se como um comportamento propositado, ou seja, a ação humana consiste na sua vontade posta em funcionamento, transformada em força motriz. É realizada quando o homem procura alcançar fins e objetivos, como uma resposta do ego aos estímulos e às condições do meio ambiente. Portanto, estabelece-se como o ajustamento consciente ao estado do universo que lhe determina a vida. Para que alcance a máxima satisfação humana, é preciso que seja feita uma análise e alocação mínima desses recursos, resultando no trabalho e estudos econômicos.

Nesse contexto, verifica-se que tanto o Direito como a Economia atuam na observação e disciplina do comportamento dos homens, sendo, dessa maneira, classificadas como ciências humanas. Consequentemente, a relação entre as ciências é estrita. O Direito, estabelecendo regras de condutas (dever-ser), modela a relação entre os seres humanos, devendo considerar os impactos econômicos que delas derivarão os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos, os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados, ou seja, o Direito influencia a Economia e é influenciado por ela. Sendo ambas as ciências tão próximas, influenciando-se mutuamente, o encontro de suas doutrinas e experiências não poderia ser descartado. E eis que, tendo por objetivo a melhor regulamentação do comportamento humano e de suas ações, surge o movimento denominado como Análise Econômica do Direito (AED), também conhecido como *Law and Economics*, ou, ainda, Direito e Economia.

Por sua vez, com a ampliação conceitual de patrimônio cultural, promovida pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, permite que a comunidade possa, ao lado do Poder Público, atuar na proteção daquela categoria de bens. Mas, como fazê-lo? A simples regulamentação legislativa, por intermédio do texto constitucional e em legislação específica, é devidamente cumprida? Não o sendo, como se resolver essa questão? É a partir da Análise Econômica do Direito, enquanto ciência autônoma, que o presente trabalho almeja demonstrar como o patrimônio cultural ambiental brasileiro pode ser resguardado, utilizando-se, para tanto, um estudo a partir da metodologia própria e similar do movimento.

Para tanto, divide-se em duas partes distintas. Na primeira, discutir-se-á a metodologia da Análise Econômica do Direito, a partir de suas características e como se estabelece a relação entre as duas ciências, sem, ao mesmo tempo, perderem suas

características. Finalmente, na segunda parte, analisar-se-á a alteração de paradigma no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, com a ampliação conceitual de patrimônio cultural, concentrando-se no quesito ambiental, para, em seguida, a partir de uma série de casos concretos para ilustrar o problema, aplicar-se a metodologia da Análise Econômica do Direito, com o objetivo de combater a “tragédia dos comuns” que se instala sobre aquelas categorias de bens.

1 OS FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A maior preocupação dos juristas é tentar definir: a) quais as consequências jurídicas de um determinado ordenamento jurídico; e, finalmente, b) qual a regra jurídica que deve ser adotada em caso concreto (GICO JR., 2010, p. 18-19). Dessa maneira, pode-se afirmar que a primeira indagação independe da segunda, mas esta, por outro lado, não ocorre, tendo em vista que o ordenamento jurídico é determinante para qual a regra jurídica que será aplicada a um determinado caso concreto (RODRIGUES, 2007, p. 34).

O ordenamento jurídico é composto por um sistema de incentivos, e, assim, analisar os efeitos de diferentes espécies desses sistemas é uma das principais ocupações dos economistas. O primeiro tipo de questões mencionado corresponde à análise positiva do Direito, e está relacionada a um critério de verdade. Já o segundo remete à análise normativa, a qual está relacionada a um critério de valor.

Sendo assim, como realizar a aplicação da Análise Econômica do Direito? Para tanto, faz-se necessária uma distinção entre AED positiva (o que é) e AED normativa (o que deve ser), trazendo, essa diferenciação, uma série de indagações que serão devidamente respondidas, antes de se adentrar no estudo da metodologia da AED propriamente dita (SALAMA, 2008, p. 5-7).

1.1 Análise Econômica do Direito Positiva e Normativa: diferenciação necessária

A Análise Econômica do Direito tem aspectos positivos (descritivos) e normativos. Por um lado, tenta explicar e prever o comportamento, seja pelos elaboradores de leis, por exemplo, como pelas pessoas reguladas por elas, ou seja, tanto pelos elaboradores do Direito como pelos indivíduos que são regulados por ele (POSNER, 1998, p. 4). A AED tenta, ainda, aprimorar o Direito, apontando-lhe circunstâncias nas quais as leis propostas ou as já existentes podem gerar consequências indesejadas ou, ainda, não intencionais.

Faz-se necessária a distinção entre positivo e normativo para explicar o mundo como ele é e tratar de transformá-lo para melhor, mais eficiente. Essa mesma diferenciação é necessária para se compreender como funciona a AED (POSNER, 1998, p. 4-8). Enquanto

ciência autônoma, a Análise Econômica do Direito reconhece, tal como tantas outras ciências, a distinção entre “o que é” (positivo) e “o que deve ser” (normativo), sendo que a primeira proposição correlaciona-se com um critério de verdade e a segunda como um critério de valoração (GICO JR., 2010, p. 19).

Nesse contexto, é possível verificar-se uma diferença de estudos, entre o mundo dos fatos que podem ser investigados e averiguados por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de uma verificação (análise positiva) e, por outro lado, um estudo de valores, que não podem ser passíveis de investigação empírica, e, com isso, não são passíveis de prova ou de falsificação e, portanto, não são científicos (análise normativa). Quando da análise econômica de um homicídio, pode-se partir de dois pontos de vista distintos: primeiramente, quando um juiz, por exemplo, investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato específico) (SALAMA, 2008, p. 9). Entretanto, quando o legislador questiona se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ser punida, realizada uma análise normativa (investiga uma valoração), mesmo que fatos sejam relevantes para essa decisão. Tal proposição é conhecida como a Guilhotina de Hume, em alusão à obra “Tratado sobre a Natureza Humana”, de David Hume, um dos precursores do movimento.

