

# Doutrina

## EFICIÊNCIA ALOCATIVA DAS NORMAS QUE REGEM O DIREITO DE PROPRIEDADE E A REFORMA AGRÁRIA

RACHEL SZTAJN

**A** análise dos direitos patrimoniais, especialmente do direito de propriedade, constitui instrumento vital quando se avalia eficiência alocativa, notadamente quando se sabe que os bens passíveis de apropriação privada são escassos.

Assim, seja no que tange a operações negociais em que se transfere a titularidade sobre a propriedade, seu uso ou gozo, assim como na outorga de garantias, que cada sistema jurídico confere aos proprietários, a definição das regras jurídicas é fundamental para a acumulação e circulação da riqueza.

Da perspectiva da eficiência alocativa dos bens, a forma pela qual se definem e estruturam os direitos relativos à propriedade, pois que é disso que se trata, de um feixe de direitos, poderes e deveres, é que se pode discutir a circulação da riqueza.

Esta discussão tem por base trabalho de Lee J. Alston, da Universidade de Illinois, Gary D. Libecap, da Universidade do Arizona e Bernardo Mueller, da Universidade de Brasília, cujo título é *Direito de Propriedade e Reforma Agrária: Inconsistências Legais e Fontes do Conflito na Amazônia Brasileira*.

Analisando ações empreendidas pelo Movimento dos Sem Terra (MST), e as contrárias, por parte dos proprietários das

áreas invadidas, os autores questionam a discrepância, na sua opinião, entre a tutela da propriedade prevista no Código Civil brasileiro de 1916 e as normas constitucionais quanto à propriedade, após 1988.<sup>1</sup>

A ocupação de terras devolutas por particulares, na região amazônica, cresceu com a construção das rodovias Transamazônica, da Belém-Brasília e Cuiabá-Santarém, que ligam a área ao restante do país. Essas rodovias representam esforços governamentais para ocupar a região, acelerando a colonização da Amazônia e buscando reduzir pressão social para a implantação da reforma agrária.

É inegável o aumento da violência na ocupação da propriedade em várias regiões do país com a crescente mobilização de pessoas que, em decorrência da crise econômica, perderam seus empregos, ou daquelas cujos ideais políticos clamam por revolução para mudar a ordem estabelecida.

1. "In Brazil, there is inconsistency between civil law that supports the sanctity of title held by land owners and constitutional law that supports the right of squatters to claim land that is not in 'beneficial use'. This constitutional provision is part of land reform in a country characterized by highly skewed land ownership and wealth. Given the vagueness of the use criteria and uncertainty as to when a land owner's claim or a squatter's counter claim is enforced, the potential for violence is established".

A importância da solidez das instituições e estruturas em tais circunstâncias é vital para que os espíritos se desarmem e que se possa construir uma sociedade justa e solidária, mantendo os princípios constitucionais e o respeito à propriedade.

É verdade que a posse de terras devolutas ou a exploração de áreas pequenas pelas famílias, decorridos 5 anos, garante-lhes, por via do usucapião especial, a propriedade da terra cultivada e em que residem. Isso, por nenhuma forma, resulta em violação das regras jurídicas, nem constitui prêmio especial para condutas irregulares, de vez que nesse plano intervém a função social da propriedade para dar suporte aos “posseiros invasores”.

Entretanto, a crescente onda de invasões de propriedades, muitas delas econômica e adequadamente exploradas por seus proprietários, traz à tona problemas institucionais e estruturais de comportamento e põe em cheque ou a adequação das normas, ou sua aplicação (observância), ou, por derradeiro, a capacidade de indignação social, isto é, o exercício da cidadania, para evitar que o tecido social fique de tal forma esgarçado que seu reparo se torne inviável.

O direito de propriedade compreende os poderes de usar, gozar e dispor da coisa pelo proprietário acompanhado de um dever negativo em relação a terceiros, que é o de abster-se de, por qualquer forma, turbar o exercício daqueles poderes. Porém, é igualmente verdadeiro que a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o direito de propriedade, limitou os poderes do titular por atribuir-lhe o ônus de usá-la com função social.

*Função social da propriedade* é produzir bens e serviços para a coletividade, além do proprietário, o que significa que a propriedade não garante mais, como no modelo romano que vigeu até a nova ordem constitucional, ampla liberdade ao titular de deixá-la ociosa, sem serventia, pois

a atribuição do direito carrega em seu bojo deveres morais e sociais.

Segundo aqueles estudiosos, a previsão constitucional que admite a desapropriação, se facilita a distribuição da propriedade imobiliária de um lado, também favorece a invasão da propriedade privada. Explicam que as oportunidades para invadir crescem quando há grandes áreas, em locais remotos e de baixo valor de venda por falta de qualquer benfeitoria. Assim, para os posseiros, embora não para os titulares, essas áreas são atrativas pois seu custo de oportunidade é baixo em relação aos dos titulares dos imóveis que nada fazem para evitar as invasões. Até porque o custo para impedir as invasões é muito elevado dada a necessidade de vigilância constante em perímetro extenso.

A convivência fica mais áspera quando são invadidas áreas produtivas (da ótica do titular) ou cujo subsolo seja rico em minerais. Observam que conflitos são mais prováveis onde a propriedade é grande, onde seja mais provável a intervenção do INCRA, ou onde haja aumento das oportunidades para desenvolver a propriedade, alterando os incentivos do titular. As invasões organizadas pelo MST visam a desapropriação da área invadida, que teria deixado de cumprir sua função social, para fins de reforma agrária.

Afirmam ainda que o MST conhece muito bem as regras do jogo – formais e implícitas, envolvendo invasores, proprietários, o INCRA e o governo federal, os tribunais e a opinião pública –, o que lhe permite desenvolver uma estratégia para identificar as áreas, invadi-las e transformar a invasão em desapropriação. Essa tática, que deu resultados por algum tempo, ao perder os parâmetros iniciais levou o governo a editar regras, cada vez mais restritivas no que se refere à intervenção do INCRA nos processos expropriatórios e, de outro lado, a fazer com que os proprietários organizassem forças de segurança priva-

das, fortemente armadas, com os resultados letais conhecidos.

Aparentemente, a norma constitucional que prevê a função social da propriedade não é suficiente para justificar a causa dos conflitos na área rural, agora igualmente na área urbana com as invasões de imóveis pelos "sem teto", ao pretender dar suporte às pretensões dos invasores para pleitear a desapropriação e entrega dos bens a quem deles possa fazer melhor uso.

Será que a falta de ação dos tribunais no interpretar a norma, demorando a ordem de imissão de posse, seja pela dificuldade de cumpri-la, seja pela certeza dos proprietários de que, eventualmente, serão ou ressarcidos da perda do bem, ou o recuperação, não se estimula os constantes e violentos conflitos entre proprietários e invasores? Na verdade, os conflitos se acentuam em dois momentos: *ex ante*, quando os proprietários protegem desde logo as áreas; *ex post*, quando decretada judicialmente a ordem de desocupação.

Começa aqui a questão da eficiência alocativa das normas no plano do direito de propriedade. De um lado, o INCRA não dispõe de recursos para pagar o valor da desapropriação de todas as áreas invadidas; de outro, a insegurança dos proprietários quanto à garantia de seus direitos pode desestimular o melhor uso da propriedade.

Como o ambiente institucional desenhava os incentivos para que as partes interessadas tomem decisões, essa ambigüidade aparente das normas e sua aplicação contribui, substancialmente, para o clima vigente.

Interesse de proprietários e invasores é a titularidade sobre a propriedade. Pensando num modelo de não cooperação entre eles, é possível avaliar as regras que o rege, aplicando conceitos de teoria dos jogos e tentar formular alguma regra, social ou jurídica, que possa alterar comportamentos.

Supondo que os agente econômicos são racionais e, embora ajam movidos por

interesses egoísticos, devam levar em conta a apreciação que faz a coletividade da qual são parte quanto a seus respectivos comportamentos, podendo ignorar a avaliação de outros, desde que não haja norma legal que imponha certas condutas.

No caso, alguns agentes dispõem de certo conjunto de bens, nem todos satisfazendo suas necessidades, enquanto outros não dispõem deles mas os desejam. Nesse caso a troca econômica é o instrumento de maximização de utilidades, porém, a troca econômica depende da atuação do INCRA, dado que uma das partes não tem o que oferecer na operação. Por isso que atrair a atenção do INCRA e chegar à desapropriação é básico nesse jogo.

Invadir e ocupar as áreas é o esforço do MST, enquanto resistir a invasão, e aos proprietários, aí incluindo-se intimidação, força privada e recurso aos Tribunais. As possibilidades de resultado do jogo são: a) desocupação da área invadida; b) desapropriação a valor inferior ao de mercado; e c) a área não é desapropriada e permanece invadida por certo lapso de tempo.

Quanto de esforço cada uma das partes dedicará no desenvolver sua estratégia e agir depende, portanto, de como vê as possibilidades de resultado favorável a seu interesse, comparado com o preço do esforço. Alterações nos custos da invasão e imissão de posse, respectivamente, influirão no comportamento dos oponentes. Se o custo de manter a posse cair, dada a redução do preço pago aos seguranças privados, os proprietários aumentarão os esforços para defender a propriedade, o que poderá provocar o aumento de conflitos já que a estratégia dos invasores será pouco afetada.

É possível supor que o efeito estratégico para os invasores é pequeno em face dos efeitos diretos, por isso que são pouco sensíveis aos esforços dos proprietários. Também seria de supor que escolheriam áreas com grandes probabilidades de serem

desapropriadas, o que nem sempre é verdadeiro.

Se o direito de propriedade for absoluto, as invasões serão feitas em áreas de menor valor e, portanto, onde haja pouco interesse no dispêndio de recursos em proteção. Se o direito de propriedade for mais tênue, os proprietários aumentarão os gastos com defesa e quanto maior forem as probabilidades de desapropriação, menores serão os esforços na defesa da área.

Se a estratégia do MST for a de induzir resistências, pode-se supor que o número de conflitos será crescente; também contribuirá para esse resultado a valorização dos imóveis.

Entretanto, se aumentar a possibilidade de o INCRA desapropriar áreas rurais, o custo para os invasores será reduzido, afirmam os autores do estudo, como também entendem que influi nos custos de organização das invasões a capacidade maior ou menor da intervenção da agência governamental. Agora o aumento de invasões tenderá a aumentar.

Entretanto, por alguma razão, a crescente intervenção do INCRA, bem assim a complacência do Judiciário, em certos casos é claro, levaram ao aumento dos conflitos, o que demonstra que uma política de reforma agrária, fundada no atendimento de reivindicações do MST, gera mais problemas do que soluções.

Após considerações surge a idéia de que qualquer política federal para resolver o problema dos sem terra/teto deve dissuadir conflitos e que a presença de delegados do INCRA em certas áreas potencializa os problemas. Parece que os silvícolas adotaram as práticas do MST e volta e meia tomam agentes da FUNAI para reclamar direitos.

