

## ***Direito e Economia na noção de ‘direitos de propriedade’***

*Maria Tereza Leopardi Mello,  
Professora adjunta - IE/UFRJ,  
[leopardi@ie.ufrj.br](mailto:leopardi@ie.ufrj.br)*

*Heloísa Lopes Borges Esteves,  
Doutoranda IE/UFRJ  
[hlborges@gmail.com](mailto:hlborges@gmail.com)*

### **Resumo:**

O objetivo deste artigo é discutir as referências teóricas para a análise da questão dos direitos de propriedade numa perspectiva capaz de integrar elementos jurídicos e econômicos de análise, com vistas à formulação de uma metodologia de pesquisa a ser empregada em futuros desenvolvimentos sobre o tema. Neste artigo, analisamos duas questões que podem ser vistas como obstáculos para a construção de uma agenda de pesquisa interdisciplinar: os problemas *de tradução* e as diferenças de planos de análise. Centrado na análise da dimensão jurídica intrínseca ao tema, o artigo argumenta que a compreensão desse tema pode ser consideravelmente enriquecida sob uma abordagem interdisciplinar. Com este objetivo, o trabalho está estruturado em quatro seções, além de uma breve introdução. A primeira seção analisa as diferenças de planos analíticos entre Direito e Economia, questão fundamental para a compreensão das dificuldades de uma abordagem interdisciplinar para o tema. As duas seções seguintes apresentam breves revisões das bibliografias jurídica (seção 2) e econômica (seção 3), enquanto a quarta seção destacar a necessária complementaridade dos aspectos jurídicos e econômicos dos *direitos de propriedade*, discutindo o que se considera como uma abordagem efetivamente interdisciplinar do problema de pesquisa.

### **Abstract:**

*The main goal of this paper is to discuss the literature on property rights from a non-traditional perspective that is able to unite both juridical and economical elements in an interdisciplinary analysis, suggesting a research methodology to be used in future developments. Two aspects of the problem that could be considered obstacles to the construction of a interdisciplinary agenda are analyzed: the translation problems and the differences on the level of analysis of each discipline (law and economics). From the legal dimension inherent to the object (property rights), we suggest that the theme's comprehension may be considerably enriched by the interdisciplinary approach. Therefore, the paper has five sections, its introduction included. The first section examines the distinct analytical views, which is fundamental to understanding the obstacles presented to an interdisciplinary research agenda. Then, the following sections present synthesis of the legal (section 2) and economic (section 3) bibliographies, as well as some comments on the complementary of the economic and legal aspects of property rights.*

## Introdução

Economistas institucionalistas de vários matizes se referem, constantemente, à importância (para o processo econômico) de os direitos de propriedade serem claramente definidos e dotados dos atributos da exclusividade e transferibilidade. Pela sua natureza, o tema dos “*direitos de propriedade*” remete a questões jurídicas e institucionais e seria um objeto bastante propício ao tratamento interdisciplinar. Não obstante, raras são as análises que conseguem tratar elementos jurídicos e econômicos de forma integrada (principalmente no Brasil). No mais das vezes, o máximo a que se chega é uma exposição de duas perspectivas paralelas sobre o mesmo objeto.

O objetivo deste artigo é discutir as referências teóricas da questão dos direitos de propriedade numa perspectiva capaz de integrar elementos jurídicos e econômicos de análise, com vistas à formulação de uma metodologia e de uma agenda de pesquisa interdisciplinar.

Como pretendemos argumentar, os direitos de propriedade possuem uma dimensão jurídica que lhes é intrínseca – e não apenas formal, sem conteúdo relevante –, uma vez que o grau efetivo em que os direitos são definidos e dotados dos atributos de exclusividade e transferibilidade depende de uma combinação de instituições privadas e provenientes do ordenamento jurídico estatal. Por essa razão, a compreensão desse tema pode ser consideravelmente enriquecida sob uma abordagem interdisciplinar, entendida esta como a construção de um objeto e um método comuns para orientar a produção de conhecimentos *que não poderiam ser gerados a partir das duas disciplinas separadamente* (Kirat & Serverin, 2000:18).

Entretanto, as dificuldades para o trabalho interdisciplinar em Direito e Economia são diversas: em primeiro lugar, existe uma série de *diferenças* entre as disciplinas – diferentes linguagens, diferentes planos de análise, diferentes prioridades, diferentes sentidos atribuídos aos mesmos termos – que precisam ser identificadas e compreendidas. Uma análise interdisciplinar deve ser capaz de superá-las – *i.e.*, de uniformizar os conceitos analíticos utilizados e estabelecer canais de comunicação.

É importante notar que as distinções no emprego do termo “direitos de propriedade” por advogados e economistas não se restringe a países de *Civil Law*. Cole & Grossman (2001) e Merrill & Smith (2001), por exemplo, discutem justamente os diferentes empregos do termo encontrados na literatura jurídica e na literatura econômica, embora ambos reconheçam que o judiciário norte-americano vem cada vez mais tendendo a alinhar-se com a definição econômica, abandonando a tradicional literatura jurídica.

Cole & Grossman (2001) indicam que a definição de direitos de propriedade utilizada por economistas, entretanto, por muitas vezes divergir de forma significativa da tradição jurídica, viesando a análise econômica. Isto porque mesmo no sistema anglo-saxão, direitos de propriedade indicam a relação entre pessoas e coisas, tendo a definição destas relações de propriedade sido a principal preocupação não apenas de juristas mas também da jurisprudência norte-americana ao longo do tempo (Cole, 2001).

Muitas vezes economistas em geral “classificam” como direitos de propriedade relações que nem direitos são. Com frequência, o que é denominado pela teoria econômica de direito, na tradição jurídica apresenta-se como um mero privilégio, liberdade ou interesse por parte de um indivíduo. Hohfeld (1913, 1917, *apud* Cole & Grossman, 2001) propôs uma correlação entre o que seriam direitos e aquilo que denominou meros deveres, a qual influencia até hoje a maior parte da jurisprudência norte-americana. O Quadro 1, portanto, indica a relação entre os distintos níveis de relações sociais e suas correlações.

### Quadro 1: Elementos distintivos de direitos e deveres

| Elemento                | Correlação       | Oposto           |
|-------------------------|------------------|------------------|
| Direito                 | Dever            | Não há direito   |
| Privilégio ou liberdade | Não há direito   | Dever            |
| Poder                   | Responsabilidade | Incapacidade     |
| Imunidade               | Incapacidade     | Responsabilidade |

Fonte: Cole & Grossman (2001)

Segundo Hohfeld (1913), só é possível o estabelecimento de um direito quando há um correspondente dever por parte de outro indivíduo ou grupo de indivíduos, de modo que um direito legalmente garantido presume a existência de uma obrigação de não interferência com o exercício daquele direito por parte dos demais membros da sociedade. Por outro lado, as outras relações apresentadas não implicam deveres por parte dos demais membros da sociedade (o fato de um indivíduo deter um interesse ou liberdade em relação a um bem ou serviço qualquer não implica um dever de não interferência por parte dos demais membros da sociedade). Assim, faz-se necessário tornar a utilização dos termos *direitos* e *direitos de propriedade* mais precisas.

Adicionalmente, é necessário investigar relações de causalidade entre elementos jurídicos e econômicos. Afinal, o direito importa? Por que e em que medida? Para responder a essas questões é preciso esclarecer os mecanismos pelos quais o direito afeta variáveis econômicas. No que diz respeito ao nosso objeto do presente estudo – os direitos de propriedade – a questão relevante é saber se e como a existência de determinada configuração de direitos afeta o comportamento dos agentes econômicos titulares de tais direitos e, por decorrência, variáveis economicamente relevantes.

Neste artigo, pretendemos discutir, principalmente, o primeiro conjunto de questões, e apenas propor algumas linhas gerais para uma agenda de pesquisa que aprofunde posteriormente o segundo grupo de problemas.

Começaremos, então, analisando as diferenças de planos analíticos em que se movem as disciplinas do Direito e da Economia, que são responsáveis por uma certa incomunicabilidade entre elas (na primeira seção). Em seguida, efetuamos uma breve revisão da bibliografia jurídica (seção 2) e econômica (seção 3), buscando identificar as noções jurídicas correspondentes aos *direitos de propriedade*, bem como analisar, no âmbito da literatura econômica, as possibilidades de se incorporar a dimensão jurídica do conceito.