A teoria central da Guilhotina de Hume consiste na impossibilidade de deduzir-se o dever-se do ser, ou seja, que proposições puramente factuais só possam levar a ou implicar outras proposições puramente factuais, e jamais em julgamentos valorativos. Assim, pode-se concluir, pelas ideias de David Hume, que fatos não levam a proposições éticas e vice-versa, o que pressupõe existir uma clara distinção entre o mundo dos fatos e dos valores. Entretanto, quando realizada a aplicação da Guilhotina de Hume à ciência jurídica, diversos problemas podem ser encontrados. O contexto cultural, a ideologia, a visão política e a história do pesquisador podem influenciar de várias formas o objeto de estudo e a metodologia aplicada, tornando a distinção entre positiva e normativa em um complexo debate (GICO JR., 2010, p. 20). A AED positiva auxilia a compreensão da norma jurídica de fato, qual a sua racionalidade, e, também, quais as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção de uma ou outra regra. Com isso, consiste numa abordagem é eminentemente descritiva e explicativa, com resultados preditivos.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que, tendo como finalidade a compreensão de se a proposta de um instrumento legal atinge seu objetivo normativamente pré-determinado, é necessário se fazer uso de uma ferramenta analítica descritiva. O argumento central da AED positiva é o de que a microeconomia pode oferecer métodos consistentes para desenvolver essa análise de meios e fins. Dessa maneira, quando um pesquisador de AED utiliza seu instrumental para realizar uma análise positiva, pratica a ciência econômica aplicada ao

direito. Nesse momento, o jurista positivista não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de uma determinada decisão que deverá ser tomada. No máximo, o pesquisador conseguirá identificar as possíveis alternativas normativas, se serão textuais, com técnicas hermenêuticas, ou se poderá investigar as prováveis consequências de cada uma das opções, aplicando-se AED, e comparar a eficiência de cada solução possível, com uma análise custo-benefício (GICO JR., 2010, p. 20). Com isso, os fundamentos teóricos mais úteis para análise podem ser encontrados na Teoria dos Custos de Transação, de Ronald H. Coase; na Teoria da Escolha Racional; e, finalmente, na Nova Economia Institucional.

Por sua vez, a AED normativa está direcionada a um critério de escolha. Entre diversas possibilidades, auxilia na adoção da opção mais eficiente, ou seja, induzindo a opção pelo melhor arranjo institucional dado um valor previamente definido. Estabelecidas diversas maneiras de se alcançar uma determinada finalidade, permite que se conheça qual a opção menos custosa, de forma a indicar aquela mais eficiente. Deve-se registrar, entretanto, que uma maneira de se encarar a AED normativa, uma vez, conforme ressaltado anteriormente, a AED não se propõe a dar respostas definitivas para dilemas normativos (SALAMA, 2008, p. 10-11). A AED consiste em uma abordagem aos problemas legais que tem como uma de suas principais características o fato de não ser doutrinária.

A Economia, ou qualquer outra linha de pensamento, não pode compelir um determinado julgamento moral. Assim, a Ciência Econômica é completamente neutralizada, neste parâmetro, objetivando, no debate moral e político-jurídico, preocupar-se para consequências e implicações, que os indivíduos que ignoram o método econômico geralmente não percebem. Entretanto, o que os indivíduos decidem a partir do momento em que tomam conhecimento de tais consequências corresponde somente à sua liberdade de manifestação. A função da abordagem econômica seria, assim, a de tão somente visualizar as consequências de determinadas instituições, ainda que não sejam adversas ou custosas (POSNER, 1998, p. 2).

A AED é uma teoria sobre comportamentos, e não um parâmetro de avaliação de condutas. Dessa maneira, não se deve, portanto, confundir um método de análise realizado pela disciplina com um julgamento de valor. O principal objetivo da AED não seria igualar a eficiência à justiça, mas realizar uma busca de como a justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios realizados por uma análise econômica (GICO JR., 2010, p. 20). A maioria dos estudantes e pesquisadores de AED define que, apesar das diversas escolas, as ferramentas utilizadas para se realizar uma interação entre Direito e Economia são as mesmas, alterando-se, somente, o método pelo qual são aplicadas. Ainda assim, mantém-se o mesmo objetivo, qual seja, o de aplicar à ciência jurídica ferramentas econômicas visando maior eficiência (PARISI; KLICK, 2003, p. 432).

Nesse contexto, estão, dentre as primeiras características de uma AED: a) a rejeição do entendimento de estudantes e pesquisadores de Direito tradicionalistas, que o consideram um ramo autônomo e alheio às realidades sociais, ou seja, uma ciência completamente isolada das demais; b) a utilização das ideias e métodos de outras disciplinas na análise da realidade jurídica, principalmente a Economia e a Sociologia; e, finalmente, c) a reação ao convencionalismo ou tradicionalismo, uma concepção dominante até a década de 1960, que tinha como tese fundamental o anti-reducionismo à filosofia, à política e à economia, bem como uma rejeição ao raciocínio abstrato e a hostilidade em relação ao conhecimento e à ciência exata (ALVAREZ, 2006, p. 58).

Tradicionalmente, os integrantes da academia jurídica iniciam as suas análises partindo do pressuposto de que o Direito é composto por normas e seu objeto prioritário de pesquisa é identificar o conteúdo e o alcance dessas normas. É por isso que um jurista tradicionalista, preocupado com a preservação do patrimônio histórico-cultural, poderia discutir se “cultura” integra o conjunto de significados associados à expressão “meio ambiente”, e, se a resposta for positiva, se prédios históricos gozam da mesma proteção e limitações impostas pelas leis ambientais para áreas verdes (GICO JR., 2010, p. 21). O estudioso da AED, por sua vez, tem como principal característica considerar o direito enquanto um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que determinam os seus comportamentos em função de tais incentivos.

Seguindo-se o mesmo exemplo de proteção ao patrimônio histórico-cultural, um juseconomista faria os seguintes questionamentos: a) como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico), que não incide sobre o patrimônio cultural e, também, b) como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos (seja essa mudança realizada por alteração legislativa, por modificação de entendimento jurisprudencial, entre outros), na tentativa de se provar como eles passariam a se comportar (realizando a prognose). Assim, respondendo a essas perguntas (análise positiva), o juseconomista aventuraria-se numa análise normativa, tal como se verificá mais adiante, em subtítulo próprio.