As conclusões do estudo são as seguintes: a) os conflitos reduzem o valor da riqueza pela dissipação das receitas da terra e pelas mortes causadas; b) a causa dos conflitos é a legislação brasileira que dá

aos proprietários, pelo Código Civil, direito para garantir a propriedade, enquanto que a Constituição Federal de 1988 fundaria o direito à pretender-se a reforma agrária. Se a terra não for produtiva, exercendo sua função social, pode ser desapropriada e distribuída aos invasores; c) o quadro institucional contribui, portanto, para os resultados conflituosos; d) a antecipação da notícia de que o INCRA iria desapropriar áreas levou a invasões, resultado que torna risíveis os projetos do governo; e) provavelmente o pior efeito, na área da Amazônia Legal, é o desmatamento de largas áreas da floresta tropical que deveriam ser protegidas, pois uma das formas de se obter o título de propriedade é trabalhar a área pleiteada; f) o processo inconsistente de garantir direito de propriedade, segundo o Código Civil, e, paralelamente, tolerar invasões e desapropriar áreas invadidas, gera ambiente volátil propício aos conflitos; g) resolver a contradição entre segurança, garantia do proprietário, quanto à propriedade e distribuição da terra implica árdua tarefa pois envolve criar e manter instituições que possam sustentar o crescimento econômico.

É evidente que a lei exerce força alocativa importante que, no caso da propriedade privada, das terras devolutas e dos bens dominicais, interfere de maneira intensa nas relações sociais. É sabido que a maximização da satisfação individual exige a circulação dos recursos de seus usos, menos para os mais eficientes, de modo que potencializar as utilidades, ou eficiência alocativa, requer seja a mobilidade dos bens, de sorte que posições e relações negociais permitam satisfazer de modo ótimo, ou próximo do ótimo, os diferentes interesses.

Isso seria obtido se o comportamento dos agentes econômicos que é, em geral, tomado apenas como racional, fosse apenas racional. Porém outros componentes interferem nas decisões "racionalis".

Oliver Williamson, em trabalho não publicado, explica que o *homo economicus*

e agentes reais não são idéias idênticas, e que há três limites importantes que “condicionam, informam” a conduta humana: racionalidade, força de vontade e egoísmo.<sup>2</sup>

Em matéria de comportamento humano sabe-se que as pessoas se auto-impõem limites na conduta, exercendo sua força de vontade, enquanto que o egoísmo pode ser restringido quando o ser humano se interessa pelo bem-estar de terceiros. Nesse tipo de análise, os agentes ficarão satisfeitos com resultados de suas ações que sejam suficientemente bons.

Ora, esses limites, que abandonam a análise do comportamento do *homo economicus* fundada tão-somente na racionalidade objetiva que visaria simplesmente resultados ótimos, devem ser incluídos em qualquer discussão sobre a eficiência alocativa das normas, já que é indisputado que os contratos complexos são, ineludivelmente, incompletos e que, portanto, a confiança, a boa-fé subjetiva, constituem elementos básicos para facilitar o tráfico econômico.

De outro lado, o interesse egoísta, ainda quando auto-controlado, sofre a influência de decisões estratégicas, oportunísticas, que refletem nos contratos incompletos. Por isso que as normas e instituições interferem no balizamento das condutas humanas. Daí o interesse dos juseconomistas pela análise quer da solidez das instituições quer do comportamento dos agentes econômicos.

Porém, mais importante, é o reconhecimento de que as instituições e as organizações, que podem se tornar instituições, exercem sobre as pessoas. Caminhar em direção a algum tipo de organização tem sido constante. Veja-se, p. ex., os sindicatos de trabalhadores que têm maior poder de barganha do que indivíduos agindo isoladamente.

Normas jurídicas que desprezem tais informações poderão entrar no grupo das leis ineficientes do ponto de vista alocativo, ou daquelas ditas “leis que não pegam”, daquelas normas que estão de tal forma distanciadas da realidade que a sociedade não pune sua inobservância ou que mesmo que haja punições sociais elas não induzem mudança de comportamento.

Instituições servem para estabelecer regras sociais que mitigam potenciais conflitos de interesse entre agentes egoístas e oportunistas. Mudanças institucionais no direito de propriedade, nas regras informadoras dos contratos e credibilidade, ou não, Poder Judiciário, agem como parâmetros e induzem alterações que podem produzir condutas ineficientes, com o que toda a sociedade vê seu bem-estar prejudicado. A discussão anterior que demonstra a perda de riqueza é bem ilustrativa desses resultados.

Parece não haver dúvidas de que, entre várias condutas alternativas, os agentes optarão por aquelas que lhes sejam mais favoráveis ou menos gravosas, por vezes impondo aos outros agentes ônus ou perdas que as normas jurídicas deveriam evitar. Esse parece ser o modelo em que se enquadrarão as invasões de propriedade pelo MST.

O MST aparece como uma organização (não ainda uma instituição, nada obstante tenha desta algumas características), que ao invés de transformar conflitos sociais em condutas de cooperação, tem tornado ásperas as relações entre grupos.

Citando Colin Cmarer e Marc Knez, Williamson explica que, sob certas condições, jogos normalmente classificados como dilemas sociais podem ser transformados em jogos de cooperação: a) que os jogadores afirmam utilidade por serem afáveis ao cooperar com outros que também cooperam – deve haver reciprocidade condicional; b) se os jogadores puderem ser excluídos de benefícios quando os demais cooperam e ele não, poderá ser induzido a co-

2. “Human actors and economic organization”, apresentado no II Congresso Internacional da New Institutional Economics Association, Paris, 1998.

operar – implica previsão. Mas, diz ele, pode-se também alterar comportamentos alterando a matriz de recompensas/punições.

Ademais disso, a base social pode interferir nas decisões individuais. A alocação aleatória de bens costuma levar a trocas que satisfaçam as necessidades individuais. Seria necessário alterar as funções de utilidade para que as pessoas se sentissem satisfeitas com a alocação existente. O que, evidentemente, inexistente quando se trata de *sem-terra v. com-terra*; quando há iniquidade nas posições é preciso que um dos jogadores esteja disposto a pagar pela redução da iniquidade entre ele e outrem que seja atingido por sua ação. Nesse ponto o egoísmo sem barreira age e os proprietários não aceitam a idéia de que há iniquidades a serem reparadas.

Se a sociedade, porém, entender que a garantia de higidez das relações sociais exige a composição desses interesses conflitantes, num modelo Kaldor-Hicks, as normas sociais deveriam aceitar as invasões, ou algumas delas, desde que haja aumento de produtividade e paz social, o que causaria aumento do bem-estar geral. (O modelo proposto não requer compensação real, concreta, efetiva e individual.)

Mas a organização dos sem-terra no MST, dada a hierarquia de comando, propõe superar a dificuldade de definir metas, comunicação e cooperação entre pessoas com diferentes formações, habilidades e limitações, pois aqui intervém a racionalidade dirigida. O oportunismo combinado com a racionalidade acaba por incentivar condutas perigosas, pois a utilidade dos membros do grupo é diferente daquela dos líderes, num típico caso de *agency*. E a organização adquire vida própria, defendendo interesses próprios.

Como muitas ações humanas produzem externalidades, que podem ser positivas ou negativas, cabe ao sistema jurídico encontrar meios de internalizá-las, especialmente quando negativas, pois nesse

caso a conduta do agente implica que ele obtém o benefício e os demais sofrem as perdas. Também por isso, as externalidades, assim como estímulos à internalização de eventuais perdas, devem informar a distribuição de prêmios, recompensas e punições para que se estimulem comportamentos desejáveis e inibindo os indesejáveis.

Parece caminhar nessa direção a política governamental, que impõe um ano de espera para a análise sobre eventual desapropriação de áreas invadidas; não fora o fato de que se essa demora desestimula invasões – é o que se supõe –, também estimula proprietários a se precaverem por conta de eventuais danos causados com a invasão. Novamente a insegurança gera dificuldades sérias para quem é proprietário e para quem almeja sê-lo. Novamente cabe lembrar a advertência dos pesquisadores quanto à dificuldade de criar instituições para disciplinar conflitos.

A verdade é que conflitos de interesse impedem a cooperação e reduzem a produtividade dos bens. A internalização das regras deve ser tal que se tornem parte das pessoas e que, por isso, sejam respeitadas, independente das sanções, jurídicas ou sociais, que possam impor. Mesmo porque a sanção é uma forma de preço a ser pago pela conduta indesejável ou indesejada. Daí que a sanção da espera pode ser ineficaz como instrumento para inibir invasões programadas, se não houver alguma outra sanção imediata e eficaz.

A distinção entre o *preço-sanção* e o *preço de mercado* está em que no caso do primeiro há julgamento social, pois a avaliação do delito praticado depende da atitude do agente, enquanto que os preços de mercado garantem a discricionariedade da conduta do agente.

Robert Cooter<sup>3</sup> explica que pequenos grupos de pessoas que interagem continua-

3. "Models of morality in law and economics: self-control and self-improvement for the 'bad man'"

mente entre si, desenvolvem soluções que, embora ineficientes isoladamente consideradas, tornam-se eficientes no conjunto, o que explica as regras de cooperação entre eles.

Continua dizendo que a obediência às normas jurídicas decorre muito mais da internalização do respeito à lei do que de temor às punições, o que se prende a aspectos de moralidade. Auto-controle é para Cooter processo decisório quanto à decisão, ou não, de suportar os efeitos de uma conduta irregular, o que pode levar a alterar as próprias preferências buscando o auto-aperfeiçoamento.

Tratando da influência das preferências havendo oportunidades, com base no ótimo de Pareto, apresenta o estudioso a possibilidade de aperfeiçoamento que leva a alteração de preferências, pois a credibilidade é avaliada e induz a melhor posição do agente no mercado, reduzindo o custo de parecer ser confiável.

Como é que se pode forjar o auto-aperfeiçoamento das pessoas? Imagina Cooter que as sanções sejam desmembradas em: a) sanções sociais, e b) sanções legais. E daí passa a avaliar o que pode ocorrer quando a sanção legal inexistir. Segundo sua tese, as pessoas que têm baixa taxa de desconto do preço-sanção continuarão a proceder corretamente, enquanto que aquelas cujas taxas de desconto forem elevadas, ficarão estimuladas a proceder de forma indesejável.

A conclusão do trabalho de Cooter é que muitas pessoas internalizam as normas sociais e legais e, por isso, a coerção, típica da norma legal, seja a ponta do *iceberg* no que concerne a conduta do homem mau, concordando com os moralistas que as sanções constituem estímulo para o auto-aperfeiçoamento. Também questiona o fato de que se a lei pode contribuir para o fortalecimento moral, pode solapá-la ao se desviar

dela, pois as normas que pareçam injustas, ou moralmente desprezíveis, não merecem respeito.

Assim, fica posto o escopo da discussão presente, de que o Código Civil brasileiro e as normas referentes à reforma agrária devam ser analisados à luz das chamadas “leis da economia”, ou seja, a lei da oferta e da demanda, da procura da maximização de valor, utilidade e eficiência, produtiva e alocativa, nas relações inter-individuais e coletivas ou sociais.

A adequação das regras jurídicas deduzidas há 80 anos em face da mudança da base sócio-econômica e de expectativa dos agentes e, em que seria desejável modificá-las para atender à sociedade, que se prevê existirá no próximo milênio, é imperativo de justiça.

Direito e Economia são áreas do conhecimento complementares. Ambas as ciências, ou ciência e arte, como querem alguns, baseiam-se na análise dos fatos sociais e humanos, operam sobre modelos teóricos e buscam prever e/ou ajustar os comportamentos humanos, incentivando-os ou inibindo-os mediante regras gerais e abstratas; as do Direito, seguidas de sanções, as da Economia, sem sanção legal mas com resultados econômico-financeiros que podem ser perversos.

