

**REFLEXÕES HETERODOXAS:
DIREITO DE PROPRIEDADE**
UNORTHODOX REFLECTIONS: RIGHT
TO PROPERTY

Rachel Sztajn*

* Livre-docente e Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: rasztajn@usp.br.

Como citar: SZTAJN, Rachel. Reflexões heterodoxas: direito de propriedade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p. 10-27, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p10. ISSN: 2178-8189.

RESUMO: A pretensão do trabalho é discutir o direito de propriedade, sua origem e funcionalidade, bem como os efeitos de normas de direito positivo que possam causar insegurança ou incerteza, impactando de forma negativa em potenciais investimentos.

Palavras-chave: Direito de propriedade e incertezas normativas.

ABSTRACT: The paper intends to discuss the right to property, its origin, functionality, and the effects of positive law, which may cause insecurities or uncertainties that can influence negatively potential investments.

Keywords: Property rights and legal uncertainties.

INTRODUÇÃO

Propriedade: por que e para que? Que função desempenha nas relações sociais? Para Harold Demsetz (1967) a propriedade tem como função internalizar as externalidades, sejam elas positivas ou negativas. A partir de ensinamento de Douglas North (1990), propriedade é instituição social. Instituições sociais são as “regas do jogo”, que espelham decisões e valores da sociedade ou grupo de pessoas, visando a reduzir fricções e que promovem o desenvolvimento.

Regras do jogo são parâmetros, estímulos, incentivos, positivos ou negativos, considerados pelas pessoas na tomada de decisões. Não diferente do que Norberto Bobbio entende como função promocional do Direito.

Instituições sociais são fruto de usos e costumes sociais, eleitos como os mais adequados em dadas circunstâncias mas que, por facilitarem “transações”, negociações entre pessoas, servem como instrumento que gera confiança, criam segurança e reduzem “custos de transação” que, possivelmente, inviabilizariam operações de grande complexidade.

Sobre a importância dos usos e costumes remete-se ao art. 131 do Código Comercial brasileiro, de 1850 nas operações mercantis. Registrados nos Registros de Comércio das diferentes praças, os usos e costumes complementavam contratos, auxiliando na interpretação de cláusulas negociais e, mais importante, eram informação que os mercadores que operassem na praça conheciam (ou deveriam conhecer).

Recentes discussões doutrinárias no Brasil que focam contratos relacionais e incompletos, podem ser associadas à confiança quanto à titularidade dos bens negociados sem o que faltará confiança para que o negócio seja consumado. Contratos relacionais são, de regra, analisados

sob a perspectiva sociológica em que as práticas suprem discussões envolvendo o contrato. Já contratos incompletos, de longa duração e de execução continuada ou diferida, baseiam-se em considerações econômicas ao se reconhecer a dificuldade de prever o futuro e como se proteger de eventos que impactem as obrigações assumidas. Nesse caso as negociações podem ser de tal sorte complexas e onerosas que a oportunidade do negócio tende a ser desperdiçada, perdida.

A incerteza contaminaria os mercados, tornando-os semelhantes a cassinos. Para evitar esse tipo de associação, os comerciantes, há muito tempo, criaram os contratos de compra e venda mediante amostra. A solução, prática costumeira no caso de produtos como grãos – café, cacau, algodão, cana-de-açúcar – ou processados – óleo de oliva e vinhos –, concentram no produtor/vendedor os riscos associados à qualidade do produto vendido e que será entregue em data futura.

Ao comprador garante-se o direito de recusar as mercadorias que não preencham as qualidades prometidas quando da apresentação da amostra, o *caveat emptor*, se converte em *caveat venditor*, e o princípio de direito contratual explicita a assimetria informacional entre comprador e vendedor do bem ou serviço: afasta-se a *emptio spei* predominando a *rei sperate*. Se a coisa diferir da prometida, os compradores podem, sem incorrer em penalidades ou outras despesas, recusar os produtos entregues que não preencham as qualidades/características presentes na amostra.