Se tivesse de ser definido o objeto da Economia, provavelmente seria constituído como sendo todos os fenômenos sociais que envolvem escolhas sobre a utilização de recursos escassos. Com isso, inevitavelmente, muitos destes fenômenos são também estudados por outras disciplinas sociais, como o Direito, proporcionando uma análise precisa com a utilização de ferramentas econômicas comuns (e, também, outras específicas, se existirem). O que distingue a Economia do Direito, ou de outras ciências sociais, portanto, não é o seu objeto, que, conforme mencionado, podem coincidir, mas o método utilizado para se

conseguir seus objetivos. O método da Economia consistiria, sucintamente, nos três seguintes princípios: a) o primeiro é o de que os agentes econômicos, ou seja, as pessoas que fazem escolhas, atuam de forma racional; b) o segundo é o de que comportamentos coletivos se deduzem das escolhas individuais; e, finalmente, c) o terceiro princípio é o de que a eficiência é, no plano normativo, o critério fundamental para se avaliar a ação humana (RODRIGUES, 2007, p. 12).

Entretanto, por mais simples que possa ser a ideia de se aplicar ao Direito ferramentas eminentemente econômicas, não é uma tarefa possível exclusivamente ao estudo tradicional, uma vez que, para ser capaz de compreender como se comporta o agente e tentar prever suas reações e mudanças em sua estrutura de incentivos, é necessário que se tenha à disposição uma teoria sobre o comportamento humano, inexistente na Ciência Jurídica, mas existente na Economia (GICO JR.; 2010: 22). E é o que fazem os juseconomistas, emprestando a teoria sobre o comportamento humano ao Direito, e proporcionando a aplicação da AED.

O método econômico, por sua vez, baseia-se em alguns postulados, que, uma vez adquiridos pelo juseconomista, facilitam a análise econômica dos fatos jurídicos (GICO JR.; 2010: 22-23), quais sejam:

a) Escassez: os recursos da sociedade são escassos, ocasionando, com isso, problemas econômicos, tendo em vista a insaciável vontade humana. Não sendo escassos os recursos, não haveriam problemas econômicos. E o mesmo ocorre com o Direito. Se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, e, sem conflitos, não haveria necessidade do Direito, uma vez que todos cooperariam por sua própria vontade. A escassez dos bens promove à sociedade a escolha entre alternativas possíveis e excludentes.

b) Custo de Oportunidade (custos de transação): todas as escolhas pressupõem um custo, que consistem exatamente na segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. Com isso, uma vez que determinado indivíduo, por exemplo, decida comprar caças para fortalecer a Aeronáutica, abdicará de outra alocação que esses recursos poderiam ter.

c) Racionalidade Maximizadora: com escolhas a serem realizadas, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa. Dadas as circunstâncias e condições do caso concreto, os agentes adotam as condições que mais lhes agradam, ou seja, que mais lhes trazem bem-estar. Assim, atuam de maneira racional maximizadora.

d) Resposta a Incentivos: dependendo da estrutura de incentivos, mesmo que determinado agente econômico realize suas escolhas, pode ser que tenha de adotar outra conduta, a realiza outra escolha. Assim, faz-se necessário saber que as pessoas respondem a incentivos. E o Direito, da mesma maneira, também atua mediante incentivos, tal como, por

exemplo, o que ocorre na política de incentivos fiscais ou, ainda, com a diminuição ou majoração de penais. Por responderem a incentivos, as pessoas geram uma reação na Ciência Jurídica, tornando-o útil e formador de regras jurídicas buscando a segurança e a paz social.

e) Mercado: com as pessoas respondendo a incentivos, o comportamento dos agentes pode ser colocado em um contexto hierárquico ou mercadológico. No primeiro caso, a interação entre os agentes é regida por regras de comando, como ocorre nas relações de emprego, relação familiar ou uma hierarquia militar. Entretanto, no segundo caso, quando a conduta é resultante da livre interação entre os agentes, ocorre o mercado.

Equilíbrio: quando a interação social dos agentes se dá no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas, ou seja, barganhas (que não necessariamente precisam ser pecuniárias), até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos (os custos de transação seriam eliminados), momento a partir do qual não ocorreriam mais trocas. Assim, encontra-se o equilíbrio, que consiste no conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes.

Muitas são as ferramentas econômicas que podem ser úteis em uma Análise Econômica do Direito, mas, almejando facilitar entendimento acerca da aplicação prática dessas ferramentas econômicas ao Direito, tratar-se-á da temática central do trabalho a partir de alguns exemplos, com a aplicação de algumas ferramentas econômicas, a serem explicadas no decorrer da argumentação utilizada para sua fundamentação.

2 A METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA À CULTURA: A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE NA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL AMBIENTAL, ENQUANTO PROPRIEDADE PÚBLICA, CONTRA UMA “TRAGÉDIA DOS COMUNS”.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, veio a ampliar o conceito de patrimônio cultural, e, com essa medida, abriu novas possibilidades de cotejo, com relação à diversos diplomas que tratavam da temática, tal como, por exemplo, o Decreto-lei de nº. 25/1937, que dispõe, especificamente, do instituto do tombamento e do registro.

O artigo 216 do texto constitucional traz, além da referência à preservação de bens materiais e imateriais, cinco incisos com grupos de bens que são protegidos. São eles, as formas de expressão (inciso I); os modos de criar, fazer e viver (inciso II); as criações científicas, artísticas e tecnológicas (inciso III); as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais (inciso IV) e, por fim, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico,

paleontológico, ecológico e científico (inciso V). Esses elementos, por sua vez, constituem um rol exemplificativo entre as possíveis manifestações que podem ser consideradas como integrantes do patrimônio cultural brasileiro (RODRIGUES; ALMEIDA, 2012, p. 134), como se pode inferir da expressão “nas quais se incluem” adotada pelo constituinte, o qual abriu, assim, a possibilidade de outras manifestações que venham a ser preservadas.