Nesse sentido, Ronald H. Coase,<sup>4</sup> concluindo que a Economia é ciência que estuda o comportamento humano racional. Dois são os modelos de racionalidade: o coletivo e o individual. No último, trata-se da maximização de utilidade, enquanto que o primeiro se funda no designado *Teorema de Pareto*. A racionalidade coletiva implica um Pareto ótimo, isto é, aquele em que não há qualquer Pareto superior que seja melhor.<sup>5</sup>

4. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2ª ed., London, MacMillan, 1935, p. 16.

5. Pareto superior é definido em relação a preferências individuais em face de estados sociais.

Porém, cada indivíduo tomado isoladamente do grupo não define, racionalmente, nenhum tipo de Pareto superior. Isto porque o indivíduo pode obter alguma vantagem isolada, individual, que o ponha em posição melhor, porém causando algum tipo de perda a outrem. O resultado a que chegam os economistas é que um estado Pareto superior é aquele racional para todos os agentes e de que resultará a cooperação entre eles.

Se a conduta racional explica a motivação e, politicamente, justifica as normas jurídicas, dado que as pessoas estarão motivadas a observá-las, já que, racionalmente, refletem seu interesse, que outra coisa é o interesse visado pelo Direito senão a posição de uma pessoa em face de um bem da vida ou da utilidade que pode obter de bens da vida, seus ou de terceiros?

Aqui o ensinamento de Cooter, pois a relação entre lei, moralidade e cooperação racional, interação vantajosa para a comunidade especialmente porque é produtiva e distributiva. Se cada agente entende que observar as regras de cooperação é de seu interesse, será que ainda se trata da mesma conduta racional *tout court* dos economistas do século passado e primeira metade deste? Parece-me que se está aqui no plano da racionalidade descrita por Williamson.

Claro que o contrato, instrumento de alocação de restrições ou de interesses, retrata a escolha racional num modelo de cooperação. Ao contratar cada parte deseja maximizar sua parcela de benefícios, ao mesmo tempo que busca minimizar os ônus que sobre ela devam recair, ajustando entre si a internalização de algumas externa-

lidades. Daí porque o contrato é o instituto de que se servem os agentes para realizar seus interesses. Tornar eficiente a troca implica aumentar a utilidade ou a velocidade e reduzir o custo da utilidade individualmente considerada. Os comportamentos voltados para o perfeito cumprimento das obrigações contratuais pode resultar tanto de internalização de condutas legal ou socialmente desejáveis, quanto do temor de pagar o preço do inadimplemento.

A pena a que se sujeita quem viola a lei, no caso dos crimes, ou ainda naqueles casos que se enquadrem genericamente na regra do art. 159 do CC, representa *preço* a ser pago por não observar comportamento valorado pela sociedade que o considera digno de tutela prevista em norma jurídica. Outras formas menos evidentes, porém igualmente eficazes, de analisar “preço” constituem o desprezo voltado a certos comportamentos que membros de grupos mantêm em relação a outros que violem normas de conduta não previstas em leis desejadas na comunidade de que se trate.

Empregar tal parâmetro pode constituir elemento básico para compor alguns dos conflitos sociais. Retomando o chamado *Teorema de Coase*, designação atribuída a George Stigler a estudo apresentado por Ronald H. Coase no artigo “The Federal Communications Commission”, em que afirma: “A propriedade de uma caverna recém-descoberta caberá ao descobridor, ao proprietário da área em que se localize a entrada, ou a quem tenha a propriedade da área sob a qual está situada depende da lei que dispõe sobre propriedade. Mas a lei apenas determina a qual pessoa com quem se deve ajustar o uso da caverna. Se a caverna for usada para armazenar arquivos bancários, reservatório de gás natural, ou cultivar cogumelos, isso será resultado não da lei de propriedade mas se a banco, a companhia de gás ou a produtora de cogumelos, pagará o máximo valor desejado

Exemplifica-se. Um estado  $S'$  é Pareto superior em relação a outro estado  $S$ , se ninguém preferir  $S$  sobre  $S'$  e se, ao menos uma pessoa preferir  $S'$  em relação a  $S$ . Ou de outra forma, o estado  $S'$  é Pareto superior ao estado  $S$  se ninguém ficar pior em  $S'$  do que em  $S$  e, ao menos uma pessoa estiver melhor em  $S'$  do que em  $S$ .

pelo proprietário para ter o uso da caverna”<sup>6</sup> (tradução livre).

Partindo dessa explicação de Coase pode-se pensar, no caso da reforma agrária, situações em que direitos poderiam ser exercidos por quem tivesse com isso a máxima utilidade? A resposta será negativa, pois a discussão do economista tem presente apenas a maximização econômica, não aspectos sociais, ou seja, não o conceito de Kaldor-Hicks. Porém, serve de ponto de apoio para que se prossiga com o assunto.

Ao afirmar que: “the delimitation of rights is an essencial prelude to market transactions (...) the ultimate result (which maximizes the value of production) is dependent of the legal decision”,<sup>7</sup> Coase conclui: se inexistente custo de transação a alocação inicial do bem ou de sua propriedade não será feita levando em conta o uso mais eficiente, que é o que se busca em teoria econômica.

Explica George Stigler que, no mercado de competição perfeita, os custos individuais e sociais serão iguais, desde que o *custo de transação* seja igual a zero. Já Coase entende que o custo social depende do valor mais elevado que os fatores de produção teriam em usos alternativos. No caso da propriedade, de sua maior produtividade ao menor custo. Mas se os invasores considerarem que o custo das vidas perdidas nos confrontos é desprezível em face do benefício que será a conquista da propriedade, ou a comoção social que produz,

o custo de transação, no caso, será zero para eles e, portanto, as invasões serão sempre desejadas.

A idéia de *custo de transação* é importante quando se discute eficiência alocativa, pois as normas de tutela de partes mais fracas, a pretexto de corrigir imperfeições de mercado, acabam por provocar distorções, impedindo a normal e eficiente alocação da riqueza e, muitas vezes, impondo um custo social perverso e, portanto, indesejável.

Em matéria de propriedade, como em qualquer outra área de conteúdo patrimonial, se os recursos são escassos, o uso do recurso tende a gravitar na posição mais benéfica que o mercado permitir ou oferecer (eficiência produtiva). Exemplo é a Lei de Condomínios Horizontais que aumenta o valor da propriedade imobiliária ao permitir a edificação em planos horizontais de unidades distintas atribuindo-as a diferentes proprietários. A modificação das áreas urbanas nas cidades é consequência da legislação aqui referida, que provoca o aumento do valor dos terrenos sempre que seja possível ali implantar um condomínio horizontal.

Porém, a terra destinada à produção agropecuária não pode ser edificada em patamares e distribuída entre os interessados. Sabendo que muita vez os posseiros não dispõem de equipamentos nem de tecnologia para o bom aproveitamento do solo, é certo que a alocação, ainda quando não haja perda de vidas, é ineficiente.

Se o valor econômico de um bem é determinado pelo montante em dinheiro que se esteja disposto a pagar por ele ou, inversamente, quanto se exige para dele se desfazer, imagino que o valor dos imóveis em que se possa edificar segundo a Lei 4.591, de 1965, é significativamente superior ao daqueles de mesma área física situados em região sobre os quais pesem limitações ao direito de edificar. Claro que a contrapartida é a perda de valor de lotes que

6. Coase, ob. cit., p. 157: “Whether a newly discovered cave belongs to the man who discovered it, the man on whose land the entrance to the cave is located, or the man who owns the surface under which the cave is situated is no doubt dependent on the law of property. But the law merely determines the person with whom it is necessary to make a contract to obtain the use of the cave. Whether the cave is used for storing bank records, as a natural gas reservoir, or for growing mushrooms depends, not on the law of property, but on whether the bank, the natural gas corporation, or the mushroom concern will pay the most in order to be able to use the cave”.

7. Ibid., p. 158.

não se prestem a esse fim e estejam localizados nas mesmas áreas urbanas. Novamente Kaldor-Hicks permite impor perdas a alguns, quando muitos outros se beneficiam.

A palavra *utilidade* indica, em Economia, o valor do custo ou benefício esperado em face de opções para usos diversos do bem. Utilidade e tutela de interesses caminham juntas, de forma que os remédios ou instrumentos para as hipóteses em que os interesses (ou utilidades) não sejam satisfeitos, ou sejam satisfeitos de forma incompleta, permite supor que as utilidades constituem, embora de forma subjacente, elementos fundantes dos sistemas jurídicos.

*Eficiência* na alocação de recursos, indica que a maximização da utilidade é a meta dos agentes. A eficiência interessa por ser útil na definição de metas, não do ponto de vista moral, no caso da troca econômica, mas, no plano jurídico, há que avaliar aspectos éticos e sociais.

A redução do preço das propriedades rurais decorrente das invasões é resultado de se ignorar as regras de mercado em suas duas vertentes: a que entende que o paradigma do mercado é importante por criar eficiência alocativa, a outra que o prende à escolha livre contribuindo para gerar estabilidade social. A escolha livre existe nos regimes democráticos, sem que se chegue a supor que todas as normas, nas democracias, sejam desenhadas de modo a tornar os mercados possíveis ou corrigir suas falhas.

Porém, no caso da reforma agrária, inexistente mercado fora das regras constitucionais da observância da função social da propriedade. De outro lado, os posseiros invasores, individualmente, não disporão de recursos para pagar por frações das áreas desejadas, e o preço, por falta de concorrência, não seria o de mercado. A circulação da propriedade entre sem-terra e sem-recursos e proprietário é impossível, e ainda que se diga que as normas contratuais definam a moldura das *permissões* ou *au-*

*torizações* individuais, ou seja, permitem às pessoas dispor de seus bens ou interesses como melhor lhes aprouver, fica patente a desigualdade entre esses agentes.

A autonomia privada não é o instrumento adequado para resolver as disputas nesses casos.

Richard Posner vê no direito de propriedade dois aspectos: o estático e o dinâmico. No primeiro caso não se considera a questão temporal, ou decurso do tempo, o que significa que todas as mudanças temporais presumem-se refletidas, instantaneamente, sobre o valor da propriedade.

Sob o aspecto dinâmico, porém, os eventos ocorridos ao longo do tempo são valorizados. Assim, p. ex., os frutos do trabalho agrícola – plantações, criações – devem ser tutelados separadamente da tutela do imóvel, evitando que haja apropriação desse valor por qualquer pessoa que não o agricultor, o criador, para evitar o desestímulo a essas atividades.<sup>8</sup>

A questão que se põe em face da distribuição dos direitos e ganhos (riqueza) gerados pela atividade e os danos por ela causados, leva às regras de responsabilidade civil. Aqui não se trata de proibir condutas moralmente reprováveis, mas sim de alocar riscos de forma a que as condutas culposas, além das dolosas, é claro, sejam inibidas, ou que o causador de danos pague pelo prejuízos que venha a ocasionar.