Claro que tudo isso tem como premissa que o vendedor seja titular da coisa que promete entregar ou, no mínimo, tenha mandato do proprietário, para transferir a titularidade do bem ao promissário comprador, sem o que a operação de compra e venda será irregular, nula ou anulável.

Sem reconhecimento legal ou social da titularidade sobre bens

– corpóreos ou incorpóreos – inexistente confiança que facilite o melhor, mais eficiente, uso dos bens.

1 PROPRIEDADE

O direito de propriedade sobre terras não existe, não há notícia dele, entre os nômades. Para que demarcar “territórios” atribuindo-se a algum grupo a exclusividade do uso da área se não permaneciam no local de forma continuada? O sedentarismo, de outro lado, explica a demarcação de áreas que permitiam excluir aqueles que não tivessem alguma espécie de direito para usá-las.

Harold Demsetz (1967) discute a demarcação de áreas por tribos indígenas no Canadá, tendo como ponto de partida a tragédia dos comuns. As tribos de indígenas canadenses eram nômades que caçavam animais existentes na região seja para fins alimentares seja para utilizar as peles como forma de proteção contra o frio do inverno. Com a chegada de europeus ao território canadense, o interesse pelas peles dos animais, valiosas na Europa, a demanda é alterada pois agora não se trata apenas de caçar para ter comida mas sim de receber algum valor em troca do bem (pele) o que leva à caça “predatória” (o termo é empregado de forma enfática) visando, ao satisfazer interesses de terceiros, obter recursos, enriquecer. Porém, os indígenas perceberam o potencial danoso da nova prática, cujos efeitos seriam sentidos no médio ou longo prazo.

O temor do extermínio dos animais, tragédia potencializada pela caça sem restrições, traz à luz o reconhecimento de que era preciso preservá-los, garantir sua reprodução, o que levou à delimitação, mediante acordos, explica Demsetz (1967), de áreas – espaço físico – em que cada tribo poderia caçar. Com a definição de limites e restrições a “invasões”

por membros de outra (s) tribo (s), criou-se a propriedade tribal visando à preservação de um bem escasso sem o qual as pessoas teriam dificuldades para manter suas vidas.

Não muito diferente, embora as razões possam ser distintas, ao longo da história da humanidade, as terras foram atribuídas ou apropriadas por grupos, clãs, ou famílias, surgindo um direito material, a propriedade que, pelo interesse social, foi recepcionada pelos ordenamentos jurídicos. A terra ou território, bem imóvel, é escasso, portanto valioso, que deve ser preservado.

Qualifica-se como escasso o bem ou recurso de que não há quantidade suficiente para atender às demandas, necessidades e/ou desejos de todos, sempre e sem limite. Bens escassos são, na definição dos economistas, excludentes e rivais. Excludentes no sentido de que o titular pode impedir (excluir) terceiros de acessá-lo; rivalidade remete ao uso ou consumo por mais de uma pessoa simultaneamente.

Ainda que excludência e/ou rivalidade não sejam absolutas, caso dos bens públicos como dispõe o Código Civil Brasileiro, assim calçadas e leitos carroçáveis, estradas intermunicipais, estaduais ou federais, destinados ao uso de todas as pessoas, é evidente que pode haver rivalidade pois, usados ou ocupados por pessoa ou veículo, tais espaços não poderão ser ocupados por outrem. Dois corpos não podem, simultaneamente, ocupar o mesmo espaço físico.

Sobre a importância de atribuir direito de propriedade sobre bens escassos, recorre-se a Garret Hardin (1968), e seu texto *The Tragedy of the Commons*, (o termo *commons* significa “sem titular”). Hardin mostra os riscos de inexistência de restrição à apropriação de bens escassos: estímulo ao uso abusivo, ao consumo amplo e ilimitado, causas que levam ao esgotamento do bem. Veja-se a preocupação de

pesquisadores que leva à criação de reservas específicas de plantas, por exemplo. No mesmo sentido a decisão do governo brasileiro, no século passado, aumentando o limite das águas territoriais para inibir a pesca por barcos de bandeiras estrangeiras, com o que garante que os peixes se reproduzirão normalmente, dificultando abusos. Uma das espécies visadas era a lagosta.