Pode-se, assim, afirmar que o patrimônio cultural brasileiro (modo de preservar os valores das tradições, da experiência histórica e da inventividade artística) compreende o patrimônio cultural nacional, integrado pelos bens de interesse nacional; o patrimônio cultural estadual, integrado pelos bens culturais de interesse apenas do Estado interessado; e o patrimônio cultural municipal, de interesse de cada Município que o tenha formado (SILVA, 2001, p. 101). Quando ampliou o conceito de patrimônio cultural brasileiro em seu artigo 216, o texto constitucional o reconheceu como um bem difuso, indicando a sua preservação não somente pelo Poder Público, mas também pela comunidade (RODRIGUES; ALMEIDA, 2012, p. 135). Assim, se constitui num domínio preenchido por todos os elementos de fruição, como o uso e gozo do bem objeto do direito, sem o comprometimento de sua integridade. Dessa maneira, outros titulares, inclusive aqueles que pertencem a gerações que ainda estão por vir, podem também exercer com plenitude o mesmo direito.

Com isso, consiste o patrimônio cultural de potencialidade atemporal, podendo servir como elo de gerações e extinguindo as barreiras presentes entre o passado e o futuro, garantindo, assim, todo um legado para a sociedade brasileira (RODRIGUES; ALMEIDA, 2012, p. 134). E é tratando da importância de uma preservação do patrimônio cultural, mas, principalmente, dos direitos culturais que Antonio E. Pérez Luño afirma que não se pode dar o exercício da liberdade e um funcionamento efetivo da democracia quando não se possui um substrato cultural e educacional que os fortaleça, pois qualquer forma de progresso econômico, político e social exige, para a sua caracterização, como requisito indispensável, a difusão da cultura e, com ela, a liberdade de conhecer e a capacidade de julgar (LUÑO, 2011, p. 195).

A partir de uma análise jurídico-econômica do patrimônio cultural, entretanto, verifica-se que, não somente o valor social dessa categoria de bens, concretizado no instituto da função social da propriedade, é relevante para a sua preservação. Mas, da mesma forma, a utilização da metodologia própria e diferenciada da Análise Econômica do Direito pode, em muito, auxiliar à sua proteção.

2.1 Propriedade Pública e Privada: a dicotomia como uma estrutura diferenciada de negociações

A maioria dos estudos acerca do instituto da propriedade, em sede de Análise Econômica do Direito, parte do pressuposto de que os bens sujeitos à restrição proprietária são “bens privados”, ou seja, bens que apresentam, por sua natureza, características próprias, mas que, geralmente, não correspondem à mesma categoria de bens a que pertencem o patrimônio cultural. Conforme ressaltado anteriormente, pode-se estabelecer que a natureza dos bens de patrimônio cultural é similar a de bens públicos. São elementos culturais que fornecem o acesso irrestrito a todos e, mesmo quando restrito por determinada condição, não perdem sua característica de bens públicos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que os bens públicos, em geral, apresentam duas características diferenciadas, mas indissociáveis: a) não exclusividade e b) não rivalidade. Bens não-rivais são aqueles em que, para qualquer nível específico de produção, o seu custo marginal é praticamente eliminado para um consumidor adicional. Com isso, o custo adicional proveniente de uma pessoa a mais utilizar esse mesmo bem é próximo ao nulo, o que acontece, por exemplo, em situação de escassez de um bem como o ar ou até mesmo a segurança pública (COOTER; SCHÄFFER, 2011, p. 212).

A rivalidade, portanto, pode ser conceituada como sendo o consumo de um bem por um indivíduo, deixando menos desse bem para o consumo de outra pessoa. Por outro lado, a exclusividade pode ser compreendida como a exclusão de um indivíduo que consumir, ao mesmo tempo, um bem que está sendo utilizado por outro indivíduo. Pode-se estabelecer, dessa maneira, que os bens privados, quando analisados economicamente, são bens rivais e excludentes. Com isso, se um mesmo automóvel está sendo utilizado por um determinado indivíduo, não pode ser utilizado por outro para trafegar em direções opostas, tendo em vista, principalmente, por suportar um único motorista. O automóvel, dessa maneira, deixa menos (ou praticamente nada) de utilização do bem para o outro motorista, que quer ir em direção oposta. A não-exclusividade significa que a utilização de um bem por um indivíduo não exclui outros indivíduos de o utilizarem, ao mesmo tempo (o que, por si só, não seria fácil de se fazer), aqueles que não desejam retribuir pela utilização do bem, poderão usá-lo.

Pode-se citar uma série exemplos para ilustrar como os bens públicos qualificam-se como não-rivais e não-excludentes. Na prestação do serviço de segurança nacional contra ataques aéreos, se uma companhia privada fosse a prestadora do serviço, aqueles cidadãos que desejassem ser protegidos deveriam pagar uma quantia mensal ou anual para que o serviço fosse a eles prestado (custo pela proteção). Em uma mesma rua, alguns moradores iriam contratar o serviço e, assim, pagariam à companhia prestadora, enquanto que outros moradores vizinhos, entretanto, agiriam oportunamente e não contratariam o aludido serviço (COOTER; SCHÄFFER, 2011, p. 212-214). Agindo dessa maneira, mesmo aqueles

que não adquiriram o serviço seriam protegidos tanto quanto aqueles que contrataram o serviço, em razão da dificuldade de se excluir os moradores que não contrataram o serviço de receber proteção, uma vez que a companhia prestadora do serviço, ao proteger os moradores contratantes, estaria, automaticamente, protegendo os moradores não-contratantes (*free riders* ou caronistas).

O serviço de vigilância e monitoramento realizado para o contratante do serviço de segurança contra ataques aéreos abrange as intermediações dos contratantes, e, tendo em vista ser o espaço aéreo contínuo, protegeria, necessariamente, as casas vizinhas. Os vizinhos, dessa maneira, não pagariam pela proteção, tendo em vista que já a recebem gratuitamente. Assim, tem-se que a exclusão daqueles que não pagaram pela prestação do serviço é demasiadamente custosa, pelo fato de ser mais compensatória a sua proteção automaticamente. Aqueles que não contrataram o serviço seriam os denominados *freeriders*, ou seja, adquiriam o serviço sem pagar por eles. Essa medida faz com que a companhia privada não tenha incentivos para prestar esse tipo de serviço e, então, a quantidade ofertada do mesmo seria abaixo de um nível ótimo (ou sequer seria oferecida). Tal serviço, inevitavelmente, ficaria a cargo do Poder Público, como, de fato, ocorre no Brasil e em muitos outros países.