Na seção 4, à guisa de conclusão, procuramos destacar a necessária complementaridade dos aspectos jurídicos e econômicos dos *direitos de propriedade*, discutindo o que consideramos uma abordagem efetivamente interdisciplinar do problema de pesquisa.

Nas discussões apresentadas utilizamos o referencial teórico weberiano, que permite tratar com maior precisão os problemas de integração entre Direito e Economia, e que pode, em parte, ser tomado como complementar ao da Economia Institucional.

## 1. As diferenças

A falta de comunicação entre economistas e juristas tem uma explicação ligada, em primeiro lugar, ao recorte analítico das respectivas disciplinas. Além das diferenças óbvias no uso das respectivas linguagens técnicas, uns e outros focalizam diferentes tipos de problemas, priorizam diferentes tipos de questões; no fundo, seguem diferentes *padrões de discurso racional* porque se “movem” em planos de análise distintos: ser e dever-ser.

De um lado, o estudo do direito se preocupa com o significado normativo logicamente correto que deve corresponder ao enunciado verbal da norma, investigando o sentido dos preceitos que se apresentam como uma ordem determinante da conduta, estabelecendo-lhes o sentido lógico-formal e ordenando-os num sistema lógico sem contradições - a *ordem jurídica*, que se refere ao plano do *dever-ser*. Por outro lado, a ordem *econômica* diz respeito ao mundo dos acontecimentos reais, da distribuição de poder efetivo sobre bens e serviços e o modo pelo qual estes se empregam (Weber, 1964:251).

Apresentaremos, brevemente, a seguir, uma análise das dificuldades que os juristas têm para entender as questões colocadas pelos economistas, e *vice-versa*.

### 1.1. O mundo normativo do Direito

A formação tradicional do jurista é fortemente influenciada pela teoria kelseniana, que tenta identificar o que é específico do Direito enquanto disciplina, separando-o de outras preocupações *não jurídicas* (embora com elas possa ter relações).

O Direito, assim “*purificado*”, teria então o seu método de análise e um objeto que lhe é próprio – a preocupação como problemas do mundo normativo, a saber, um sistema de normas abstratas e genéricas<sup>1</sup>, válidas<sup>2</sup> e coerentes entre si, de modo a conformar um ordenamento jurídico dotado de unidade, sistematicidade e completude.

Em princípio, não faria parte do objeto da disciplina a indagação sobre se os destinatários cumprem (ou não) as normas e por que o fazem; menos ainda se dessa conduta resultam os efeitos desejados (e/ou efeitos colaterais) sobre o mundo real. Mais preocupado com princípios e premissas normativos, o jurista muitas vezes despreza os problemas reais decorrentes da aplicação de uma norma, pouco lhe importando o que efetivamente acontecerá em função de certa decisão normativa ou judicial.

Pouco espaço resta, então, para a consideração dos *efeitos reais* das normas, e mesmo quando se reconhece que existam, a relação entre norma e realidade é tida como problemática, algo que não pertence ao mundo estritamente jurídico. A relação “*entre o dever-ser da norma e o ser da realidade natural*” coloca-se na conexão entre *validade* e *eficácia* da norma, reconhecendo-se, contudo, que a eficácia “*é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não, ..., do direito em si*”; em outras palavras, é um atributo do mundo real e não do normativo (Kelsen, 1990:44).

Em suma, o recorte disciplinar leva o sujeito/jurista a centrar sua preocupação na busca de entender e descrever o mundo normativo, não o real; a própria *teoria do direito* é, também ela, uma *teoria normativa*, à medida que “*explica*” como *devem ser* (ou *devem funcionar*) os sistemas jurídicos – e não como tais sistemas realmente funcionam.

Por essas razões, se quisermos discutir as relações entre direito e economia, não podemos nos restringir ao plano normativo; é preciso considerar a *ordem jurídica* não apenas como um conjunto de normas corretamente inferidas, mas no seu sentido sociológico, como um complexo de *motivações efetivas da conduta humana real* (Weber, 1964:252). É este o sentido que adotamos quando nos

---

1 No sentido de que as normas descrevem apenas hipóteses (a produção do direito se separa de sua aplicação) e não se destinam a ninguém em particular (ou se destinam à generalidade das pessoas submetidas ao poder soberano). Essa é uma característica de um tipo de Direito (chamado por Weber de *formal-racional*), geralmente associado ao estado moderno.

2 Condições de validade definem como novas normas devem ser produzidas para fazer parte de um ordenamento jurídico, e são estabelecidas pelo próprio sistema: as normas devem ser produzidas por autoridade competente e de acordo com os procedimentos previstos por outras normas do mesmo ordenamento. Nesse sentido, a condição de juridicidade é completamente auto-referenciada – existem normas para fazer normas. Note-se que a validade diz respeito ao aspecto puramente formal da criação de normas/leis, ao seu enquadramento num sistema hierárquico composto por diversas normas, no qual as normas superiores estabelecem limites materiais e formais à produção de normas inferiores; tais limites constituem os critérios pelos quais se avalia a validade (Bobbio, 1989).

referimos ao sistema jurídico, neste artigo; e é também nesse mesmo sentido que desenvolveremos nossa análise sobre os direitos de propriedade.

### 1.2. O mundo sem instituições dos economistas

Em contraponto às questões apontadas acima, também se verificam inúmeras dificuldades para incorporação de elementos jurídicos à análise econômica. Mesmo que os economistas tenham a vantagem de enxergar as leis como um sistema de incentivos e, desse modo, de privilegiar a consideração dos *efeitos* destas sobre o mundo real, freqüentemente falta-lhes a compreensão da *lógica* de funcionamento do sistema jurídico. Tratam o direito como *instrumento* que, em tese, poderia ser livremente moldado para propiciar determinados fins, ignorando a existência de uma integração *sistemática* entre os componentes de um ordenamento jurídico; questões relacionadas, por exemplo, à *hierarquia* das normas, aos *conceitos* jurídicos fundamentais, às *classificações* operadas nos Códigos, na jurisprudência e/ou na literatura (chamada de “doutrina”, entre os juristas), entre outras coisas, são elementos que determinam o sentido em que uma norma será interpretada e aplicada pelos “operadores do direito”. A compreensão desses elementos é relevante porquanto são eles que determinam o resultado real da aplicação do sistema normativo.

Em parte, creio ser isso que Arida identifica como falta de entendimento sobre a *historicidade* da norma, entendida como *o modo de ser da norma no mundo histórico*, incluindo não apenas como a norma evoluiu historicamente, mas como poderia *vir a evoluir* em circunstâncias diferentes: “*O pensamento econômico encontra dentro de seu próprio movimento os conceitos que lhe permitem captar o efeito da norma sobre a vida econômica; é também capaz de entender a evolução da norma como adaptação às vicissitudes da vida econômica ou como resultante da ação de grupos de interesse; não é, no entanto, capaz isoladamente de compreender a evolução da norma quando decorrente de dinâmicas normativas ou internas ao próprio sistema jurídico.*” Para o autor, é essa a maior lacuna do pensamento econômico sobre o Direito, particularmente quando se trata de fundamentar propostas de políticas econômicas (Arida, 2005: 61).

Essa lacuna apontada por Arida leva a que, para a maioria dos economistas, inclusive os acadêmicos, a lógica jurídica pareça não ter sentido, não ter função socialmente relevante. Daí que conceituações, classificações, princípios e premissas jurídicos passam a ser vistos como elementos que não só não precisam ser conhecidos, como ainda podem ser sumariamente descartados de uma análise “científica”. O problema, aqui, é que são justamente esses elementos que condicionam os efeitos que as normas provocam no mundo real, de modo que quem quer que pretenda analisar os resultados econômicos de instituições jurídicas não pode ignorá-los.

Adicionalmente, mesmo quando preocupados com questões institucionais e com temas característicos do mundo jurídico, os economistas tendem a construir um corpo conceitual próprio *que não necessariamente tem correspondência direta e clara com conceitos similares da área jurídica*. O fato de a esmagadora maioria da literatura de *direito&economia* ter origem em países cujos sistemas jurídicos se baseiam na tradição do direito anglo-saxão – o direito consuetudinário (*common law*) – traz problemas adicionais, quando as análises se referem a institutos jurídicos que não apresentam correspondência direta com aqueles de sistemas baseados na tradição do direito romano (*civil law*), como o brasileiro<sup>3</sup>.