Também para evitar a tragédia dos comuns há regras que proíbem pesca ou caça nos períodos de suas respectivas reproduções. Nas atividades agropecuárias o rodízio de espécies e o uso de pasto, uma forma de “repouso” das áreas tem igual função, manter sua produtividade.

À inexistência de regras que impeçam o uso abusivo, o consumo ilimitado do bem, estimula-se (incentiva-se) o apossamento/consumo da maior quantidade possível: quem chegar primeiro colherá os melhores (ou todos) os frutos. Egoísmo racional, dir-se-á. Qual a lógica de abster-se de ser “feliz” hoje para, talvez, sê-lo no futuro? Qual o incentivo para desestimular comportamentos oportunistas?

Se a atribuição da propriedade, instituto jurídico, tem como função estimular sua preservação, seu não esgotamento, quais os critérios adotados no processo decisório? Como a sociedade define parâmetros: escolhas aleatórias, randômicas, meritocracia ou equidade?

2 CRITÉRIOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE TITULARIDADE SOBRE BENS ESCASSOS

Guido Calabresi e A. Douglas Melamed (1972), no texto conhecido como *The Cathedral*, discutem a importância de definição clara das posições jurídicas, que denominam *entitlements*, tuteladas por normas jurídicas. Explicam que sem critérios bem determinados

prevalecerá o poder do mais forte, o vencedor na disputa, no que se conhece como *might makes right*. Acrescem ser igualmente necessário prever como garantir a escolha, portanto a forma de intervenção do Estado, o que implica custos, de sorte a impedir o *might makes right*, bem assim se a posição jurídica poderá, ou não, ser negociada pelo titular (bens disponíveis e indisponíveis). Os autores classificam essas escolhas e decisões, respectivamente, em de primeira e segunda ordem.

Explicam, ainda, que posições jurídicas são propriedade quando puderem circular de forma voluntária, sem intervenção do Estado, mediante ajuste entre o titular e terceiro interessado; posições jurídicas indisponíveis, inalienáveis, não podem ser transferidas.

Quanto aos critérios para a atribuição das posições jurídicas, Calabresi e Melamed (1972) os analisam sob a ótica da eficiência econômica, de preferências distributivas ou de justiça.

1. Eficiência econômica leva em conta não apenas os custos incorridos em garantir o direito (*entitlement*) que são administrativos, mas sua alocação que deve ser Pareto ótima, tendo em mente os custos de transação ou de negociação na circulação do bem. A alocação de bens Pareto ótima seria eficiente do ponto de vista econômico uma vez que nenhuma outra ofereceria, dadas as restrições existentes, resultados melhores, sem que qualquer outra pessoa ou posição jurídica seja prejudicada.

2. Preferências distributivas, de regra, recaem sobre determinados bens e se fundamentam em critérios de meritocracia, algumas ligadas à dinâmica da eficiência, premiação, entre outras. A atribuição aleatória de posições jurídicas seja a grupos ou indivíduos possivelmente não constitui a melhor alternativa para se alcançar os resultados mais desejáveis.

3. Critérios de justiça sopesam igualdade e desigualdade

considerando a preferência socialmente desejável, o que remete à eficiência e distributividade.

As discussões sobre a atribuição do direito de propriedade recaem, majoritariamente, sobre bens escassos, justificando os esforços para preservá-los. Uma vez que as preferências afetarão as escolhas envolvendo a distribuição da propriedade (leia-se riqueza), cada sociedade poderá optar por soluções diferentes e adotar distintos critérios para tanto.