O mesmo ocorre no caso da luz dos faróis. Pelo fato de um navio utilizar-se da luz de um farol para determinar a sua posição, em nada se reduz a possibilidade de outro navio de fazer o mesmo, tendo em vista que não existe uma rivalidade no consumo. Entretanto, o faroleiro não pode excluir nenhum navio da utilização do seu serviço, ou seja, mesmo se cobrasse determinado valor por sua utilização, não poderia evitar que qualquer navio recusasse-se a pagar, e, ao mesmo tempo, utiliza-se do seu serviço (*free riders*). Assim, cria-se um incentivo para que cada navio se recuse a pagar o preço pedido, esperando pode beneficiar-se da luz do farol à custa daqueles que, efetivamente, realizam o pagamento.

Porém, como o incentivo é válido para todos os navios, nenhum deles pagaria pela utilização do serviço. Conclui-se, portanto, que o fornecimento não pode, em condições normais, ser assegurado por uma entidade privada, com base nos mecanismos oferecidos pelo mercado. De forma geral, os bens e serviços públicos (ressalte-se, não-rivais e não-excludentes, por sua natureza) somente podem ser fornecidos por entidades que tenham a possibilidade de garantir (coercivamente ou não, conforme se verá mais adiante), o seu financiamento, qual seja: o Estado (RODRIGUES, 2007, p. 70-71).

Capaz de instituir, majorar, reduzir e reestabelecer tributos, o Estado adquire, ao lado do poder de polícia que lhe é fornecido, a posição como o candidato mais adequado para a concretização de proteção à propriedade pública. Pode-se afirmar, assim, que a justificação

econômica para a existência de propriedade pública consiste na incapacidade do mercado em garantir o fornecimento de certos bens e, em particular, daqueles que a Economia designa como bens (ou serviços) públicos, baseado, principalmente, em suas características não-rivais e não-excludentes (RODRIGUES, 2007, p. 70). Com a inserção da propriedade privada, tem-se definido quem é o proprietário de determinado bem, o que proporciona, a alocação de recursos à produção, o que faz, por sua vez, com que ocorra a disseminação de renda, que aumenta o bem-estar da sociedade (TIMM; CAOVILLA; BRENDLER, 2011, p. 89) ou ainda, formalização da propriedade privada e sua defesa pelo Estado através do ordenamento jurídico fazem com que o proprietário gaste mais forças tentando concentrar-se na produção para produzir renda do que para defendê-la (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 68).

Direitos de propriedade adequadamente garantidos fazem com que se diminuam as externalidades, que pode ser positiva (geração de um benefício) e negativa (causação de um dano) em que o proveito não é usufruído por quem o gerou e o custo não é suportado por aquele que o causou (RODRIGUES, 2007, p. 71-72). Os custos, quando não há a proteção dos direitos de propriedade, o agente causador do dano não leva em consideração os custos provenientes de suas ações, e, ao não recaírem sobre o ofensor da propriedade a responsabilidade pelo dano causado, não existem incentivos para que reduza o mesmo dano (TIMM; CAOVILLA; BRENDLER, 2011, p. 90).

Dessa maneira, a externalidade negativa (a causação do dano) somente aumenta, estando acima do ótimo, com o dano causado e ninguém responsabilizado. E não se deve esquecer, porém, que o detentor da propriedade suporta todos os benefícios e custos originados por ela. Com o elevado nível de externalidades negativas, ocorre, para a propriedade, sua internalização.

2.2 A “tragédia dos comuns” como elemento determinante na escolha: a eficiência e os direitos de propriedade na indústria de ostras nos Estados Unidos da América

Os bens de propriedade privada, enquanto devidamente estabelecidos, proporcionam a alocação dos recursos à produção, o que é incentivado com a proteção pelos direitos de propriedade pelo ordenamento jurídico, fazendo com que o bem-estar da população resulte mais elevado do que quando ocorra a dissipação da renda, que consiste na retirada de recursos da produção e a sua destinação à atividade expropriadora. Nesse contexto, a formalização da propriedade privada e a sua defesa pelo ordenamento jurídico permitem que, ao invés de gastar parte do seu tempo defendendo o que possuem, os indivíduos podem se concentrar em produzir e gerar renda, ou seja, as instituições são determinantes e interagem com a Economia (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 95). Nos bens de propriedade pública, não seria a escassez do

produto que exigiria a atribuição de direitos de propriedade, mas a necessidade de se estabelecer uma política adequada de sua proteção. Se assim não atuarem os agentes econômicos, ocorrerá a denominada “tragédia dos comuns”.

A “tragédia dos comuns” ocorre quando os direitos de propriedade sobre determinado ativo produtivo não são propriamente assinalados, e, assim, não podem ser tornados válidos e respeitados. Exemplo tradicional da tragédia dos comuns é o do pecuarista. Em um campo de pasto cuja propriedade seja comum, todo pecuarista que quisesse levar o seu gado para ali poderia fazê-lo livremente, sem que tivesse de pagar por isso. E, imediatamente, um pecuarista questionaria como o acréscimo do seu rebanho seria benéfico para a maximização dos seus ganhos. Agindo racionalmente, visando maximizar os seus ganhos, o pecuarista gerará um problema de externalidade, tendo em vistas que não leva em consideração, no processo de tomada de sua decisão para incrementar o seu rebanho, os custos sociais provenientes do aumento. O pecuarista somente age assim uma vez sabendo que, por se tratar de um recurso comum, podendo ser utilizado por todos, o custo de sua atividade será suportado, pelo menos imediatamente, mais pelos outros pecuaristas do que por ele próprio.

O problema demonstra-se no fato de que, se o pasto consiste numa área comum, podendo ser utilizada por todos sem nenhum custo, outros pecuaristas o fariam, principalmente sendo irrisório o custo para incrementar o rebanho em uma unidade e levar um animal a mais para o pasto comum, e em razão de o custo gerado não ser suportado por quem o originou, a tendência é que todos os pecuaristas que se valem do recurso comum assim atuem. O pecuarista, ainda, não tem incentivos para levar em conta o quanto a sua própria atividade afetaria a dos demais pecuaristas e a do próprio pasto. Dessa maneira, constata-se que visava tão-somente maximizar o seu interesse, alterando o mercado e o seu equilíbrio, transformando-se em uma tragédia, tendo em vista que o recurso que anteriormente era comum, com livre acesso a qualquer pessoa, e devidamente suficiente, passa a ser comum e escasso.