Veremos, em seguida, como isso se conforma na discussão sobre os *property rights*.

---

<sup>3</sup> Chamo a isso *problemas de tradução*, seja por refletir uma diferença de tratamento das disciplinas, seja por refletir uma diferença entre dois tipos de tradição e cultura jurídicas.

## 2. A noção jurídica de direitos de propriedade

“Direitos de propriedade” tal como usado na literatura de Economia Institucional, tem um significado econômico que *não corresponde totalmente* ao direito de propriedade do ponto de vista de nosso sistema jurídico. Neste, a expressão pode levar à impressão de que se trata apenas de direitos reais – aqueles que relacionam um sujeito a uma *coisa*, objeto do direito.

Kirat esclarece essa questão, identificando os direitos de propriedade “... como *direitos subjetivos, socialmente reconhecidos, que se relacionam à fruição de um bem ou de um recurso, e não à sua apropriação privada, que corresponde à categoria da ‘ownership’*: podemos ter um direito a respirar um ar puro (um ‘property right’), mas não somos proprietários do ar que respiramos. A tradução dessas duas noções diferentes que são a ‘property’ e a ‘ownership’ pela mesma expressão de ‘direitos de propriedade’ é fonte de confusão”<sup>4</sup> (grifos nossos) (1999:63).

Mas o que é *direito de propriedade* no sistema jurídico brasileiro? A propriedade é um tipo de direito *real*, que se distingue dos direitos pessoais (ou obrigacionais).

Os direitos reais consistem num *poder direto e imediato de uma pessoa sobre uma coisa*; caracterizam-se pela existência de apenas dois elementos, o *titular do direito* e a *coisa* seu objeto – que pode ser um bem material ou imaterial, móvel ou imóvel. Para que o titular desfrute do bem objeto de seu direito não há necessidade de qualquer intervenção ou intermediação por parte de terceiros; a existência do direito põe a coisa que é seu objeto em relação imediata com o sujeito do direito, sem dependência de ato ou prestação de pessoa determinada (Pereira, 2003).

Uma outra forma de ver a mesma característica é percepção de que um direito real reflete a relação entre uma pessoa e todas as demais. Seu titular – sujeito ativo – tem exclusividade sobre o objeto, e todos os demais membros da sociedade, do lado passivo, estão adstritos a um dever geral de abstenção, ou seja, à obrigação de não perturbar ou prejudicar o objeto do direito real (Cordeiro, 2003). Direitos reais seriam, portanto, caracterizados pela existência de uma obrigação passiva universal, imposta a todos os membros da sociedade, que devem respeitar seu exercício por parte de seu titular ativo.

Como direito real, o direito de propriedade se apresenta como um feixe de direitos elementares decomponíveis, a saber, os direitos de usar, fruir e dispor da coisa objeto do direito. Tais direitos podem ou não estar reunidos nas mãos de um mesmo sujeito. Se outro sujeito que não o proprietário detiver o direito de usufruto, por exemplo, diz-se que o usufrutuário tem um *direito real sobre coisa alheia*.

Os direitos reais sobre coisa alheia se subdividem em diversos grupos, tomando-se em conta a função com que são constituídos, podendo ser distinguidos os direitos de *garantia* (que tem por objetivo conferir a seu titular segurança para o cumprimento de uma obrigação, como por exemplo a hipoteca), de *aquisição* (caso do promitente comprador do imóvel, que tem o direito real à aquisição da coisa); e os direitos de *uso ou fruição* (que dão ao titular a possibilidade de participação efetiva sobre o uso ou sobre rendimentos derivados do objeto).

Uma das principais características dos direitos reais, no nosso sistema jurídico, é a sua previsão exaustiva pela lei. Isso implica que só se consideram *reais* aqueles tipos de direitos previamente definidos pelo ordenamento jurídico estatal, não sendo dada aos particulares qualquer margem de liberdade para criação ou modificação do conteúdo dos direitos, mediante acordos privados.

---

<sup>4</sup> A questão levantada por Kirat sobre a *tradução* de *property rights* para o francês “*droit de propriété*” é bastante pertinente ao nosso país, não só pelas semelhanças lingüísticas, mas também pela tradição civilista do sistema jurídico francês.

Como podemos perceber, a noção econômica de *direitos de propriedade* engloba a propriedade no sentido jurídico mas não se resume a ela, abrangendo ainda outros tipos de direitos que podem ser criados, inclusive, na esfera das relações privadas, como são os chamados *direitos pessoais* (ou *obrigacionais*).

Os direitos obrigacionais traduzem *uma relação entre pessoas* que tem por objeto uma prestação. Esta prestação pode até envolver um bem, mas o objeto em si do direito pessoal é sempre o comportamento de uma das partes da transação (enquanto os direitos reais incidem imediatamente sobre a coisa). Os direitos pessoais se caracterizam, assim, por três elementos, o sujeito *ativo*, o sujeito *passivo* e a *prestação* (Cordeiro, 1993).

Nos direitos pessoais a obrigação só existe para o sujeito passivo a ela vinculado, pessoa certa e determinada, sobre a qual recai não simplesmente o dever de respeitar um direito de outrem, mas sim a obrigação a uma prestação.

Direitos pessoais e reais se distinguem também quanto ao tipo de ação judicial que pode ser proposta em suas respectivas defesas; na esfera dos direitos obrigacionais, a ação judicial visa à reparação do prejuízo e, assim, qualquer ofensa a direitos protegidos se resolve em *perdas e danos*. Tal é o caso, por exemplo, dos mecanismos judiciais para correção de externalidades, que se enquadram nas regras da responsabilidade por danos, e não da propriedade.

Já na defesa do direito de propriedade, a ação judicial visa precipuamente ao cumprimento de obrigação específica – a restituição da coisa ao proprietário titular do direito ou impedir que terceiros turvem a propriedade -, e só subsidiariamente se resolve em perdas e danos.

Os *direitos de propriedade* da literatura econômica incluem, além de direitos reais e obrigacionais, um outro tipo de direito que implica graus de liberdade no processo de tomada de decisões - o direito de fazer ou não fazer algo por livre opção da parte do agente. Tal direito decorre de uma regra geral de nosso sistema jurídico, segunda a qual *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*<sup>5</sup>, e significa que, na ausência de lei ordenando algum comportamento, a liberdade de decidir é juridicamente garantida.

Assim, se quisermos “traduzir” para o âmbito jurídico a expressão *direitos de propriedade* da literatura econômica, a noção mais próxima é a de *direitos subjetivos* – ou simplesmente *direitos* – conceituados como *interesses juridicamente protegidos*, aos quais corresponde um direito de ação, no sentido de poderem ser defendidos no Judiciário. Trata-se de uma noção suficientemente ampla, que se adequa melhor ao sentido econômico do conceito, por comportar os mais diversos tipos de direitos; o *objeto de direito* pode ser variado, podendo caracterizar direitos reais ou obrigacionais, além das liberdades juridicamente garantidas.

Outra questão é discutir se a noção econômica de *direitos de propriedade* pode ter algum sentido adicional que não o jurídico. Retomaremos essa discussão adiante, bem como a questão das diferenças entre os tratamentos jurídicos concedidos aos direitos reais, aos obrigacionais e às liberdades, para discutir por que elas são relevantes para a análise interdisciplinar da questão dos *direitos de propriedade*.

### ***3. Os direitos de propriedade na literatura econômica***

A importância da definição e atribuição de *direitos de propriedade* para a alocação de recursos na economia é apontada por vários autores.

---

<sup>5</sup> Esse é, inclusive, um item importante dos direitos fundamentais consagrados na Constituição (art. 5º, II).

A questão, tal como discutida atualmente no escopo da Economia Institucional, tem origem no trabalho de Coase (1961) que, ao abordar o problema das externalidades, propõe analisá-lo a partir da noção de *custo de oportunidade* - uma análise comparativa entre a receita obtida de uma dada combinação de fatores e as possibilidades de receitas que seriam obtidas com arranjos alternativos.