Jules L. Coleman,<sup>9</sup> lembrando Guido Calabresi, entende que o direito de *torts*, correspondente à responsabilidade civil, ocupa posição entre os contratos e os delitos. Nota que os direitos reais definem a propriedade e outros títulos dominiais; o direito dos contratos é a área que dispõe sobre a forma pela qual fazemos o que desejamos com nossos bens, mediante o desenho de modelos que devem ser atendidos

8. Posner, ob. cit., pp. 29 e ss.

9. *Risks and Wrongs*, Cambridge, University Press, 1992, p. 74.

para a validade e eficácia do negócio; e, por fim, que o Direito Penal define as proibições, que são categóricas, ainda quando se esteja disposto a pagar a compensação pela violação da norma.

A idéia de preço está presente também na doutrina do filósofo do Direito norteamericano, tal como na de Cooter, anteriormente citado, podendo-se pensar que o aumento das penas leve à diminuição das condutas infratoras. Essa parece ser idéia dominante no Brasil, pois os legisladores buscam sempre apenas com mais rigor as condutas, sem que se chegue conta que à redução dos crimes. Mesmo no plano dos ilícitos civis, a legislação parece ser ineficaz para coibir as condutas. Talvez isso seja resultado da certeza da impunibilidade ou da inexistência de inibidores morais que imporiam a internalização de condutas apropriadas.

O que se entende de Calabresi, porém, é que na responsabilidade civil estão previstos atos cuja prática é admitida, desde que o agente pague o preço do prejuízo causado, enquanto que na esfera penal o pagamento é outro, já que se responde pelo dano causado não a uma pessoa isoladamente mas à sociedade, justificando penas privativas de liberdade, proibição ou inabilitação para exercer atividade.

Coleman entende que a responsabilidade civil mescla direito e moral. Vale dizer que a responsabilidade civil constitui elemento que serve para trazer os ideais de justiça e moralidade na contraposição da pura e não valorativa idéia de eficiência alocativa da economia quando há imperfeições de mercado.

Mas a responsabilidade civil no caso das invasões comandadas pelo MST deve caber integralmente ao movimento, não às pessoas que são lideradas e que causam os danos. Primeiro porque é o MST que arregimenta as pessoas, define as áreas e provê seguranças armadas para defendê-las quando há mandado de reintegração de posse. Por analogia, aplicar-se-á a regra de que o

patrão responde pelos danos causados pelos seus empregados, e o proprietário por aqueles causados por seus animais.

Nada obstante, como regra geral, a disciplina dos direitos de vizinhança, dos comunheiros, dos usuários e usufrutuários, deve apenas a invasão de animais em propriedade alheia, compor danos daí derivados, para estimular os produtores, proprietários, ou não, da terra. Nesse caso, insere-se o usucapião extraordinário já referido para compensar o trabalho e benfeitorias dele decorrentes.

Igualmente no caso de exploração minerária, em que o proprietário da terra deve permitir que terceiros possam escavar o subsolo e extrair minérios, mediante pagamento de direitos ao titular da propriedade. Com essas regras aumenta-se a eficiência alocativa e melhora-se a distribuição da riqueza.

A natureza do direito, exclusivo quanto ao uso de recursos valiosos, dá origem a um conjunto de remédios próprios como as ações reivindicatórias, as repressetórias, e os interdictos, p. ex., que se exercem *erga omnes*. O direito de propriedade garante ao titular a disponibilidade e utilidade do bem e o poder de obter indenização, até por via da responsabilidade civil, por prejuízos e/ou perda de valor que venha a sofrer, decorrente de danos ou perda da propriedade por ato de terceiro.

Na formação do Direito Privado, a propriedade ocupa posição central, que se mantém nas grandes codificações do século passado, quando surgem as sociedades modernas, facilitando a livre troca, o intercâmbio de bens. Ainda mais, a apropriação da riqueza pelos particulares também depende do reconhecimento da propriedade privada. Assim, o mercado e a troca se transformam em mediadores das relações sociais e a apropriação privada da riqueza se completa.<sup>10</sup> Nos regimes políticos que

10. Pietro Barcellona, *Formazione e Sviluppo del Diritto Privato Moderno*, Napoli, Jovene Editore, s/d, pp. 140 e ss.

desconhecem a propriedade privada a apropriação da riqueza inexistente e sua distribuição obedece a critérios políticos.

O legislador deve ter em mente que nem só eficiência alocativa, maximização da utilidade, deve ser analisada nas regras de propriedade e direitos conexos. Se assim fosse, admitir-se-ia que as pessoas com maior poder econômico causassem danos a outrem por terem capacidade para ressarcir-se, levando a sociedade a comportamentos inaceitáveis do ponto de vista da moral.

Essa razão é suficiente para que se fixem limites claros ao "direito absoluto do proprietário" de aumentar seus benefícios, de maximizar sua utilidade. Nessas situações o que se faz, na análise econômica das normas, é tentar encontrar o ponto de equilíbrio, ou Pareto superior, de forma que todas as partes, independentemente de seu poder econômico, auferam benefícios dos recursos e suportem, equilibradamente, os danos.

Essa a orientação do legislador de 1988 que, na CF, trata da função social da propriedade. Reconhece a propriedade privada, mas impõe que o proprietário exerça o direito tendo em vista interesse social. Da mesma forma, a política fundiária que cria o Imposto Territorial Rural progressivo para áreas improdutivas reflete o princípio constitucional da função social da propriedade.

Proteção ambiental, limitação de emissão de poluentes, proibição de desmatamento, ruído excessivo em certas áreas ou decorrentes de certas atividades, restrições ao direito de edificar, entre outras, constituem modalidades de restrição ao direito de propriedade na forma tradicional.

Muitas dessas restrições são recentes e têm por escopo a tutela de coletividades atuais e futuras. Discute-se se as futuras gerações, potenciais beneficiárias das restrições, estariam dispostas a pagar o preço imposto pela alocação menos eficiente dos

recursos. Não há como ter certeza da resposta, mas, sem dúvida, qualquer medida voltada para assegurar que venham a existir e que encontrem ambiente saudável é de ser tomada.

O reconhecimento do direito de propriedade é fundamental para a troca e, portanto, para a existência do mercado e a relação entre propriedade privada e mercado, em um lado, e a disponibilidade da riqueza destinada ao mercado, de outro, deixa claro que o mercado existe porque se reconhece a propriedade privada e a apropriação da riqueza pelos particulares. Por isso, a questão das invasões de terras pode levar a desarticulação do processo produtivo rural, causando danos de monta à sociedade.

Restrições ao uso abusivo da propriedade ou falta de atendimento a sua função social nada mais são do que externalidades que se destinam a aumentar o bem-estar geral. Propriedade e contrato, instrumento de troca voluntária, estão ligados na promoção do bem-estar social e as regras de responsabilidade por culpa (responsabilidade civil) constituem o remédio que tutela os interesses. As tutelas ressarcitórias baseiam-se na reparação dos danos e levam em conta, especialmente, a liberdade das pessoas e, por isso, devem limitar-se ao caráter pecuniário da coação. Está-se no campo da responsabilidade patrimonial que pode levar à execução forçada, sob forma de valor abstrato de troca.<sup>11</sup>

Restrições outras, além das legais, podem resultar de contratos e, diferentemente das regras de domínio, que se exercem contra todas e quaisquer pessoas, refletem-se apenas sobre as partes contratantes. Exemplo seriam loteamentos privados que restringem o tipo de edificação admitido, a área edificanda, livre transmissão da propriedade.

Direitos obrigacionais decorrentes de posições jurídicas que não a de propriedade

11. Di Majo, ob. cit., p. 157.

de, dão ao prejudicado por atos de terceiros o direito de exigir alguma compensação, não porém, o de excluí-los da posição que ocupa. Também não podem ser exercidos contra todas e quaisquer pessoas, mas sim e só contra o violador causador do dano. Só as medidas ressarcitórias ou compensatórias, aí incluído o ressarcimento de danos não patrimoniais.

Essa distinção entre propriedade e obrigação como instrumentos de tutela de direitos é contraditada por Antonio Gambaro, que diz que mesmo as regras de responsabilidade podem ser empregadas na tutela da propriedade. A posição do professor italiano é de ser respeitada, pois há, também no ordenamento civil pátrio, normas que dispõem que, no trespassar de cercas ou limites, os danos provocados por animais a cultivos de terceiros devem ser indenizados.

Comparando contrato e responsabilidade civil, com ou sem culpa, observa-se que aquele promove a circulação de bens de usos menos para os mais nobres de forma voluntária; a responsabilidade civil fá-lo, igualmente, porém de forma coercitiva, involuntária. No primeiro caso há consenso, no segundo compensação; o contrato é instrumento próprio do mercado, a responsabilidade civil destina-se à correção das falhas do mercado. Um é instrumento direto e a outra indireto de aumentar a eficiência alocativa.

Separado o direito de propriedade dos direitos obrigacionais e da responsabilidade, instrumento de recomposição das imperfeições de mercado e dos comportamentos que produzem resultados ineficientes, pode-se passar a analisar alguns dispositivos legais sob a ótica da eficiência alocativa.

Se o direito de propriedade, diz Coleman,<sup>12</sup> "secure rights when transaction costs are low and liability rules secure rights

when transaction costs are too high" (garante os direitos quando os custos de transação são baixos e as regras de responsabilidade os garantem quando os custos de transação são muito elevados), é porque, quando se aplicam as regras de responsabilidade, as perdas são apreciadas segundo as regras de mercado (dano emergente e lucro cessante), enquanto que no caso de disputas sobre propriedade a questão se põe em relação ao excedente que, por definição, ultrapassa o valor de mercado do direito ofendido, o qual está preso ao custo de obter a transferência da propriedade. Alfonso Di Majo explica o fato da seguinte forma: "(...) il valore da corrispondere è quello di mercato e non di affezione (come postulerebbe una regola proprietaria) (...)".<sup>13</sup>

Novamente vêm à tona as questões de desapropriação para fins de reforma agrária. As indenizações a serem pagas aos proprietários acabam sendo mais elevadas do que esperado pois, com as invasões, paga-se duplamente, pela propriedade e pelos danos causados. O número de invasões deveria ser menor se se tivesse presente que a eficiência alocativa fica comprometida se a propriedade é desapropriada e os cultivos perdidos em função da invasão anterior. Mais grave é a tomada da propriedade e seu abandono por falta de recursos/tecnologia para seu desenvolvimento. Talvez isso explique uma certa preferência por áreas formadas e desenvolvidas ...

Promulgado em 1916, o CC brasileiro entrou em vigor em janeiro de 1917, produto de uma sociedade agrária, na qual a propriedade imobiliária rural e a produção agrícola ou agropecuária constituíam o elemento econômico determinante do poder. Não é de surpreender, portanto, a ênfase do legislador no que concerne aos direitos reais, direitos reais limitados e de garantia, às regras de vizinhança, águas.

12. Ob. cit., p. 85.

13. Ob. cit., p. 92.

No campo do direito das coisas o CC começa por tratar da posse (art. 485), passa por sua aquisição, efeitos e perda para chegar à proteção possessória (art. 523).

Quanto à propriedade (art. 524), o legislador seguiu o modelo discutido pelos economistas entendendo que cabe à lei reconhecer a propriedade e definir seus limites, assim como os direitos reais sobre coisa alheia. Assim é que no art. 524 especificam-se os poderes do titular de direito quanto ao uso, gozo e disposição e o dever de abstenção de terceiros quanto à recuperação da posse injusta. Igualmente a lei dispõe que o titular do domínio exerce seu direito sobre a superfície e sobre a profundidade e altura, sendo o domínio presumido como exclusivo e ilimitado (arts. 526 e 527, CC), salvo prova em contrário. Restrições ao exercício do domínio incluem a função social da propriedade.