Diversos outros exemplos podem ser citados para se ilustrar a influência da “tragédia dos comuns” na escolha entre uma propriedade privada e uma pública. É o caso, por exemplo, dos bancos de ostras ao longo das costas do oceano Atlântico e do Golfo do México nos Estados Unidos da América. Em um estado inicial de sua vida, as ostras aderem-se permanentemente a pequenas rochas ou a algum material subaquático. Essa aderência permite, assim, que se estabeleçam direitos de propriedade privada de ostras para operadores de pesca comercial (COOTER; ULEN, 2010, p. 157).

Os estados situados ao longo das costas do oceano Atlântico e do Golfo do México que detêm um sistema de pesca às ostras não acordaram, em um determinado período de pescas, no ano de 1969, um único sistema de direitos de propriedade sobre as ostras. Enquanto alguns estados determinaram que as áreas subaquáticas que apresentem ostras que tendem a se congregar, devem ser propriedade comum para colhedores de ostras (qualquer um pode tirar ostras dessas áreas, e nenhum deles poderá excluir ao outro, ou seja, não-rivalidade e não-exclusividade). Outros, porém, definiram que essas áreas devem estar disponíveis para arrendamento privado por parte do Estado, e que o arrendatário adquirirá os direitos usuais de excluir e transferir, com algumas limitações (AGNELLO; DONNELLY, 1975, p. 512).

A diferenciação de sistemas adotados pelos estados permite que se compare a eficiência dos sistemas de propriedade privada e pública. Tendo como referencial, por exemplo, a produtividade da mão-de-obra utilizada (produção por pessoa/hora nas pescas a ostras), pode-se afirmar que o sistema de propriedade privada alcançou melhores resultados. Dessa forma, se todos os sistemas fossem privados em 1969, a renda média do colhedor de ostras teria sido até 50% mais elevada do que era, o que implica uma perda considerável de bem-estar devido à propriedade pública (AGNELLO; DONNELLY, 1975, p. 512). O exemplo dos bancos de ostras ilustra perfeitamente a exaustão de um recurso de acesso público por sua utilização excessiva, ou seja, uma “tragédia dos comuns”, em que um recurso natural de acesso irrestrito apresenta uma lógica implacável, e com um final digno de uma tragédia grega (COOTER; ULEN, 2010, p. 157).

O principal objetivo dos direitos de propriedade privada é encorajar a produção, desincentivar o roubo e reduzir os custos para proteger os bens. Uma vez bem assinalados, diminuem-se as externalidades sobre o bem, fazendo com que o titular desses direitos dê a melhor destinação àquilo que titulariza, maximizando a sua utilidade, porque preferirá mais gozar dos seus benefícios do que suportar os seus custos (COOTER; SCHÄFFER, 2011, p. 212-213). A inclusão de uma unidade a mais, tal como realizado pelo pecuarista, nos exemplos anteriores, gera mais ganhos do que perdas para aquele que a insere. Em contrapartida, a racionalidade impõe que a inserção continue sendo feita de maneira irrestrita, para fins de colher os ganhos da exploração do recurso comum. E isso ocorre porque, se o agente assim não proceder, outros o farão.

É por isso que a racionalidade coletiva levará ao incremento cumulativo e à ruína do recurso escasso, tendo em vista a liberdade de acesso. Com isso, essa a liberdade funciona como um elemento prejudicial ao mercado, quando não aproveitado racionalmente, e promove a “tragédia dos comuns” (ARAÚJO, 2007, p. 63).

2.3 A proteção ao patrimônio cultural ambiental a partir da análise econômica do direito: a mesma finalidade por intermédio de meios diferenciados

A “tragédia dos comuns”, por sua vez, quando aplicada na prática, pode levar à destruição uma série de bens e recursos que, naturalmente, são considerados pela Economia como escassos, e pretendidos por muitos indivíduos, que apresentam, entre diversas características, uma vontade insaciável. Na prática, um bem, em particular, pode fazer com que todo um conjunto ecologicamente equilibrado apresenta condições similares à de uma destruição em massa.

É o caso, por exemplo, da Ilha de Páscoa (Rapa Nui). Isolada no Oceano Pacífico, a pequena ilha, colonizada pelos Polinésios durante séculos, desenvolveu-se sobre uma vegetação formada por árvores rasteiras, que foram usadas por seus habitantes, durante anos, como abrigos, para fazer ferramentas e barcos de pesca, combustível, comida, cordas e armamentos, bem como roupas. Ao utilizarem esses recursos, eminentemente escassos, os Polinésios desenvolveram uma impressionante civilização para sua era, e com uma tecnologia capaz de produzir e mover largas estruturas de pedra, inclusive suas famosas estátuas, as *moai*, que consistem em representações humanas. Entretanto, os habitantes da Ilha de Páscoa utilizaram dos recursos disponíveis em seu território de forma indiscriminada e, conseqüentemente, de uma forma muito mais acelerada do que elas eram plantadas ou nasciam. Dessa forma, sem as árvores, os habitantes não podiam mais caçar e, muito menos, pescar peixes. Sem a vegetação para absorver e devolver ao meio ambiente a água, por intermédio de processos próprios, os pastos e os campos secaram, ficando, assim, expostos ao sol e à erosão do solo.

Quando, décadas depois, os holandeses exploraram a Ilha pela primeira vez, encontraram aproximadamente apenas 2.000 (dois mil) habitantes, sobrevivendo sob condições próximas às primitivas em um solo destruído e sem condições de plantio. A população viveu, durante séculos, sob condições favoráveis, e com um meio ambiente equilibrado, mas a utilização dos recursos escassos sem qualquer regramento trouxe, consigo, a ausência de alimentos e períodos de dificuldade, ou seja, consiste a Ilha de Páscoa em uma representação de uma “tragédia dos comuns” aplicada à prática.

Como, então, pode ser protegido o patrimônio cultural ambiental, por intermédio de uma Análise Econômica do Direito? Para que se possa compreender a problemática da sustentabilidade do meio ambiente e, conseqüentemente, do patrimônio cultural ambiental, faz-se necessário que se analise os tipos econômicos de propriedade, mas, não somente a classificação entre público e privado, estudada anteriormente, mas, também, os tipos mistos, que são os recursos comuns e os monopólios naturais (VERA, 2012, p. 220).