Em vez de tratar os fatores de produção como *coisas* (algo que um empresário pode adquirir e utilizar), Coase propõe considerá-los como *direitos* (de praticar determinadas ações), que (quase) nunca são ilimitados (mesmo com um título de propriedade sobre a terra, por exemplo, o titular pode ter restrições de construir qualquer tipo de prédio, de plantar algum tipo de planta, etc., e isso não apenas em função de regulamentação estatal).

Nesse sentido, *o direito de fazer algo* que produza um dano para outros (poluir, por exemplo) também pode ser visto como um fator de produção; o *custo de exercer esse direito* (de *usar um fator de produção*) é sempre uma perda para quem sofre os efeitos de seu exercício.

Com essa proposição, Coase inverteu os termos em que a questão era tradicionalmente considerada, ensejando o enfoque da comparação entre arranjos institucionais alternativos (ou seja, entre diferentes sistemas de atribuições de direitos). O problema das externalidades passou a ter uma abordagem dual: um agente “A” deveria ter permissão – vale dizer, *o direito* – de prejudicar o agente “B” ou o contrário (pois evitar que “A” prejudique “B” significa prejudicar “A”)? *O problema não é evitar dano, mas sim evitar o dano maior.* O que deve ser avaliado é se vale a pena, do ponto de vista da sociedade, permitir ou inibir a ação de “A”, e a resposta não é óbvia, a menos que conheçamos os valores dos ganhos e perdas envolvidos na questão.

Coase demonstra, então, a existência de uma solução alternativa para correção de externalidades - alternativa seja à regulamentação, seja à taxação. Qualificada como *arranjo privado*, essa alternativa consiste na troca de *direitos* de exercer certas ações, o que coloca a questão do valor de *direitos concorrentes*, bem como aponta para a necessidade de delimitar precisamente tais direitos para que possam ser transacionados no mercado (Kirat, 1999).

A conhecida formulação das proposições de Coase sob a forma de um teorema<sup>6</sup> pode levar a um entendimento equivocado sobre a importância do aspecto jurídico da questão considerada pelo autor. Em princípio, o direito seria *neutro*, no sentido de que o regime jurídico de atribuição de direitos não teria nenhuma consequência econômica.

Essa interpretação, entretanto, apresenta problemas. Por um lado, porque a hipótese de custos de transação nulos é uma hipótese provisória; destina-se a estabelecer uma situação ideal, em relação à qual o próprio autor define a importância econômica do direito, mais adiante, num mundo real *com custos de transação*. Neste mundo, a função do direito seria reduzir os custos de transação, graças a regras e princípios como, por exemplo, o da força obrigatória dos contratos (Kirat, 1999:60).

De outro ponto de vista, mesmo na hipótese de custos de transação nulos, a formulação do teorema postula que *o que não importa é como os direitos são atribuídos*, mas o fato de eles serem atribuídos – a quem quer que seja – importa, e muito. Afinal, a solução de mercado só funciona se houver direitos bem delimitados, que possam ser objeto de transação. A questão que se seguiria, então, é se é necessário um aparato jurídico para a delimitação dos direitos. Acreditamos que sim, e retornaremos a esse ponto.

### 3.1. Direitos econômicos X direitos jurídicos

---

<sup>6</sup> Numa situação de externalidades negativas e custos recíprocos, uma solução eficiente independe da atribuição inicial dos direitos; se os custos de transação são nulos, o arranjo privado é preferível a qualquer outra solução, em particular a tributação.



Depois de Coase, outros autores apresentaram contribuições também fundamentais para que este campo de pesquisa ganhasse espaço na literatura econômica. Alchian (1965), Demsetz (1967) e Alchian & Demsetz (1972), entre outros, são autores que formularam os instrumentos e problemas fundamentais da análise de direitos de propriedade (Fiani, 2003).

Podem ser encontradas na literatura, entretanto, diversas definições de direitos de propriedade. Williamson (2000: 599) afirma que direitos de propriedade são as regras do jogo que regem uma determinada sociedade (enquanto as jogadas são feitas nos contratos), uma definição que implica direito de *fazer* algo, mais próximo do sentido de Coase.

Libecap (1989) define os direitos de propriedade como institutos sociais que definem ou delimitam a escala de privilégios outorgados aos indivíduos para ativos específicos.

Zylbersztajn e Sztajn (2005) definem direitos de propriedade como relações jurídicas entre pessoas, bens e sujeitos de direitos, que excluem terceiros de sua apropriação ou apreensão. Note-se que esta definição possui viés claramente jurídico, o mesmo ocorrendo com aquela que se aproxima da definição tradicional de propriedade do Código Civil francês: “a propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas de maneira absoluta, desde que não se faça delas uso proibido pelas leis ou regulamentos”.

Nessas várias definições, há uma certa confusão de terminologias econômica e jurídica, como observa Fiani (2003:186), que logo após apresentá-la aponta uma diferença entre direitos de propriedade no plano legal (direitos de propriedade que os agentes possuem de acordo com as normas legais vigentes) e no plano econômico (direitos que eles efetivamente possuem nas atividades econômicas de troca e produção), seguindo a distinção de Barzel (1997). Fiani (2003) adota a definição de De Alessi (1990), definindo direitos de propriedade como os direitos dos indivíduos associados ao uso, extração de renda e transferência de recursos.

Na acepção de Barzel (1997) o *direito de propriedade* (no sentido econômico) se define pela possibilidade (em termos de expectativas) de um indivíduo consumir um bem (ou serviços relacionados a um ativo) *diretamente* ou *indiretamente* pelo processo de troca.

A distinção feita pelo autor entre *direitos econômicos* e *direitos jurídicos* merece uma consideração à parte, tendo em vista que, do ponto de vista do Direito, soa muito estranha a idéia de que possa haver um *direito* que não seja jurídico...

Vejamos a passagem em que o autor estabelece a distinção:

“The term ‘property rights’ carries two distinct meanings in the economic literature. One, ..., is essentially the ability to enjoy a piece of property. The other, ..., is essentially what the state assigns to a person. I designate the first ‘economic (property) rights’ and the second ‘legal (property) rights’. Economic rights are the end ..., whereas legal rights are the means to achieve the end.” (Barzel, 1997:03)

A distinção pode ser entendida, em princípio, como uma diferença de pontos de vista: aquele que interessa para a análise econômica é o poder efetivo de um indivíduo sobre o objeto do direito/um ativo; do ponto de vista jurídico, interessa aquilo que o Estado determina como sendo direitos atribuídos a cada um.

Mais adiante, contudo, Barzel trata da relação entre esse dois ‘tipos de direitos’: afirma que a existência *direitos* definidos, reconhecidos e implementados pelo ordenamento jurídico estatal (configurando um *direito jurídico*) reforça o direito no sentido *econômico*, mas esse reconhecimento (pelo direito estatal) não é condição nem necessária nem suficiente para que os direitos (econômicos) existam de fato. A afirmação leva em conta que, quando os direitos são implementados pelo Estado, os agentes econômicos podem contar com uma “terceira parte” para solução de conflitos; na ausência

dessa salvaguarda, as transações envolvendo direitos (só econômicos) teriam que ser auto-aplicáveis (*self-enforced*).

A questão nos remete à controvérsia sobre *quem* define os *direitos de propriedade* e por que meios ou procedimentos isso se efetua, particularmente sobre o papel do Estado nesse processo: para alguns, apenas pelo mercado - *i.e.*, *por acordos interindividuais* – a definição de direitos se opera de modo eficiente: são os agentes individuais que procedem à definição dos direitos, à atribuição destes e às respectivas trocas. Nesse quadro analítico não há necessidade de tribunais ou qualquer outra instituição jurídica de garantia dos direitos, que podem ser analisados apenas por referência ao comportamento racional de um *homo oeconomicus* ideal.

Mas existiria algo que poderia ser chamado de *direito* sem nenhuma referência ao sistema jurídico? Ou sem referência ao ordenamento jurídico estatal?