Dispondo sobre a aquisição da propriedade imóvel o legislador de 1916 determina que os modos são: transcrição do título de transferência no registro de imóveis, acessão, usucapião e por herança.

Veja-se, a propósito, as regras do Projeto de Código Civil abaixo, no que diz respeito a aquisição por acessão: "Art. 536. A acessão pode dar-se": incs. I a IV dispõem sobre a aquisição, ou não, da propriedade por acréscimo quando ocorrem fenômenos da natureza. O inc. V, porém, apresenta outra hipótese, a de "(...) construção de obras ou plantações", em que o acréscimo à propriedade decorre da força de trabalho de outrem. Essa situação está disciplinada pelo disposto nos arts. 545 a 549, em que se diz: a) as edificações e/ou plantações existentes no terreno presumem-se pertencentes ao proprietário do terreno ou feitas a suas custas; b) quem planta ou constrói em área alheia perde o que edificou ou plantou, tendo direito a indenização, salvo se agiu de má-fé, quando poderá arcar com a reposição do bem no estado anterior e responder por prejuízos; c) quem

edifica ou semeia em solo alheio perde a propriedade das sementes e construções devendo ser indenizado, salvo se agiu de má-fé (é a regra da responsabilidade que, de forma indireta, tutela a propriedade).

A dúvida está em que se se adquire a propriedade por edificar ou plantar em terreno, por que as exceções todas? A resposta está no art. 545 já citado. A alocação é feita em benefício do titular do solo, independente de quem seja o "dono" da lavou-ra ou edificação. A aquisição da propriedade por acessão funda-se em boa-fé do titular do solo e na idéia de que o solo tem valor superior ao que nele se agrega. Essa forma de raciocinar é própria da época em que a lei foi elaborada.

Em 1964, porém, verifica-se mudança profunda, ao menos no plano legislativo, quanto à função da propriedade rural. A Lei 4.504, de 30.11.64, conhecida como Estatuto da Terra, indica já a tendência de diferenciação a tutela sobre a propriedade rural, atribuindo-lhe função social. O legislador explica que a função social estará preenchida quando, simultaneamente, favorecer o bem-estar dos proprietários e trabalhadores, assim como suas famílias; manter níveis satisfatórios de produtividade; assegurar a conservação de recursos naturais e, com justiça, disciplinar as relações de trabalho entre proprietários e trabalhadores (art. 2º).

Essa disciplina reconhece que o trabalhador agrícola agrega valor à propriedade rural, pois as benfeitorias resultantes de seu esforço se incorporam ao solo aumentando-lhe o valor, valor esse que pode superar o dos insumos utilizados, produzindo ganho adicional que beneficia o proprietário.

O legislador de 1964 foi além e tratou de discriminar o que se entende por imóvel rural, separando-o em latifúndio, minifúndio, propriedade familiar, empresa rural, além de tratar da parceria, da colonização e da sociedade cooperativa voltada para a reforma agrária.

O que interessa, para o presente estudo é de um lado a *propriedade familiar* (art. 4<sup>a</sup>, II), que é o imóvel rural explorado direta e pessoalmente pelo agricultor e família, e cuja área máxima é fixada para cada região e tipo de exploração. A idéia central do dispositivo legal é estimular o emprego de força de trabalho da família para garantir seu sustento e estimular o progresso sócio-econômico.

A alocação da propriedade é feita por mérito, para premiar o esforço pessoal e, como subproduto, estimular o aumento do bem-estar geral. A norma é alocativa e indutora de transformação comportamental, tanto no pequeno agricultor quanto no latifundiário, pois que no art. 12 da Lei está o mandamento quanto à função social da terra, cujo uso deve visar o bem-estar coletivo, seguindo-se o comando de que se as áreas não cumprirem o mandamento anterior deverá ser extinta outra forma de ocupação ou exploração.

As regras quanto à desapropriação da propriedade rural visam promover a função social da propriedade, sua justa distribuição, exploração racional, recuperação sócio-econômica regional, estímulo à pesquisa, experimentação e assistência técnica, renovação de recursos naturais e proteção ambiental, à fauna e flora. Pune-se o proprietário que desenvolve atividade predatória e não atende a comando para empregar normas conservacionistas dos recursos naturais, o que permite observar a precificação determinada para comportamentos indesejáveis.

A ocupação de terras devolutas federais foi reconhecida, dando aos possuidores o direito de adquirirem a titularidade, aceitando-se que o trabalho agrícola é forma de aquisição da propriedade. Essa forma não prevista na legislação de 1916 é resultado de conflitos entre proprietários e trabalhadores, posseiros, invasores, produtores de riquezas estes e não aqueles.

Em 1981, Lei 6.969, de 11 de dezembro: mais uma que altera as regras do di-

reito de propriedade. A aquisição da propriedade rural, além das formas previstas no CC, pode resultar de posse, de boa ou má-fé, por cinco anos, somada a exploração produtiva e residência. Nesse momento, porém, o legislador inclui não só as terras federais devolutas como as particulares, excluídas apenas as áreas necessárias à segurança nacional, terras habitadas por silvícolas e áreas de interesse ecológico.

Mais recentemente, em 1992, o Decreto 433, de 24 de janeiro, dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, por meio de compra e venda, para fins de reforma agrária, quando o INCRA passa a ter papel fundamental no processo de distribuição da propriedade rural.

É a essa pletera de diplomas legais, muitos deles dispendo sobre o mesmo objeto, que assenta uma das dificuldades observadas pelos pesquisadores estrangeiros acima referidos, quando discutem o conflito legal entre norma constitucional e direito privado.

Não é de aceitar o argumento, de vez que o legislador sempre teve presente as normas de direito privado que, no caso da propriedade rural, são com frequência alteradas para ajustar o direito exclusivo do proprietário com a criação de empregos e a produção de riqueza, a par da preservação ecológica.

A leitura equivocada dos textos é que tem provocado muitos dos conflitos, ainda mais quando se vê agravada a produção rural por falta de planejamento e políticas públicas consistentes com as propostas das leis citadas.

Que há discrepância entre as previsões do CC e as normas posteriores que regem a propriedade rural é inegável, já se constatou, mas que haja conflito entre o disposto na CF e normas de direito privado é inadmissível.

Intuito das regras do CC é proteger o titular do solo contra terceiros que, a pretexto de terem ali laborado, executado al-

guma obra, pretendam apossar-se da terra, o que implicaria em aumentar custos com a guarda do bem. Por isso é que se idealizou, em 1916, impor a quem assumisse o risco de plantar ou edificar em solo que não tem certeza seja seu, o preço que é deixar a benfeitoria para o dono do solo. A lei tornava onerosas as decisões que envolvessem a má, por descuidada, alocação de recursos.

Reconhecendo que a base social era outra, que a propriedade rural deveria ser promotora do aumento do bem-estar social, as normas foram sendo, paulatinamente, revistas, culminando-se com a inserção, como princípio constitucional o reconhecimento da propriedade privada, cuja tutela plena depende de estar cumprindo a função social.

Em resumo, é patente que todas as garantias quanto à defesa da propriedade privada previstas no CC estão em vigor, mas devem ser aplicadas só quando o princípio constitucional esteje presente.

É eficiente a atual alocação de direitos? Dada a crescente onda de conflitos e invasões de propriedades, tanto rurais quanto urbanas, é de crer que haja descompasso entre as prescrições legais e a realidade social, levando a imaginar que o custo de transação é muito baixo para alguns dos interessados e, por isso, tendem a tomar decisões exacerbando ou subestimando as reações dos demais agentes.

Nesse sentido, o Projeto de Código Civil (Projeto de Lei da Câmara 118, de 1984, n. 634/75 de origem) oferece alteração importante. O art. 1.255, que corresponde ao art. 546 atual, recebeu parágrafo único que prevê a transferência da titularidade sobre o solo em benefício de quem executou a obra, sempre que o valor desta superar o do solo em que foi executada. Acredito que haja no projeto reconhecimento que um dos fatores valiosos e escassos, o trabalho, fora desprezado de forma incorreta. O que interessa, mais do que tu-

telar terra improdutiva, é garantir a produção, oferta de bens no mercado, que aumenta o bem-estar geral.

Foi mais além o projetista e, nos arts. 1.258 e 1.259, cuidou de invasões parciais de solo alheio, comparando o valor da área invadida com o da construção, limitada a invasão a não mais de 1/20 avos (ou seja, 5%) do terreno, respondendo o invasor de boa-fé pelo valor da área e pela desvalorização do remanescente. Novamente, valor comparado com valor e perda servem para a) desestimular invasões de um lado; e b) compor as perdas reais de outro.

Se houve má-fé do construtor/invasor, a composição do dano é agravada com a pena de pagamento do décuplo das perdas e danos conforme modelo anterior. Essa pena serve de desestímulo ainda mais intenso a invasões, pois o eventual ganho com a área edificada deverá ser muito inferior ao valor do desembolso imposto ao infrator. Novamente a lei procura, na relação custo/benefício, tranquilizar a sociedade sem perder de vista a eficiência.

Finalmente, no art. 1259 do Projeto está a hipótese de invasão de área superior a 1/20 avos, quando a responsabilidade por indenização é fixada, se de boa-fé o invasor, considerando o valor do acréscimo da construção à área, mais o da área perdida, além da desvalorização do remanescente; se de má-fé, a pena é a demolição da obra nas perdas e danos em dobro.

A eficiência alocativa das novas regras é superior à das atuais, aí incluídas algumas normas da legislação extravagante. Visa-se a inibir invasões de grandes áreas, pois é sabido que a exploração de algumas glebas fica anti-econômica se forem desmembradas. Nem por outra razão a lei de 1964 cuidava de definir módulos rurais, parcelas de terreno cuja exploração seja viável.

Também se desestimula as invasões quando haja má-fé, quando a perda da obra é total, além de ser acrescida de indeniza-

ção (perdas e danos) pelo valor duplo. Se houve boa-fé, o preço é dispêndio maior de dinheiro, do que resultaria de eventual compra da área.

O que se pode notar é que se aplicam a esses casos as regras de avaliação a valor de mercado, pois que o agente causador do dano não pode repará-lo entregando bem igual ou equivalente. A lesão de interesse ou bem pode ser considerada do ponto de vista do ativo (*Vermögen*) que engloba o valor e outros resultados favoráveis ao titular que dele derivariam. Assim, o valor do ressarcimento se apura segundo critério diferencial, ou seja, o valor do bem ou interesse e o que, razoavelmente, poderia carrear para o lesado. Conforme tenha ou não havido culpa, fala-se em dano emergente e lucro cessante.

O cuidado que se toma com a avaliação da parte remanescente da propriedade no Projeto de Código Civil, incluindo a perda de valor, tem significado econômico evidente. Admitir invasões que causem sério dano ao titular da propriedade e beneficiem o invasor seria compactuar com ineficiências alocativas danosas para o aumento do bem-estar geral. Essa posição é a que mais se aproxima da discussão de Posner quanto ao critério dinâmico de encerrar a propriedade. Avalia-se o bem ou interesse antes e depois do dano, além do nexo de causalidade para saber quais os danos posteriores passíveis de reparação. Segundo Di Majo, esse dualismo está presente nos remédios restituição/compensação.<sup>14</sup> Parece que o projetista foi além do legislador de 1916, mais atento à realidade urbana atual. Do ponto de vista da eficiência alocativa, o resultado do projeto é mais eficiente.