Repensando a regra *might makes right*, a qual explica muitas das guerras entre grupos e/ou nações desde a antiguidade, quando os vencedores se apoderavam de territórios antes pertencentes aos vencidos, a questão da distribuição da riqueza, por influência do cristianismo, passa a ter como parâmetro a equidade.

Se o uso da força deixa de ser privilegiado, invasões e destruição de bens alheios, até mesmo científicos ou culturais, prova a dificuldade de se abandonar, completamente, como instrumento de atribuição (ou autoatribuição) de posições jurídicas, a força. A sensação de incerteza quanto ao respeito à posição jurídica (propriedade), ter-se-á aumento das fricções sociais, dos custos administrativos, inibindo-se investimentos e/ou benfeitorias.

A consequência desse sentimento – a incerteza – é, no Brasil, fruto de decisão do legislador constitucional de 1988, seja no que diz respeito à demarcação de terras indígenas e quilombolas, seja no direito à moradia.

3 CRITÉRIOS DE ATRIBUIÇÃO/RECONHECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE ADOTADOS NO BRASIL

Antes da chegada dos portugueses ao litoral, na expedição capitaneada por Pedro Álvares Cabral, o que se pode inferir é que grupos indígenas, divididos em tribos, tinham domínio sobre frações do território. Com a chegada dos portugueses, a descoberta do país foi causa de uma espécie de desapropriação dos antigos habitantes, apoderando-se os europeus, em nome e para a coroa portuguesa, do território, no modelo do *might makes right*.

Embora não se tivesse ideia da extensão do território, o certo é que, em 1533, D. João III, então rei de Portugal, autoriza a colonização do território de além-mar, atribuindo áreas denominadas capitânicas hereditárias, a pessoas que considerava aptas a explorá-las produtivamente. Aos donatários era facultado criar sesmarias, isto é, entregar parte(s) de sua capitania a outrem que se comprometesse a cultivá-la, mediante pagamento de um valor, espécie de pensão, em geral correspondente à sexta parte do rendimento que obtivesse. As sesmarias foram extintas em 1812.

A organização das bandeiras foi outro meio de ampliar o domínio sobre terras pelo avanço do mar para o interior do país. Disputas com colonizadores espanhóis quanto ao domínio de áreas do centro oeste foram solucionadas com o Tratado de Tordesilhas.

Em suma, primeiro os indígenas foram dominados e cristianizados pelos jesuítas; em seguida os bandeirantes se apossaram de áreas no planalto central, mas, até 1854, com a edição do Decreto n. 1.834, que conferiu aos vigários competência para legalizar áreas então ocupadas por particulares em suas respectivas freguesias, a atribuição do direito de propriedade mais se assemelhava a um modelo de concessão para desenvolvimento de atividade econômica.

Quando as anotações feitas no livro denominado Registro do

Vigário, possivelmente o primeiro registro público de terras do país, provavelmente se optou por confirmar o que era aceito pelas comunidades locais, uma espécie de atribuição do direito seja por herança seja por força.

De supor que os Registros do Vigário sejam a origem dos registros públicos do direito de propriedade no Brasil. O problema está em saber como as terras eram divididas e distribuídas entre 1533 e 1854. Serão confiáveis os lançamentos feitos no Registro do Vigário? O que eram, efetivamente, terras de propriedade de particulares?

Com a aprovação da Lei n. 1.237, em 1864, que foi regulamentada pelo Decreto n.3.453 de 1.865, tornou-se obrigatória, no prazo de três meses a contar da publicação, a instalação, em todas as comarcas do Império, registros gerais de imóveis. Essa prática foi recepcionada pelo Código Civil de 1916, tendo o Decreto n. 12.343, de 1917, explicitado como seriam executados os atos registrais, ou seja, a inscrição e transcrição ou averbação da titularidade de bens imóveis. Aumenta-se a segurança quando se trata da transferência da titularidade porém, em certas regiões do país, falta certeza quanto à titularidade de imóveis o que tanto torna complicado o processo de transmissão quanto inibe investimentos.