É difícil considerar a atribuição e definição de *direitos* sem pelo menos uma autoridade dotada de legitimidade e poderes necessários para sua implementação; ou, pelo menos, sem a existência de um processo social/coletivo que represente um mínimo de reconhecimento social dos direitos. O reconhecimento *social* do direito implica, em primeiro lugar, que também o *devedor* se reconhece enquanto tal, *i.e.*, reconhece que tem uma obrigação para com o titular do direito. Em segundo lugar, pressupõe algum tipo de reprovação pelo descumprimento das obrigações, *i.e.*, pressupõe algum tipo de sanção, que representa uma *garantia externa* – um aumento na segurança com que se pode contar com determinada conduta, ainda que a sanção aplicada de forma difusa por um grupo de pessoas.

A referência a um *direito*, sempre se pressupõe algum grau de reconhecimento social, de modo que um conjunto de pessoas concorda em que determinados bens fiquem sob o poder de determinados indivíduos. Nesse sentido, um direito é sempre um *título reconhecido socialmente*, seja pelo Estado, seja por um grupo de pessoas; caso contrário, não se poderia falar em *direito* – se o meu poder de disposição sobre algum objeto não for minimamente reconhecido pelos outros, significa que terei que protegê-lo em constante vigília – e pela força – para mantê-lo em meu poder. Nessas circunstâncias, não existe *direito*.

Por outro lado, se alguém chamar qualquer poder de disposição e controle sobre um objeto de *direito*, ainda que sua manutenção dependa exclusivamente da força, ainda que ninguém se sinta obrigado a observá-lo e respeitá-lo, então o termo não servirá para designar nada especial – se tudo é *direito*, deixa de existir qualquer interesse específico nessa categoria de relações sociais.

A questão pode ser melhor equacionada se recorrermos à sociologia do direito weberiana. *Ter um direito* (inclusive no sentido que interessa à análise econômica) significa ter a possibilidade de pedir a ajuda de um mecanismo coativo em favor de um determinado interesse. Essa garantia não repousa apenas na possibilidade de coação estatal; existem casos em que a própria sociedade cria mecanismos de garantia de *respeito aos direitos*, pela ameaça de reprovação ou por outras formas. Pode até ocorrer que essa coação extraestatal vise a garantir pretensões não amparadas pelo direito estatal e seu aparelho coativo (Weber, 1964:256).

Assim, um *direito* pode derivar de um ordenamento jurídico ou de uma ordem convencional, mas sempre pressupondo algum tipo de reconhecimento social<sup>7</sup>. Nesse sentido, concordamos com

---

<sup>7</sup> Uma *ordem* consiste num conjunto de regras para a conduta e pode ter o caráter de *convenção* ou de *direito*. No primeiro caso, a observância das regras estará garantida externamente pela probabilidade de que uma conduta discordante enfrentará uma reprovação geral (ao menos relativa), difusa, dentro de determinado círculo de indivíduos. No caso do direito, o cumprimento das regras estará garantido externamente pela probabilidade de coação (física ou psíquica) exercida por um quadro de indivíduos (juízes, fiscais, funcionários administrativos etc.) instituídos com a missão de obrigar a observância da ordem e punir as transgressões (Weber, 1964: 27). Assim, uma ordem pode ser *jurídica* ou *convencional*, conforme a sanção pelo descumprimento de suas respectivas regras seja institucionalizada ou não. Deve-se notar, ainda, que a orientação da ação social pela *ordem* não se dá apenas quando de seu cumprimento, mas também em caso de transgressão. Quando a

Barzel, e outros economistas institucionalistas, que os *direitos* não existem apenas quando reconhecidos pelo Estado, desde que se admita a necessidade de existência de uma *ordem* - jurídica ou convencional -, com algum grau de *validade empírica*. Em outras palavras, só se pode falar em *direito* se ele for amparado por uma *ordem*, que tenderá a ser observada pelos indivíduos de um grupo já que suas regras aparecem com o prestígio de serem obrigatórios ou modelos para a conduta<sup>8</sup>.

Essa é uma das razões pelas quais a definição dos direitos *reduz* custos de transação: a garantia de observância dos direitos devidamente atribuídos a sujeitos-titulares (aliás, é da própria definição de direito subjetivo constituir um *interesse juridicamente protegido* associado a um *direito de ação*) e do cumprimento obrigatório das regras contratualmente estabelecidas. O contrato cria direitos e obrigações, aos quais se reconhece força obrigatória; é fonte de obrigações juridicamente reconhecidas, portanto exigíveis, se necessário, pela força e, portanto, pelo Estado que dela detém o monopólio de uso legítimo.

Abstratamente, podemos até pensar em processos de barganha e troca sem a necessidade de um arcabouço institucional, simplesmente pelas relações interpessoais puras, ancoradas no auto-interesse das partes. Mas no limite, se não houvesse a *garantia externa* do ordenamento jurídico estatal, a existência de trocas reiteradas, sistemáticas, impessoais, com contratos incompletos e num ambiente de incerteza, ficaria comprometida – em outras palavras, os custos de transação seriam proibitivos. Nesse sentido, a *ordem jurídica* aumenta a segurança com que os agentes econômicos podem esperar manter à sua disposição bens econômicos (ativos), ou de adquirir o poder de disposição e controle sobre eles no futuro, mediante determinadas condições prévias (Weber, 1964:254) - o que é, nessa medida, fundamental para a atribuição de direitos.

### 3.2. Os efeitos da atribuição de direitos

A relevância econômica do conceito ora discutido relaciona-se aos *efeitos* da atribuição de direitos sobre o comportamento dos agentes econômicos e sobre o funcionamento dos mecanismos de mercado. Resumidamente, os *direitos de propriedade* importam para as transações econômicas porque constituem objeto potencial de transações no mercado e, assim, contribuem (se bem definidos e dotados dos atributos da exclusividade e transferibilidade) para a criação e organização de mercados e redução de seus custos de transação.

Os efeitos dessa atribuição sobre o comportamento dos agentes e sobre o funcionamento dos mecanismos de mercado podem existir se (e na medida em que):

a) a clara delimitação do direito e sua atribuição a um sujeito incentiva uma conduta por parte de seu titular, no sentido de preservar o objeto do direito, tornando seu uso mais eficiente. Ele terá interesse em fazê-lo, já que poderá se apropriar dos frutos e rendimentos – atuais e futuros - do objeto do direito. Existe ampla literatura econômica discutindo por que os bens não apropriáveis – bens de uso comum ou público -, de cujo uso uma pessoa pode se beneficiar sem arcar com as despesas correspondentes, tendem a ser sobre utilizados (Cooter & Ulen, 1988:12-13).

b) a delimitação facilita as trocas, já que faz diminuir os custos associados ao esforço para definir corretamente os limites do objeto do direito quando transacionado, ao mesmo tempo em que reduz a

---

transgressão de uma *ordem* se converte em regra, a validade da ordem se torna muito limitada ou definitivamente deixou de subsistir. Entre a validade e a não validade não há, para a sociologia (como há para a jurisprudência), uma alternativa absoluta.

<sup>8</sup> Essa é uma característica de uma ordem *legítima*. Diz-se que a ação social econômica é orientada por uma *ordem* quando os mandamentos dessa *ordem* são tidos como obrigatórios, como modelos de conduta, por um determinado grupo social; isso aumenta a probabilidade de que a ação efetivamente siga as regras tidas como válidas pela *ordem* em questão.

probabilidade de que diferentes percepções das partes sobre esse objeto levem a impasses na relação contratual; ademais, permite-se que se transacionem múltiplas dimensões de um mesmo bem ou ativo. Nesse sentido, a *transferibilidade* de um direito é uma condição adicional que lhe dá valor propriamente econômico, já que numa economia de mercado um dos elementos que mais importam na valoração de bens e ativos é o grau de fluidez com que estes podem circular, trocar de titularidade, e portanto a própria liquidez de seus eventuais estoques. Esta condição é fundamental para entender o papel da clara definição dos direitos na organização dos mercados e na redução dos seus custos de transação, o que supõe enfocar precisamente esse “momento” em que os bens/direitos trocam de titularidade.

A definição desses direitos é tida como fundamental para determinar os custos e benefícios associados ao uso dos recursos e a alocação destes entre indivíduos, estruturando os incentivos que determinam o comportamento econômico. As instituições que definem e alocam os direitos de propriedade afetam as *decisões* e, por decorrência, o comportamento econômico e seus resultados, sendo que essas *instituições* abrangem tanto as regras formais do ordenamento jurídico estatal – constituição, leis, decisões judiciais – como os arranjos privados, convenções e costumes com vistas a alocação e uso do objeto do direito (Libecap, 1989).