Coleman denomina essa característica das ofensas ao direito de propriedade de *paradigma incremental de mercado* (*incremental market paradigm*), por se afastar da idéia dos modelos de cooperação racional

resultantes de contratos. O modelo para cálculo da indenização é, ou se assemelha, ao da responsabilidade civil, acrescido o dano do que se deixa de ganhar dele decorrente.

O direito de passagem forçada, igualmente, leva em conta a eficiente alocação dos recursos ao garantir ao titular do prédio encravado direito de passagem contra pagamento de indenização. Explica-se: o prédio encravado terá pouca ou nenhuma serventia para o dono e para a sociedade em geral, especialmente se se tratar de área produtiva, pois a produção não poderá ser escoada, logo, nenhum interesse haverá em cultivar a área. Ora, disso resulta alocação ineficiente dos recursos, o que não se pode permitir; mas, também não se pode causar inconveniências aos proprietários dos prédios contíguos, na busca de passagem, sem indenizá-los. O equilíbrio entre dano, incômodo e eficiência alocativa está presente nessa fórmula da lei, não no modelo de responsabilidade mas sim no do tipo contratual.

Porém, talvez o exemplo mais claro da busca de eficiência alocativa esteja na Lei 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. As edificações em pavimentos, ou condomínios horizontais trouxe nova e importante disciplina ao tradicional condomínio do CC (arts. 623 a 645). A introdução dessa nova “forma de propriedade comum”, a um tempo coletiva e individual, serve para atender às exigências da sociedade urbana que se instala no país na década de 50.

O modelo é o de, sobre o solo, serem edificados pavimentos que permitem definir unidades individuais. O solo sobre o qual se ergue o edifício e outras áreas como portões, elevadores, áreas de passagem, p. ex., seguem aproximadamente o regime do condomínio tradicional (art. 3º da Lei 4.591/64), enquanto as unidades individuadas são privativas. As despesas de manutenção e reparo de cada unidade cabem aos respec-

14. Ob. cit., p. 189.

tivos proprietários; as de manutenção e melhorias das áreas comuns e as empregatícias, aí incluídos encargos sociais e previdenciários, são rateadas entre os condôminos na proporção das frações ideais de suas respectivas propriedades, frações essas que representam partes ideais do solo.

Essa utilização do solo, criando áreas, busca maximizar de forma muito eficiente, um recurso escasso – áreas edificáveis em certas regiões metropolitanas –, cujo valor de revenda poderia tornar inviável a circulação da riqueza o que acabaria por resultar em perda econômica para o proprietário e, por via de consequência, para a sociedade.

Outra forma de maximizar o valor e a eficiência alocativa da propriedade imobiliária é a edificação de centros comerciais, os *shopping centers*, que, ao lado da multipropriedade – modalidade de uso de imóveis cuja origem pode ser encontrada na Suíça e Estados Unidos da América, já bastante utilizada no Brasil –, é forma de investimento que pode ser vista quer como forma atípica de propriedade, quer como contrato.

O que importa notar é que não se encontram nos tipos negociais previstos nos diferentes ordenamentos, regramento adequado para tal modalidade negocial.<sup>15</sup> A multipropriedade se exerce sobre imóveis, especialmente os condomínios e visa atender aos interesses de maior número de agentes, aumentando a “apropriação” da riqueza. Segundo Caselli, há vários tipos de multipropriedade: o acionário, o imobiliário, o hoteleiro e o cooperativo.<sup>16</sup>

O primeiro se caracteriza pela titularidade de ações de sociedade que é proprietária do imóvel. Assemelha-se aos fundos

imobiliários brasileiros. Os demais se caracterizam pela propriedade de fração ideal de imóvel para desfrute de períodos determinados. Segundo a localização pode ser do tipo hoteleiro ou cooperativo. Deve lembrar-se, finalmente, de tipo desconhecido no Brasil, mas comum nos Estados Unidos da América, é o condomínio horizontal organizado sob forma cooperativa e cujas regras de administração e transferência de propriedade se aproximam das regras de transferência de participação nas sociedades *intuitu personae*.

O crescente número de edifícios ditos *flats*, condomínios com serviço de hotelaria, em que proprietários das unidades condominiais podem compor um *pool*, tipo de consórcio para a exploração continuada de locação de curto prazo que, por sua vez, não cai sob as regras da Lei de Locação de Imóveis Residenciais Urbanos, vem obviar dois problemas. De um lado, oferecer locais de hospedagem menos honrosos do que os hotéis e, de outro, propiciar renda de locação sem sujeitar o proprietário às regras do inquilinato. Outra vez a atividade econômica impõe ao Direito a revisão normativa para adequar as regras às novas necessidades sociais. Igualmente lembrado por Caselli, os *club/trustees*, que ele denomina de plurilocação e que poderia ser, como direito de uso, enquadrado em quadro específico dentro dos direitos reais.<sup>17</sup>

Finalmente, a multipropriedade ou o *time sharing*, em que várias pessoas são titulares de direito de uso de imóvel, sendo certo que o uso é dividido em períodos ao longo do ano, e, por vezes, em sistema que permite que o direito de uso se exerça sobre diferentes locais e imóveis, em que ninguém tem mais do que fração ideal, constitui outra evidência de que a propriedade tradicional tende a dividir espaço com outras modalidades negociais em que há alguma aparência de direito real sobre imóveis.

15. Giovanni Caselli, *La Multiproprietà – La Direttiva Comunitaria del 26 Ottobre 1994 – Dottrina Giurisprudenza Proposte di Legge in Italia*, Guiffrè Editore, 1995 – que discute a matéria de forma abrangente.

16. Ob. cit., pp. 4 e ss.

17. Ob. cit., pp. 11-12.

Nem o CC nem o Projeto estão aptos a lidar com essas novas necessidades resultantes do tráfico negocial e, portanto, pode-se concluir que no campo do direito das coisas a eficiência alocativa da lei é insuficiente, assim como foi insuficiente no caso dos loteamentos de imóveis rurais ou urbanos levando à edição do Decreto-lei 58, de 10.12.37.

A disciplina tem que ver com imperfeições de mercado na distribuição dos ganhos e perdas e maximização da utilidade. Por força das normas do CC, os contratos que versem sobre imóveis não transferem domínio, criam apenas vínculo obrigacional. Ora, a falha de mercado acaba por gerar situação de conflito social que deve ser corrigida. Daí a lei dispor, para tutela do compromissário comprador, regras que garantam a futura transferência do domínio do lote vendido após pagamento do preço. A garantia se consuma mediante registro do instrumento de compra e venda do lote, de sorte que, após o pagamento da última prestação, o adquirente obterá escritura pública de transferência de domínio, seja voluntariamente, seja por força de medida judicial – adjudicação compulsória (arts. 15 e 16 do Decreto-lei 58/37).

Não se deve, porém, esquecer a regra constitucional da função social da propriedade, que nada mais representa do que o reconhecimento de que sem *custo de transação* os bens não serão utilizados de modo a maximizar a utilidade. Função social da propriedade é ser produtiva, ou seja, maximizar a utilidade que dela se pode extrair, criar riqueza, garantir alimentação, moradia, trabalho. Igual regra é encontrada na Lei 6.404/76, que impõe ao controlador o poder-dever de observância da função social da empresa.

De notar que o Código de Águas (Decreto 24.643/34), o Código de Mineração e o Código de Caça e Pesca também interferem na eficiência alocativa da propriedade, destinados que são a resolver proble-

mas de uso da água, recurso escasso e valioso, do subsolo, para permitir a extração de minerais de diferentes tipos (a atividade extrativa contrasta com o uso agropecuário da propriedade imobiliária rural, podendo causar erosão do solo), bem assim para lazer, quanto para exploração econômica, as atividades de caça e pesca, além do aspecto de preservação da fauna e flora e do meio ambiente, em época recente.

Análise do Projeto de Lei 118/75 denota, seguindo o preceituado na Carta de 1969, o trato da função social da propriedade pois o art. 1.229, no § 2º ao dispor sobre o uso da propriedade proíbe atos que não tragam comodidade ou utilidade e que visem a prejudicar outrem. De um lado admite-se a prática de atos que possam maximizar utilidade, o que resulta em melhor alocação da riqueza, de outro, compensam-se prejuízos a terceiros. Fica clara a idéia de maximizar utilidade no art. 1.230, que faculta a terceiros o uso do subsolo e do espaço aéreo sobre o imóvel, desde que o proprietário não demonstre legítimo interesse em impedi-lo. Novamente a idéia de maximizar utilidades está presente.

No campo dos direitos de vizinhança, veja-se o caso do criador de gado que não mantém cercas em sua propriedade. Se o seu gado danificar a plantação do vizinho, deverá indenizá-lo pela perda, mas não pode ser compelido a manter seu gado preso pela aplicação de multas.

Estudando o problema, afirma Ronald Coase<sup>18</sup> que nos casos de responsabilidade civil é preciso decidir entre duas partes, qual delas suporta um determinado dano, havendo nexo de causalidade entre dano e conduta de um dos agentes. Explica que se o gado engordar aumenta a oferta de carne, mas se a área invadida for uma plantação de milho, reduz-se, concomitantemente, a oferta de milho. Apenas analisando

18. "The problem of social cost", in *The Journal of Law and Economics* 3/1-44, The University of Chicago Press, out. 60.

qual o melhor resultado, mais carne e menos milho, ou mais milho e menos carne – lembrando que o milho alimenta outros animais além do homem –, em face de produção de riqueza e satisfação de necessidades, diz o economista, é que se pode tomar uma decisão que, se atende aos interesses do criador, prejudica os do agricultor, e vice-versa.

A decisão de tolerar a invasão sem reparação do dano acaba por desestimular o plantio e reduzir a produção; deixar que o gado invada a área estimula descuido do criador. Propõe-se que se estime o que o agricultor deveria receber do criador para manter um trato da área improdutiva em face do que o criador ganha com não ter que se preocupar em vigiar o gado.

O ponto ideal será aquele em que o agricultor ainda obtenha ganhos plantando milho na área remanescente após o recebimento de alguma indenização. Se, porém, a indenização mais o resultado do plantio sobre o trato restante for inferior ao de plantar milho em outra área, então, diz Coase, o melhor é buscar outro espaço pois estará havendo uso ineficiente dos recursos produtivos. Essa é uma forma de alocação que independe de lei por se tratar de composição de interesses mesmo que a melhor eficiência alocativa fosse permitir o dano se, p. ex., o bem-estar com a maior oferta de gado superasse o interesse na lavoura.

Nas economias liberais (ou neo-liberais) a alocação dos recursos, via de regra, se faz pelos mecanismos de mercado. Mas, nos casos em que os custos de mercado forem elevados, superando os da lei, esta será o meio mais eficiente para que se proceda à alocação. Daí porque não se pode afastar a interferência do legislador quando se discute propriedade, pois o uso mais eficiente pode ser determinado pela lei. A principal distinção entre lei e mercado como instrumentos de alocação de recursos é que, em geral, o mercado é mais eficiente na avaliação de usos concorrentes, pois as pessoas devem, por si, decidir o que sacrificar, ha-

vendo mais de uma alternativa, enquanto que a lei, comando abstrato e impessoal, não avalia preferências.