Em suma, os bens públicos são aqueles que apresentam suas características distintas, indissociáveis, quais sejam: a não-exclusividade e a não-rivalidade. Sendo não exclusivos, o produtor ou prestador de serviços não poderá excluir terceiros. Assim, para que um indivíduo possa ter incentivo de produzi-lo no mercado, precisará cobrar pelo uso do bem, tendo por objetivo excluir os *free-riders*, ou caroneiros. Pode-se citar, como exemplo, o caso retromencionado do farol e a utilização da luz pelos navios, ou, ainda, o dos fogos de artifício, que são visualizados por todos, sendo uma tarefa difícil, por não dizer impossível, cobrar a todos. Por ser não rivalizado, o bem público poderá ser utilizado por dois ou mais indivíduos ao mesmo tempo. As mesmas características encontram-se quando da utilização de uma praça pública. Como o mercado é insuficiente para a manutenção dessas categorias de bens, cabe ao poder estatal, no exercício do seu poder de império, universal, auto-organizado e legítimo, fornecer bens públicos para a comunidade.

Os bens de caráter privado, por sua vez, são aqueles que podem ser determinados pelo mercado, em razão de sua característica rival (se determinada pessoa está dirigindo um veículo, ninguém mais poderá fazê-lo simultaneamente) e exclusivos (o detentor do bem poderá excluir a sua utilização por terceiros, com o exercício, por exemplo, de uma cobrança de determinado valor para se estacionar no seu estabelecimento). Por sua vez, os dois outros tipos, considerados como mistos, são aqueles que preenchem apenas uma das condições próprias dos outros tipos de bens, ou seja, somente serão não rivais (ou rivais) ou somente serão não exclusivos (ou exclusivos).

Os monopólios naturais podem ser conceituados como aqueles que adquirem potencialidade de dominar o mercado, principalmente quando atingem uma elevada incidência social, mas que sofrem, da mesma forma, controle estatal, em razão do interesse da coletividade. É o caso, por exemplo, das transmissões de televisão a cabo, também denominadas de redes de televisão “fechadas”. Existe um número extenso de consumidores (que não são rivais, e consistem em públicos), mas é facilmente possível realizar a cobrança pelo serviço (o bem é exclusivo, mesmo que os consumidores consistem em um público não disputável). Diferentemente dos monopólios naturais, os recursos comuns também preenchem apenas uma única condição, qual seja, a da não exclusão, como os bens públicos. Por outro lado, são recursos escassos e, portanto, esgotáveis e, portanto, são perfeitamente rivais, tal como os bens de natureza privada.

É a partir desse contexto que ocorre uma “tragédia dos comuns”. Tratam-se de recursos comuns, que não excluem terceiros e que, ao mesmo tempo, encontram-se como perfeitamente rivais, com cada um dos indivíduos podendo utilizá-los. Se a prática for exercida de maneira indiscriminada, ocorrerá a tragédia, com a promoção da escassez de

recursos e prejuízos ao bem. Analisado sob o enfoque da teoria dos jogos, a “tragédia dos comuns” assemelha-se ao dilema do prisioneiro, discutido anteriormente, ou seja, um jogo cooperativo, somente solucionado a partir da cooperação entre os indivíduos envolvidos. Quando o número de agentes é muito extenso, e existe uma dificuldade de comunicação entre eles, bem como ausente uma organização, a cooperação é prejudicada, e todos perdem, ficando com a segunda melhor opção (VERA, 2012, p. 221).

A mesma exemplificação pode ser encontrada na terra de pastagem nas montanhas da Islândia. Para que fossem divididas as pastagens montanhosas entre proprietários individuais, exigiria-se que aquelas fossem cercadas, o que é, sob a ótica econômica, proibitivamente caro. Enquanto isso, as pastagens são de propriedade comum, ou seja, um recurso comum, e cada aldeia detém diferentes pastagens que são separadas por características naturais, como lagos e picos de montanhas. Se cada indivíduo na aldeia pudesse colocar quantas ovelhas quisesse na pastagem comum, os prados poderiam ser destruídos e gastos pelo uso excessivo, ou seja, aplicar-se-ia uma “tragédia dos comuns” (COOTER; ULEN, 2010, p. 158).

Os próprios indivíduos evitaram esse panorama, adotando regras para proteger e preservar as pastagens por si mesmo, tão eficazes quanto a própria governança. As ovelhas são levadas para pastar na pastagem comum nas montanhas durante o verão, e depois são levadas de volta para propriedades rurais individuais nos vales, enquanto não cessa o inverno. Assim, o número total de ovelhas máximas permitido durante o verão é ajustado constantemente, e cada membro recebe uma quota do total, que é proporcional à quantidade de terra cultivada em que planta feno para alimentar as ovelhas no inverno (EGGERTSSON; 1990, p. 19-20). Pode-se aplicar o dilema para resolver (ou ao menos tentar) algumas questões, como, por exemplo, o do desmatamento da Amazônia, que, há algumas décadas, sofre com os desmatamentos excessivos de uma prática predatória sem limites ou fiscalização precisa por parte do Estado brasileiro.

Se as terras comunais ou públicas fossem convertidas em propriedades privadas, cuja responsabilização seja internalizada (cada dono protege e cuida do que é seu), poderia resolver o problema em casos isolados, mas não significaria, por muito, que a sua totalidade alcançasse sucesso. Da mesma forma, se o Estado optasse por transformar (tal como, geralmente, o faz) os bens de recursos comuns em propriedade de proteção ambiental ou reservas florestais, áreas que, por sua natureza, têm muitos indivíduos interessados, a propriedade pública demonstra-se como sendo ineficiente para monitorar a exploração não sustentável. O papel do Estado consiste na garantia aos proprietários de incentivos para se inovar, ou seja, investir de modo a tornar as suas propriedades produtivas, o que, ao mesmo

tempo, gera empregos e respeita o meio ambiente. Mas a problemática está na “tragédia dos comuns”, que assola diversos recursos comuns pelo planeta.