Fiani (2003) nota que uma consequência importante dessa definição é o fato de a propriedade de um ativo propiciar a apropriação tanto do fluxo de rendas presentes como do fluxo futuro (por causa da eventual valorização ou desvalorização do ativo objeto do direito); nesse sentido, o fluxo futuro (um elemento expectacional) afeta o valor do próprio direito, sendo que a variação no valor do ativo é assumida como responsabilidade do proprietário.

Por outro lado, vários fatores tornam problemática a definição dos direitos: (a) por existirem custos de estabelecimento e *enforcement* associados aos direitos, indivíduos ou grupos vão se preocupar em definir e proteger os direitos de propriedade apenas se os benefícios esperados superarem esses custos; (b) como os bens/serviços são multidimensionais em seus atributos, na verdade existe um “feixe de direitos” associado a cada bem/serviço que determina a utilidade que o indivíduo pode obter com sua fruição (Fiani, 2006).

A troca de um bem implica a transferência de todos os seus atributos, mas incorre-se em custos para medir e determinar quais sejam esses atributos e/ou estabelecer direitos sobre eles (custos que serão tanto mais altos quanto maior a complexidade do bem, suposta a informação imperfeita). Como muitos desses atributos têm valor, às partes pode interessar bem defini-los, apesar dos custos da definição, que, assim, nunca será completa. Somada à hipótese de comportamento oportunista, a referida dificuldade de mensuração dos múltiplos atributos dos bens coloca a necessidade de *enforcement*, *i.e.*, de algum tipo de garantia *externa* de cumprimento das obrigações contratuais, que detecte as violações das promessas e imponha penalidades aos violadores; isso, entretanto, *também tem custos*. Daí que alguns direitos restarão mal definidos (ou totalmente indefinidos).

O significado *econômico* dos *direitos de propriedade* abrange, assim, elementos que não seriam chamados de *direitos* desde um ponto de vista jurídico. A título de exemplo: a localização de um negócio – suponhamos um hotel próximo à praia – é um elemento que integra o valor do empreendimento, na medida em que proporciona ao proprietário o recebimento de um rendimento especificamente *derivado dessa localização*; enquanto da perspectiva jurídica não pode dizer que exista um *direito a essa localização*, da perspectiva econômica essa localização integra um feixe de direitos associados ao direito à exploração do negócio. Um economista não hesitaria em chamá-la – a localização – de *direito de propriedade*.

Não que tal aspecto não tenha nenhuma importância jurídica, mas tem-na enquanto parte integrante de um ativo, que, no exemplo, não é destacável do ativo principal – a localização de um negócio integra e afeta o valor de um bem, e pode ser considerada uma dimensão do direito de

propriedade sobre o imóvel e/ou do direito sobre a empresa, e no caso só é transferível junto com o imóvel ou com o negócio.

Também neste ponto a visão weberiana pode ajudar a entender essa imbricação de questões jurídicas e econômicas. Weber define o conceito de bens ou serviços como sendo um conjunto de *oportunidades de aplicação atual ou futura* (Weber, 1964:50), o que implica que a ação econômica é orientada por essas *oportunidades*. Na análise de Swedberg, “ *posso adquirir um artigo na esperança de que me venha a ser útil (para me gerar lucros ou para a satisfação de minhas necessidades), mas o que adquiero de fato é uma oportunidade de usá-lo de uma série de formas diferentes. .... Podemos adquirir a oportunidade de usar alguma coisa para podermos excluir outros dessas oportunidades. A vida econômica ... gira em grande medida em torno da apropriação ... dessas oportunidades ...*” (Swedberg, 2005: 54).

Desse modo, pode-se considerar um *bem* (ou um direito) como um conjunto de oportunidades que podem ser aproveitadas conjunta ou separadamente, por uma ou várias pessoas, em momentos e de formas diferentes. O sistema jurídico pode propiciar maiores ou menores possibilidades de destacar essas oportunidades e transferi-las, separadamente umas das outras. O processo de desenvolvimento das relações econômicas, ao longo do qual se observa uma contínua criação de novos mercados (em que se transacionam tipos cada vez mais complexos de ativos), requer um sistema jurídico capaz, também ele, de se desenvolver e possibilitar a criação de novos e variados tipos de direitos sobre os mesmos bens (Mello, 2006).

Em suma, qualquer que seja a definição econômica dos direitos em geral, e dos *direitos de propriedade* em particular, a dimensão jurídica é inseparável, se considerarmos que o poder de disposição (ou o grau em que o direito é delimitado, exclusivo e transferível) *não é indiferente à garantia externa* provida pelo sistema jurídico. Afinal, o fato de a apropriação apresentar-se sob uma forma jurídica implica, em primeiro lugar, aumentar as garantias de que ela terá o reconhecimento social e *tenderá a ser respeitada*; em segundo, que o eventual desrespeito ao direito poderá ser punido, se necessário, pelo Estado, o que reforça aquela garantia.

Nesse sentido, a concepção econômica de direitos de propriedade se aproxima da noção weberiana de manutenção de poder de disposição e controle sobre *oportunidades*, que também contém uma dimensão relacionada ao futuro (às expectativas de manter esse poder de disposição e controle). Weber usa esse conceito, inclusive, para discutir as relações entre direito e economia: a *ordem jurídica* afeta os interesses do indivíduo porquanto origina oportunidades calculáveis/previsíveis de manter à sua disposição bens econômicos, ou de adquirir o poder de disposição e controle sobre eles no futuro, mediante determinadas condições prévias (Weber, 1964:254).

Em outras palavras, a apropriação adquire uma forma jurídica e isso implica, entre outras coisas, aumentar as garantias de que terá o reconhecimento social e *tenderá a ser respeitada* – a manutenção do poder de disposição e controle sobre essas oportunidades é facilitada e ampliada pelo sistema jurídico (Mello, 2006). Concordamos, assim, com a afirmação síntese de Swedberg (2005:161), de que graças ao direito, “... *as promessas são cumpridas com mais freqüência e a propriedade será mais bem defendida*”.

#### **4. Direito & Economia na pesquisa sobre ‘direitos de propriedade’: algumas conclusões preliminares.**

Como vimos na primeira seção deste artigo, se aos juristas falta a necessária atenção aos efeitos reais dos sistemas normativos, aos economistas falta a compreensão da lógica própria e interna das

relações jurídicas. Particularmente em países como o nosso, em que o sistema jurídico é tributário da tradição do *Civil Law*, a cultura jurídico-formalista predominante associa o direito a uma construção racional de normas por um legislador idealizado, do que resulta, nos termos de Kirat & Serverin, *uma ciência jurídica sem sociedade* ao lado de *ciências sociais sem direito*, levando à falsa idéia de que o direito é um sistema normativo fechado e que as regulações sociais se fundamentam em outros motivos que não os jurídicos (Kirat & Serverin, 2000:06).

Não queremos dizer, com isso, que as análises estritamente disciplinares não sejam relevantes; mas apenas que, em determinadas situações, a integração enriquece a compreensão do objeto de pesquisa, na medida em que haja elementos econômicos que só possam ser adequadamente compreendidos tendo em vista o quadro jurídico pertinente, e vice-versa: fenômenos jurídicos a serem entendidos por referência a uma análise econômica. Parece-nos que este é o caso dos *direitos de propriedade*.

Não se trata apenas de reconhecer que a própria noção de *direito* é um conceito jurídico e que pressupõe uma ordem jurídica ou convencional, como procuramos discutir na seção anterior. O que pretendemos enfatizar é que a própria análise econômica não pode prescindir da jurídica, e que todas aquelas diferenças jurídicas na conceituação dos diversos tipos de direitos – que apontamos brevemente na seção 2 – importam para a análise econômica. Afinal, os economistas se interessam pelo resultado real da atribuição de direitos; o *direito* que interessa ao economista é aquele *de fato* respeitado e garantido, o que depende não apenas da lei, mas também de todo aparato institucional empregado no processo de *enforcement*. Desnecessário observar que entre um enunciado normativo e o resultado real pode haver divergências significativas.