Porém, não diferente do mercado, a lei pode usar o mesmo critério de precificação, considerando o custo marginal como instrumento para estimular os agentes a maximizarem os recursos. Assim, nos casos de compensação por danos causados a terceiros, o que a lei faz é impor que se pague o preço da decisão, mas não que se obrigue o agente a se abster, a não fazer o que lhe parece melhor; quer dizer, pagando o preço do dano pode o agente, livremente, determinar sua conduta, ainda que danosa. Apenas quando se verifica que há interesse em exigir certa conduta é que se aplicam penalidades.

Com as regras de responsabilidade civil não se desenha modelo incondicional do dever de reparar danos, à semelhança do dever incondicionado de respeitar a propriedade alheia, mas avalia-se, comparando-os, os interesses em conflito

Tendo presente essa posição, é mais fácil pensar em modelos de responsabilidade civil no quadro do custo social em que acabam por refletir, pois as decisões judiciais, bem como as normas legais atingem a alocação de recursos nos sistemas produtivos.

As idéias acima são compatíveis, no Direito brasileiro, quando há interação entre as partes, que avaliam de forma similar os danos e os benefícios, porque será indiferente para cada uma delas obter o resultado econômico da atividade ou por meio de compensação. Havendo avaliações distintas, o modelo não produzirá os mesmos resultados, como já se constatou no caso das invasões de terras nos últimos anos.

Isso explica muitos dos preceitos legais que admitem o dano justificado, que decorre de avaliação desigual dos resultados e da composição. Exemplo desse dano admissível está no art. 170, § 1º, da Lei 6.404/76, que admite lançamento de ações

a preço inferior aos parâmetros fixados na lei, desde que justificado. (A lei diz injustificadamente, o que *a contrario sensu*, implica dizer que justificadamente é permitido causar dano aos acionistas.) O legislador entende que o interesse da companhia em obter recursos é mais digno de tutela do que os individuais de seus acionistas que serão prejudicados.

No mesmo sentido, o art. 160 do CC que não considera ilícito, logo, não impõe o dever de indenizar, o ato praticado em legítima defesa ou exercício regular de direito reconhecido, ou quando a deterioração ou destruição da coisa alheia for promovida para remover perigo iminente, hipótese em que a legitimidade do ato depende de ser absolutamente necessário e ficar dentro dos limites exigidos para a remoção do perigo. O balizamento é o perigo iminente ou a necessidade imperiosa, de um lado, e o equilíbrio no exercício, de outro.<sup>19</sup>

O dano imposto a terceiro encontra justificativa na preservação de bem jurídico cuja tutela se reputa mais valiosa. A alocação da utilidade decorre da lei que imputa o ônus ao titular da coisa destruída e distribui desigualmente a utilidade.

George P. Fletcher, em *Fairness and Utility Theory*,<sup>20</sup> propõe a discussão da responsabilidade civil não apenas sob as formas subjetiva e objetiva, mas partindo de dois paradigmas. Um, o da reciprocidade, o outro, o da razoabilidade. Segundo o primeiro, a dúvida está entre saber se a vítima tem direito de receber e o causador o dever de indenizar e, de outro lado, o da razoabilidade que tem ligação com o bem-estar da comunidade. Assim, os danos reciprocamente causados pelas pessoas umas às outras devem ser suportados por todos, indis-

tintamente, enquanto que é razoável que as vítimas suportem os riscos (razoáveis, ordinários) desde que haja maximização da utilidade total da comunidade, ainda quando não sejam resultados de ações recíprocas.

Claro que muitas vezes a regra da reciprocidade apresenta exceções, que são as hipóteses de dano “justo”, não indenizável. Mais ainda, o homem médio, as cautelas que toma, ou deveria tomar, no proteger seus interesses, passam a influir sobre a medida da razoabilidade. Portanto, há na discussão da responsabilidade civil embaite entre duas estratégias. Uma privilegia a utilidade e propõe que, quando haja benefício para a comunidade, a vítima suporte o ônus, enquanto a outra, partindo dos direitos individuais, se apoia no comportamento da vítima e sua contribuição, ou não, para o dano.

O Projeto de Código Civil (Projeto 118/84) trata dos atos ilícitos nos arts. 186 a 188. No primeiro deles dispõe sobre ações ou omissões voluntárias que causem dano, inclusive moral e que implicam na reparação em benefício da vítima. A regra do art. 188 repete o atual art. 160 do CC.

A novidade vem no art. 187, que inclui como ilícitos os atos praticados no exercício de direito legítimo, mas de forma que exceda os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé e os bons costumes. Os parâmetros para avaliação da licitude do ato, que elimina o dever de indenizar, são definidos e incluem, na minha visão, tentativa de ajustar a alocação dos efeitos danosos segundo padrões éticos e econômicos. A alocação legal favorece, no caso do projeto, art. 187, o paradigma da razoabilidade enquanto que o regra do art. 186, assim como a do art. 159, CC, se fundam no paradigma da reciprocidade.

Parece que há tendência no Projeto de Código Civil de não privilegiar isoladamente nenhum dos paradigmas apontados, mas visa, em certa medida, chegar a modelo de justiça corretiva cuja base econômica

19. Remete-se a discussão a Richard Posner em “Killing or wounding to protect a property interest”, in *The Journal of Law and Economics* 14/201 e ss., The University of Chicago Press, 1971.

20. In *The Harvard Law Review* 85/537 e ss., Harvard University Press, 1972.

é, segundo Posner, partindo de Aristóteles, a idéia de conduta injusta. A lei deve corrigir distorções na alocação de recursos pelo mercado cada vez que a perda da vítima for superior ao ganho do causador do dano. A medida da compensação é, para o professor de Chicago, questão de apuração a cada caso visando a maximizar a alocação de recursos.

Sobre sistemas de responsabilidade por danos confronte-se o art. 159 do Código Civil brasileiro com os arts. 1.382 e 1.383 do Código Civil francês (“Tout qui fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. 1.383 – Chacun est responsable du dommage qu’il à causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence”). Ou ainda com o art. 2.043 do Codice Civile italiano em que se prevê a responsabilidade por dano culposo e que se refere a dano injusto (“Risarcimento per fatto illecito – Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”).

Nos dois sistemas apontados a regra é que a conduta culposa cria custo para o causador de danos de forma que não se beneficie por agir de forma negligente, imprudente ou imperita e quando agir deliberadamente para causar o dano.

Calabresi e Melamed<sup>21</sup> combinam propriedade com regras de responsabilidade e propõem que é necessária a interferência do Estado em muitos casos, além de definir direitos. A interferência do Estado se faz necessária e desejável sempre que a alocação de recursos não possa melhorar a posição dos que ganham de forma que compensem os perdedores pelos danos que sofram.

21. Guido Calabresi e A. Douglas Melamed, “Property rule, liability rules and inalienability: one view of the Cathedral”, in *Harvard Law Review* 85/1.089 e ss., Harvard University Press.

Uma tal escolha está baseada na decisão de tutelar direitos e impor regras de responsabilidade ou de inalienabilidade. As regras de responsabilidade, dizem os autores, demonstram como se decidiu privilegiar uma forma de alocação de recursos sobre outra, pois o recurso a tais normas resolve a incerteza. Quando há certeza, o custo das regras de responsabilidade – avaliar quem admite e quem não admite o dano, mais o custo de pagar àqueles que não o admitem o valor do dano considerado –, seria desnecessário.

As diversas posições dos juseconomistas servem para demonstrar que existe dificuldade, na prática, de fazer-se uma alocação de direitos geral e depois pensar em termos de tutela legal, de justiça distributiva ou compensatória. Como é que se opta por fazer a distribuição dos recursos entre pessoas desiguais? Pode-se remunerar as pessoas por usarem, ou não usarem, seus recursos, pode-se recompensar as que são vítimas do uso, ou abuso, dos recursos por outrem? Pode-se admitir certos danos recíprocos, voluntários ou não? Só opções de política legislativa que, aos poucos se ajustam às necessidades e moral sociais de cada país, poderia chegar a esse resultado.

O art. 159, CC, refere-se a dano derivado de ação ou omissão voluntária e, por isso, se prevê o dever de indenizar, de recompor o dano causado ou imposto a outrem. Culpa, mais nexa de causalidade e mais dano são os elementos definidores da responsabilidade subjetiva. Nexa de causalidade mais dano, sem culpa, podem resultar ou dano não indenizável ou em responsabilidade objetiva, conforme haja ou não previsão legal.

Por isso é que a imputação sobre os sujeitos, os agentes, se faz segundo critérios que buscam estabelecer liame entre a ação (ou omissão) e o dano, liame esse do tipo voluntário e/ou normativo, de que resultam a responsabilidade subjetiva e objetiva, respectivamente. Observa-se que os ordenamentos modernos tendem a abandonar a

responsabilidade subjetiva, ampliando os casos de responsabilidade objetiva de forma a garantir "una distribuzione (del peso) del danno sulla base di criteri socialmente ed economicamente giustificabili".<sup>22</sup> Tal critério parece ter sido privilegiado pela Lei 8.078/90: está presente nos seguros obrigatórios de veículos automotores, em que a indenização independe de prova de culpa, p. ex.

Fica patente que a opção, no caso da responsabilidade objetiva, é pelo paradigma da reciprocidade, modificado. Não importa que os pedestres e motoristas disputem o mesmo espaço exíguo, nem que a atividade produtiva, por maior que seja o controle de qualidade, leve para o mercado produtos defeituosos, embora seja desejável ter veículos automotores para facilitar a locomoção das pessoas, ou bens de consumo que atendam e satisfaçam suas necessidades.

Os direitos individuais das pessoas prevalecem sobre os benefícios comuns em ambos os casos provocando desvio de comportamento pois que se agindo alguém diligentemente responde, e agindo negligentemente também responde, por que deveria incorrer nos custos das condutas diligentes? A resposta é que há alguns bens, como a vida e a integridade física das pessoas, p. ex., que não podem ser avaliados apenas sob o aspecto de alocação de recursos.

O campo da responsabilidade civil é muito mais interessante do que o dos contratos, ainda que o acordo entre particulares que livremente podem dispor e regrar seus interesses, possibilite ajustar salvaguardas para inadimplemento, pois a responsabilidade civil funciona como corretivo quando há irracionalidade ou a contratação é impossível ou impraticável.

De onde se conclui que as ineficiências do mercado ou os altos custos de negociação (*transação*) é que exigem a apli-

cação da responsabilidade civil, pois contratar previamente ou compensar posteriormente servem para estimular a alocação eficiente de recursos. Além disso, a responsabilidade civil, como instrumento inibitório de certas condutas, deve ser ainda analisada como promotora do bem-estar coletivo quando certos comportamentos sejam considerados nocivos ou indesejáveis pela comunidade.

Diz Coleman,<sup>23</sup> sem concordar inteiramente com o argumento, que a responsabilidade por culpa contém certa parcela de responsabilidade objetiva, cuja defesa não é moral, mas sim econômica. Definir, do ponto de vista econômico, a estrutura da responsabilidade civil deve ter em mente a relação entre vítima, que tem o incentivo para buscar a composição do dano sofrido e, de outro lado, o(s) causador(es) que, ao menor custo, podem evitar que o dano se espalhe. Isso significa que, no caso de responsabilidade subjetiva o fundamento moral existe; no da responsabilidade objetiva falece.