Até mesmo o procedimento registral como meio de prova da propriedade de bens imóveis e sua transmissão está contaminado por incertezas, tisonando a função precípua do procedimento. Mais grave é que há notícias de fatos desabonadores quanto ao zelo que deveria ser observado pelos responsáveis por Cartórios de Registro de Imóveis que facilitaram a verticalização de terrenos que foram loteados várias vezes e vendidos para diferentes pessoas (não se trata de condomínio edilício), num processo de multiplicação da mesma área física.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 236 dispõe que “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Já o artigo 3º da Lei 8.935/94, que regulamentou o dispositivo constitucional, define: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”. Tem-se, pois, por força de delegação, o exercício de atividade privada dotada de fé pública visando-se a dar segurança à sociedade quanto à veracidade das informações (lançamentos) constantes dos livros. A informação perfeita e completa interessa a todos quando se trata de bem imóvel.

Função desses registros não é simplesmente transferir a titularidade do bem imóvel, mas assegurar que quem o transfere é reconhecido, tem posição jurídica, de proprietário. A publicidade dos assentamentos permite que qualquer pessoa obtenha informações relativas ao imóvel, a existência de gravames – solicitando-as ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca em que se localize, e seu proprietário.

Entretanto, no artigo 231, a Constituição de 1988 dispõe a respeito de terras indígenas sem fazer qualquer menção a registros: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua

posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Associando o disposto no *caput* ao parágrafo 1º, fica claro que a escolha do legislador foi privilegiar, na atribuição de *entitlements*, os indígenas, conferindo-lhes o direito, a título originário, sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Reconheceu-se que habitavam o país antes da chegada dos portugueses e que isto, – o direito originário –, requer habitação em caráter permanente (não seria o caso de grupos nômades), em áreas nas quais exerçam atividades produtivas, visando-se à preservação de recursos ambientais – supõe-se fauna e flora – para garantir os costumes tradicionais.

O que se deve entender por “terras habitadas em caráter permanente”? Isto inclui áreas que foram povoadas, transformadas, urbanizadas e industrializadas pelos colonizadores e outros imigrantes, em que se introduziu o cultivo de espécies vegetais ou animais originários de outros países? Estarão, nesses casos, presentes as características originais para que sejam consideradas áreas demarcáveis? E se do assentamento do Registro de Imóveis constar ser o titular da área pessoa de etnia não indígena? Tais áreas se prestariam à demarcação como terras indígenas? Como afirmar que nelas são desenvolvidas atividades produtivas tradicionais desses povos?

O que explica pleitos de grupos indígenas, ou auto reconhecidos como descendentes de tribos indígenas, sobre áreas que em nada se aproximam do pressuposto constitucional? A ocupação continuada não teria inibido a presença de outras etnias? A preservação dos recursos ambientais necessários à sobrevivência das pessoas e sua cultura teriam desaparecido?

Considere-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 2009,

sobre a área conhecida como Reserva Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima, região norte do Brasil, e os custos gerados pela insegurança jurídica e de administração.

A Suprema Corte determinou a completa desocupação da área por não indígenas, não previu indenização por benfeitorias introduzidas pelos agricultores, arroteiros, deixou em segundo plano suas famílias, e elegeu demarcação em área contínua, incluindo parte da fronteira norte. Terá sido a melhor interpretação do texto constitucional? Foi socialmente desejável, equitativa? O futuro dirá.

Eventual responsabilidade dos governos – federal e estadual – que, no mínimo se omitiram ao permitir o desenvolvimento de atividade agrária foi cogitada. Como se aqueles que visavam a obter sustento por meio de atividade agrícola, criando riqueza e bem-estar, socialmente desejável, fossem contraventores, tivessem agido dolosamente. Foram punidos por serem “diligentes”, embora quando ali se fixaram a área não fosse reconhecida com reserva indígena.