Isso significa que a análise não se esgota no enunciado normativo de um direito, mas deve visar principalmente o resultado real de sua implementação. Se quisermos discutir se numa situação específica os *direitos de propriedade* são bem definidos e garantidos, precisamos saber quais as ações que podem ser empreendidas para defesa dos direitos (se há possibilidade de ações judiciais, se há amplo reconhecimento social do direito, se há canais alternativos para solução de conflitos, quias as interpretações dominantes da jurisprudência, se o Judiciário ou os demais canais de arbitragem funcionam em tempo econômico, se as decisões são facilmente executáveis etc.), o que supõe uma análise jurídica – não apenas do enunciado normativo, mas de todo aparato de funcionamento do sistema jurídico e operação do direito.

É preocupante, portanto, o uso atual do termo por economistas, que em geral presumem a possibilidade de surgimento de direitos de propriedade pelo mero uso, ignorando que tal hipótese não apenas diverge da lei, mas também da jurisprudência, e que o fato de que direitos não necessariamente simplesmente surgem das ações sociais pode pré-determinar os resultados econômicos da situação analisada.

Conforme alerta Cole & Grossman (2001) a questão colocada não é apenas semântica: os problemas na conceituação do que seriam direitos de propriedade podem levar a diferenças nas análises e, no limite, a resultados equivocados. Adicionalmente, pode contribuir para uma crença (entre os juristas) de que a literatura econômica é pouco relevante para o direito, por ser baseada em premissas (para o Direito) falsas.

A importância que vem ganhando a literatura de direitos de propriedade no Brasil faz necessária uma definição/aplicação mais precisa dos direitos de propriedade. Para o Direito, a diferenciação entre direitos de propriedade e outros tipos de direitos (e a distinção daquilo que não são direitos) é importante, não devendo ser desprezada pelos economistas. Assim, ainda que não seja possível unificar totalmente as definições, a Economia deveria, no mínimo, incorporar as contribuições da literatura jurídica sobre o tema, bem como (e talvez isso seja até mais importante) a jurisprudência sobre o tema (Cole, 2001).

A análise jurídica que consideramos relevante para a perspectiva econômica dos *direitos de propriedade*, entretanto, não se restringe ao formalismo do mundo normativo, mas implica algo próximo da análise do direito como categoria realista (*legal realism*)<sup>9</sup>. A atribuição real de *direitos* é resultado não apenas de sua previsão numa norma abstrata, mas de todo o aparato envolvido na sua operação que, em conjunto, conformam um sistema institucional (de *enforcement*).

Esse é o maior aporte que o jurista pode dar a uma abordagem direito-economia: a pesquisa sobre como realmente ocorre a operação do direito (o *enforcement*) – que é jurídica e faz parte da dogmática – é parte necessariamente integrante do meu problema de pesquisa interdisciplinar. É necessário aceitar que a produção de efeitos das normas sobre a realidade depende, parcialmente, de elementos puramente jurídicos – *i.e.*, de elementos cuja compreensão requer a consideração da cultura jurídica dominante num dado local/tempo.

Nesse ponto, deve-se ter em vista que os *direitos* (que interessam para a análise econômica) admitem *graus* variados, de acordo com sua maior ou menor efetividade – o que só pode ser avaliado mediante pesquisa empírica.

Do que foi dito anteriormente, duas conclusões se destacam:

a. o “direito-de-propriedade-delimitado-e-atribuído”, que interessa do ponto de vista econômico, não se resume ao enunciado normativo do direito. Não posso dizer que um direito *existe* apenas por que ele é enunciado em lei, se as dificuldades de implementá-lo forem tamanhas a ponto de ele ser percebido como inexistente. E também o contrário: o direito não é nulo só porque a propriedade não é expressamente prevista em lei, já que há outras formas de garantia de direitos subjetivos que permitem algum tipo de apropriação.

b. a efetividade (a garantia) dos direitos admite graus intermediários entre a total efetividade e a inexistência absoluta, o que só pode ser identificado a partir de investigação empírica.

O quadro abaixo sintetiza as hipóteses:

Quadro I: Graus de efetividade dos direitos

| 0   | (graus intermediários)  | 100  |
|---|---|--|
| Ausência de qualquer direito socialmente reconhecido e respeitado – manutenção do poder de disposição sobre bens depende da força e da vigilância constante | Proteção efetiva varia conforme:<br><i>i.</i> reconhecimento social;<br><i>ii.</i> custos de <i>enforcement</i> (acesso ao judiciário; possibilidade de canais alternativos para solução de conflitos etc.) | Direito absolutamente efetivo, com amplo reconhecimento social e procedimentos rápidos e eficazes para garantia. |

Fonte: Elaboração Própria

<sup>9</sup> Um trabalho exemplar nessa linha é o de Commons, que discutiu as definições de propriedade dadas pela Suprema Corte americana; para ele, apenas essas definições empiricamente estabelecidas seriam relevantes para um observador da evolução do capitalismo. Nessa literatura, o direito é criado de maneira experimental, num processo contínuo de adaptação – pelo juiz – das regras às transformações da vida econômica e social. Por isso, não se deve buscar um sentido lógico-abstrato e pré-estabelecido para os conceitos jurídicos, pois esse sentido varia conforme o contexto e a finalidade. Daí a famosa frase de Holmes: “A vida do direito não procede da lógica; ela procede da experiência”.

A atribuição de direitos, por seu turno, pode produzir efeitos sobre o comportamento dos agentes econômicos e sobre o funcionamento dos mecanismos de mercado, como é fartamente discutido na literatura econômica; serviria para incentivar o titular a preservar o objeto do direito, a propiciar um uso mais eficiente deste e a diminuir custos de transação, facilitando as trocas. Mas esse efeito também precisa ser demonstrado empiricamente.

Isso porque, se é certo dizer que a produção de normas sempre se destina a conformar a conduta (e, idealmente, *produzir* certo resultado), por outro lado, também a capacidade de a norma operar essa conformação é variável, e depende de muitos outros fatores - *externos* e *internos* ao sistema jurídico.

Verificar se determinada configuração de direitos constitui uma motivação do comportamento, requer identificar precisamente qual é essa configuração *real*, admitindo, inclusive, que ela pode ser diferente do enunciado normativo ou das intenções originais dos legisladores (ou dos formuladores de políticas). Esta advertência se dirige particularmente aos juristas – que tendem a desconsiderar a importância dos elementos do mundo real em suas análises -, mas serve também aos economistas, na medida em que, não raro, tendem a imaginar instituições como um sistema de incentivos perfeito; de certo modo, também os economistas podem ignorar o modo real de operação do sistema jurídico e conceber um sistema de normas idealmente capaz de estabelecer estruturas de incentivo que idealmente provocarão determinadas condutas da parte de um *homo oeconomicus* racional, também idealmente concebido.

Neste ponto, novamente, recorremos a Weber, uma das contribuições mais profundas para a compreensão das relações entre direito e economia e para a construção de um objeto comum: essas relações só podem ser detectadas mediante a superação da mencionada diferença de planos de análise próprios do Direito e da Economia, o que requer considerar a *ordem jurídica* não apenas como um conjunto de normas corretamente inferidas, mas no seu sentido sociológico, como um “*complexo de motivações efetivas da atuação humana real*” (Weber, 1964:252). Nessa perspectiva, coloca-se em questão o que *de fato* acontece na sociedade em razão de existir uma probabilidade de que os homens considerem subjetivamente válida uma determinada ordem e orientem sua conduta por ela.

O foco da análise interdisciplinar direito-e-economia seria, então, elucidar a relação que porventura exista entre direito e ação social econômica (Kirat & Serverin, 2000:08); é necessário saber: (i) em que medida as ações do mundo real se devem à existência de normas jurídicas que as orientam; (ii) em que medida a existência de certas normas jurídicas é condição necessária (e/ou suficiente) para as ações reais, e (iii) se essas normas criam condutas regulares desejadas pelos tomadores da decisão normativa.

Em outros termos, trata-se de abordar a questão da *eficácia* das normas jurídicas, mas numa dimensão *substantiva*, indagando-se por que, como e em que condições as normas constituem motivo de conduta regular dos agentes econômicos, cotejando os objetivos originariamente desejados pelo legislador com os resultados efetivamente gerados (Teubner, 1986). Uma análise integrada, então, deve ser capaz de considerar a idéia de que o direito é parte constitutiva das relações econômicas capitalistas, sendo estreitamente relacionado à natureza do sistema econômico.