Quando se impõe a alguém culpa de que resulta o dever de indenizar, o que se faz, sob o aspecto econômico, é corrigir uma ação ou omissão ineficiente pois negligência, imprudência ou imperícia significam ações desse tipo porque o custo de prevenir a ação ou omissão deve ser menor, logo, mais eficiente. Se incerta a ocorrência do fato danoso, a prevenção daqueles eventos cuja ocorrência é mais provável e menos custosa deve ser feita.

Racionalmente, avalia-se o custo da prevenção em termos de investimento em medidas acatadoras, de sorte a maximizar a utilidade. Sendo o custo menor do que o valor da indenização está feita a mais eficiente alocação de recursos. Assim, agir com culpa é não agir de forma racional do ponto de vista econômico.

Responsabilidade objetiva, porém, nada tem a ver com conduta racional, como se

22. Di Majo, ob. cit., p. 159.

23. Ob. cit., pp. 234 e ss.

via anteriormente. Aqui o argumento é outro. Responsabilidade objetiva aumenta o custo de exercer certas atividades e, portanto, desestimula o empresário ou agente. Racionalmente só se as aceita quando o custo marginal for inferior ao lucro marginal. Logo, impor a essas pessoas o custo da atividade depende de fixar os limites em que seja socialmente interessante tê-las e dar àquele esse parâmetro.

Logo, em termos econômicos, responsabilidade objetiva significa internalizar externalidades, o que interessa sempre que haja estímulo para a alocação eficiente de recursos. Portanto, pode-se concluir que a responsabilidade objetiva serve para definir o limite ótimo da atividade, com alocação eficiente de recursos. (Externalidades são fatos ou eventos fora do controle das pessoas, que alteram regras econômicas sem que os agentes tenham sobre elas algum controle direto. Ex.: taxa de juros fixada pelo governo, controle de preços.)

Mais ainda, a responsabilidade objetiva transfere riqueza dos agressores (autores) para as vítimas do dano e, ainda, segundo a análise econômica do Direito, isso reflete uma certa preferência social na distribuição da riqueza. Se os empresários acumulam riqueza à custa dos consumidores é racional pensar em retornar alguma parte para os que contribuíram para tal acúmulo, por meio da responsabilidade objetiva.

Parece-me que, quanto mais fluida for a regra de responsabilidade menos tipificado será o sistema e, portanto, mais apto a corrigir as imperfeições de mercado, bem assim os lapsos no desenho e conteúdo dos contratos, com as transformações decorrentes da autonomia privada. Mas, um tal sistema aumenta os *custos de transação* impondo às partes cuidados maiores no prever situações de risco e formas de composição. Quer dizer, a distribuição dos ônus do dano entre agente causador e quem o suporta é mais trabalhosa.

Por sua vez, contratos constituem modelos de cooperação para benefício mútuo.

Daí porque aplicações da teoria dos jogos, segundo modelo de cooperação, podem servir para indicar a escolha racional das partes ao negociar, incluindo, na negociação, regras para as hipóteses de inadimplemento do acordo por qualquer das partes.

Nesses modelos as partes considerariam, basicamente, as vantagens de contratar sobre as de agir individualmente; a impossibilidade de chegar a qualquer acordo e o que isso representa em termos de maximização de utilidade; e, ainda, a hipótese de descumprimento do contrato. Esses passos são importantes já que, no contrato, ajusta-se a alocação dos benefícios e custos diretamente pelos contratantes, o que resultará, indiretamente, da determinação da forma pela qual a alocação será feita em momento futuro.

Na falta de contrato, o dano causado a outrem será composto seguindo modelo de responsabilidade aquiliana, observados os critérios de imputação, o que implica buscar eficiência alocativa por via indireta. Exemplo é a desconsideração da personalidade jurídica que altera o centro de imputação transferindo-o da pessoa jurídica para sócio(s).

O que separa claramente os ajustes contratualmente dispostos das regras de responsabilidade – civil ou penal – é que a alocação de benefícios e ônus nos contratos se faz entre partes que estão já em relação uma com a outra, enquanto que na responsabilidade civil as partes não estão entre si, necessariamente, em relação contratual, consistindo, portanto, em alternativa para contratos como se demonstrou anteriormente. No caso de responsabilidade civil extra-contratual (ou contratual, cuja resposta não tenha sido prevista pelas partes), retoma-se o esquema de compensação por dano causado a outrem.

Lembre-se que a compensação (indenização) repara o dano, não o retifica, logo não é o “preço” a ser pago para obter permissão para causar danos a terceiros. Ain-

da mais que nosso CC não usa a idéia de dano injusto no caso de reparação, como o italiano. A lei brasileira considera o ato danoso como lícito ou ilícito, este reparável, aquele não.

Comparando o ótimo de Pareto com o de Kaldor-Hicks, diz Posner,<sup>24</sup> que o primeiro é um ótimo de Pareto potencial pois os ganhadores podem compensar os perdedores, mas não precisam fazê-lo sempre. Fica patente que não se faz qualquer questionamento sobre justiça, ou não, da eficiência alocativa dos recursos, a moralidade e distribuição social da riqueza nessa posição do professor de Chicago, valores esses que devem ser apreciados pelo Direito.

Além disso, há que se ter presente que os mercados não são perfeitos, apresentam falhas que devem ser corrigidas, daí serem as regras de responsabilidade civil (*liability/tort*) o remédio para certos comportamentos que, na busca de eficiência alocativa, em presença de imperfeições de mercado, estimulam alguns comportamentos e inibem outros. Em outras palavras, as regras que tratam da responsabilidade civil podem ser consideradas como regras econômicas que determinam, anteriormente, a compensação de danos causados posteriormente, independente da forma como sejam analisadas.

A culpa aquiliana ou a responsabilidade extra-contratual se contrapõe à responsabilidade contratual. A idéia de culpa, surgida no Direito romano, servia para apurar a existência de dano(s).<sup>25</sup> Na análise econômica do Direito, porém, a responsabilidade com ou sem culpa deve ser analisada em relação aos benefícios e desvantagens ou perdas que cada uma das partes, ofendido e ofensor, experimentem.

Havendo remédio adequado, diz Posner,<sup>26</sup> a busca de eficiência alocativa deve ter a preferência dos Tribunais. Não se cogitaria, igualmente, de hipóteses com previsão contratual de danos, já que uma tal situação implica elevados custos de transação, sendo indesejável.

Contra uma tal opinião está Daniel Friedmann,<sup>27</sup> ao afirmar que uma tal afirmativa se amplia para indicar que qualquer um que esteja disposto a pagar por isso pode não observar os direitos alheios. O sistema jurídico seria, então, segundo o jurista, forma de definir preços que seriam devidos para induzir certas condutas.

É preciso reconhecer que a busca de utilidade não pode estimular comportamentos deletérios que promovam a desconfiança, dificultando as contratações, porque os custos de negociação tornariam inatingível a alocação ótima dos recursos.

Exemplo do poder que as partes têm para buscar a melhor alocação de recursos são as arras. O art. 1.095, do CC, dispõe que as partes podem ajustar cláusula de arrendimento, mas as arras são perdidas em favor do outro contratante, ou devolvidas em dobro, dependendo de quem seja o desistente. Evidente que o escopo de uma tal regra é induzir algum tipo de comportamento, que é cumprir a palavra dada ou suportar o custo de criar para a outra parte alguma expectativa que se frustra. Poder-se-á imaginar que há aí a compensação pelo custo de oportunidade da parte prejudicada com a desistência. Poderia ter empregado seus recursos em outra operação, obtido alguma satisfação e, por isso, há de ser compensada.

As disposições quanto a vícios redibitórios são igualmente forma de alocação legal, pois que o desconhecimento da existência do vício só escusa havendo ignorân-

24. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1986, p. 13.

25. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 2ª ed., Forense, 1990, pp. 8 e ss.

26. Ob. cit., pp. 117-120.

27. "The efficient breach fallacy", in *Perspectives on Contract Law*, Randy E. Barnett, Little, Brown and Company, 1995, pp. 42 e ss.

cia do alienante e ressalva no contrato. Novamente o que se deseja é que a troca seja eficiente, boa para todos, e como o mercado poderia propiciar troca ineficientes, a lei busca fazer que a alocação dos recursos seja eqüitativa. Mesmas considerações poderiam ser feitas no caso de garantia por evicção. A devolução dos valores recebidos pelos alienantes constitui o instrumento da alocação ótima.

Igualmente a previsão quanto a frutos, prejuízos resultantes da evicção, demonstrando que não só o valor do bem mas, ainda, o que poderia ter ganho com o bem evicto. Exceção é a deterioração do bem por culpa do adquirente evicto.

Mas uma regra alocativa interessante é a que resulta dos arts. 1.521, inc. III e 1.522, do CC, que determinam que os empregadores, pessoas naturais ou jurídicas, respondem pelos danos causados por seus empregados. Qual a razão de uma tal imputação por fato de terceiro?

Do Direito romano temos a regra *respondeat superior*, talvez com base no trabalho escravo, mais recentemente no poder que tem o empregador de selecionar os empregados. Mas, pode-se, de forma talvez um pouco mais objetiva, supor que a imputação legal seja transferida apenas para facilitar a composição do danos já que o empregador tem o que os norte-americanos denominam *deep pocket*.

Admitida a teoria do risco na atividade, o fato de que o empresário, por produzir para o mercado, poder dividir, espalhar o risco, seja mediante celebração de contrato de seguro, seja pelo aumento de preços de forma a constituir um fundo, amortecedor econômico-financeiro, que suporte o risco, é argumento que se ajusta à análise econômica do Direito.

A tese parece permear o Código de Defesa do Consumidor, que impõe sobre os fornecedores responsabilidade objetiva por fato do produto ou do serviço. Seguro e aumento de preços são as respostas certas no mercado. Mas seguro e aumento de preços recaem sobre os consumidores, que, por fim, acabam pagando o “custo da eficiência alocativa” no sistema de direito do consumidor.

Parece que se procura encontrar “quem paga” o dano, indagando se a vítima ou o causador devem arcar com o prejuízo, especialmente nos casos da chamada “culpa concorrente” ou do dano não indenizável.

### Conclusões

- A compatibilização de princípios constitucionais e normas de Direito Privado, infraconstitucionais, especialmente no que concerne à propriedade rural, é tarefa permanente que, ademais, inclui a constante análise dos comportamentos sociais;

- Avaliar o custo de “transação” para cada um dos grupos envolvidos na distribuição/manutenção da propriedade rural e, agora no caso de prédios urbanos, é fundamental para que se tracem políticas públicas em que se possa crer e que sejam factíveis;

- Do exame de algumas das normas do CC e do Projeto de Código Civil sob a ótica da eficiência alocativa dos recursos, parece que as observações de Gilmore, Coleman, Calabresi e Melamed, entre outros, são também sensíveis no Brasil;

- A análise econômica do Direito, aplicada em conjunto com princípios éticos e morais, pode constituir importante instrumento na construção de uma ordem jurídica justa e eficiente, voltada para o bem-estar geral.