O aumento da incerteza no que concerne à titularidade plena de bens imóveis gera fricções sociais, a par de, muitas vezes, estimular invasões a áreas na suposição de que não haverá punições enquanto a expectativa de ganhos é real. O fato de aumentarem os custos administrativos, e de eventuais danos causados às propriedades retomadas são suportados pelo titular, a pretexto de exercer direito constitucional, os grupos que se consideram prejudicados, recorrem à força, ao *might makes right*.

No caso da demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, o direito de propriedade, monopólio legal, a par de emblemática, a opção pelo reconhecimento de direitos – originários de indígenas, na disputa com o dos colonos (arroteiros), deixou em segundo plano as

consequências sociais, os custos, talvez por opacos para os julgadores, e a incerteza quanto ao que não se classificam como terras indígenas na região norte do país.

Essa decisão, mesmo que possa haver dúvidas quanto à veracidade de assentamentos no sistema dos Cartórios de Registro de Imóveis, não plenamente seguro, potencializou efeitos de segunda ordem: desconfiança, incerteza, insegurança jurídica, o que reduz o apetite por investimentos na região e inibe seu desenvolvimento socioeconômico. A mera suspeita de que alguma área possa vir a ser considerada reserva indígena, fato agravado dada a regra de imprescritibilidade, inibe decisões de investimentos produtivos.

O legislador de 1988 escolheu como critério, em relação aos povos indígenas, a justiça, conferindo-lhes direito originário e coletivo, inalienável, indisponível, e imprescritível, que recai sobre terras da União, que não poderiam ser transferidas para particulares. Trata-se não de direito de propriedade plena, mas de uma espécie de posse diferente da disciplinada no Código Civil Brasileiro.

Efeitos do não reconhecimento da titularidade sobre bens imóveis ainda que explorados de forma continuada por pessoas foram objeto de estudo pelo economista peruano, Hernando De Soto (1989), o qual explica que, sem direito de propriedade claro, bem definido, pequenos empresários têm dificuldades em obter empréstimos (falta garantia real) o que tende a inviabilizar o exercício da atividade, a geração de bem-estar, não diferindo da discussão de Calabresi e Melamed sobre a relevância da clareza na definição e atribuição de posições jurídicas.

Em texto recente, escrito para o *Project Syndicate*, De Soto (2016, *online*) retoma o argumento relacionando a propriedade à terrorismo e como combatê-lo, afirmando: “[...] *property rights are what*

emancipated [...] societies from sovereign bullies, left-leaning Westerners think that protecting property is rightist dogma, conservatives take legal property rights for granted, and economists associate them with real-estate deals and carpentry". Vai mais longe para explicar: "How long will it take the West to remember that democratic capitalism requires strong property rights to set clear boundaries beyond which the state may not go?" (DE SOTO, 2016, online).

Se para o legislador constituinte o direito originário dos povos indígenas é prioritário ainda quando os custos sociais, na visão coaseana da expressão, sejam elevados, é preciso computar os efeitos de segunda ordem que tampouco foram avaliados. Explico. Se o direito de propriedade puder ser questionado – e alguns povos indígenas tentaram ampliar as áreas reconhecidas anteriormente – como estimular investimentos que gerem riqueza? A imprescritibilidade do exercício da pretensão dos povos indígenas faz com que parte do território nacional seja considerada inviável para o exercício de atividades econômicas, pois salvo pessoas irresponsáveis, investir sem garantia de continuidade, é incerto, na visão de Knight.

Seria possível combinar direitos originários com eficiência alocativa e ao mesmo tempo evitar oportunismos, garantindo segurança jurídica em matéria de direito de propriedade? Fonte de insegurança jurídica a Constituição da República de 1988, ao contrário do que propõem Calabresi e Melamed (1972), não oferece tutela segura do direito de propriedade, impondo maior intervenção do Estado em face da crescente busca de "retomada" de áreas por povos indígenas e quilombolas. Salve o oportunismo! Note-se que a questão de reconhecimento de áreas como terras indígenas emergem também nas regiões sul e sudeste do país.