Na visão weberiana, o direito não pode ser visto como uma forma vazia de conteúdo que apenas chancela relações de fato criadas pelos agentes econômicos, devendo ser considerado tanto causa como efeito das regularidades das ações dos agentes econômicos. Esta compreensão é essencial para a identificação, em contextos históricos concretos, da configuração das relações de causa e efeito entre normas jurídicas e conduta efetiva dos agentes econômicos, e os efeitos mais gerais (a *eficácia*) das normas para a economia.

A investigação da *eficácia* das normas e da ação estatal pode (e deve), também, considerar os avanços da Economia Institucional. De fato, Hodgson (2005), por exemplo, propõe a necessidade de investigar como e por que as regras são seguidas, e qual seu efeito sobre o comportamento dos



indivíduos. A esse respeito, o autor defende de existência de uma causalidade *downward* (das instituições para os indivíduos), que pode explicar a forma pela qual as instituições podem afetar e alterar a disposição dos indivíduos e suas preferências ao formar ou alterar hábitos sociais (quanto a esta questão, o autor resgata a contribuição de Veblen, que percebia as instituições como função dos “hábitos de pensamento” comuns a um grupo de pessoas).

Uma implicação da proposição de existência de uma causalidade *downward* para o desempenho econômico da sociedade é o fato de que, quando considerada, esta hipótese indica a necessidade de consideração das instituições e aspectos institucionais que conduzem às normas e valores que servem à integração social, desenvolvimento pessoal e, de modo mais geral, às necessidades humanas. No que se refere ao desempenho econômico da sociedade, então, a escolha das instituições torna-se um debate importante para a tomada de decisão de política não apenas porque elas representam estruturas de incentivos para os comportamentos individuais, mas porque elas podem moldar (e alterar) as preferências individuais dos agentes econômicos.

As relações entre ordem econômica e ordem jurídica, portanto, não possuem causalidade unívoca, podendo a norma jurídica assumir o papel de causa ou de efeito das regularidades do comportamento dos agentes econômicos (tanto as regularidades de fato verificadas podem dar origem às regras formais, como também o inverso). Assim, analisar o direito como produto exclusivo das forças econômicas pode levar a conclusões equivocadas, da mesma forma que ignorar o fato de que existem limites definidos para o grau em que o Estado pode influenciar a economia por meio de intervenções legais (Mello, 2006).

## ***Bibliografia***

- ALCHIAN, A. (1965) *Some economics of property rights. Il Politico*, Pavia, Itália, v. 30, p. 816-829, 1965. [Reimpresso em *Economic forces at work*. Indianapolis: Liberty Fund, 1977].
- \_\_\_\_\_; DEMSETZ, H. (1972) *Production, information costs, and economic organization*. *American Economic Review*, Princeton, v. 62, n. 5, p. 772-795,
- ALVIM, A. (1987). *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*. In: CAHALI, Yussef Said. *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- ALVIM, A. (1987). *Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais*. In: CAHALI, Yussef Said. *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- ARIDA, P. (2005). A Pesquisa em Direito e Economia: em torno da historicidade da norma. In ZYLBERSZTAJN, D. & SZTAJN, R. (orgs.), *Direito e Economia*. Rio de Janeiro, Elsevier (pp 60-73)
- BARZEL, Y. (1997). *Economic analysis of property rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BELLEY, J.-G. (1995). Max Weber et la Théorie du Droit de Contrats, in Lascoumes, P. (dir.), *L'actualité de Max Weber pour la Sociologie du Droit*. Paris, L.G.D.J. (pp 221-241).
- BOBBIO, N. (1989). *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo, Polis; Brasília, Editora UNB.
- COASE, R. H. (1961) *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law e Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1961. [Reimpresso em COASE, Ronald H. *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988].
- COLE, D. & GROSSMAN, P. (2001). *The Meaning of Property “Rights:” Law vs. Economics?*

- COOTER, R. & ULEN, T. (1988). *Law and Economics*. USA, Harper Collins Publishers.
- CORDEIRO, M.A. (1993). *Direitos Reais*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas.
- DE ALESSI, Louis. *Development of the property rights approach*. Journal of Institutional and Theoretical Economics, Berlin, v. 146, p. 6-11, 19-23, 1990. In: FIANI, R. (2003) *A natureza multidimensional dos direitos de propriedade e os custos de transação*. Economia e Sociedade, Campinas, v. 12, n. 2 (21), p. 185-203, jul./dez.
- FARIA, J.E. & CAMPILONGO, C. (1991). *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre, Fabris Editor.
- FARIA, J.E. (1993). *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo, Malheiros.
- FIANI, R. (2003) *A natureza multidimensional dos direitos de propriedade e os custos de transação*. Economia e Sociedade, Campinas, v. 12, n. 2 (21), p. 185-203, jul./dez.
- FREUND, J. (1987). *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro, Forense-Universitária.
- GOMES, O. (1998). *Direitos Reais*. 13<sup>a</sup>. ed. Forense: Rio de Janeiro.
- JASPERS, K. (1977). Método e Visão do Mundo em Weber, in Cohn, G. (org.), *Sociologia: para ler os clássicos*. São Paulo, Livros Técnicos e Científicos.
- KELSEN, H. (1990). *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo, Martins Fontes; Brasília, Editora UNB (1<sup>a</sup> edição em inglês, 1945).
- KIRAT, T. & SERVERIN, E., orgs. (2000). *Le Droit dans l'Action Économique*. Paris, CNRS.
- KIRAT, T. (1999). *Economie du Droit*. Paris, La Découverte.
- LIBECAP, Gary D. (1989) *Contracting for property rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- MELLO, M.T.L. (2006). Direito e Economia em Weber. In Revista *Direito GV*, 2 (2): 45-65 (jul-dez).
- MERRIL, T. & SMITH, H. (2001) What Happened to Property in Law and Economics? The Yale Law Journal, Vol. 111: 357-398.
- MONTEIRO, W. de B. (1998). *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 34<sup>a</sup> ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, v. 3.
- NOBRE, M. (2003). Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. In *Novos Estudos*, n. 66 (145-154). CEBRAP, julho.
- PEREIRA, C.M. da S. (1999). *Instituições de Direito Civil*. 13<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4.
- PEREIRA, L.R. (2003). *Direito das Coisas*. 1<sup>a</sup> ed. atual. Campinas: Russel Editores, 2003. T. I.
- ROEMER, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México, D.F., Fondo de Cultura.
- SWEDBERG, R. (2005). *Max Weber e a Idéia de Sociologia Econômica*. Rio de Janeiro, Editora da UFRJ (Coleção Economia e Sociedade, v. 5).
- TEUBNER, G. (1986). Industrial Democracy Through Law? Social Functions of Law in Institutional Innovations, in Daintith & Teubner (eds.), *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin, Walter de Gruyter (pp 261-273).
- VENOSA, S.de S. (2002). *Direito Civil: Direitos Reais*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, v. 5.
- WEBER, M. (1964). *Economía y Sociedad*. México DF, Fondo de Cultura Económica, 2<sup>a</sup> edição em espanhol (1<sup>a</sup> edição alemã, 1922).
- WILLIAMSON, O.E. (2005). *Por que Direito, Economia e Organizações?* In ZYLBERSZTAJN, D. & SZTAJN, R., (orgs.), Direito e Economia. Rio de Janeiro, Elsevier (pp16-59).

- WILLIAMSON, O.E. (2005). Por que Direito, Economia e Organizações? In ZYLBERSZTAJN, D. & SZTAJN, R., (orgs.), *Direito e Economia*. Rio de Janeiro, Elsevier (pp16-59).
- WILLIAMSON, O. (1991). *A comparison of alternative approaches to economic organization*. Journal of Institutional and Theoretical Economics, Berlin, v. 146, p. 61-71, 1990. [Reimpresso em FURUBOTN, Eirik G., RICHTER, Rudolf (Ed.). The new institutional economics: a collection of articles from the journal of institutional and theoretical economics. College Station, Texas: A & M University Press, 1991].
- ZYLBERSZTAJN, D. & SZTAJN, R., orgs. (2005). *Direito e Economia*. Rio de Janeiro, Campus/Elsevier.