Para tanto, como resolver esse panorama? Sem maiores estudos torna-se uma árdua tarefa a definição de um único problema, mas, pode-se citar, por exemplo, a ausência de cooperação entre os agentes ou, em outros termos, a ausência de cooperativismo baseado em uma confiança mútua. Nesses casos, a internalização da responsabilidade apresenta-se como difícil e confusa, porque o direito ou dever de propriedade não é bem definido ou, mesmo quando regulamentado, não é devidamente protegido. Assim, pode-se fazer uma analogia com um dormitório universitário, tal como aqueles frequentemente encontrados nas universidades e faculdades nos Estados Unidos da América. São vários indivíduos que moram em um único condomínio, e todos querem morar em um meio ambiente limpo. Para cada um dos quartos, torna-se facilitado o controle e, também, a limpeza, porque a responsabilização é bem delimitada, ou seja, cada um limpa o seu (VERA, 2012, p. 222).

Entretanto, o problema ressurgue quando analisa-se o caso a partir de uma responsabilidade coletiva, mas que, ao mesmo tempo, é, também, individual. A definição da responsabilidade é confusa, e mesmo que todos queiram um ambiente limpo, se somente alguns assumem as funções de limpeza, não serão incentivados a continuá-la ou mesmo fazê-la, tendo em vista que não irão esforçar-se para privilegiar aqueles que nada fizeram (ALSTON; LIBECAP; MUELLER, 1996, p. 25-61). A mesma sistemática pode ser aplicada ao Estado brasileiro. A propriedade é regulamentada, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito fundamental do indivíduo, conforme disposição do seu artigo 5º, inciso XXIII. Assim, a regulamentação existe, mas o seu respeito, na maioria dos casos, não é cumprido, em muito por causa de uma fiscalização ou cumprimento de normas ineficientes.

Nesse contexto, se as normas existem, mas não são cumpridas, inexistente o dever de cooperação entre os indivíduos. O Estado não cumpre com os objetivos pelos quais legitimaram o seu poder, e os proprietários não se sentem na obrigação de manter um patrimônio cultural ambiental preservado, porque não encontram uma cooperação mútua por parte do ente estatal.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir, diante de todo o exposto, que a Análise Econômica do Direito, com sua delimitação própria, inerente a uma ciência autônoma, ainda que em constante evolução, apresenta uma metodologia singular e que, em muito, pode auxiliar o Direito, tendo em vista que a Economia estuda, precipuamente, a administração de recursos escassos, diante da vontade insaciável de um largo número de indivíduos. A partir da definição dessa

metodologia jurídico-econômica, almejou-se demonstrar como o patrimônio cultural ambiental brasileiro, com a ampliação conceitual realizada pela Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, pode ser protegido, tendo em vista que a mera regulamentação legislativa, por diversas vezes, não é suficiente, sem um cenário adequado para o cumprimento de suas disposições, com a intervenção do Estado, que detém poder de império inerente, direcionado à universidade e auto-organização, de forma legítima.

Nesse contexto, por intermédio da Análise Econômica do Direito, demonstrou-se que, em muitos casos, uma modificação nas instituições de determinada nação, como o Brasil, citado em diversas oportunidades, faz com que cresça o sentimento de cooperação, resultado de uma confiança mútua entre o indivíduo, regulado pelo Direito Privado, e o Estado, propriamente regulado pelo Direito Público, uma vez que o mercado não consegue, por conta própria, realizar determinadas funções. A legislação vigente, assim, não é suficiente para estabelecer um nível de proteção ao patrimônio cultural ambiental de maneira eficiente, exigindo-se, para tanto, uma parcela de participação (ou abstenção, no caso retromencionado dos parques nacionais franceses ou das pastagens nas montanhas islandesas) estatal, gerando, conseqüentemente, uma sensação de confiança mútua e em que o indivíduo se sentirá seguro a realizar a sua parte, confiando, para tanto, que o Estado fará o mesmo.

Portanto, a metodologia econômica demonstra como uma série de outros fatores exerce influência na proteção ao patrimônio cultural, e altera o paradigma de suas análises, deixando de lado um estudo exclusivamente direcionado para o caráter jurídico, mas, também, utilizando-se da Economia para alcançar uma finalidade em comum. Dessa forma, alteram-se os meios, para a finalidade (a proteção ao patrimônio cultural ambiental brasileiro), permanece intacta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGNELLO, R. J.; DONNELLY, L. P. Property Rights and Efficiency in the Oyster Industry. *In: Law and Economics Review*, 521, 1975.

ALSTON, Lee J.; LIBECAP, Gary D.; SCHNEIDER, Robert. The Determinants and Impact of Property Rights: Land Titles on the Brazilian Frontier. *In: Journal of Law Economics and Organization*, 12, pp. 25–61, 1996.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *In: Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n.29. p. 49 a 68, jul/dez 2006.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

COOTER, Robert; SCHÄEFER, Hans-Bernd. *Solomon's Knot: how law can end the poverty of nations*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

_____ ; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da costa, 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

EGGERTSSON, Thrainn. **Economic Behavior and Institutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *In: Economic Analysis of Law Review*, v. I, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

KRAUSE, Martín. **Análisis Económico del Derecho**: aplicación a fallos judiciales. Buenos Aires: La Ley, 2006.

LUNO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PARISI, Francesco; KLICK, Jonathan. Functional Law and Economics: the search for value-neutral principles of lawmaking. *In: Special Workshop on Law and Economics and Legal Scholarship*, 21st IVR World Congress, Lund, Suécia, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. Values and Consequences: an introduction to economic analysis of law. *In: University of Chicago Law School*, Program in Law and Economics Working Paper 53. 1998.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; ALMEIDA, Saulo Nunes de. Breves considerações a Respeito da Isenção Tributária, da Necessidade de Notificação Pessoal no Tombamento Geral e da Natureza Jurídica da Obrigação de Conservar e Reparar a Coisa Tombada. *In: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e (coord.). As Garantias da Propriedade e as Intervenções Estataisevista Conjuntura Econômica*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? *In: Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, mar. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

TIMM, Luciano Benetti; CAOVIALLA, Renato; BRENDLER, Gustavo. A análise econômica da propriedade intelectual: Commons Vs. Anticommons. *In: TIMM, Luciano Benetti; BRAGA, Rodrigo Bernardes (org.). Propriedade Intelectual*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

VERA, Flávia Santinoni. A Análise Econômica da Propriedade. *In: TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Altas, 2012.