Talvez a pesquisa empírica de Bernardo Muller, professor

de economia na Universidade de Brasília, explique a preferência de grupos organizados em busca de moradia ou de terras para exercerem atividades agrícolas, se concentra em áreas mais desenvolvidas, dotadas de infraestrutura. Por que se esforçar se é mais fácil colher o que já foi plantado?

CONCLUSÃO

Nem sempre é fácil adotar medidas que, do ponto de vista econômico são as melhores (ou menos piores) com critérios de justiça. A esse respeito Joseph Stigler (1992), em *Law or Economics*, em texto publicado no *Journal of Law and Economics*, discute as diferenças entre economistas e operadores do Direito, dividindo as divergências em antes e depois de Coase seja quanto a custos de transação seja ao Teorema de Coase, diz que o conceito de eficiência contempla dois valores: meta desejável e valor dos meios para alcançar a meta. Máxima eficiência, explica, consiste em atingir o maior valor do resultado tendo em vista o valor dos meios.

Em relação ao Direito, a noção de eficiência não se prende ao resultado máximo. A ênfase recai sobre justiça e equidade. A questão, para Stigler (1992) está entre eficiência e justiça, prosperidade ou depressão. Entende que a economia tem dois papéis frente ao Direito. O primeiro é oferecer conhecimento em certas áreas, de que concorrência é um dos mais citados exemplos. O segundo e mais controvertido é o estudo das instituições e doutrina jurídicas, em que as respostas não são exclusivamente legais e econômicas, devendo-se ter presente o sistema político.

Indisputado que povos indígenas têm direito a preservar sua

cultura e tradições. A contribuição que podem dar com o conhecimento tradicional no uso de ervas e/ou plantas nativas, especialmente na região norte, é meritória. Nada obstante, o custo social derivado da insegurança registral no que tange ao reconhecimento da propriedade imobiliária provoca perdas sociais cujo custo não foi, ainda, estimado.

Como conciliar interesses conflitantes? Se a propriedade emerge como mecanismo para dar segurança às pessoas, tanto na esfera de políticas públicas quanto no plano jurídico, o diálogo para modelar as escolhas não podem afastar aspectos econômicos dados os custos sociais que possam ser criados.

De certa forma é o que se pretendeu no texto acima. Se a definição clara e inquestionável da titularidade de posições jurídicas, das quais a propriedade imobiliária é das mais relevantes, direito de primeira geração, a opção política foi pelo respeito aos povos indígenas, uma espécie de retorno ao pré-descobrimento/colonização do país.

O respeito à exigência de posse continuada é elemento essencial na discussão de reconhecimento de reservas indígenas, que estudos antropológicos apenas complementariam. A combinação da razão econômica com a modelagem de regras jurídicas permite estruturar regras que tanto preservem a tradição quanto não inibam a melhor utilização, a mais racional, dos bens escassos, começando-se com a propriedade imobiliária. Custos de transação que afetem negativamente a sociedade devem ser reconsiderados.

REFERÊNCIAS

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard**

Law Review, v. 85, p. 1089, april. 1972.

DE SOTO, Hernando. How to win the war on terror. **Project Syndicate**, jan. 2016. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/onpoint/how-to-win-the-war-on-terror-by-hernando-de-soto-2016-01>. Acesso em: 28 jan. 2016.

_____. **The other path: the invisible revolution in the third world**. New York: Harper & Row, 1989.

DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. **American Economic Review**, Pittsburgh, PA, n. 57, p. 347-359, may, 1967.

HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. **Science**. v. 162, n. 3859, dec. 1968, p. 1243-1248.

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

STIGLER, George J. Law or economics? **The Journal of Law and Economics**. Chicago: University of Chicago Law School, v. 35, n. 2, p. 455-468, oct. 1992.

Como citar: SZTAJN, Rachel. Reflexões heterodoxas: direito de propriedade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p.10-27, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p10. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 29/02/2016

Aprovado em 19/04/2016